

Derecho y Cambio Social



OJS OPEN
JOURNAL
SYSTEMS

N.º 56 abril - junio 2019

ISSN 2224 - 4131

International Standard Serial Number 2224-4131

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú con el n.º 2005-5822

Esta es una publicación de renovación trimestral, que ha sido creada para la difusión de los frutos de la investigación jurídica.

Revista creada el 23 de mayo del año 2004

La versión original fue iniciada en agosto del año 2000

Lima, Perú - Sudamérica.

<https://www.derechoycambiosocial.com/>



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).



Fotografía de portada: *Machu Picchu*. Cusco, Perú.

Edición abril – junio 2019

Copyright © Pedro Donaires Sánchez, 2000 - 2019

COORDINADORES:

Pedro Donaires Sánchez

Círculo de Estudios Ius Filosóficos "UNIDAD" | donairess@gmail.com

Carlos Pérez Vaquero

Universidad Internacional de La Rioja (UNIR) | cpvaquero@gmail.com

CONSEJEROS:

[Luis Moisset de Espanés]†

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

Poder Judicial | yerioma@gmail.com

Mario Castillo Freyre

Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) | mcf@castillofreyre.com

Catalina Ruiz-Rico Ruiz

Universidad de Jaén (UJAÉN) | crrico@ujaen.es

Maria de Fátima Ribeiro

Universidade de Marília – Unimar | professoramariadefatimaribeiro@gmail.com

Genival Veloso de França

Universidad Federal de Paraíba | gvfranca@uol.com.br

Daury Cesar Fabriz

Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes) | dauryfabriz@yahoo.com

Valmir Cesar Pozzetti

Universidade do Estado do Amazonas | v_pozzetti@hotmail.com

Marcelo Fernando Quiroga Obregon

Faculdades Integradas de Vitória, FDV, Brasil | mfgobregon@yahoo.com.br

Juan José Díaz Guevara

Contraloría General de la República del Perú | jjdiazg@gmail.com

Antonio Sánchez-Bayón

Profesor Titular en CC. Sociales y Jurídicas (ANECA) Madrid - España |
antonio_sanchez_bayon@hotmail.com

Sergio Cámara Arroyo

Departamento de Derecho penal y Criminología UNED | sergio.camara.arroyo@gmail.com

SUMARIO

FILOSOFÍA DEL DERECHO	Pág.
Modelo de imparcialidad a partir de la epistemología de los universales en Crátilo de Platón	04-19
Presupuestos y límites gnoseológicos	
Antesala del constructivismo deliberativo democrático	
Julio Francisco Villarreal	
DERECHOS HUMANOS	
Temáticas especializadas de derechos humanos: mujeres, niños y pueblos indígenas	20-39
Antonio Sánchez-Bayón	
Gloria Campos García de Quevedo	
Carlos Fuente Lafuente	
A responsabilidade dos estados pelos atos praticados por grupos paramilitares sob a ótica dos Direitos Humanos: análise da situação na Colômbia	40-57
Paula Costa Ramos	
Marcelo Fernando Quiroga Obregón	
Direitos humanos e multiculturalismo: uma análise da mutilação genital feminina na perspectiva da dignidade humana	58-76
Marina Roldi Herkenhoff	
Marcelo Fernando Quiroga Obregon	
A competência do Tribunal Penal Internacional no julgamento do desastre humanitário ocorrido na Síria	77-92
Arthur Azeredo Thevenard	
Marcelo Fernando Quiroga Obregón	
Vulnerabilidade hídrica em tempos de crise: uma análise do fenômeno da injustiça hídrica à luz da fundamentalidade do direito à água potável	93-112
Douglas Souza Guedes	
Daniela Juliano Silva	
Tauã Lima Verdán Rangel	

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- Desmistificação da Carreira Diplomática no Brasil: 113-132
do concurso de admissão a atuação do diplomata brasileiro
Fillipe Santos Estevam
Marcelo Fernando Quiroga Obregon

DERECHO CONSTITUCIONAL

- Derecho Constitucional Protocolario: 133-149
una disciplina de reconversión tras la globalización
Antonio Sánchez-Bayón
Patricia Fuente
Víctor M. Rodríguez
- Crisis territorial en España y apariencia jurídica: 150-162
¿posverdad o postconstitucionalismo?
Catalina Ruiz-Rico Ruiz
- Tributação sobre aplicativos e serviços de streaming 163-180
Igor Amancio Raiz dos Santos
Diogo Severino Ramos da Silva

DERECHO CIVIL

- Renuncia de la prescripción liberatoria 181-198
Franco Raschetti
- La discapacidad 199-229
Anotaciones al Decreto Legislativo 1384
Reynaldo Mario Tantaleán Odar
- Adoção homoafetiva: 230-244
O direito de adoção por casais homoafetivos pautado em Princípios gerais do
Direito no ordenamento jurídico pátrio
Mariana Delgado Nunes Torres Lima
Diogo Severino Ramos da Silva
- Alienação parental e o papel da perícia multidisciplinar no judiciário brasileiro 245-259
Carolina Rocha dos Santos
Diogo Severino Ramos da Silva

A adoção da Teoria concretista pelo Supremo Tribunal Federal e os efeitos do mandado de injução 260-272

Miquéas Alves de Lima

Diogo Severino Ramos da Silva

DERECHO COMERCIAL - FINANCIERO

Arbitragem comercial internacional privada no Mercosul 273-287

Débora Medeiros Peixoto

Marcelo Fernando Quiroga Obregon

DERECHO PENAL

Da escrava branca ao Protocolo de Palermo perspectiva acerca do tráfico de pessoas 288-302

Jacqueline Alberto Formigoni

Marcelo Fernando Quiroga Obregon

DERECHO PROCESAL CIVIL

La adhesión a la apelación: tratamiento jurisprudencial 302-332

Edwin Ricardo Corrales Melgarejo

DERECHO PROCESAL PENAL

Traumatologia forense: a importância do estudo das lesões para o direito 333-345

Anderson Hélcio Florentino

Diogo Severino Ramos da Silva

Extradicação de brasileiro nato: uma análise sobre a sua possibilidade à luz da recente decisão proferida pelo STF no caso EUA versus Cláudia Cristina Sobral 346-358

Brenda Tonussi Lima

Marcelo Fernando Quiroga Obregon

CRIMINOLOGÍA

Los grafitis en la legislación española 359-369

Jorge Armas Pérez

VARIOS

Los principios del Derecho Internacional Ambiental: 370-387
evolución y aplicación en la Sentencia STC-4360 del 2018 de la Corte Suprema de
Justicia colombiana

Adrian Esteban Narváez Moncayo

A ascensão dos partidos políticos de extrema direita na Europa: 388-406
os possíveis reflexos desse fenômeno para União Europeia

Fernanda Araujo Mota Santos

Marcelo Fernando Quiroga Obregón

A crise dos refugiados na Europa: 407-421
uma análise da aptidão do direito em contribuir com a recepção e inserção social
dos refugiados, assim como de sua dependência em relação à vontade política

Matheus de Abreu Acerbi

Marcelo Fernando Quiroga Obregon

O novo muro de Trump: 422-432
uma análise das implicações da guerra comercial entre os Estados Unidos e a
China

Camilla Morgado Horta Monteiro

Marcelo Fernando Quiroga Obregon

O monitoramento da água de lastro como medida imprescindível para se reduzir 433-445
os impactos ambientais gerados pelo comércio marítimo

Vítor Pizol de Rezende

Marcelo Fernando Quiroga Obregón

O direito social ao transporte: 446-460
mobilidade urbana e meio de promoção de direitos fundamentais

Ivanildo Geremias da Silva Junior

Tauã Lima Verdán Rangel

MISCELÁNEA

La secularización, el liberalismo y el problemático papel de la religión en las 461-470
sociedades modernas

Sergio García Magariño

A pesquisa como uma possibilidade estratégica para a superação da crise no 471-482
ensino jurídico brasileiro

Vítor Pizol de Rezende

A contabilidade ambiental como uma ferramenta eficaz à sustentabilidade 483-503
Victor Matheus Silva Carvalho
Valmir César Pozzetti

Privilégio postal dos correios: 504-531
uma análise histórica e constitucional do serviço postal no Brasil
Hermann Hand Schwanz
Alexandre C. Aguiar Maia

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Derecho parlamentario iberoamericano de última generación 532-536
Catalina Ruiz-Rico Ruiz

NOTAS

Brumadinho, ou ecos de uma tragédia anunciada 537-541
Daury Cesar Fabríz
Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Modelo de imparcialidad a partir de la epistemología de los universales en *Crátilo* de Platón
Presupuestos y límites gnoseológicos
Antesala del constructivismo deliberativo democrático*

Julio Francisco Villarreal¹

Sumario: Introducción. Desarrollo. Presupuestos para las conclusiones. Referencia bibliográfica.

Resumen: El presente trabajo provee a contrastar cómo ha de entenderse la imparcialidad cual inferencia de un ejercicio deliberativo a partir del *Crátilo* de Platón, por un lado y del *Liberalismo Político* (y en menor medida, *Una teoría de la Justicia*) de Rawls, por el otro. A tal efecto, a lo largo del ensayo el autor analizará cómo ambos filósofos apelan a una razón práctica (o, en términos rawlsianos, “equilibrio reflexivo”) a los efectos de pronunciarse sobre cómo ha de soslayarse una heurística de la realidad que se representa en términos naturalmente antitéticos: o bien en virtud de un universalismo o bien merced a un relativismo conceptual. Luego de efectuarse una tal contrastación, el autor concluirá que no solo la epistemología platónica en virtud de la cual se articula una tal heurística, sino que el propio reconocimiento explícito de las limitaciones

* Recibido: 03 enero 2019 | Aceptado: 13 febrero 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires). Magister EU International Relations & Diplomacy (College of Europe). Maestrando en Relaciones Internacionales (Universidad de Buenos Aires). Doctorando en Sociología del Derecho (Universidad de Buenos Aires). Investigador Adscripto al Instituto Gioja de la Universidad de Buenos Aires. Investigador rentado de dedicación exclusiva UBACYT de la Universidad de Buenos Aires por concurso público de oposición y antecedentes. Docente de la materia “Sociología Jurídica” de la Universidad de Buenos Aires por concurso público de oposición y antecedentes.
julio.villarreal@coleurope.eu

gnoseológicas que una tal epistemología de los universales supone, se representa de modo mucho más manifiesto e inteligible en el mentado legado platónico que en la obra rawlsiana. En virtud de una tal consideración, el autor llamará la atención sobre lo que entiende constituye ser una inexcusable inferencia de las propias dificultades que impone la propia praxis deliberativa, y que en tanto ejercicio forzosamente cognoscitivo, Rawls no ha podido soslayar.

Palabras clave: Relativismo, Universalismo, Constructivismo epistemológico, Sócrates, Crátilo, Platón, Imparcialidad.

Introducción

En la tradición de las ideas y los discursos el debate entre posiciones filiadas en un esencialismo en materia conceptualista y un relativismo axiológico ha sido una constante respecto a las posibilidades gnoseológicas de la volición humana. Incluso la *episteme* sobre la que se estipulara la plausibilidad del estudio de una tal antítesis no ha podido sustraerse al atractivo de tales ideas reguladoras de la razón. En efecto, décadas atrás Popper sostendría que el anhelo cientificista (e incluso científico) de aprehender una lectura o comprensión totalizante de una realidad empírica dada pareciera suponer severas dificultades metodológicas, en tanto el mismo requiere "...indagar más y más profundamente en la estructura de nuestro mundo o, como podría decirse, en propiedades del mundo cada vez más esenciales, de mayor y mayor profundidad..."².

Naturalmente que tal controversia no es una heredad de la inmediata contemporaneidad: desde la propia génesis del pensamiento occidental, en el *logos* socrático, la virtualidad de la antípoda esencialista-relativista podía ser entendida no solo como una inferencia del ejercicio de la potestad cognoscitiva del hombre sino, asimismo, cual una premisa para abocarse a tal empresa. En *Crátilo* tal condición deviene en prístinamente diáfana en el diletante carácter que Sócrates expresa al momento de abocarse, junto con Hermógenes y Crátilo, al examen de la relación entre *nomen* y materia.

Si bien la genealogía de una tal lid reviste un interés gnoseológico inherente, el presente trabajo proveerá a articular tal controversia a los efectos de indagar sobre la epistemología del constructivismo epistemológico, particularmente el rawlsiano. Como resultado de un tal examen se postulará que, contraintuitivamente a lo que podría esperarse, en muchos supuestos la propia heurística socrática es más diáfana, transparente e inteligible que aquella bosquejada por el filósofo contemporáneo, particularmente en lo relativo al análisis de cómo entenderse el ejercicio de la razón práctica frente a los universales. Tal consideración en modo alguno puede predicarse como inconducente o baladí: tal "razón práctica" (o, en otros términos "equilibrio reflexivo") reviste una función trascendental en la construcción de las premisas del mentado constructivismo.

² POPPER, Karl R. *Objective knowledge*. Oxford: Oxford University Press, 1972, p. 196

Desarrollo

En la lectura de Hermógenes, principal interlocutor de Sócrates en *Crátilo*, es predicable sostener que entre el referido esencialismo en materia conceptualista y un relativismo axiológico existe únicamente una relación consensuada y por tanto de carácter contingentemente relativo: “Y es que no tiene cada uno su nombre por naturaleza alguna, sino por convención y hábito de quienes suelen poner[los]” (384e³). Tal tesitura contraviene la inteligencia que le otorga Crátilo a una tal relación, de conformidad a la cual existe una ontología de sentido para tales nombres, inteligencia que, ciertamente, no es expresada de modo claro: “Tu nombre, al menos, no es Hermógenes ni aunque te llame así todo el mundo” (383b).

La intervención del filósofo ateniense provee, justamente, a ponderar ambos extremos: Sócrates se abocará en un principio a cuestionar severamente la validez de la tesis “convencionalista”, al referir que a la prodigalidad etimológica de los nombres de los dioses (411 en lo sucesivo) debe de subyacer una unidad de sentido universal. Sin embargo, y a poco de andar, las aparentes limitaciones gnoseológicas que comportara un tal criterio de examen de la realidad⁴ darán lugar a que Sócrates le deslice a Hermógenes que “ni yo mismo podría garantizar nada de lo que he expuesto” (428a).

En efecto, la implausibilidad de inferir una conclusión categórica a partir del examen de la etimología de tales nombres no solo se revelará en una profesa renuncia a la búsqueda de toda cognición para tal supuesto, sino en una impugnación de la premisa de poder aprehenderse cualquier certeza a partir de un universalismo de los conceptos. Por lo tanto, como consecuencia de la falta de tal acuerdo entre los etimólogos, en *Crátilo*, el paralelismo lógico, mutuamente validante, entre un universalismo del *sensus* para cada uno de los conceptos y la existencia de un núcleo filológico de los mismos deviene en ilusoria. Sin embargo, de ello no se sigue que débase, sostiene Sócrates, comulgarse con el ideario subjetivista del convencionalismo de Hermógenes. Por el contrario, y cual paradoja de autosugestión, Sócrates deslizará la aparente aporía de negar lata o incondicionadamente sentido a las tesis universalistas a partir de refutar circularmente los postulados del relativista más renombrado de la época:

³ PLATÓN. *Crátilo* (en *Diálogos*), traducción de Mario Calonge. Madrid: *Gredos*, 1987, pp. 339-461 En lo sucesivo se apelará a la numeración de Stephanus para la obra de *Crátilo* (sin consignar la página): en todos los supuestos en los que en este trabajo se utilice la misma, la referencia será a la mentada obra.

⁴ “...Es manifiestamente ridículo, Hermógenes (...) que las cosas hayan de revelarse mediante letras y sílabas...” (425d).

Veamos entonces, Hermógenes, si también te parece que sucede así con los seres: que su esencia es distinta para cada individuo como mantenía Protágoras al decir que «el hombre es la medida de todas las cosas» (en el sentido, sin duda, de que tal como me parecen a mí las cosas, las son para mí, y tal como te parecen a ti, así son para ti), o si crees que los seres tienen una cierta consistencia en su propia esencia (...) si existen la sensatez y la insensatez, no es en absoluto posible que Protágoras dijera la verdad. Pues, en realidad, uno no sería más sensato que otro si lo que a cada uno le parece es la verdad para cada uno. (386 a-d)

Tal y como suscribe Sócrates, puede inferirse la condición de una verdad universal o al menos tributaria para sí de los méritos o deméritos suficientes como para impugnar juicios de valor personales cual implicancia de la preexistencia, a tal verdad, de distintos grados de sensatez humanos. En efecto, si cada sujeto pudiera predicar para sí su verdad, sería impracticable sostener que “uno sería más sensato que otro”: Sócrates parte de la premisa de que ambos juicios serían ontológicamente inconmensurables y no podrían dar lugar, contrastación mediante, a graduación intelectual alguna. Sin embargo, bien podría responderse al ateniense que no parece existir razón alguna para no abocarse un ejercicio como el referido, extendiendo, como consecuencia del mismo, las credenciales que certifiquen la suficiencia o exclusión de tal sensatez.

Es por ello que, evidentemente, el razonamiento socrático conlleva una solapada estrategia: la plausibilidad de cuestionar tal verdad personal no obedece a los propios títulos de ésta, sino que depende de la imputación de una característica eminentemente subjetiva -tal sensatez- del tenedor de la misma. Por tanto, la plausibilidad de invocar la existencia de una verdad trascendente a los sujetos depende, en todo caso, de una entidad que no debería de guardar relación de conexidad con los títulos de los mismos pero que, paradójicamente, depende del cotejo de las competencias de quienes las invoquen. Podría practicarse una eventual salida a tal encerrona lógica por medio de suscribir que no necesariamente tal trascendentalismo de los pareceres depende de una condición personal: tal y como suscribe Sócrates en la proposición antecedente, “si existen la sensatez y la insensatez, no es en absoluto posible que Protágoras dijera la verdad” (386d). Sin embargo, tal proceder no soslayaría el problema, sino que, por el contrario, conduciría al lector de una falacia *ad hominem* a otra aún más evidente: el de la propia petición de principios, ya que aquí se predica la existencia de valores universales a partir de la tipificación de los mismos.

Aun así, la alocución socrática guarda, para sí, un vigoroso argumento, cuya negación parece revelarse, a quien se avenga a una tal empresa, como aporística. Si es forzoso el reconocer tanto que hay individuos más sensatos

que otros, como que ambos pueden comulgar con tesis mutuamente excluyentes deberá reconocerse, principio del tercero excluido mediante, que existen buenas razones para comulgarse con la validez de una interpretación en detrimento de su opuesta. La futilidad del relativismo de Protágoras se explica, por tanto, en virtud de una innata consustancialidad entre dos propiedades aparentemente autoevidentes del mundo de los sentidos: la disímil distribución de recursos en las mentes de los hombres y la posibilidad de que en función de la misma concurren pareceres excluyentemente acertados y desacertados.

Tal argumento, que intuitivamente se revela como lógicamente intachable, implica el deberse adscribir a una *episteme* del mundo determinada, merced a una consideración dudosamente rechazable: la mentada distribución desigual de recursos intelectuales. De este modo, el silogismo socrático pretende "...decir que se puede hacer retórica de lo innegable. Algunos lo ponen [a tal ejercicio] como el poder hacer aceptar lo que es necesario pero que algunos no aceptan como tal (o la mayoría); o dicen que la retórica sirve para hacer aceptar tanto lo apodíctico como lo opinable..."⁵. El problema radica, por lo tanto, en que si se asume a la oratoria cual un ejercicio apodíctico, por medio de esta suerte de razonamientos no habrá lugar al disenso o la concurrencia de distintos juicios valorativos al debate, por lo cual, si no es equívoco que, tal y como suscribiera González, "...Una retórica que enseña a callar es, por supuesto, un contrasentido..."⁶, tal práctica, en casos como el mentado, devendría en redundante y, por tanto, innecesaria.

El animus de este trabajo se filia, por ende, en la pretensión de reivindicar el valor heurístico del ejercicio de la razón como imparcialidad (tanto personal como epistémica) en *Crátilo*: aun cuando en virtud del silogismo inmediatamente precedente pudiérase reivindicar la validez inmanente a un universalismo de los conceptos, Sócrates prescinde de tal prebenda argumentativa a la hora de abocarse a la contemplación de la tipología de los conceptos. De este modo, *Crátilo*, en cuanto tal, representa una prístina refracción de la antítesis universalismo-relativismo que ha signado el desarrollo de la tradición política occidental desde su propia génesis y que, cual misantropía de la metodología tributaria a apelar a un *logos* irrefutable para cualquier materia del conocimiento humano dado, apela a la libertad nomológica que supone optar por una especulación filosófica inconclusa.

⁵ BEUCHOT, Mauricio. La retórica como pragmática y hermenéutica. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998, p. 137

⁶ GONZÁLEZ, Catalina. Elocuencia estoica y persuasión ciceroniana: discurso veraz vs discurso inverosímil. *EPISTEME*, (31): 171-191, 2011 (p. 171)

Relevante es sostener que también en este punto el legado de *Crátilo* reivindica, para sí una inconfesa y -por cierto- marginalmente reconocida vigencia. Acaece que tal diálogo provee un marco analítico, metodológico y didáctico menos oscuro, intrincado y evasivo que el que los padres del contractualismo contemporáneo, principalmente Rawls, sugieren a la hora de dar cuenta tanto de la ontología como de las implicancias del debate que la disputa universalismo-relativismo conceptual supone para el desarrollo de una sociedad entendida como justa.

En efecto, para aquellos supuestos en los que se discurre sobre una tal antítesis para un tal fin, el referido universalismo se ha visto refrendado, por Rawls, de un modo por demás manifiesto: “la cultura política de una sociedad democrática (...) contiene, al menos implícitamente, **ciertas ideas intuitivas fundamentales** a partir de las cuales es posible elaborar una concepción política de la justicia adecuada”⁷ sostendrá el mismo. Ciertamente, los aportes del mentado en *Liberalismo Político* son superadores de las contribuciones que se formularan en *Una teoría de la justicia*, desde que aquí no concurre un *numerus clausus* de principios lexicográficos trascendentes respecto a los que un conjunto de individuos, en virtud de una praxis política deliberativa dada, deban darse para sí. De todos modos, tanto este “segundo” Rawls como Nino⁸, Dworkin⁹, entre muchos otros, conforma el colectivo de aquellos que entienden que existe un núcleo de preceptos de carácter ecuménico sobre los cuales es plausible instituir una tal sociedad igualitaria con prescindencia de su desarrollo histórico-cultural autónomo.

Sin embargo, aún para un tal núcleo (en cuanto tal, paradójicamente indeterminado) de valores y principios, la alocución socrática en *Crátilo* podría sugerir dos esquemas argumentativos atendibles respecto al porqué el contenido axiológico y/o procedimental¹⁰ (normativo o no, de ser munido como vinculante para las sociedades en las cuales éste haya de ser adoptado como rector de las mismas) de tales “ideas intuitivas fundamentales” no

⁷ RAWLS, John. *Political liberalism*. Nueva York: Columbia University Press, 2005, p. 38

⁸ “...hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana...” NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 28

⁹ “...De acuerdo con la ley como integridad, las proposiciones de la ley son verdaderas si figuran o siguen los principios de justicia, imparcialidad y el debido proceso procesal que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la comunidad...”

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 206

¹⁰ Tal procedimiento puede, naturalmente, poseer un valor axiológico.

puede ser entendido como verosímil (o inclusive cognoscible) en tanto el mismo posea, para sí, tal pretensión universalista.

El primero de tales esquemas se filiaría en la misma razón por la cual Sócrates argüiría, irónicamente¹¹, que el recurso a la etimología de los nombres (411 y sucesivos) es inmanentemente fútil a la hora de dar cuenta de cualquier proposición trascendente a los mismos. Frente a tal objeción a un esencialismo en materia conceptualista, el único artificio retórico (mas no veritativo) factible para seguir sosteniendo tal tesis pareciera ser, en definitiva, un ciego dogma de fe: tal y como Crátilo sostuviera, "...Pienso yo, Sócrates, que (...) existe una fuerza superior a la del hombre que impuso a las cosas los nombres primarios, de forma que es inevitable que sean exactos..." (438c). Sin embargo, y a poco de andar, las limitaciones propias de tal evasión a lo incondicionado, que al igual que "...los tragediógrafos [que] cuando se encuentran sin salida recurren a los dioses levantándolos en máquinas..." (425d) devendrían en evidentes. En efecto, no existe un método plausible de contrastar tal aserción más allá, naturalmente, de la propia circularidad del mentado dogma de fe al que se aludiera, puesto que, al decir socrático, "...Si fuéramos sensatos, sí que tendríamos un procedimiento, el mejor: que nada sabemos sobre los dioses ni sobre los nombres que se dan a sí mismos..." (401a). El problema epistémico que la apelación a un tal esencialismo tanto a-metódico como pretendidamente autosuficiente en términos de fundamentación supone será identificado, con una semántica apenas más depurada por el propio Kelsen (con cita de Dorado Porrás): "...el iusnaturalismo cognoscitivista de corte intuicionista se presenta como una postura «dotada de un indudable origen metafísico y religioso» que «no tiene ninguna posibilidad de sobrevivir ante el tribunal de la Ciencia»..."¹²

Una aparente salida a tal libelo supondría sostener, justamente, que la teoría política contemporánea ha realizado importantes aportes sobre la posibilidad de definir, por medio de un procedimiento deliberativo dado, ciertas proposiciones en virtud de las cuales las mentadas sociedades habrán de debatir cómo regirse. Para este caso podría blandirse que tanto los conceptos o principios reguladores de un tal proceso como las implicancias del mismo serían o bien universales o bien (en el peor de los supuestos) tendrían pretensión de universalidad.

¹¹ LEVIN, Susan B. The ancient quarrel between philosophy and poetry revisited: Plato and the Greek literary tradition. Oxford: Oxford University Press, 2000., pp. 81-89

¹² PORRAS, Javier Dorado. Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo. Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2004, pp. 71-72

Mas tal réplica tampoco proveería una solución en el punto, desde que para algunos teóricos como Rawls los presupuestos formales de tal práctica suponen una premisa como la imparcialidad¹³, la cual no necesariamente puede ser entendida como universal (y, aun así, debería ser interpretada de modo tal que su exégesis de lugar a prácticas deliberativamente consistentes entre todos aquellos que entiendan que la misma reviste tal condición de universalidad). Peor aún: filósofos como Habermas predicán que una tal imparcialidad requiere de un consenso *de facto* a los efectos de regir un tal procedimiento deliberativo¹⁴. Por ende, al requerimiento de deber rebatirse la validez de una fenomenología a-universalista de la imparcialidad ha de sumarse, en el punto, una nueva exigencia lógica: el aceptarse la imposición *de facto* de tal imparcialidad, lo cual supondría un oxímoron respecto al casuismo que la praxis de toda experiencia deliberativa importa (desde que no podrían discutirse los propios presupuestos que regulan a la misma).

Por lo tanto, si ni siquiera los propios presupuestos normativos que habrán de regir tal deliberación son susceptibles de ser entendidos como “universales”, dudosamente pueda extenderse la misma condición para las inferencias de un tal procedimiento discursivo. Tal y como sostiene Cohen, el constructivismo suele intentar derivar principios de justicia universales a partir de consideraciones como “el debido proceso para dar nacimiento a tales principios”¹⁵ que no necesariamente “reflejan tal contenido de justicia”¹⁶, incurriendo, de ese modo, en un silogismo aporístico. En un tal sentido se interrogará Sócrates: “¿Acaso, entonces, precisamente estos nombres por los que me preguntabas son los nombres-elementos y hay que analizar ya su exactitud por algún otro medio?” (422b), para luego concluir que “parece que todos los anteriores se retrotraen a éstos.” (422b)

Aun así, aquí es posible dar, nuevamente, una vuelta de tuerca. Tal y como refiriera Rawls en *Liberalismo Político*, puede intentar

levanta[rse] ligeramente el velo de la ignorancia [de *Una Teoría de la Justicia*], suministrando a las partes en la posición original un mínimo de información sobre los rasgos particulares de su sociedad: han de elegir principios en una sociedad en la que se ha instalado el hecho del pluralismo¹⁷.

¹³ NINO, Carlos Santiago. Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas. *Doxa*, (5): 87-106, 1988.

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ COHEN, Gerald Allan. *Rescuing justice and equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 281

¹⁶ *Ibidem.*, p. 283.

¹⁷ RAWLS, John. *Justicia como equidad*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 30 (“Epílogo: De a Theory of Justice a Political Liberalism”, de RODILLA)

De este modo, operándose un distanciamiento conceptual respecto a determinados requerimientos éticos y políticos¹⁸, una tal operatoria podría brindarles a aquellas partes que habrán de ser objeto del levantamiento del afamado velo, una perspectiva ecuménica. En virtud de ésta, dichas partes podrían abocarse a indagar tanto respecto a los principios y conceptos éticos universales inherentes al *ethos* de cada uno de los grupos llamados a conformar diversos modelos de sociedad así como también a la naturaleza de estas últimas, las cuales habrán de conservar para sí una refracción del mentado universalismo (con prescindencia, naturalmente, de sus propios valores autónomos)¹⁹.

Sin embargo, tal y como sostiene Rawls, la propia determinación de tal procedimiento tiene límites, puesto que, si bien los principios sustantivos de una sociedad dada son precisados a partir de una práctica deliberativa, deviene en lógicamente insoslayable definir una determinada concepción de persona a un tal fin²⁰. En este punto, bien podría esperarse que Rawls estipulara cuáles son las condiciones inmanentes a una tal concepción de persona en virtud de las que -deliberación mediante- se erigiera una tal sociedad justa, puesto que a la manera en la que Sócrates le recuerda ya a un taciturno Hermógenes, “...¿cuándo será razonable que termine por callarse el que contesta? ¿No será cuando llegue a los nombres que son como los elementos primarios de las demás expresiones o nombres?” (422a).

Proyectar una réplica a la alegada inconsistencia supondría, nuevamente por parte de Rawls, una evasión hacia la indeterminación radical: el referido filósofo podría sostener, crípticamente, que el mentado ejercicio no habrá de suponer mayores dificultades, puesto que la evaluación de tales condiciones inmanentes, a fin de cuentas, es un producto de “concepciones de la razón práctica”²¹. Este ardid en mayor medida dogmático que argumentativo será el último bastión al que apelará en *Liberalismo Político* el filósofo de

¹⁸ Una implicación de la concepción rawlsiana de la justificación es que no pretende validez universal para los principios de justicia, pues no está dirigida a quienes no reconozcan el problema de justicia como propio (...) La teoría de la justicia está dirigida únicamente a quienes admiten estas ideas morales.

DIETERLEN, Paulette. Debates sobre justicia distributiva. México: UNAM, 2005, p. 59

¹⁹ “...La idea principal es establecer una adecuada conexión entre una concepción particular de la persona y los principios de justicia (...) por medio de un procedimiento constructivista...”

RAWLS, John. Kantian constructivism in moral theory. *The journal of philosophy*, (77): 515-572, 1980 (516)

²⁰ RAWLS, John. *Liberalismo político*, México: FCE, 2004, p. 116

²¹ *Ibidem*.

Harvard para fundar su modelo de sociedad equitativa o imparcial. De un modo absolutamente sobrecogedor, exactamente la misma respuesta (usufructuaria para sí de la misma indeterminación) para el mismo interrogante será la que, también en última instancia -sostendrá Sócrates ante un ya anuente Hermógenes- puede generar el mismo efecto: el nihilismo como implicancia de lo irresoluto.

Sócrates: Pero cuando tras oírlos, vuelvo a preguntarles tranquilamente: «¿qué es pues, lo justo si ello es así?» (...) uno afirma que lo justo es el sol: sólo él «atravesando» y quemando gobierna los seres (...) Otro sostiene que no es el fuego, si no el calor que reside en el fuego. Otro dice burlarse de todo esto y que lo justo es lo que dice Anaxágoras, el *noüs* (la razón), pues ésta es autónoma y, sin mezclarse con nada, gobierna todas las cosas atravesándolas. En este punto, amigo mío, ya me encuentro en mayores apuros que antes de tratar de saber qué cosa es lo justo. (413 b-d)

En definitiva, el modelo constructivista desagregado en los dos mentados estratos de análisis al que suscribe tanto la lógica de *Una teoría de la justicia* como *Liberalismo Político*, de conformidad a la cual

El constructivismo primario (...) enfatiza la fuerza crítica del razonamiento reflexivo al delinear la posibilidad de un pluralismo basado en principios [en tanto que...] el constructivismo secundario considera que ciertas cuestiones básicas están resueltas y, por lo tanto, están más allá del examen y la revisión reflexivos [...por lo cual, para este último] los principios deben justificarse por referencia al conjunto de fundamentos que se toman para limitar o restringir las posibles construcciones.²²

deviene en una aporía si el presupuesto último sobre el que se filia su validez depende de una noción de persona que únicamente puede ser determinada a partir de una evasión a-constructivista hacia una inasible noción de razón. Acaece que, en definitiva, tal fuga hacia la ininteligibilidad de lo sibilino se explica por el hecho de que los referidos modelos rawlsianos requieren de premisas que, evidentemente, y tal como pareciera sugerir lacónicamente Sócrates, éstos son incapaces de demostrar:

si alguien, de una forma u otra, desconoce la exactitud de los nombres primarios, es imposible que conozca la de los secundarios, pues éstos se explican forzosamente a partir de aquéllos, sobre los cuales nada sabe. Conque resulta obvio que quien sostiene ser entendido en los secundarios, tiene que ser capaz de disertar de la forma más clara posible sobre los primarios (426 a-b)

En las postrimerías de este trabajo debe reconocerse, por lo tanto, que la disyuntiva universalismo-relativismo de los conceptos en tanto desafíos epistémicos y semánticos del constructivismo contemporáneo (y cuya

²² ROBERTS, Peri. *Political constructivism*, Londres: Routledge, 2007, p. 60

refracción específica en instituciones particulares, cual “persona”, “razón”, dinámica de una deliberación en tanto ejercicio imparcial, junto a otros a los que también Sócrates se referiría expresamente) no solo había sido bosquejada por la filosofía socrática, sino que, a su vez, la misma había estipulado, de modo más asequible en tanto inteligible, las limitaciones epistémicas que tal controversia podía importar. En este sentido, y aún siendo ajena (milenios mediante) a la misma en tanto doctrina, el escepticismo socrático frente a un trascendentalismo de los conceptos supone un estándar ciertamente más consistente con el fundamento último de la praxis deliberativa, pues el ejercicio de la retórica como acto cognoscitivo en *Crátilo* no requiere de un tropos de axiomas que haga subyacer el sentido último de la práctica deliberativa a una sucesión de indeterminaciones como la razón o un modelo de persona. Tal es, por tanto, el legado socrático: la tolerancia e imparcialidad frente a los universales (incluso pudiendo acreditarse silogísticamente la validez de los mismos) y que, inconcebiblemente, la filosofía política contemporánea predica no en función de una tal praxis, sino de su metafísica sustancia a partir de unos elementos igualmente ininteligibles en tanto indeterminables²³.

Presupuestos para las conclusiones

Al margen de sus implicancias político-sociológicas, la interpelación relativa a tratar de escapar de las consecuencias de la disyunción universalismo-relativismo se revela como sugestivamente atractiva: no de otro modo podría manifestarse la pulsión, eminentemente humana, de “...alcanzar lo incondicionado [la cual] nos compele a pretender zafarnos mentalmente, por decirlo así, de la cadena causal...”²⁴.

Una última salida tanto promisoría como elegante para tal disyuntiva podría ser volver a dirigir nuestra atención al fuero íntimo individual, en el seno del cual Sócrates deslizará, crípticamente (puesto que no se volverá a expresar en el punto) que “lo que a cada uno le parece es la verdad”²⁵. De este modo, el designio de libertad ínsito al espíritu humano podría definir, sobre

²³ Verbigracia “persona”, “razón práctica”, “equilibrio reflexivo”, etc.

²⁴ CARRIÓ, Genaro. Sobre los límites del lenguaje normativo, Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 47

²⁵ Como todo modelo heurísticamente determinista, el mentado es superfluo a la hora de dar cuenta de la emergencia de nuevas ideas, puesto que en la medida de que “...la causalidad y el azar son procesos donde prima la heterodeterminación, terreno allende a la libertad [lo que explica...] la evidencia de que la doctrina determinista es falsa, al ser incapaz de documentarse con la emisión de los juicios de predicción exentos de fallos y errores...”

ALONSO-FERNÁNDEZ, Francisco. El hombre libre y sus sombras: una antropología de la libertad: los emancipados y los cautivos. Barcelona: Anthropos Editorial, 2006, p. 30

presupuestos democráticamente voluntaristas, cómo entender verdades antañónas universales, alternando (tal y como suscribiría Morel en los enlutados días postreros a que se revelara su enfermedad)

Los muros de la cárcel en planicies de libertad. Esta cárcel en donde escribo, estas hojas de papel, solamente son cárcel y hojas para una determinada graduación sensorial (la del hombre). Si cambio esta graduación, esto será un caos en donde todo, según ciertas reglas, podrá imaginarse, o crearse.

Sin embargo, ¿Es posible suponer que el individuo posee un tal margen de discreción de su conciencia frente a los dictados de su sociedad de modo que pudiese aprehender un sistema de regulación de las ideas indiferente al colectivamente normado? Popper ciertamente, suscribiría tal tesis:

los fenómenos sociales, y especialmente el funcionamiento de todas las instituciones sociales, siempre deben entenderse como resultado de las decisiones, acciones, actitudes, etc., de los individuos, por lo cual nunca debemos darnos por satisfechos a partir de una explicación en términos de los llamados "colectivos" (estados, naciones, razas, etc.).²⁶

Si embargo, y a contrario sensu, no son pocos aquellos que parecen poseer buenas razones para sostener que, de existir un arbitrio íntimamente voluntarista para tal discreción, el mismo no poseería la extensión que imaginaron Popper o, licencia literaria de por medio, Morel. "...Los individuos siempre están «definidos en cierta medida por la comunidad de la que forman parte», pero nunca pueden ser más que coautores de [sus...] narrativas propias..."²⁷, sostendrá Sandel con la misma virulencia heurística con la que Popper reivindicaría una fenomenología del individualismo metodológico. Llegados a este punto ha de reconocerse que, evidentemente, tal controversia no reviste un cáliz estrictamente filosófico o sociológico, sino que haya su germen último en consideraciones de carácter epistemológico:

Debemos pensar en relación a dos niveles de acción implicados en toda disquisición científica: el nivel de la propia acción y el nivel de la observación. En ambas instancias nos abocamos al acto interpretativo, en un momento dado en función del propio sentido del actor, y en un segundo momento a la luz de del lenguaje utilizado por la comunidad de observadores. Interpretamos un ethos social ya interpretado. Asimismo, el concepto de doble hermenéutica de Giddens se instituye exactamente sobre la relación entre interpretaciones relativas a la propia percepción de quien se encuentra llamado a realizarlas y aquellas que se practican sobre esta última [lo cual

²⁶ POPPER, Karl. *The open society and its enemies*. Londres: Routledge, 2012, p. 309

²⁷ SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 150

permite, a su vez] que una tal interpretación tenga un efecto sobre la primera²⁸

De reconocerse validez a una tal proposición, deviene en impracticable apelar a una meta-epistemología de los conceptos a los efectos de revelar una plausible solución a la disyuntiva universalista-relativista (tal y como hiciera Rawls): la misma pareciera ser una inexcusable inferencia de las propias dificultades que impone la propia praxis deliberativa, en tanto ejercicio (también) cognoscitivo. En este punto, parece imponerse, forzosamente, una renuncia a la promesa kantiana de conformidad a la cual "...El intelecto dicta las leyes de la naturaleza..."²⁹, desde que no existirían posibilidades concluyentes de someter a los designios conceptuales de cada una de las diversas plasmaciones culturales (individuales o sociales) los arbitrios de los universales. En tal sentido, si institutos como el propio equilibrio reflexivo "...tiene una función primordialmente epistemológica..."³⁰, la pretérita reflexión debería, por lo tanto, sugerir no insistir en una fenomenología de los conceptos (la cual pareciera suponer lanzarse de modo maniqueamente irreflexivo a una *contradictio in terminis*) sino en las posibilidades heurísticas, hasta ahora ignotas, de una reformulación de los principios del procedimiento deliberativo. Debe indagarse sobre el procedimiento y no la sustancia. Tal y como se sostendrá prístinamente en *Crátilo*,

Sócrates: Por tanto, si los nombres se encuentran enfrentados y los unos afirman que son ellos los que se asemejan a la verdad, y los otros que son ellos, ¿con qué criterio lo vamos ya a discernir o a qué recurrimos? Desde luego no a otros distintos - pues no los hay-, conque habrá que buscar, evidentemente, algo ajeno a los nombres que nos aclare sin necesidad de nombres cuáles de ellos son los verdaderos; que nos demuestre claramente la verdad de los seres.

Crátilo: Así pienso yo.

Sócrates: Por consiguiente, es posible, según parece, conocer los seres sin necesidad de nombres - siempre que las cosas sean así.

Crátilo: Claro.

²⁸ TOOZE, Roger; MURPHY, Craig N. The epistemology of poverty and the poverty of epistemology in IPE: mystery, blindness, and invisibility. *Millennium* (25): 681-707, 1996 (p. 694)

²⁹ FEINMANN, Juan Pablo. La desesperanza como creación política. En: FAZIO, Horacio. *La política en discusión*. Buenos Aires: Ediciones Manantial, 2002, pp. 297-322 (p. 306)

³⁰ MEJÍA, Antonio. El equilibrio reflexivo en Liberalismo Político. En: GRUESO, Delfín (ed.), John Rawls. *Legado de un Pensamiento*. Cali: Editorial de la Universidad del Valle, 2005, pp. 69-78 (p.75)

Sócrates: ¿Entonces por qué otro procedimiento esperas todavía poder conocerlos? ¿Acaso por otro distinto del que es razonable y justísimo, a saber, unos seres por medio de otros, si es que tienen algún parentesco, o ellos por sí mismos? Pues, sin duda, un procedimiento ajeno y distinto de ellos pondría de manifiesto algo distinto y ajeno pero no a ellos. (438d-439a)

Referencia bibliográfica

- ALONSO-FERNÁNDEZ, Francisco. **El hombre libre y sus sombras: una antropología de la libertad: los emancipados y los cautivos**. Barcelona: Anthropos Editorial, 2006.
- BEUCHOT, Mauricio. **La retórica como pragmática y hermenéutica**. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.
- CARRIÓ, Genaro. **Sobre los límites del lenguaje normativo**, Buenos Aires: Astrea, 2001.
- COHEN, Gerald Allan. **Rescuing justice and equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- DIETERLEN, Paulette. **Debates sobre justicia distributiva**. México: UNAM, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**, Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- FEINMANN, Juan Pablo. “La desesperanza como creación política”. En: FAZIO, Horacio. **La política en discusión**. Buenos Aires: Ediciones Manantial, 2002.
- GONZÁLEZ, Catalina. “Elocuencia estoica y persuasión ciceroniana: discurso veraz vs discurso inverosímil”. *EPISTEME* (31), 2011.
- LEVIN, Susan B. **The ancient quarrel between philosophy and poetry revisited: Plato and the Greek literary tradition**. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- MEJÍA, Antonio. “El equilibrio reflexivo en Liberalismo Político”. En: GRUESO, Delfín (ed.), **John Rawls. Legado de un Pensamiento**. Cali: Editorial de la Universidad del Valle, 2005.
- NINO, Carlos Santiago. “Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas”. *Doxa* (5), 1988.
- PLATÓN. “Crátilo” (en Diálogos), traducción de Mario Calonge. Madrid: Gredos, 1987.
- POPPER, Karl R. **Objective knowledge**. Oxford: Oxford University Press, 1972.

- POPPER, Karl. **The open society and its enemies**. Londres: Routledge, 2012.
- PORRAS, Javier Dorado. **Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo**. Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2004, pp. 71-72
- RAWLS, John. "Kantian constructivism in moral theory". *The journal of philosophy* (77), 1980.
- RAWLS, John. **Justicia como equidad**. Madrid: Tecnos, 1999.
- RAWLS, John. **Liberalismo político**, México: FCE, 2004.
- RAWLS, John. **Political liberalism**. Nueva York: Columbia University Press, 2005.
- ROBERTS, Peri. **Political constructivism**, Londres: Routledge, 2007.
- SANDEL, Michael J. **Liberalism and the Limits of Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- TOOZE, Roger; MURPHY, Craig N. "The epistemology of poverty and the poverty of epistemology in IPE: mystery, blindness, and invisibility". *Millennium* (25), 1996.

DERECHOS HUMANOS

Temáticas especializadas de derechos humanos:**mujeres, niños y pueblos indígenas^{(*) (**)}****Antonio Sánchez-Bayón¹****Gloria Campos García de Quevedo²****Carlos Fuente Lafuente³**

(*) Recibido: 12 agosto 2018 | Aceptado: 14 febrero 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

(**) Publicación realizada en el seno de GiDECoS-ISEMCO, con el apoyo de COLPOLSOC-Madrid y Promerits-UEMC, gracias a la financiación del proyecto de investigación “Ciudades seguras, inclusivas y participativas en la posglobalización” (curso 2017-18).

¹ Doctor en Derecho por UCM y en Humanidades por UMU, es Prof. titular en CC.SS. y Jurídicas (ANECA), con sexenios (CNEAI) y Autoridad Internacional (VIAF). Ganador de diversos premios internacionales (v.g. *Limaclara*-Argentina), por su amplia producción (medio centenar de libros y de artículos en publicaciones indexadas). Actualmente es Prof. Agregado en ISEMCO-URJC, *EAE Business School* y Promerits-UEMC, más Univ. Bernardo O’Higgins (Chile). Ha sido docente e investigador en España (Dir. Investigación en CEDEU-URJC y en UCJC); además de académico visitante en EE.UU. (v.g. *Harvard*, *DePaul*, *Baylor*) y Latinoamérica (v.g. *IIDH*, *UCR*, *URL*). Ha sido abogado ejerciente (ICAM), analista-consultor en centros de alto rendimiento (v.g. CIEJYP, IMDEE, IAECoS) y mediación socio-empresarial (v.g. GRIN y *Family Sapiens* en Venezuela), y colaborador en diversos medios de comunicación.
a.sanchez@isemco.eu

² Doctora en Comunicación por la Univ. Camilo José Cela, es Profesora universitaria y Directora Gral. de *International School of Event Management & Communication* (centro colaborador de la Univ. Rey Juan Carlos). Consultora experta en organización de eventos durante más de treinta años, trabajando para instituciones públicas, agencias de comunicación y multinacionales. Emprendedora y consejera delegada de varias compañías de relaciones institucionales y formación. Cuenta con más de medio centenar de publicaciones académicas y técnico-profesionales.
gcampos@isemco.eu

³ Doctor en Comunicación por la Univ. Camilo José Cela, es Profesor de la Univ. Rey Juan Carlos. Director del Instituto Superior de Comunicación y Eventos (entidad colaboradora de la Univ. Rey Juan Carlos). Director académico del *International School of Event Management & Communication* (ISEMCO). Vicepresidente de la Asociación Española de Protocolo y miembro del *Meeting Professionals International* (MPI). Director de Protocolo de los Premios Princesa de Asturias entre 1981 y 2013.
cfuente@isemco.eu

Sumario: Presentación: especialización en derechos humanos. **1.** Derechos de la mujer. **2.** Derechos de la infancia. **3.** Derechos de los pueblos indígenas. – Conclusiones. – Bibliografía.

Resumen: en este artículo se abordan las especialidades de los derechos humanos, tales como los derechos de las mujeres, de la infancia y de los pueblos indígenas. No se trata de una vuelta a los privilegios de ciertas comunidades medievales, sino de la protección cualificada que requieren ciertos sujetos por razones bien tasadas. Se atiende a dicha regulación especial tanto en el ámbito universal como regional.

Palabras clave: Derechos humanos, Derechos de la mujer, Derechos de la infancia, Derechos de los pueblos indígenas.

Para acercarse a la temática de esta unidad, se invita a la reflexión de partida siguiente:

Presentación: especialización en derechos humanos

Frente al régimen general iushumanista (común a todo ser humano), en esta publicación se abordan las especialidades de los derechos humanos, tales como los derechos de las mujeres, de la infancia y de los pueblos indígenas. No se trata de una vuelta a los privilegios de ciertas comunidades y estamentos medievales, sino de la requerida protección cualificada que urge para ciertos sujetos, por razones bien tasadas y conformes con el resto del Ordenamiento. Se atiende a dicha regulación especial tanto en el ámbito universal como regional.

Para acercarse a la temática de esta publicación, se invita a la siguiente reflexión de partida:

¿Por qué es necesario establecer un marco jurídico especial que complemente el marco común de protección de los derechos humanos? En principio, porque hay determinados grupos que tienen mayor disposición a la vulnerabilidad ya que históricamente se han visto discriminados o porque no pueden reclamar directamente sus derechos. Así ha ocurrido con las mujeres, los niños y los pueblos indígenas (también se va impulsando el régimen especial de otros sujetos como los mayores o tercera edad y las personas con discapacidad)⁴.

Tal régimen especial, ¿genera privilegios? No, pues respeta el régimen común, permitiendo su adaptación a casos que requieren de una protección y promoción cualificada, evitándose así una discriminación, por no atenderse a las necesidades justificadas de aquellos que no pueden valerse por sí mismos, o que si se aplicara el régimen general tal cual, se verían vulnerados.

¿Cómo se logra conciliar el régimen general con el especial? Vía normas e instituciones específicas y concentradas en la adaptación del régimen general a la casuística que lo requiera.

Por tanto, lo visto hasta ahora ha sido lo tocante a las reglas generales: el régimen jurídico que nos ampara a todas las personas, frente a los poderes públicos y otros sujetos, por la mera condición de ser humano (todos somos titulares de dignidad humana y por ende, de derechos para su protección y

⁴ Alto Comisionado de Derechos Humanos: “Instrumentos jurídicos” (URL: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UniversalHumanRightsInstruments.aspx>).

promoción). El reconocimiento de eficacia jurídica generalizada de los derechos humanos tiene lugar con el tránsito a la Modernidad y su cultura de los derechos, dejándose atrás la restrictiva cultura del Derecho y sus privilegios por grupos sociales (como pasara hasta el Medievo, v.g. estamentos, gentes, gremios). Por tanto, la especialización en derechos humanos no es un retroceso a un régimen de privilegios, sino que una vez asentado el régimen común a toda persona, cabe profundizar en las especificaciones justificativas de su trato diferenciado a determinados sujetos a los que el régimen común resulta insuficiente. Luego, la especialización iushumanista atañe a aquellos que requieren de una protección y promoción cualificada, dado su mayor riesgo de vulnerabilidad, la dificultad para defender por sí mismos sus derechos, etc. En definitiva, se aborda aquí el régimen jurídico iushumanista de mujeres, niños e indígenas (entre otros muchos sujetos que requieren de un trato propio), como muestra de la diversidad y complejidad de la materia, así como de importancia de dotar de garantías cualificadas para sujetos que de otro modo no quedarían amparados.

1.- Derechos de las mujeres

Las mujeres, siendo la mitad de la población mundial (aproximadamente), ¿por qué necesitan de una protección especial? Ello se debe a su mayor vulnerabilidad social, pues pese a gozar de igual dignidad, sin embargo, las condiciones culturales no facilitan tal reconocimiento, provocándose una serie de discriminaciones que han de ser compensadas por el Derecho, para reequilibrar las relaciones sociales. De tal suerte, las mujeres han de recibir un especial cuidado iushumanista, con normas e instituciones propias, tal como se aclara a continuación.

1.1.- Regulación universal

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) regula los derechos de la mujer en sus instrumentos de derechos humanos generalistas (v.g. Carta de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales). En dichos instrumentos se incide sobre conceptos generales como la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, o la no discriminación por razones de sexo. Ahora bien, para lograr la efectividad de tal protección, la ONU cuenta con varios instrumentos específicos en materia de derechos de la mujer:

- *La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer:* adoptada por la asamblea General de Naciones Unidas el 7 de

noviembre de 1967, es el primer instrumento de derechos humanos específicamente dedicado a los derechos de la mujer, pero se trata de un instrumento no vinculante, es decir, de derecho dispositivo.

- *La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*: adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. Es el instrumento principal de Naciones Unidas en materia de protección de los derechos de las mujeres. Se basa en la declaración de 1967 y recoge los derechos civiles y la condición jurídica y social de la mujer. La Convención se divide en un preámbulo y seis partes en las que se recogen los derechos civiles y la condición jurídica y social de la mujer, pero además incluye aspectos relativos a la reproducción y a las relaciones entre sexos. La Convención cuenta con un Protocolo Facultativo en el que se establecen los mecanismos de denuncia e investigación de la convención y en el que además se crea el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.

Por otra parte, a través de diversos acuerdos internacionales, como la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de la ONU sobre Mujeres, Paz y Seguridad o la Declaración del Milenio y Los Objetivos del Milenio, se fijan compromisos mundiales para fortalecer los derechos de las mujeres. En concreto, la ONU cuenta con una serie de instituciones especializadas en la protección de los derechos de la mujer, como son:

- Comité sobre la Eliminación de Discriminación contra la mujer: establecido en el artículo 17 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, está formado por 23 expertos y su función principal es analizar los avances de los diferentes países en la aplicación de la Convención. Los estados parte de la Convención envían informes sobre la aplicación de la convención en sus respectivos estados y el Comité, tras analizarlos, formula propuestas y recomendaciones sobre la base del estudio.
- Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer: es una comisión operativa del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) cuya función es la de promover la igualdad de género y el avance de las mujeres. Realiza reuniones anuales con en las que están presentes representantes de los estados miembros, entidades de Naciones Unidas y Organizaciones no Gubernamentales

en ellas se examina el progreso hacia la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres, se identifican los retos pendientes y se establecen estándares y normas a nivel mundial.

- Entidad de la ONU para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer (ONU Mujeres): se trata de una nueva institución, constituida en 2010, durante la reforma general de la ONU. Podría decirse que es la entidad que recopila todas las acciones de que la ONU lleva a cabo en esta materia, sus áreas de atención son la *Violencia contra las Mujeres, la Paz y Seguridad, el Liderazgo y Participación, el Empoderamiento⁵ Económico, la Planificación y Presupuestos Nacionales y los Derechos Humanos* y su función principal es la de dar apoyo al resto de las instituciones anteriormente analizadas y dar asistencia a los estados miembros en estas materias.

1.2.- Regulación regional

Dada su mayor tradición y sensibilidad en el desarrollo de los regímenes especiales iushumanistas, se centra la atención en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y su Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

La protección de los derechos de la mujer es un tema prioritario para la OEA, para ello prevé una serie de instrumentos específicos para el reconocimiento, protección y promoción de los derechos de las mujeres, algunos de ellos ampliamente superados, como aquellos que regulan los derechos civiles y políticos de las mujeres o la nacionalidad de la mujer (Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer y la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer) y otros que todavía se encuentran de plena actualidad como la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer que analizamos a continuación. Ésta fue adoptada en Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994. En ella se define la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos y por tanto su objetivo es servir de marco para la erradicación de la violencia contra la integridad física, sexual y psicológica de las mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado; para lograr este objetivo en la Convención se establecen una serie de obligaciones para los Estados.

⁵ Término mal traducido y sin embargo generalizado hoy, pues empowerment ha de traducirse como apoderamiento. Vid. Sánchez-Bayón, A.: *Sistema de Derecho Comparado y Global*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

Existen varias instituciones u órganos encargados de velar por el cumplimiento de los diferentes instrumentos, fundamentalmente la Convención de Belem do Pará y de proteger los derechos de las mujeres en general:

En primer lugar, cabe destacar la labor de la *Comisión Interamericana de Mujeres* (CIM): es uno de los organismos especializados de la OEA, cuenta con autonomía técnica dentro de la Organización pero debe seguir las recomendaciones de la Asamblea General y de los Consejos de la OEA, asimismo, debe estar en sintonía y establecer relaciones con otros organismos internacionales encargados de las mismas materias⁶. Fue creada en la Habana en 1928 en la Sexta Conferencia Internacional Americana y está formada por 34 Delegadas (una por Estado Miembro) nombradas por sus gobiernos que se reúnen cada dos años en la llamada “Asamblea de Delegadas”, asimismo cuenta con una Presidenta, elegida de entre las Delegadas y varias Vicepresidentas (máximo de tres), un Comité Directivo, formado por la Presidenta, las Vicepresidentas y cinco Delegadas y una Secretaría Ejecutiva. Por otro, cada cuatro años la CIM convoca una reunión de Ministras o de Autoridades de Alto Nivel Responsables para la Promoción de la Mujer en los Estados Miembros (REMIM), que además de discutir temas relacionados con los derechos de las mujeres, preparan recomendaciones que se tratarán en otros foros de alto nivel como la Cumbre de las Américas.

Como funciones específicas de la CIM cabe señalar las siguientes⁷:

- a) Apoyar a los Estados Miembros, que así lo soliciten, en el cumplimiento de sus respectivos compromisos adquiridos a nivel internacional e interamericano en materia de derechos humanos de las mujeres y equidad e igualdad de género, incluyendo la implementación de los instrumentos internacionales e interamericanos, las provisiones adoptadas por las conferencias internacionales o interamericanas especializadas en la materia, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (la “Asamblea General”), las Cumbres de las Américas y la Asamblea de Delegadas de la CIM (la “Asamblea”);
- b) Apoyar los esfuerzos de los Estados Miembros para promover el

⁶ Carta de la OEA: Capítulo XVIII, Los Organismos Especializados.

⁷ Artículo 3 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres.

- acceso, la participación, la representación, el liderazgo y la incidencia, plenos e igualitarios, de las mujeres en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural;
- c) Promover la participación y el liderazgo de las mujeres en la planificación e implementación de políticas y programas públicos;
 - d) Asesorar a la Organización en todos los asuntos relacionados con los derechos de las mujeres y la igualdad de género;
 - e) Colaborar con los Estados Miembros, otras organizaciones internacionales, grupos de la sociedad civil, la academia y el sector privado para apoyar los derechos de las mujeres y la igualdad de género en la región;
 - f) Informar anualmente a la Asamblea General sobre el trabajo de la CIM, incluyendo aspectos relevantes de la condición de las mujeres en el hemisferio, los progresos alcanzados en materia de derechos humanos de las mujeres y la equidad e igualdad de género y sobre temas de especial preocupación en este contexto, y elevar a los Estados Miembros recomendaciones concretas en relación con lo anterior;
 - g) Contribuir al desarrollo de la jurisprudencia internacional e interamericana sobre los derechos humanos de las mujeres y la equidad e igualdad de género;
 - h) Fomentar la elaboración y adopción de instrumentos interamericanos para el reconocimiento de las mujeres como sujetos de derechos y agentes de la democracia;
 - i) Promover la adopción o adecuación de medidas de carácter legislativo necesarias para eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres.

Para cumplir con dichas funciones, la CIM elabora planes estratégicos, planes bienales de trabajo y planes de acción, en los que se abordan diferentes temas para lograr una verdadera igualdad de género⁸ que garantice el respeto de los derechos de las mujeres.

Los Instrumentos jurídicos que regulan el funcionamiento de la CIM son:

⁸ Nótese ya el calado del discurso de género (con sus velos de confusión), que más que ayudar a avanzar en un régimen especializado para la consecución efectiva de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, fomenta una tensión entre ambos (se traslada la dialéctica de patrón-obrero a las relaciones de género); además de renunciarse al componente natural (v.g. biológico, psicológico) para restringirse a uno cultural sesgado –que igualmente entrará en colisión con el colectivo de minorías sexuales LGTB-. Vid. Sánchez-Bayón, A.: *Universidad, ciencias y religión en los EE.UU.*, Porto: Síndéresis, 2015.

- Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres
- Reglamento de la CIM
- Reglas de Procedimiento de la Asamblea de Delegadas de la CIM
- Acuerdo entre la CIM y la Organización de los Estados Americanos.

Otro instrumento especializado clave a destacar es el *Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (MESECVI): tal instrumento fue constituido en octubre de 2004, para permitir realizar un seguimiento de cómo la Convención está siendo aplicada. Este Mecanismo está directamente vinculado con la Secretaría General de la OEA, la Secretaría de la CIM y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El MESECVI consta de dos órganos: la Conferencia de los Estados Parte (órgano político, integrado por los representantes de los Estados miembros de la Convención, reuniéndose de manera ordinaria cada dos años, o cuando se considere necesario de manera extraordinaria); y el Comité de Expertos/as⁹ (órgano técnico), integrado por expertos en la materia designados por los Estados de la Convención, reuniéndose cuando convenga.

Los objetivos del Mecanismo son los siguientes¹⁰:

- a) Dar seguimiento a los compromisos asumidos por los Estados Parte de la Convención y analizar la forma en que están siendo implementados;
- b) Promover la implementación de la Convención y contribuir al logro de los propósitos establecidos en ella; y
- c) Establecer un sistema de cooperación técnica entre los Estados Parte, el cual estará abierto a otros Estados Miembros y Observadores Permanentes, para el intercambio de información, experiencias y mejores prácticas como medio de actualizar y armonizar sus legislaciones internas, cuando corresponda, y alcanzar otros objetivos comunes vinculados a la Convención.

Para llevar a cabo su labor el MESECVI pone en marcha las rondas de evaluación y seguimiento: los Estados parte se comprometen a aportar información al MESECVI sobre las medidas implementadas en las seis áreas

⁹ Muestra de la confusión lingüística iniciada por el enfoque de género, anteriormente aclarado.

¹⁰ Estatuto del MESECVI Artículo 1.1

de acción de la Convención (legislación, planes nacionales, acceso a la justicia, servicios especializados, presupuestos e Información y estadísticas) y la convención tras analizar la información, publica un informe de seguimiento de las recomendaciones.

Los Instrumentos jurídicos que regulan el funcionamiento de la MESECVI son:

- Estatuto del MESECVI
- Reglamento de la Conferencia de Estados Parte
- Reglamento del Comité de Expertos/as CEVI

Por último, entre los instrumentos especializados a destacar, se llama la atención sobre la *Relatoría de los Derechos de las Mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (RDM): es una de las diez Relatorías temáticas que la CMIDH estableció para impulsar el reconocimiento, promoción y protección los derechos de grupos especialmente vulnerables. Se estableció en 1994 y funciona bajo el mandato de un Comisario elegido por cuatro años. Inicialmente su función era la de comprobar en qué medida los Estados Miembros de la OEA cumplen sus obligaciones en materia de derechos humanos, en concreto los que inciden sobre los derechos de las mujer establecidos en los diferentes instrumentos analizados.

Entre sus funciones la Relatoría debe elaborar recomendaciones a los Estados de la OEA, asistir a la CMIDH en los casos de violaciones de Derechos humanos que impliquen alguna violación de derechos relacionada con el género, realizar estudios temáticos sobre casos concretos en los Estados Miembros o realizar visitas, organizar conferencias, seminarios, actividades de promoción, etc.

2. Derechos de la infancia

A diferencia de las mujeres, la infancia es una categoría transitoria, que incluye a niños y jóvenes, quienes requieren de una especial protección mientras no puedan hacer valer por sí mismos sus derechos –de ahí la tutela especializada durante su minoría de edad-. El gran reto jurídico es armonizar qué se entiende por infancia, pues los estándares nacionales son muy divergentes entre sí, además de requerir consonancia con las transformaciones sociales en curso (vid. infra nueva violencia infantil).

2.1.- Regulación universal

Desde la constitución de la ONU (tras la II Guerra Mundial), la protección de los derechos de la infancia ha jugado un papel relevante en su desarrollo

(v.g. UNICEF, 1946). Este sistema de protección se basa en cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo la participación de los niños en los procesos que les afecten. Para cumplir con estos principios la ONU cuenta con dos instrumentos fundamentales:

La Declaración de los Derechos del Niño: Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1959, establece 10 principios básicos para la protección de los niños¹¹: *derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad, derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño, derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento, derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados, derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física, derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad, derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita, derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia, derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación, derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.*

La Convención sobre los Derechos del Niño: adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990, resulta el principal instrumento internacional para la protección y promoción de los niños (amparándose a los mismos y la propia condición de infante o infancia –el problema es que, como buena parte de la regulación internacional, tiene tal desfase, que se ajusta a las transformaciones sobrevenidas, v.g. nueva violencia infantil-). Los derechos establecidos en este tratado son de corte imperativo (*hard-law*), es decir son de obligado cumplimiento por los Estados parte, a diferencia del derecho dispositivo o *soft-law*¹² de la Declaración homónima precedente (confiriéndose así la condición de *ius cogens* al respecto).

La citada convención cuenta, a su vez, con dos Protocolos facultativos: el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños (relativo a la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado por la Asamblea General en su Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, que entró en vigor el 18 de enero de

¹¹ Declaración de los derechos del Niño.

¹² Vid. Sánchez-Bayón, A.: *Introducción al Derecho Comparado y Global*, Madrid: Delta, 2011. – *Sistema de Derecho Comparado y Global*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

2002); y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (adoptado por la Asamblea General en su Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, que entró en vigor el 12 de febrero de 2002).

La ONU articula su sistema sobre la materia mediante una serie de instituciones especializadas (en derechos de la infancia):

- Comité por los Derechos del Niño: es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de sus dos protocolos. Todos los estados parte deben presentar informes periódicos sobre la situación de la infancia en sus respectivos países, el comité, una vez analizado cada informe, expresa a los estados sus valoraciones llamadas “observaciones finales”.
- Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF): fundado en 1946, para ayudar a los niños europeos tras la guerra, es una de las agencias especializadas de la ONU más conocidas y más cercanas a los ciudadanos. En 1953 se convirtió en un organismo permanente dentro del sistema de la ONU y su misión es proteger los derechos de los niños. Llevan a cabo programas de cooperación y acciones de emergencia y en los países más desarrollados promueven políticas y alianzas por la infancia. Se centran en los siguientes ámbitos: Educación e igualdad, supervivencia infantil y materna, el VIH/SIDA y la infancia y la protección frente al abuso y la explotación. Posee oficinas en cada uno de los países parte y emprende labores de cooperación con sus gobiernos.

2.2.- Regulación regional

El SIDH carece de instrumentos específicos para la protección de los derechos de la infancia, no obstante asume, al igual que ocurre con otras materias, la regulación universal de la ONU. A pesar de esta carencia de instrumentos concretos, el SIDH cuenta con varias entidades especializadas en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes:

- Relatoría sobre los Derechos de la Niñez: constituida durante el periodo ordinario de sesiones, celebrado en Washington D.C. del 24 de septiembre al 13 de octubre de 1998 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su función es la de fortalecer el respeto a los derechos humanos de los niños y los adolescentes en América. La Relatoría realiza las siguientes funciones: Presta apoyo a la Comisión mediante el análisis especializado de las denuncias presentadas

relativas a esta materia, elabora estudios sobre los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, realiza visitas a los países de la región que le permitirán formular recomendaciones para una mayor protección de los derechos de la infancia y lleva a cabo actividades de promoción sobre la protección de los derechos humanos de la infancia (organización de reuniones, seminarios talleres, etc.)

- Instituto Interamericano del Niño, la Niña y los Adolescentes: es un organismo especializado de la OEA, en materia de niñez y adolescencia incorporado a esta en 1949 –revisado conforme a enfoque de género tras la globalización-. Su función clave es ayudar a los Estados en el desarrollo e implementación de políticas para la protección y promoción de los derechos de los niños y adolescentes. Los temas prioritarios del instituto son: primera infancia, desastres naturales y violencia (v.g. sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes-SINNA); justicia para adolescentes en materia penal (v.g. explotación sexual de niños, niñas y adolescentes-ESCNNA); formación y actualización sobre derechos de la niñez y adolescencia, etc.
- Ombudsman de Niñez y Adolescencia: se trata de la figura del defensor del menor, quien realiza propuestas para un mejor tratamiento y manejo de la información relativa a la niñez y adolescencia, especialmente en los medios de comunicación.

3.- Derechos de los pueblos indígenas¹³

Por pueblos indígenas, se alude a aquellas comunidades no-occidentales, previas al Colonialismo y supervivientes al mismo, pero cuya continuidad se halla en condiciones de alta vulnerabilidad. El gran reto es cómo dar cobertura jurídica para mantener su forma de vida ancestral, haciéndola compatible con Occidente y otras fórmulas no-occidentales, igualmente en relación.

Su protección efectiva (desde un planteamiento de positivismo formalista) partió de ítems como sintetizados en la figura y ampliados en los epígrafes siguientes:

¹³ Si las anteriores materias de régimen especial se han visto permeadas –y comprometidas por ello- por el discurso de género y demás velos de confusión posmodernos, la materia de pueblos indígenas ha sido una de las más afectadas por el socialismo cultural, vid. Sánchez-Bayón, A.: “Revitalizaciones religiosas postmodernas en América y sus riesgos para la democracia y los derechos humanos”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado-Iustel* (nº 11), mayo 2006, p. 1-23.

Devenir del positivismo formalista sobre los pueblos indígenas en materia iushumanista¹⁴

Ámbito universal: comenzó a tratarse en el marco de la Sociedad de Naciones (art 22 de Estatuto fundacional), más los primeros trabajos de la Oficina Internacional del Trabajo (más tarde, la Organización Internacional del Trabajo-OIT). Ya en el vigente marco de la ONU, cabe destacar su interés por la materia en la Carta de la ONU de 1945 (arts.2 y 73), la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Convención contra el Genocidio de 1948, la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales de 1960 (Res. 1514XV, 1541XV, 2625XXV), la Convención contra la Discriminación Racial de 1965, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.1,8,9,26,27), el Pacto Internacional de Derecho Económicos y Sociales de 1966 (art.1), la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Declaración sobre Derechos de Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas de 1992, la Declaración y Programa de Acción de Durban de 2001, y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. Entre sus instituciones más sobresalientes cabe destacar (entre 1980-00): la Relatoría especial (Subcomisión sobre Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías 1980/Comisión Derechos Humanos 2001), el Grupo de Trabajo (Comisión de Derechos Humanos), el Caucus Indígena (países comprometidos), el Foro Permanente sobre Asuntos Indios (Consejo Económico y Social), el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo 1995-04, el Programa de Acción de Durban 2001, etc.

Ámbito sectorial: Organización Internacional del Trabajo: Convenio nº 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales o semitribales en los países independientes 1957, Convenio nº 169 sobre pueblos indígenas y tribales en los Estados independientes 1987. Banco Mundial: Directiva operacional 4.20 sobre efectos del desarrollo industrial en áreas tradicionalmente ocupadas por grupos indígenas 1991.

Ámbito regional (OEA): Carta de la Organización de Estados Americanos 1948-51 (arts.3&100); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre 1948 (arts.2,3,4,22); Carta Internacional Americana de Garantías Sociales 1948 (arts.14,39); Pacto de San José o Convención Americana DDHH 1969 (arts.1,12,13,16,22,27); Convención Interamericana sobre Extradición 1981 (art.4); Convención para Erradicar la Violencia contra la Mujer 1994 (art.4); Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos

¹⁴ Vid. González, M., Sánchez-Bayón, A.: *Derecho Eclesiástico de las Américas*, Madrid: Delta, 2009. – RIDE. *Regulación Iberoamericana de Derecho Eclesiástico*, Madrid: Delta, 2011. – “Libertades fundamentales en las Américas: devenir de la libertad religiosa en América Latina, los Estados Unidos de América y el Sistema Interamericano”, en *Revista Jurídica-Universidad Autónoma de Madrid* (nº 14), 2006, p. 107-126.

de los Pueblos Indígenas 1997 (arts.10,14,15); Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias 1999 (art.4); Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión 2000 (ppio.2); Convención Interamericana contra el Terrorismo 2000 (art.14); Declaración de Lima o Carta Democrática 2001 (art.9); etc. Cabe destacar la labor de las Relatorías de la Comisión sobre Libertad de Expresión (1980-00) y sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2000's); Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1980-00)

Ámbito nacional (países latinoamericanos): Constituciones Venezolanas de 1961 y 1999 (arts.119-126), Argentina 1853-revisada 1994 (art.75), Bolivia 1967 (art.171), Brasil 1989 (art.231,232), Colombia 1991-revisada 1995 (art.246-48,286,329,330,357), Ecuador 1992-revisada 1998-otra 2008 (art.83-85), Guatemala 1985 (arts.66-70), Honduras 1994 (art.173), México 1995 (art.4,27), Nicaragua 1986 (arts.8,11,89-91,180), Panamá 1972 (arts.119,122,123), Paraguay 1992 (arts.62-67), Perú 1993 (arts.48,89,149).

Problemas: condescendencia judeocristiana v. propaganda neomarxista; articulado tardío y falta de condición orgánica; etnocentrismo europeo-continental -> necesidad de deconstrucción: desmontar inferencias, imposturas y falacias.

3.1.- Regulación universal

Desde que en 1982 se estableciera en el seno de la ONU un Grupo de trabajo especializado en pueblos indígenas dentro de la Subcomisión de Derechos Humanos, la protección de los pueblos indígenas ha ido tomándose en consideración en la Organización.

Se considera a estos pueblos ancestrales, denominados también “primeros pueblos”, pueblos tribales, aborígenes y autóctonos, cuya población asciende a 370 millones de personas, unos de los pueblos más desfavorecidos del mundo ya que han sido excluidos de los procesos de decisión, explotados y han visto violados sus derechos sistemáticamente¹⁵.

Es importante tener claro la noción jurídica de pueblos indígenas, ya que esta no puede ser confundida con el concepto de “minorías” utilizado en la cultura occidental, si no que para definir a estos grupos se necesita de una categoría jurídica propia

El Instrumento fundamental para la protección de los pueblos indígenas es la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: Es la primera declaración internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y fue adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007 durante la sesión 61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Se trata de un instrumento

¹⁵ <http://www.un.org/es/globalissues/indigenous/>

de derechos dispositivo (Soft Law) que carece de fuerza jurídica, pero refleja el compromiso de la organización con estos pueblos y establece un marco universal de estándares mínimos para la protección de los pueblos indígenas. En la Declaración se incluyen aspectos como la identidad cultural, la educación, el empleo o el idioma, pero una de las características más innovadoras del proyecto es la inclusión de los derechos colectivos, una reclamación imprescindible de los representantes de los pueblos indígenas para que verdaderamente se reconocieran sus derechos.

Ahora bien, anteriores a la Declaración son las Convenciones 107 (1957) y 169 (1989) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): La OIT es un organismo especializado de la ONU, encargada de promover los derechos laborales de los trabajadores del mundo, que ha sido la primera en realizar una defensa más activa de los derechos de los pueblos indígenas, en concreto de sus derechos políticos, económicos y sociales, reconocidos en estos dos convenios, que crean obligaciones jurídicas para los estados miembros que los han ratificado

El Convenio N° 107, aprobado en 1957, fue el primer instrumento internacional de gran alcance que enunció los derechos de las poblaciones indígenas y tribales y las obligaciones de los estados parte, aunque utilizaba términos que hoy en día podemos calificar de arcaicos al referirse a los pueblos indígenas como poblaciones “menos avanzadas”. El Convenio 169, sin embargo, se adapta mejor a las demandas de los pueblos ya que parte del principio de que se han de respetar las culturas e instituciones de los pueblos indígenas y tribales y se da por supuesto su derecho a seguir existiendo en el seno de sus sociedades nacionales.

Además de estos instrumentos, existen una serie de órganos en el seno de la ONU, centrados en los derechos de los pueblos indígenas:

- Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas: establecido en virtud de la resolución 1982/34 del Consejo Económico y Social, es un órgano subsidiario de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (dependiente a su vez, de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos), su función es la de examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, presentando especial atención a la evolución de las normas relativas a los derechos de las poblaciones indígenas. Este grupo está formado por expertos independientes y miembros de la Subcomisión y también pueden participar representantes de los

pueblos indígenas¹⁶.

- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (UNPFII): Es un Órgano subsidiario del ECOSOC que se ocupa de las cuestiones indígenas relacionadas con el desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos, sus funciones son las de prestar asesoramiento especializado y formular recomendaciones sobre las cuestiones indígenas al Consejo y a otros organismos de la ONU, promocionar e las actividades relacionadas con las cuestiones indígenas dentro del Sistema universal de la ONU y preparar y difundir informaciones sobre las cuestiones indígenas

3.2.- Regulación regional

La protección de los derechos de los pueblos indígenas es uno de los elementos singulares de la OEA en el marco de la protección de los derechos humanos, esto se debe a la importante presencia de grupos indígenas en el continente americano y al interés mostrado por esta organización hacia estos grupos desde su inicio.

En el seno de la OEA y en el SIDH se han llevado a cabo varias iniciativas para el reconocimiento, promoción, protección de los derechos de estos pueblos, aunque en realidad ninguno de los instrumentos jurídicos mencionados en el capítulo anterior (Carta de la OEA, Declaración Americana de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos) hace una referencia explícita a los derechos de pueblos indígenas. Al no existir un marco legal concreto para la regulación de los derechos de los pueblos indígenas en el seno de la OEA, será el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el que soporte el peso del Reconocimiento, Protección y Promoción de los pueblos indígenas, que llevará a cabo a través de sus órganos e instrumentos jurídicos generales, así como a través de otras normas internacionales existentes y en concreto los tratados internacionales específicos sobre derechos de los pueblos indígenas (Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, Convenciones 107 y 169 de la OIT)

Desde 1997 la OEA se encuentra inmersa en sacar a delante el “Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” a través de un Grupo de Trabajo que se dedicará exclusivamente a poner en marcha el Proyecto para crear un verdadero instrumento jurídico que regule

¹⁶ <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/groups/wgip.htm>

la cuestión indígena.

Si el proyecto finalmente se materializa y se redacta una Declaración para proteger los derechos de los pueblos indígenas que a su vez sea de obligado cumplimiento para todos los estados miembros de la OEA podría suponer un gran avance para la OEA en materia de derechos humanos ya que se establecería un marco jurídico específico que los estados miembros deberían respetar. Hasta la fecha el Grupo de Trabajo no ha conseguido ponerse de acuerdo sobre la Declaración, lo que ha provocado un gran retraso en la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Con la excepción de la Relatoría sobre Pueblos Indígenas, dependiente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no existe ningún órgano específico que regule la protección de los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo los órganos del SIDH dedican parte de su trabajo al reconocimiento, protección y promoción de los derechos de estos grupos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos comenzó a tomar en consideración los derechos de los pueblos indígenas en 1972, fecha de la adopción de la Resolución “*La Protección Especial para las Poblaciones Indígenas. Acción para combatir el racismo y la discriminación racial*”. En esta Resolución la Comisión afirma que “*por razones históricas y principios morales y humanitarios, proteger especialmente a las poblaciones indígenas es un compromiso sagrado de los Estados*”¹⁷.

Asimismo, desde 1993 los informes de la Comisión incluyen una sección específica a los derechos de los pueblos indígenas. Esta sección ha contribuido en dar a conocer al público en general la situación de la que se encuentran los pueblos indígenas en los países miembros de la OEA.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su labor de Tribunal Internacional ha analizado ya múltiples casos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas, hasta la actualidad el caso más relevante en esta materia es el caso de la Comunidad Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni contra Nicaragua, conocido como Caso AwasTingni. Se originó con una petición en la Comisión en 1995 y desembocó en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha sentado precedente en materia de derechos de los pueblos indígenas a la vez que supuso un impulso al reconocimiento, promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas por parte del SIDH.

¹⁷ Dicha resolución se transcribe en el Informe 12/85 Caso Yanomami. CASO N° 7615 (BRASIL). 5 de marzo de 1985.

Con el objetivo de profundizar en este reconocimiento, protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas en el seno de los países miembros de la OEA, La Comisión creó en 1990 la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; La labor de este grupo es la de apoyar la labor de la Comisión en todos los temas vinculados a los pueblos indígenas, colaborando en la elaboración de estudios sobre derechos de los pueblos indígenas, realizando conferencias, seminarios y reuniones, participando en el análisis de las peticiones individuales y solicitudes de medidas cautelares o apoyando las visitas a las comunidades indígenas organizadas por la Comisión.

Conclusiones

Como balance de lo visto en esta unidad, cabe destacar las siguientes ideas clave:

- Los derechos humanos, como reciente rama específica de Derecho público, cuanta con un régimen general, común a todas las personas físicas (basado en su dignidad humana); pero también dispone de un rico régimen especial, en el que se atiende a los requerimientos necesarios para una correcta protección de aquellas personas en riesgo de vulnerabilidad.
- No se trata de privilegio alguno, sino que dentro del marco iushumanista, se trata de adecuar su protección y promoción para volverla más efectiva y garantista.
- Entre los colectivos amparados por el régimen especial están las mujeres (para su promoción, en igualdad con los hombres), los niños (para su protección, mientras son menores de edad), y los pueblos indígenas (para garantizar su supervivencia, de manera compatible con otras formas de vida).

Bibliografía

Se recopilan aquí tanto las citas realizadas a lo largo de la unidad, como aquellas que se sugieren para poder profundizar en la materia.

González, M., Sánchez-Bayón, A.: *Derecho Eclesiástico de las Américas*, Madrid: Delta, 2009.

González, M., Sánchez-Bayón, A.: *RIDE. Regulación Iberoamericana de Derecho Eclesiástico*, Madrid: Delta, 2011.

González, M., Sánchez-Bayón, A.: “Libertades fundamentales en las Américas: devenir de la libertad religiosa en América Latina, los Estados Unidos de América y el Sistema Interamericano”, en *Revista Jurídica-Universidad Autónoma de Madrid* (nº 14), 2006, p. 107-126.

Sánchez-Bayón, A.: “Revitalizaciones religiosas postmodernas en América y sus riesgos para la democracia y los derechos humanos”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado-Iustel* (nº 11), mayo 2006, p. 1-23.

Sánchez-Bayón, A.: “Conocer y gestionar las esferas sociales en la globalización: de las religión, la política y el derecho en las Américas del nuevo milenio”, en *ICADE-Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* (nº 81), sept.-dic. 2010, p. 103-146.

Sánchez-Bayón, A.: *Introducción al Derecho Comparado y Global*, Madrid: Delta, 2011.

Sánchez-Bayón, A.: *Sistema de Derecho Comparado y Global*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

Sánchez-Bayón, A.: *Universidad, ciencias y religión en los EE.UU.*, Porto: Síndéresis, 2015.

Webgrafía:

Alto Comisionado de Derechos Humanos: “Instrumentos jurídicos” (URL: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UniversalHumanRightsInstruments.aspx>).

ONU-Mujeres (URL: <http://www.unwomen.org/>).

OEA-Mujeres (URL: <http://www.oas.org/es/temas/mujer.asp>).

UNICEF (URL: <http://www.unicef.es/>).

OEA-Base de datos especializada en niñez, adolescencia y derecho de familia (URL: <http://www.badaj.org/>).

ONU-Pueblos indígenas (URL: <http://www.un.org/es/globalissues/indigenous/>).

OEA-Pueblos indígenas (URL: http://www.oas.org/es/sla/ddi/pueblos_indigenas.asp).

A responsabilidade dos estados pelos atos praticados por grupos paramilitares sob a ótica dos Direitos Humanos: análise da situação na Colômbia*

Paula Costa Ramos¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregón²

Sumário: Introdução. **1** Função e objetivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **2** Os grupos paramilitares na Colômbia. **3** O compromisso dos Estados-Partes. **3.1** Responsabilidade internacional. **3.2** Os parâmetros dos deveres internacionais aplicáveis aos Estados. **3.3** Omissão, aquiescência ou controle efetivo praticados pelo Estado. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente estudo propõe-se especialmente a uma análise de casos internacionais que versem sobre grupos paramilitares, considerados ilegais perante à ordem interna dos Estados, os quais possuem atuação que fere o âmbito dos direitos humanos resguardados na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Para isso, verifica-se como surgiram os paramilitares na região da Colômbia, tendo em vista ser um dos países que mais

* Recibido: 17 setiembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Graduanda em Direito pela FDV – Faculdade de Direito de Vitória. Pesquisadora assistente do Vitória Circle Research Group, FDV.

przpaularamos@gmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Especialista em Direito Internacional pela FESP/SP – Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Professor de Direito Internacional na FDV. Advogado.

mfqobregon@yahoo.com.br

responde internacionalmente por atos de paramilitares. Dessa forma, serão utilizados como base teórica os casos da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos para definir quais são os parâmetros de deveres estatais que devem ser respeitados para que se evite uma responsabilidade internacional por atos de terceiros.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Paramilitar, Responsabilidade Internacional, Deveres Estatais.

The responsibility of states by the acts practiced by paramilitary groups under the optics of Human Rights: analysis of the situation in Colombia

Abstract: The present study proposes, in particular, an analysis of international cases that deal with paramilitary groups, considered illegal before the internal order of the States, this act violates the scope of human rights protected in the American Convention on Human Rights. For this, it is verified how paramilitaries arose in the region of Colombia, in view of being one of the countries that responds most internationally for acts of paramilitaries. For the evaluation, it will be based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights should set the identification of state duties that should be respected to what is avoided the responsibility in international.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights. Paramilitary. International Responsibility. State Duties.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca, inicialmente, apresentar a importância da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão), igualmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte), no contexto dos direitos internacionais das Américas. Também, expõe as competências consultivas e contenciosas da Corte, em análise aos artigos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Convenção).

Após, buscou-se investigar qual é a definição dada pela Corte para paramilitares, e o reconhecimento do início dos grupos. A análise foi promovida baseada na historicidade da situação na Colômbia, haja vista que este é um dos países que mais responde internacionalmente pelos atos provocados pelos paramilitares.

Diante da constatação do conteúdo de paramilitar, indaga-se a responsabilidade do Estado a nível internacional referente aos atos cometidos pelos grupos ilegais. Para tanto, faz-se uma análise dos artigos da Convenção na finalidade de encontrar quais situações deferem a culpabilidade na Comissão, bem como, se necessário, na Corte.

Em fase de julgamento, na competência contenciosa da Corte, é definido quais são os parâmetros de deveres dos Estados para fazer frente à atuação de grupos paramilitares. Dessa forma, é apresentada a lista de ações positivas requisitadas aos Estados para que não haja imputação de infrações aos direitos humanos.

Todavia, ainda ressalta que, além do respeito aos deveres internacionais estatais, faz-se necessário que não haja outros comportamentos que sejam omissivos, ao não promover medidas suficientes para paralisar e dismantlar os grupos ilegais, ou proceder-se aquiescentes, ao permitir a atuação paramilitar em território doméstico, bem como, não porta-se no controle efetivo no grupo, ao dispor de treinamentos militares ou suporte de armas.

Dessa forma, esse estudo será desenvolvido em capítulos que versarão, sobre a função e objetivos da Corte e da Comissão; como se formaram os grupos paramilitares na Colômbia; o compromisso dos Estados-Partes com a Convenção que geram a responsabilidade internacional; quais são os parâmetros dos deveres internacionais; e o impedimento de omissão, aquiescência ou controle efetivo praticados pelo Estado.

1 FUNÇÃO E OBJETIVOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Existem três grandes tribunais internacionais no mundo para atender as demandas de direitos humanos, no plano internacional. Esses tribunais são conhecidos como os Sistemas Regionais de Proteção, haja vista serem localizadas em regiões diferentes do globo para atender em um plano regional, sendo dividido um para as Américas, um para a Europa e outro para a África³.

No âmbito das Américas, os competentes para avaliar as situações referentes a direitos humanos é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão), bem como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte), conforme exegese do art. 33 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Convenção).

Em uma comparação dos tribunais internacionais ao sistema interno dos países, a Comissão atua como 1ª instância e a Corte como uma 2ª instância.

As competências auferidas pela Corte, que é quem produz a sentença final em âmbito internacional é dividida na competência consultiva e na competência contenciosa, devido aos arts. 61, 62, 63 e 64 da Convenção.

Na competência consultiva, a Corte pode se manifestar sobre documentos internacionais que não se refiram aos Tratados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁴. Nessa atuação, apenas será interpretado o conteúdo de normas de direito internacional em abstrato, isso é, sem a sua real ocorrência em determinado caso.⁵ Tal atribuição é concebida através da solicitação dos Estados-membros, que provocarão a Corte à produzir pareceres para interpretar os direitos, como se observa no art. 64.1 e 64.3 da Convenção.

³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339.

⁴ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos. In: **O sistema de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. Coordenação Luiz Flávio Gomes, Flávia Piovesan. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 43 e 44.

⁵ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 4.ed. ver., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 254.

Na função contenciosa, somente poderá conter na sentença documentos de dentro do marco do Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁶. Nessa atuação, a Corte aprecia os fatos e direitos relacionados à ele quando um caso lhe é submetido pela Comissão, com o objetivo de produzir sentença.

As jurisprudências da Corte são firmes em afirmar a competência contenciosa com base no art. 62.3 da Convenção⁷ que aduz:

A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido desde que os Estados partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

A segunda parte do referido dispositivo, prevê a necessidade dos Estados-partes de além de ratificar a Convenção, reconhecer a referida competência da Corte, em respeito ao art. 62.1 da Convenção⁸ que expressa que os Estados devem “[...] declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção”.

A sentença proferida é título executivo com força vinculante e obrigatória, devendo o Estado promover de imediato o seu cumprimento⁹. Esse entendimento provavelmente é advindo do artigo 68.1 da Convenção¹⁰ que impõe que “os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

2 OS GRUPOS PARAMILITARES NA COLÔMBIA

A Colômbia é um dos países que mais possui casos contenciosos que foram discutidos e julgados pela Corte, tendo por objeto principal a atuação de grupos ilegais. Desse modo, será analisado a formação dos grupos e as decisões da sentença em casos de grupos ilegais que ocorreram neste país.

⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-1/82. 1982. “Otros Tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la CADH). SOLICITADA POR EL PERÚ. Serie A No 1. §§ 22 e 23.

⁷ OEA. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. 1969. Art. 62.3.

⁸ Ibid. Art. 62.1.

⁹ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos. In: **O sistema de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. Coordenação Luiz Flávio Gomes, Flávia Piovesan. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 45.

¹⁰ OEA. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. 1969. Art. 68.1.

Em vista disso, a Corte traçou uma análise histórica no caso nomeado por *Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*. O que determina, em primeiro lugar, os peticionários, que neste caso foi a população da cidade chamada Mapiripán¹¹, localizada no Estado da Colômbia, país responsável pelas ilegalidades.

A história conta que na Colômbia durante a década de 60 surgiram diversos grupos guerrilheiros que desencadearam uma sucessão de infrações aos direitos humanos, a ponto de fazer com que o Estado da Colômbia declarasse estado de sítio em seu território¹².

Observa-se que o Estado erroneamente se omitiu à formação e crescimento desses grupos, motivo pelo qual afetou ainda mais a proteção dos direitos humanos da população local. Além do mais, a imediata ação do Estado foi combater o terror com mais terror.

Assim, diante da situação de emergência, o Estado criou o Decreto Legislativo 3398 que tinha o objetivo de organizar a defesa nacional. Neste instrumento, foi autorizado a criação de outros grupos armados, denominados “grupos de autodefesa” para que trabalhassem pela defesa nacional contra os grupos guerrilheiros¹³.

O decreto tinha objetivo ser transitório, mas foi modificado para se tornar permanente. Sendo assim, instaurou-se normas que davam permissão ao governo para recrutar homens e mulheres, não inscritos no serviço armado, para prestarem atividades que tinham o objetivo de garantir a normalidade. Para isso, o Estado poderia fornecer armamentos de uso exclusivo das forças armadas do país¹⁴.

Cabe ressaltar também que a responsabilidade do Estado, parte inicialmente da sua negligência. Isso ocorre, pois o país cria grupos armados, formados de cidadãos normais, que não possuem qualquer ambição de se juntar às forças armadas. Porém, numa tentativa desesperadora de manter os direitos humanos na sua cidade, aceitam a imposição do governo.

Na década de 80, os grupos de autodefesa se desviaram de suas finalidades iniciais e se converteram em grupos denominados paramilitares. Motivo pelo

¹¹ Município Colombiano situado no departamento do META com uma população aproximada de 49.775.090. Disponível em: <<https://countrymeters.info/pt/Colombia>>. Acesso em 12 ago. 2018.

¹² Corte IDH. Caso de La “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. 2005. Serie C No. 134, § 96.1.

¹³ Corte IDH. Caso de La “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. 2005. Serie C No. 134, § 96.1.

¹⁴ Ibid. 92.2

o qual o Estado revogou as normas do decreto 3398, além de acrescentar ao código penal o crime de tráfico de armas e munições de uso privativo das forças armadas¹⁵.

É com obviedade que podemos afirmar que a ação Estatal não foi promovida sob um viés humanitário. Isso pois, poderia ser prevista da dispersão dos grupos de auto defesa, vez que deteriam alto poder por possuir permissão para atacar, assim como armas de forte potencial destruidor.

Porém, também cabe dizer a responsabilidade dos cidadãos que, assumindo a responsabilidade de combater as ilicitudes, deveriam se portar de forma rígida sob a face da lei, sem que viessem a desviar de suas finalidades iniciais e gerar um nível maior de agressão aos direitos humanos, que eles pretendiam finalizar.

Em vista desses acontecimentos, a Corte entendeu por grupos paramilitares, àqueles que, criados e mantidos pelo Estado com um objetivo inicial lícito, se desvencilhou por livre arbítrio das suas funções passando a agir autonomamente provocando violações aos direitos humanos, então são considerados como “foras da lei” pelo governo¹⁶.

3 O COMPROMISSO DOS ESTADOS-PARTES

3.1 RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

Conforme o artigo 1.1 da Convenção¹⁷, intitulado como a obrigação de respeitar os direitos e dispõe que “os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição [...]”.

Dessa forma, observa-se que os Estados ao se tornarem signatários assumiram a responsabilidade de respeitar os direitos expressos na Convenção, e, portanto, têm o dever de cumprir com todas as regras. De modo tal, que se tornam responsáveis pelas infração dos artigos que se relacionem com o direito afligido, além de concorrentemente responderem pelo artigo 1.1 supracitado¹⁸.

¹⁵ Corte IDH. Caso de La “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. 2005. Serie C No. 134, 92.4

¹⁶ Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. 2008. Serie C No. 192, § 76.

¹⁷ OEA. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. 1969. Art. 1º.

¹⁸ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. 1988. Serie C No. 4, §162.

Esse artigo tem fundamental importância, haja vista que imputa quais são as situações as quais os Estados responderão no âmbito internacional pelos direitos humanos infringidos em seu território.

De acordo com a literalidade do artigo, os Estados partes têm o dever fundamental de respeitar e garantir os direitos fundamentais listados na Convenção, de modo que a ação estatal agressiva à tais regras, ou a omissão das forças públicas por atos de terceiros, geram a responsabilidade internacional¹⁹.

Em relação aos grupos paramilitares, como visto no último tópico, sua criação adveio do próprio Estado, mas veio a se desvencilhar do poder público, sem que houvesse ações suficientes para dismantelar os grupos ilegais. Além do mais, por vezes, observa-se que agentes da força armada agem em conjunto com os grupos armados, provocando condutas omissivas, aquiescentes ou mesmo de controle efetivo sobre os paramilitares.

Nestes casos, a Corte também tem declarado a responsabilidade internacional dos Estados²⁰, por agir em conluio com os grupos armados, ou nada fazer para detê-los.

Nesse sentido, ao analisar o julgamento sobre o caso *Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*²¹, a demanda apresenta a atuação de um grupo paramilitar na cidade de Pueblo Bello, situada na Colômbia, e a falta de disposições do Estado para impedir a atuação do grupo ilegal.

Os fatos concluídos foram que um grupo de aproximadamente 60 homens fortemente armados pertenciam a um grupo paramilitar. Na cidade de Pueblo Bello, os paramilitares saquearam algumas casas e sequestraram um grupo de pessoas, tendo sido posteriormente assassinadas. Foi interposto uma série de recursos a fim de que se iniciassem as investigações e sancionassem os responsáveis, porém não tiveram maiores resultados.

Dessa forma, em virtude dos desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais e a falta de investigação e sanção, a Comissão apresentou o petítório de condenação da Colômbia pela violação da Convenção Americana nos artigos 4 (direito à vida), 5 (direito a integridade física), 7 (direito a liberdade pessoal) e 19 (direito da criança), em relação ao art. 1.1 em prejuízo de 42 habitantes da cidade de Pueblo Bello, vítimas na demanda.

¹⁹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. 1988. Serie C No. 4, § 164.

²⁰ Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. 2008. Serie C No. 192. § 76.

²¹ Corte IDH. Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. 2006. Serie C No. 40.

Além dos artigos 8.1 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) em favor das vítimas sobreviventes ou seus familiares.

Ao final do processo, a Corte declarou pela violação dos artigos indicados inicialmente pela Comissão, além de acrescentar o art. 13 (direito de expressão) em favor dos familiares das vítimas. A decisão final teve por base o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelos atos praticados por terceiros, haja vista não ter adotado as medidas necessárias para proteger a população civil, nem mesmo ter promovido uma investigação para a sanção dos responsáveis.

3.2 OS PARÂMETROS DOS DEVERES INTERNACIONAIS APLICÁVEIS AOS ESTADOS

Uma das obrigações listadas pela Convenção²², em seu artigo 2, é o “dever de adotar disposições de direito interno”. Isso é, promover medidas legislativas para adequar o direito interno conforme as previsões expressas na Convenção, ou ainda, se necessário, adotar outros tipos de condutas governamentais para que se faça valer efetivamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos resguardados²³.

Como consequência dessa obrigação, o Estado deve produzir ações de caráter positivo, que impõem exigências específicas como forma de pautar os parâmetros dos deveres internacionais para desconsiderar uma atuação omissa, aquiescente ou de controle efetivo sobre o grupo²⁴.

As ações positivas dos Estados podem ser constatadas a partir dos esforços concretos e incessantes para combater a ameaça que os grupos paramilitares representam à sociedade. Portanto, não poderia haver uma paralização na produção de atos capazes de atingir o grupo ilegal.

Tais ações de caráter positivo, consideradas como os deveres estatais internacionais, foram listadas pela Corte como sendo quatro: i. prevenir violações; ii. Investigar de forma diligente; iii. sancionar os responsáveis das violações; iv. reparar as vítimas²⁵.

²² OEA. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. 1969. Art. 2.

²³ Sobre esse dever, a Corte IDH especificou que: “Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” no Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. 1988. Serie C No. 4, §166.

²⁴ Corte IDH. Caso Castillo González Vs. Venezuela. 2012. Serie C No. 256, §§110, 111 e 113.

²⁵ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. 1988. Serie C No. 4, §166.

O respeito à esses deveres de forma conjunta e eficaz são considerados como suficientes para retirar qualquer responsabilização do Estado por atuação dos grupos ilegais. Foi o ocorrido no caso Palma Mendoza e outros Vs. Equador²⁶, decidido de forma unânime pela Corte, no qual o Estado tendo respeitado todos os quatro parâmetros não sofreu qualquer responsabilidade internacional.

Assim, identificada a importância dos parâmetros, passa-se a uma análise individualizada de cada um dos pontos introduzidos.

i. Prevenir violações

Inicialmente, cabe ressaltar que esse é um dever que absorve todos os demais, haja vista que a proteção dos outros parâmetros somam-se como uma forma de prevenção dos problemas causados por grupos ilegais.

A forma mais clara de prevenção de atos que infringem aos direitos humanos é o Estado, em respeito aos direitos fundamentais do homem, promover ações que façam ser cumpridos as normas de direito internacional em âmbito interno.

Sendo assim, em respeito à obrigação trazida pelo artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Estado deve promover medidas apropriadas para preservar o livre exercício dos direitos²⁷.

Isso se torna possível quando o Estado institui no plano doméstico um sistema legislativo, administrativo e judiciário capaz de, em especial, prevenir, suprimir e castigar os atos criminosos, de sua ciência²⁸.

ii. Investigar de forma diligente

Os Estados detém a responsabilidade de promover investigações sobre fatos pretéritos que descumpriram os direitos humanos. Isso pois, o Estado possui o dever de informar o ocorrido à sociedade ou às vítimas e seus familiares, como forma de garantir-lhes o pleno exercício dos direitos humanos²⁹.

Cabe ressaltar que, as investigações do caso como forma de buscar atender os direitos daqueles que sofreram com a infração dos direitos humanos, surgem do dever do Estado de estabelecer a verdade sobre os fatos³⁰.

²⁶ Corte IDH. Caso Palma Mendoza y Otros Vs. Ecuador. 2012. Serie C No. 247, §§108 e 109.

²⁷ Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. 2004. Serie C No. 109, § 153.

²⁸ Corte IDH. Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. 2006. Serie C No. 40, § 120.

²⁹ Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. 2000. Serie C No. 70, §§ 74-77; OEA. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. 1969. Art. 63.1.

³⁰ Corte IDH. Caso Herzog e outros Vs. Brasil. 2018. Serie C No. 353, §§ 330 e 332.

Para tanto, as investigações devem ser iniciadas de ofício pelo Estado, sem que se permita um espaço prolongado de tempo para chegar ao seu término. As características da investigação enquanto parâmetro é ser séria, imparcial e efetiva, isso é, aquela que se inicia objetivando alcançar um fim com resultados concretos³¹.

Visto isso, para alcançar os três atributos da investigação, é preciso que ela seja realizada por todos os meios legais disponíveis no Estado, visando a busca pela verdade, e não somente se instaurar para que aparente o respeito aos direitos estabelecidos na Convenção, estando de imediato já condenado a se tornar malograda³².

Além do mais, as investigações promovidas com seriedade é uma forma capaz de fazer valer os parâmetros da prevenção e da sanção, haja vista que ao descobrir os autores das ações ilegais é possível determinar sua punição, o que impedirá que novos fatos semelhantes se repitam, fortalecendo o dever da prevenção³³.

O que se coaduna com o entendimento apontado na prevenção, vez que todos os parâmetros somam-se como forma de proteção, ou seja, resguardando um deles, automaticamente resguardará outros.

iii. Sancionar os responsáveis das violações

De acordo com o artigo 8.1 da Convenção³⁴, as supostas vítimas têm o direito de ingressarem no sistema judiciário e obter um processo com duração razoável. Também, é fundamental que haja o respeito à legislação interna e que o sistema judiciário aja com a devida imparcialidade e independência³⁵.

Faz-se importante dizer que, a partir deste parâmetro, é dada a possibilidade para as supostas vítimas de se retirarem da posição de sujeitos passivos na relação com o poder público de seu Estado, o que proporciona a participação

³¹ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs Brasil. 2006. Brasil. Serie C No. 149, § 148.

³² Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. 2006. Serie C No. 147, § 94.

³³ CIDH, Resolução 1/03 sobre Julgamento de Crimes Internacionais, 24 de outubro de 2003; Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang. 2003. Série C No 101, § 156.

³⁴ OEA. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. 1969. Art. 8.1.

³⁵ Corte IDH. Caso Defensor De Direitos Humanos E Outros Vs. Guatemala. 2014. Serie C No. 283, § 252.

nos processos judiciais reclamando as normas positivadas³⁶. A partir disso, lhes é reconhecido a qualidade de titulares de direitos³⁷.

Com relação aos processos judiciais, estes devem ser decorrentes da investigação produzida. Isso ocorre, pois uma vez que a investigação não encontra vestígios da materialidade e da autoria, não se poderia imputar um processo penal em face de um acusado, pois estaria violando o princípio da presunção de inocência³⁸. Direito este também decorrente do artigo 8.2 da supracitada Convenção.

Somente no cumprimento das garantias judiciais os órgãos jurisdicionais se tornam capazes de identificar os sujeitos responsáveis pela suposta violação, além de individualizar os seus atos, para então, na hipótese de encontrar os autores materiais e intelectuais dos acontecimentos ilícitos, sejam adequadamente sancionados³⁹.

Diante disso, cabe propor o entendimento da possibilidade de interrompe o dever do parâmetros, quando ao exemplo, após as investigações no formato séria, imparcial e efetiva, não se encontram vestígios de materialidade ou autoria. Nesse cenário, não se poderia exigir que o Estado continuasse na promoção dos deveres estatais de sanção e reparação, haja vista que os direitos estão interligados, ou seja, são decorrentes um do outro.

iv. Reparar as vítimas

A Corte considera que toda obrigação à direitos humanos que for desrespeitada, e, conseqüentemente, tenha havido dano à vítima, cabe o dever de reparação. Cabe ressaltar, que o objetivo fim da reparação é alcançar o status quo anterior, além de efetuar indenizações compensatórias aos danos causados⁴⁰.

Também evidencia-se este dever na leitura do art. 63.1 da Convenção⁴¹, o qual compreende:

³⁶ ONU. Relatório do Relator Especial sobre a Promoção da Verdade, da Justiça, da Reparação e das Garantias de Não Repetição. A/67/368. 13 de setembro de 2012, § 66.

³⁷ ONU. Relatório do Relator Especial sobre a Promoção da Verdade, da Justiça, da Reparação e das Garantias de Não Repetição. A/HRC/27/56. 27 de agosto de 2014, § 22.

³⁸ Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. 2006. Serie C No. 141, §§ 76 e 77.

³⁹ Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. 2009. Serie C No. 211, § 231; Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. 2014. Serie C No. 277, § 251.

⁴⁰ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. 1989. Serie C No. 7, § 25.

⁴¹ OEA. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. 1969. Art. 63.1.

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegido nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Dessa forma, o dever de reparação pode se manifestar de diferentes formas, sendo os mais comuns por meio de indenização material e compensação moral. Atualmente, também tem-se reconhecido sua manifestação como forma de indenização punitiva.

Sua realização na forma de indenização material, é necessário que tenha sido provado a existência de danos concretos sofridos no âmbito patrimonial das vítimas. Nesses casos, o dano quando for passível de cálculo exato, gera a restituição integral⁴². Entretanto, nos casos em que o dano não possa ser exatamente quantificado, mas há provas suficientes para presumir a existência de prejuízo, a indenização é feita pela equidade⁴³.

No plano da compensação moral, é preciso analisar cada caso individualmente. Há situações em que a sentença de condenação é considerada como uma compensação suficiente. No entanto, há situações em que os danos causados somente podem ser reparados com uma indenização pecuniária, fixada conforme preceitos da equidade⁴⁴.

Quanto à indenização punitiva, apesar do art. 63.1 supracitado limitar o pagamento de indenização justa, isso é, adequada ao prejuízo sofrido, a evolução jurisprudencial da Corte tem entendido pela possibilidade de acrescentar à reparação o carácter sancionatório.

Contudo, a aplicação da indenização punitiva somente é cabível nos casos de graves e sistemáticas violações aos direitos humanos. Nesse casos, faz-se preciso haver uma firme reprovação da conduta ilícita, que se perfaz através de reparações que evitarão a reincidência dos atos que ferem a ordem internacional, bem como evitar a impunidade⁴⁵.

⁴² Corte IDH. Caso "Instituto de Reeduación del Menor" Vs. Paraguay. 2004. Serie C No. 112, § 288.

⁴³ Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. 2004. Serie C No. 116, § 74-76.

⁴⁴ Corte IDH. Caso Castillo Páez Vs. Perú. 1998. Serie C No. 43, § 84.

⁴⁵ Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. 2003. Serie C No. 101. Voto Razonado Del Juez A.A. Cançado Trindade, §§ 44-47.

3.3 OMISSÃO, AQUIESCÊNCIA OU CONTROLE EFETIVO PRATICADOS PELO ESTADO

Os atos praticados por terceiros geram responsabilidade internacional aos Estados, devido ao disposto no art. 1.1 da Convenção, especialmente quando se vislumbra omissão, aquiescência ou controle efetivo sobre o grupo paramilitar⁴⁶.

Dessa maneira, para que se possa estabelecer a responsabilidade estatal em âmbito internacional, é necessário que o Estado tenha produzido uma violação aos direitos protegidos na Convenção ao comprovar-se que tenha havido o apoio ou tolerância do poder público na infração dos direitos reconhecidos ou que não tenha adotado diligentemente as medidas necessárias para proteger a população, se tornando omissor⁴⁷.

Sendo assim, se o Estado se mantiver omissor, aquiescente ou exercer controle efetivo sobre o grupo armado ilegal, então automaticamente se impõe a responsabilidade estatal pelos atos cometidos pelos paramilitares contra a população⁴⁸.

O que nos leva a entender que, para não haver responsabilidade internacional por atos de terceiros, os Estados devem cumprir com os parâmetros dos deveres estatais, bem como, não promover condutas governamentais que provoquem a omissão, aquiescência ou controle efetivo sobre o grupo armado.

Porém, cabe a parte peticionária comprovar a ausência de ações positivas. A jurisprudência da Corte afirma que se as vítimas não apresentarem elementos suficientes para desconsiderar a aquiescência ou tolerância estatal pela atuação dos grupos, não é possível imputar a punibilidade das normas internacionais ao Estado⁴⁹.

Todavia, quais atos seriam considerados como conduta omissiva, aquiescente ou de controle efetivo sobre os grupos na opinião da Corte?

Quando o próprio Estado criou a existência do grupo, ao fornecer armas e promover treinamentos, sem qualquer medida para o dismantelar, insurge a omissão para a Corte. Nesse momento, foi necessariamente criada uma situação de risco contra a população. Sendo assim, incorrerá em omissão quando “não promove medidas necessárias, nem suficientes, [...] para a

⁴⁶ Corte IDH. Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala. 2010. Serie C No. 212, §141.

⁴⁷ Corte IDH. Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia. 2006. Serie C No. 140, § 140.

⁴⁸ Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. 2004. Serie C No. 110, §91.

⁴⁹ Corte IDH. Caso Castillo González y Otros Vs. Venezuela. 2012. Serie C No. 256, § 107.

desativação concreta e efetiva do risco que o próprio Estado havia construído”⁵⁰.

Portanto, no momento em que esse grupo venha a se desviar da sua finalidade inicial de constituição, sem que haja intervenção estatal na promoção de medidas para o fim do grupo, culminando na sua omissão, ou em alguns casos pela aquiescência, a culpabilidade de sua criação recai sobre o Estado que lhe deu forma⁵¹.

A aquiescência já foi declarada quando membros das forças armadas do poder público passam a participar das ações ilegais em conjunto com os paramilitares. Assim, a força militar, que age sob ordem do Estado, passa a facilitar, propiciar ou se omitir aos atos praticados pelo grupo paramilitar e pelos militares corruptos⁵². Já o controle efetivo, importa demonstrar ter havido o apoio do poder público na infração dos direitos humanos cometidos pelo grupo paramilitar⁵³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, o estudo propôs-se a analisar os motivos que geram a responsabilização internacional dos Estados por atos cometidos por grupos paramilitares, bem como apresentar as condutas positivas que aqueles poderiam ter produzido para evitar tal culpa.

Assim, inicialmente apresentou-se a importância das cortes internacionais para que velem pelos direitos humanos, em especial, a do sistema americano. Também, quais são as competências da Corte e quais documentos ela pode se manifestar.

Em um segundo momento, buscou-se pelo conhecimento da história dos grupos paramilitares na Colômbia, e a análise das decisões da Corte para entender o significado dos grupos ilegais, como se deu o seu surgimento, e por qual motivo agiam em desfavor dos direitos humanos.

Logo após, abordou-se a possibilidade de imputar responsabilidade internacional aos Estados, ainda que por atos de terceiros, conforme análise da Convenção. Depois, apresentou-se quais são os requisitos que a Corte definiu como parâmetros de deveres para que se retire qualquer culpa por

⁵⁰ Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. 2008. Serie C No. 192, § 80.

⁵¹ Corte IDH. Caso Masacre de La Rochela Vs. Colombia. 2007. Serie C No. 163, §170.

⁵² Corte IDH. Caso Masacre de Ituango Vs. Colombia. 2006. Serie C No. 148, §125.24.

⁵³ Corte IDH. Caso Castillo González y Otros Vs. Venezuela. 2012. Serie C No. 256, § 112.

parte do Estado na atuação de grupos ilegais. Ressaltando ao final que a atuação positiva não pode apresentar condutas omissivas, aquiescentes ou que promovam controle efetivo sobre os grupos.

Cabe salientar que o presente estudo não buscou esgotar em análise profunda os casos contenciosos julgados pela Corte referentes às atuações paramilitares na Colômbia. Mas quis-se compreender como se formaram os grupos ilegais, bem como explicar por qual motivo os Estados podem ser responsabilizados por ato não praticado por ele próprio, apontando os principais deveres estatais definidos pela Comissão, Corte e pela Convenção.

REFERÊNCIAS

Corte IDH. Resolução 1/03 sobre Julgamento de Crimes Internacionais, 24 de outubro de 2003.

Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. 2004. Serie C No. 109.

Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. 2006. Serie C No. 147.

Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. 2000. Serie C No. 70.

Corte IDH. Caso Castillo González Vs. Venezuela. 2012. Serie C No. 256.

Corte IDH. Caso Castillo Páez Vs. Perú. 1998. Serie C No. 43.

Corte IDH. Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala. 2010. Serie C No. 212.

Corte IDH. Caso de La "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. 2009. Serie C No. 211.

Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. 2004. Serie C No. 110.

Corte IDH. Caso Defensor De Derechos Humanos E Otros Vs. Guatemala. 2014. Serie C No. 283.

Corte IDH. Caso Herzog e outros Vs. Brasil. 2018. Serie C No. 353.

Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. 2006. Serie C No. 141.

Corte IDH. Caso Masacre de Ituango Vs. Colombia. 2006. Serie C No. 148.

Corte IDH. Caso Masacre de La Rochela Vs. Colombia. 2007. Serie C No. 163.

- Corte IDH. Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. 2006. Serie C No. 40.
- Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. 2004. Serie C No. 116.
- Corte IDH. Voto Razonado Del Juez A.A. Cançado Trindade. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. 2003. Serie C No. 101. Corte IDH.
- Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang. 2003. Série C No 101.
- Corte IDH. Caso Palma Mendoza y Otros Vs. Ecuador. 2012. Serie C No. 247.
- Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. 2008. Serie C No. 192.
- Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. 1988. Serie C No. 4.
- Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. 2014. Serie C No. 277.
- Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs Brasil. 2006. Brasil. Serie C No. 149.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-1/82. 1982. “Otros Tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la CADH). SOLICITADA POR EL PERÚ. Serie A No 1.
- GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 4.ed. ver., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- OEA. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. 1969.
- ONU. Relatório do Relator Especial sobre a Promoção da Verdade, da Justiça, da Reparação e das Garantias de Não Repetição. A/67/368. 13 de setembro de 2012.
- ONU. Relatório do Relator Especial sobre a Promoção da Verdade, da Justiça, da Reparação e das Garantias de Não Repetição. A/HRC/27/56. 27 de agosto de 2014.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos. In: **O sistema de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**.

Coordenação Luiz Flávio Gomes, Flávia Piovesan. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

POPULAÇÃO da Colômbia. Disponível em:
<<https://countrysmeters.info/pt/Colombia>>. Acesso em 12 ago. 2018.

**Direitos humanos e multiculturalismo:
uma análise da mutilação genital feminina na perspectiva da
dignidade humana***

Marina Roldi Herkenhoff¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. **1** Direitos Humanos e a falsa capa da universalidade. **2** Concepção multicultural dos Direitos Humanos: a busca pela dignidade humana. **3** Mutilação Genital Feminina (MGF) e a dignidade das mulheres. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como objeto a análise da aplicação dos direitos humanos de forma universal e os entraves existentes em razão do multiculturalismo das sociedades, utilizando, para tanto, os ensinamentos de Boaventura de Souza Santos. Traz uma visão da dignidade humana fora do filtro dos direitos humanos como concepção universal em termos ocidentais, mas como um valor inerente e comum a todo ser humano, analisando sua dimensão cultural e básica. Reflete sobre

* Recibido: 17 setiembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). marinaroldih@gmail.com
- ² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Coordenador Acadêmico do curso de especialização de Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). mfqobregon@yahoo.com.br

o conflito existente na situação em que a concretização da dimensão cultural impede a concretização da dimensão básica da dignidade humana, o que ocorre nos casos em que as práticas culturais de um grupo reprimem seus próprios membros. Sob esse enfoque, analisa especificamente a Mutilação Genital Feminina como uma prática cultural patriarcal que objetiva a repressão da sexualidade da mulher e viola diretamente a dimensão básica de sua dignidade humana.

Palavras-chave: Direitos humanos. Multiculturalismo. Dignidade Humana. Mutilação Genital Feminina.

Human rights and multiculturalism: an analysis of female genital mutilation in the perspective of human dignity

Abstract: The present work has the objective of analyzing the application of human rights in a universal way and the existing obstacles due to the multiculturalism of societies, using, for that, the teachings of Bonaventura de Souza Santos. It brings a vision of human dignity beyond the filter of human rights as a universal conception in Western terms, but as an inherent value common to every human being, analyzing its cultural and basic dimension. It reflects on the existing conflict in the situation where the realization of the cultural dimension prevents the realization of the basic dimension of human dignity, which occurs in cases where the cultural practices of a group repress their own members. Under this approach, she specifically analyzes Female Genital Mutilation as a patriarchal cultural practice aimed at repressing women's sexuality and directly violates the basic dimension of their human dignity.

Key words: Human rights. Multiculturalism. Human dignity. Female Genital Mutilation.

INTRODUÇÃO

O debate que se coloca entre a aplicação universal dos direitos humanos e o multiculturalismo é tema de muita discussão no mundo atual. De fato, considerando a amplitude da diversidade cultural existente na sociedade, é certo que a aplicação universal de qualquer conceito encontra dificuldades práticas e teóricas.

O presente trabalho visa a enfrentar as dificuldades da aplicação universal dos direitos humanos no mundo globalizado, explorando seu processo de criação e os fatores e nações envolvidos no seu desenvolvimento para compreender como a universalidade encontra limites diante da multivocidade cultural existente.

Também pretende, por meio da análise de fatores em comum entre os seres humanos, encontrar uma maneira de se garantir os direitos mais básicos e essenciais a todos os seres humanos sem relativizar a importância da diversidade cultural.

Para tanto, enfatiza, no primeiro capítulo, a importância do multiculturalismo, e analisa como os direitos humanos derivam de um processo de globalização que causa a imposição de valores morais às mais diversas sociedades, e como isso pode causar um choque de civilizações diante de conflitos e incompatibilidades culturais.

Em seguida, no segundo capítulo, identifica a maneira pela qual se torna possível garantir os direitos básicos do ser humano e impedir sua coisificação, ao mesmo tempo em que se preserva o respeito à diversidade cultural, ao tratar a dignidade humana como um valor intrínseco e comum a todos os seres humanos, considerando sua aplicação fora do enfoque dos Direitos Humanos como construção ocidental.

Por fim, reflete sobre o conflito existente nos casos em que a concretização da dignidade humana em sua dimensão cultural impede a concretização da dignidade humana em sua dimensão básica, o que ocorre quando a prática cultural de um grupo social reprime e viola direitos básicos de seus próprios integrantes. Utiliza ainda, para essa reflexão, a análise da prática da Mutilação Genital Feminina.

1 DIREITOS HUMANOS E A FALSA CAPA DA UNIVERSALIDADE

No mundo atual, o fenômeno da globalização permitiu um processo de aproximação entre as diversas sociedades, possibilitando o (re)conhecimento e a identificação das diferenças culturais existentes e permitindo a visibilidade da multivocidade de culturas, etnias e religiões coexistentes no mundo³.

Esse fenômeno, que ultrapassa as barreiras físicas dos continentes, traz diversos benefícios no cenário internacional, como a facilidade de comunicação, a difusão de notícias e conhecimento de forma mais rápida, bem como proporciona avanços no campo científico e um acesso mais amplo à tecnologia.

Porém, há que se admitir que a significativa interligação entre as nações proporcionada pela globalização também pode causar certa aculturação, diante de uma fusão de culturas que, a depender da maneira como é feita, acaba por retirar traços consagrados de alguns povos.

De fato, é impossível não visualizar os graves riscos de aculturação trazidos pela globalização, o que se dá em razão da adesão voluntária ou coercitiva das culturas locais às culturais predominantes. Como exemplo, podemos citar a desvalorização da música popular brasileira em razão do domínio internacional de mercado exercido pelas populares canções norte-americanas.

Boaventura de Souza Santos afirma que o fenômeno da globalização pode ser visualizado de diversas maneiras. Segundo o autor, duas das formas de globalização são o “localismo globalizado” e o “globalismo localizado”.⁴

O primeiro consiste no processo em que determinado fenômeno local é globalizado de forma que passa a ser adotado em diversas outras sociedades locais⁵. Um exemplo seria justamente a supramencionada globalização da música popular americana em todo território internacional, que exerce domínio hegemônico no mercado.

³ LYRA, Ivanilda Figueiredo. Um chá inglês num café parisiense com o alemão Junger Habermas e o português Boaventura Santos: uma discussão acerca da tensão entre direitos humanos e multiculturalismo. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru/PE, v.36, n.1, p. 301-320, jan/dez 2005, p. 301.

⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos**. In *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. César Augusto Baldi (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 239-277. p. 246.

⁵ Idem

Já o segundo consiste no impacto de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais, “as quais são, por essa via, desestruturadas e reestruturadas de modo a responder a esses imperativos transnacionais”⁶. Em outras palavras, é o impacto produzido na sociedade local em razão da imposição de culturas hegemônicas.

Em decorrência da vulnerabilidade econômica e social dos países periféricos, Boaventura explica que:

A divisão internacional da produção da globalização assume o seguinte padrão: os países centrais especializam-se em localismos globalizados, enquanto aos países periféricos cabe tão-só a escolha entre várias alternativas de globalismos localizados. O sistema-mundo é uma trama de globalismos localizados e localismos globalizados.⁷

Assim, a globalização hegemônica é produzida pelos países centrais, em decorrência do fato de que possuem maior influência internacional em razão de serem países mais desenvolvidos em termos econômicos e sociais. Enquanto isso, aos países periféricos resta a imposição dessa globalização hegemônica.

Essa imposição cultural realizada no contexto dos globalismos localizados é justamente a parte do fenômeno da globalização capaz de causar a já mencionada aculturação de alguns povos, mediante a opressão da cultura local.

Nesse cenário, Boaventura⁸ afirma que a intensificação da globalização e seu processo de imposições culturais pressupõe o surgimento do fenômeno do “cosmopolitismo” como ferramenta de resistência à opressão cultural sofrida pelos países periféricos em razão dos localismos globalizados.

Nas palavras do autor, o “cosmopolitismo é a solidariedade transnacional entre grupos explorados, oprimidos ou excluídos pela globalização hegemônica”⁹, que pressupõe conflitos, lutas e resistências do subalterno contra a sua subalternização¹⁰.

Diante de toda a opressão e imposição ocasionadas pela globalização hegemônica, há que se considerar legítima a luta contra o desprezo da

⁶ Idem

⁷ Idem, p. 247.

⁸ Idem, p. 248.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem., p. 249.

diversidade cultural e em favor das culturais locais e das minorias, no contexto do “cosmopolitismo” de Boaventura.

De fato, a preservação cultural é essencial para evitar a perda de identidades históricas, bem como para assegurar a diversidade humana e o próprio direito das minorias. Afinal, é certo que a imposição de uma universalização generalizada da cultura contribuiu para um mundo cada vez mais intolerante e adverso às diferenças.

Além disso, a preservação das identidades históricas das nações e a proteção da cultura da sociedade local devem ser resguardadas também porque a própria diversidade cultural é patrimônio da humanidade, considerando que representa a multiplicidade de maneiras pelas quais uma sociedade encontra sua forma de expressão e identificação¹¹, sendo indispensável para a garantia da própria dignidade humana.

Com efeito, a cultura de uma sociedade externa sua identidade, podendo ser refletida nas práticas e costumes de vestiário, música, arte, linguagem, religião, hábitos em geral, e até leis, moral, direitos e deveres.

E os valores a serem impostos a culturas de países periféricos podem oprimir as manifestações culturais locais em toda a sua amplitude, pois não se restringem a uma única esfera, sendo que a globalização hegemônica pode vir até a ditar a própria lei e a moral e impor direitos e deveres a serem considerados e priorizados. Tudo isso, ressalte-se, sem considerar as peculiaridades locais.

Por isso, a imposição de certos valores culturais a toda e qualquer sociedade não só prejudica a preservação da diversidade cultural, como também pode trazer cenários culturais conflitantes.

Isso porque o localismo globalizado muitas vezes causará a imposição de valores morais, direitos e deveres conflitantes e incompatíveis com as peculiaridades das sociedades locais, justamente pelo fato de que não existe verdade universal a ser aplicada¹², mas apenas várias interpretações e entendimentos diferentes de realidades diversas em sociedades locais.

¹¹ **Diversidade cultural:** um patrimônio da humanidade a ser preservado. 2017. Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/actualidade/31134-diversidade-cultural-um-patrimonio-da-humanidade-a-ser-preservado>>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹² LYRA, Ivanilda Figueiredo. Um chá inglês num café parisiense com o alemão Junger Habermas e o português Boaventura Santos: uma discussão acerca da tensão entre direitos humanos e multiculturalismo. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru/PE, v.36, n.1, p. 301-320, jan/dez 2005, p. 301-303.

Nesse sentido, cabe analisar, no contexto da imposição cultural amplificada, como até mesmo os direitos humanos podem funcionar como mecanismo do localismo globalizado, considerando que são direitos com pretensão universal, mas que carregam como moral alguns valores que não são hegemônicos em todos os contextos culturais.

De fato, Boaventura sustenta que, no contexto de diversidade cultural, nem os direitos humanos consistem em um tipo de invariante cultural parte de uma cultura global¹³, justamente porque não há universalidade de valores éticos e morais, e o processo histórico de criação e delimitação dos direitos humanos não considerou os valores éticos e morais de todas as culturas existentes.

Isso se verifica na própria Declaração Universal De Direitos Humanos (1948). Sobre isso, Guilherme Schmalz Rothbarth afirma que

Sob tais ideologias ocidentais baseadas no capital, em 1948 foi escrita a Carta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, considerada um dos documentos mais importantes para a proteção desses direitos na esfera internacional. Sobre tal documento devemos salientar que os aliados vencedores da Segunda Grande Guerra foram os principais responsáveis por escrevê-la. Assim, a influência ocidental deixou marcas claras – como as tentativas de imposição de certos valores culturais [...] – nos documentos de Direitos Humanos não apenas em termos gerais, mas também pela própria Organização das Nações Unidas.¹⁴

Nesse contexto, ainda é importante lembrar as situações em que a falsa capa da universalidade serviu a interesses expansionistas do mundo ocidental¹⁵. Sobre isso, o autor supramencionado ressalta que

Somente nos últimos anos, podem-se relatar inúmeros exemplos de como os países Ocidentais se utilizaram de desculpas como ‘precisamos levar a democracia’, ‘precisamos fazer garantir o cumprimento dos direitos humanos’ para tentarem fechar-se sobre si mesmas e apresentar o outro como bárbaro, o selvagem, o incivilizado e, como consequência, passível de ser colonizado pelo que se autodenomina ‘civilização’¹⁶.

¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos**. In *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. César Augusto Baldi (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 239-277. p. 250-251.

¹⁴ ROTHBARTH, Guilherme Schmalz. A ocidentalização dos direitos humanos: a proibição da prática da mutilação genital feminina. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, n.01, p. 175-197, jan/jun 2014, p. 181.

¹⁵ Idem, p. 182.

¹⁶ Idem, p. 181-182.

Assim, constata-se que os direitos humanos foram criados sob uma concepção ocidental, considerando valores culturais específicos, sofrendo influência direta de ideais de moralidade cristã e ocidental¹⁷. Nesse processo de desenvolvimento dos direitos humanos, não fizeram parte e não empregaram qualquer influência as filosofias e religiões não ocidentais¹⁸.

Assim, “assumem-se os ideais ocidentais como construção exímia sobre os direitos do ser humano”¹⁹ e comete-se o erro de considerar que todo Estado que viole os direitos humanos é “nação desprovida de civilidade, tida como antiquada ou culturalmente ignorante”²⁰. E isso ocorre justamente porque o processo de criação dos direitos humanos não levou em consideração diversas leituras culturais, mas apenas a ocidental.

Por isso é que, segundo a teoria crítica dos Direitos Humanos, sugerida por Herrera Flores, os próprios direitos humanos são um produto cultural, criado em um contexto cultural concreto e particular²¹, não podendo, portanto, serem considerados universais.

Com efeito, a razão de ser dos direitos humanos pressupõe que sejam direitos de alcance universal, porquanto pretende assegurar um conjunto de direitos sob a ótica da dignidade humana a todos os seres humanos, independentemente de suas peculiaridades, nacionalidades raças, sexo, religiões. Mas essa razão de ser esbarra em alguns contextos culturais.

Isso se dá justamente porque os direitos humanos, como concepção ocidental, priorizam valores éticos e morais que podem ser interpretados de outras formas dentro de outras culturas. De acordo com Boaventura, isso ocorre porque apenas a cultura ocidental tende a formular os direitos humanos como universais, e, ao fazê-lo, os torna instrumento de um localismo globalizado que carrega imposições de valores²².

Como exemplo, podemos citar a situação das mulheres muçulmanas que usam a burca: para algumas usuárias da burca, o uso do artefato é parte de sua expressão e identidade cultural, e, portanto, é permitindo o uso do véu

¹⁷ Idem, p. 181.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem, p. 186.

²⁰ Idem.

²¹ Idem, p. 180.

²² SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos**. In *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. César Augusto Baldi (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 239-277. p. 251

que se garante a concretização da dignidade humana. Porém, para algumas culturas ocidentais, o uso do véu reduz a dignidade da mulher, pois promove sua objetificação e viola um direito humano fundamental²³.

De fato, para certos grupos ocidentais, o uso da burca causa uma situação de inferioridade das mulheres, sendo incompatível com a dignidade humana. Tanto o é que em alguns países ocidentais, com França, Espanha e Bélgica, o uso do artefato é proibido em locais públicos²⁴.

Analisando situações como essa, constata-se que não há acordo universal quanto aos direitos humanos. O fato é que sua imposição arbitrária, sustentando a aplicação de valores supostamente concebidos como universais sem considerar as peculiaridades culturais locais, causa um “choque de civilizações”²⁵ e uma supressão da cultural local. E afinal, não seria também o direito à preservação e expressão cultural um direito humano a ser respeitado?

2 CONCEPÇÃO MULTICULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS: A BUSCA PELA DIGNIDADE HUMANA

Até aqui, podemos afirmar que a universalidade dos direitos humanos defendida pela sociedade ocidental esbarra no contexto multicultural em que o mundo se insere, o que se resume justamente na conclusão de BAEZ e MEZZARROBA sobre o assunto:

[...] qualquer tentativa de conceituar direitos humanos através da escolha de certos valores morais acarretaria em uma relativização desta categoria, visto que a construção de uma moral unicamente válida ou absoluta é algo dificilmente alcançável dentro do quadro multicultural contemporâneo.²⁶

Mas também há outra reflexão a ser feita: é certo que, muitas vezes, nem mesmo o mundo ocidental põe em prática o discurso dos direitos humanos. Podemos citar o exemplo dos Estados Unidos, que tanto prega o discurso e, ao mesmo tempo, viola os mais triviais direitos humanos com sua atuação

²³ BAEZ, Narciso Leandro Xavier e MEZZARROBA, Orides. Direitos humanos fundamentais e multiculturalismo: a coexistência do universalismo com o relativismo. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v.16, n.1, p. 246-272, jan/jun 2011, p. 254.

²⁴ Idem, p. 262.

²⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos**. In *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. César Augusto Baldi (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 239-277. p. 250.

²⁶ BAEZ, Narciso Leandro Xavier e MEZZARROBA, Orides. Direitos humanos fundamentais e multiculturalismo: a coexistência do universalismo com o relativismo. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v.16, n.1, p. 246-272, jan/jun 2011, p. 259-260.

nas guerras do mundo inteiro ou com sua própria política de migração (veja-se o caso da separação das crianças refugiadas de suas famílias em território norte-americano).

Ora, se a própria sociedade ocidental, não raro, descumpra o discurso que prega sobre os direitos humanos, não há como se defender sua imposição arbitrária sobre as demais sociedades, sem considerar as peculiaridades culturais de cada local, sob a falsa capa da universalidade.

Com efeito, o desafio que se coloca é o de encontrar parâmetros capazes de permitir a coexistência de valores pretensamente universais, como os direitos humanos, diante de uma sociedade multicultural²⁷. É uma tarefa árdua, pois visa a juntar a necessidade de preservação de identidades históricas com a questão dos direitos humanos e da cidadania²⁸. Afinal, o próprio direito à expressão e preservação cultural é também um direito humano.

Conforme afirmam Baez e Mezzaroba,

[...] A solução para este impasse não está, portanto, na tentativa de criação de uma moral universal, mas na utilização de um instrumento teórico que permita o diálogo entre diferentes morais, para, a partir daí se extrair os pontos de contato que podem ser utilizados como fundamentos dos direitos humanos.²⁹

Afinal, “toda cultura tem entendimentos sobre os direitos que os indivíduos devem ter; por isso, nenhuma cultura está desprovida de noções de direitos humanos”³⁰, que, em respeito ao multiculturalismo, devem ser refletidos como um conjunto de princípios que possam ser atribuídos a diferentes povos de diversas formas, conforme o tempo e o local em que se inserem³¹.

Assim, é necessário saber lidar com a diversidade moral existente na sociedade e trabalhar as mais diversas morais, como a moral cristã, judaica e islâmica, para estabelecer a forma mais ampla do comportamento humano

²⁷ LYRA, Ivanilda Figueiredo. Um chá inglês num café parisiense com o alemão Junger Habermas e o português Boaventura Santos: uma discussão acerca da tensão entre direitos humanos e multiculturalismo. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru/PE, v.36, n.1, p. 301-320, jan/dez 2005, p. 304.

²⁸ Idem.

²⁹ BAEZ, Narciso Leandro Xavier e MEZZAROBA, Orides. Direitos humanos fundamentais e multiculturalismo: a coexistência do universalismo com o relativismo. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v.16, n.1, p. 246-272, jan/jun 2011, p. 255.

³⁰ ROTHBARTH, Guilherme Schmalz. A ocidentalização dos direitos humanos: a proibição da prática da mutilação genital feminina. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, n.01, p. 175-197, jan/jun 2014, p. 189.

³¹ Idem, p. 189-190.

e, assim, extrair dos fatos morais os fundamentos comuns a eles aplicáveis³², identificando pontos de interligação e contato para, enfim, elaborar uma definição compartilhada de direitos humanos.

Apenas o diálogo entre as diversas morais poderá proporcionar a aproximação intercultural necessária para o estabelecimento de valores que devam formar o núcleo conceitual da categoria de direitos humanos.

Só assim, mediante o diálogo interligado das mais diversas culturas e sociedades, será possível encontrar os valores a formarem um conceito justo de direitos humanos, pois apenas com a identificação dos pontos de contato entre os fatos morais dos mais diversos grupos sociais é que será possível afastar o risco da inaplicabilidade desses direitos em certos contextos culturais, evitando-se, com a busca do conceito integrado, as incompatibilidades existentes entre cultura e direitos humanos³³.

Esse é inclusive o entendimento de Boaventura de Sousa Santos, que defende uma concepção multicultural dos direitos humanos³⁴, ao afirmar a “necessidade de uma hermenêutica diatópica através da qual as culturas se intercomunique para formar e conformar um conjunto de valores capazes de impor o respeito à dignidade humana sem prescindir do respeito à cultura local”³⁵.

No caso da burca, já citado anteriormente neste trabalho, os autores BAEZ e MEZZAROBA explicam que há discordância moral em razão do fato de que as culturas envolvidas acabam por julgar as práticas umas das outras utilizando seus próprios parâmetros valorativos, quando na verdade só se deve avaliar uma conduta social utilizando o próprio ambiente valorativo cultural em que ela está inserida³⁶.

³² BAEZ, Narciso Leandro Xavier e MEZZAROBA, Orides. Direitos humanos fundamentais e multiculturalismo: a coexistência do universalismo com o relativismo. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v.16, n.1, p. 246-272, jan/jun 2011, p. 256.

³³ Idem, p. 257.

³⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos**. In *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. César Augusto Baldi (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 239-277. p. 273.

³⁵ LYRA, Ivanilda Figueiredo. Um chá inglês num café parisiense com o alemão Junger Habermas e o português Boaventura Santos: uma discussão acerca da tensão entre direitos humanos e multiculturalismo. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru/PE, v.36, n.1, p. 301-320, jan/dez 2005, p. 309.

³⁶ BAEZ, Narciso Leandro Xavier e MEZZAROBA, Orides. Direitos humanos fundamentais e multiculturalismo: a coexistência do universalismo com o relativismo. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v.16, n.1, p. 246-272, jan/jun 2011, p. 263.

Do contrário a conduta social corre o risco de perder o significado ou de encontrar significado diverso e incompreendido quando avaliada sob parâmetros valorativos de outras culturas.

Em outras palavras, a almejada universalidade dos direitos humanos só poderá se dar de forma justa quando deixar de ser constituída apenas por valores e padrões ocidentais, ou seja, quando for subsidiada pelo diálogo e pelo entrecruzamento de culturas, não com imposições e sobreposições³⁷, mas com reconhecimento mútuo e perspectivas recíprocas para considerar as tradições das culturas envolvidas³⁸ e, a partir daí, lutar pelo respeito à dignidade humana de todos os seres humanos.

De fato, a única maneira de se chegar a qualquer universalidade do conceito é que a definição dos direitos humanos e as garantias por ele protegidas sejam subsidiadas por diversas visões, sendo possível crescer, modificar e repensar os valores a serem eleitos como mundiais³⁹, num contexto de construção conjunta dos valores a serem respeitados mundialmente com a pretensão de garantir proteção à dignidade humana.

É necessário buscar uma forma de aplicação universal do instituto que consiga preservar os direitos essenciais do ser humano em qualquer contexto cultural, sem correr o risco de sofrer relativizações ou impor valores incompatíveis com as culturais locais⁴⁰.

Apesar disso, não obstante os direitos humanos não sirvam para a concepção universal a que se prestam em teoria, em razão de todas as divergências que possuímos como seres humanos, é certo que justamente o fato de sermos todos humanos pressupõe a existência de algo em comum entre nós⁴¹, que possui a capacidade de carregar a característica de universalidade, sem desrespeitar o aspecto multicultural das sociedades.

³⁷ ROTHBARTH, Guilherme Schmalz. A ocidentalização dos direitos humanos: a proibição da prática da mutilação genital feminina. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, n.01, p. 175-197, jan/jun 2014, p. 192.

³⁸ LYRA, Ivanilda Figueiredo. Um chá inglês num café parisiense com o alemão Junger Habermas e o português Boaventura Santos: uma discussão acerca da tensão entre direitos humanos e multiculturalismo. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru/PE, v.36, n.1, p. 301-320, jan/dez 2005, p. 315.

³⁹ Idem, p. 317

⁴⁰ BAEZ, Narciso Leandro Xavier e MEZZARROBA, Orides. Direitos humanos fundamentais e multiculturalismo: a coexistência do universalismo com o relativismo. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v.16, n.1, p. 246-272, jan/jun 2011, p. 261.

⁴¹ ROTHBARTH, Guilherme Schmalz. A ocidentalização dos direitos humanos: a proibição da prática da mutilação genital feminina..**Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, n.01, p. 175-197, jan/jun 2014, p. 193.

E esse aspecto comum entre todos os seres humanos é justamente o respeito devido à dignidade humana de todo e qualquer ser humano. Isso porque toda cultura tem algum aspecto de dignidade humana que, conforme defende Kant⁴², é uma qualidade intrínseca, congênita e inalienável de todos os seres humanos.

E isso implica em dizer que

a dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico para existir [...], pois é um bem inato e ético, colocando-se acima, inclusive, das especificidades culturais e suas diversas morais, visto que tem a capacidade de persistir mesmo dentro daquelas sociedade que não a respeitam, já que sua violação evidencia afronta a capacidade de autodeterminação do ser humano e se sua própria condição de ser livre.⁴³

Assim, a maneira de garantir a proteção universal aos seres humanos é através do resguardo de sua dignidade humana. Com efeito, os direitos humanos também objetivam o resguardo da dignidade humana, mas a forma com que pretende fazê-lo é sob os moldes da cultura ocidental. Portanto, a maneira de se proteger a dignidade em esfera universal não pode ser sob o filtro dos direitos humanos de concepção ocidental, mas sob o filtro de uma concepção de direitos humanos multicultural proporcionada por um diálogo de entrecruzamento das culturas e que reconheça a dimensão cultural da dignidade humana.

Tentar proteger a dignidade humana apenas sob o enfoque dos direitos humanos em sua concepção ocidental é incorrer em contradição, porquanto ao fazê-lo ocorrem imposições sobre culturais locais e riscos à preservação cultural, o que também é justamente um aspecto a ser protegido pelos próprios direitos humanos, contemplado inclusive na Declaração Universal De Direitos Humanos de 1948.

3 MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA (MGF) E A DIGNIDADE DAS MULHERES

Vista a importância de se garantir a proteção universal aos seres humanos por meio do respeito à dignidade humana como qualidade intrínseca e compartilhada por todos, a ser resguardada por uma concepção multicultural e dialogada dos direitos humanos, não apenas sob seu enfoque ocidental,

⁴² BAEZ, Narciso Leandro Xavier e MEZZAROBÀ, Orides. Direitos humanos fundamentais e multiculturalismo: a coexistência do universalismo com o relativismo. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v.16, n.1, p. 246-272, jan/jun 2011, p. 257.

⁴³ Idem, p. 257-258.

cabe discutir sobre as dimensões e esferas em que atua o conceito de dignidade humana.

É certo que as formas de se garantir a dignidade humana de uma pessoa também divergem a depender das circunstâncias e contextos históricos. Isso acontece porque a dignidade humana, além de ter uma dimensão básica, também possui uma dimensão cultural⁴⁴. Explica-se:

A dimensão básica é o aspecto da dignidade humana defendido por Kant, caracterizando-se como a dimensão “onde se encontram os bens jurídicos básicos e essenciais para a existência humana, os quais são necessários para o exercício da autodeterminação de cada indivíduo, impedindo a sua coisificação”⁴⁵.

Segundo Baez e Mezzaroba,

[...] a dimensão básica da dignidade humana representa uma qualidade própria do indivíduo que vai demandar o respeito por sua vida, liberdade e integridade física e moral, pois são direitos elementares que impedem a coisificação do ser humano (SARLET, 2005, p. 37-8). Sua violação é facilmente constatada, pois estará caracterizada em qualquer situação em que uma pessoa venha a sofrer a redução de seu status de sujeito de direitos, para o de mero instrumento ou coisa, deixando de ser um fim em si mesmo⁴⁶.

Já a dimensão cultural da dignidade humana abarca os “valores que variam no tempo e no espaço, [...] em cada sociedade, de acordo com as suas possibilidades econômicas, políticas e culturais”⁴⁷. É nesse nível de análise que se abre espaço para as peculiaridades culturais e suas práticas, construindo significados que possam ser entendidos interculturalmente⁴⁸, com a concepção multicultural dos direitos humanos.

É essencial a garantia da dignidade em todas as suas dimensões. E para que se possibilite a coexistência dessas dimensões, é preciso que elas se respeitem mutuamente, ou seja, é preciso que a dignidade cultural não viole a dignidade básica e vice-versa, sem relativizações arbitrárias e desnecessárias que não levam em consideração qualquer aspecto contextual.

A questão trazida à discussão no presente trabalho é sobre a situação em que essa coexistência não é possível. Trata-se de discutir o caso em que a

⁴⁴ Idem, p. 258.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem, p. 258-259.

⁴⁷ Idem, p. 258.

⁴⁸ Idem.

concretização da dimensão cultural da dignidade impede a realização da dignidade básica, ou, colocando em termos práticos, quando a cultura de um grupo fere a dignidade básica de seus próprios membros. São os casos das práticas culturais de homofobia, circuncisão, clitoridectomia⁴⁹.

Nesses casos, entende-se que a dimensão cultural da dignidade humana e a preservação do multiculturalismo encontram limite na própria dimensão básica da dignidade humana. É sob esse aspecto que se insere a discussão sobre a Mutilação Genital Feminina (MGF).

Segundo o site da UFGM (United to End Female Genital Mutilation)⁵⁰, a Organização Mundial Da Saúde (OMS) define a MGF como “forma de violência baseada no gênero que inclui todos os procedimentos que implicam a remoção parcial ou total da genitália feminina externa, ou outras lesões aos órgãos genitais femininos por razões não médicas”.

O site ainda afirma que se estima que aproximadamente 200 milhões de mulheres e meninas em 30 países tenham sido sujeitas a MGF, o que soma 3 milhões de vítimas por ano, segundo a UNICEF⁵¹.

Ainda segundo o portal, “a MGF é parte de uma complexa prática simbólica e cultural, relacionada com a matrimonialidade das mulheres e o papel destas nas suas comunidades, incluindo o acesso à propriedade e estatuto social”⁵². Com efeito, para a cultura local, é uma tradição que proporciona a inserção das meninas na pirâmide social e uma maneira de garantir que mulheres assumam papéis subservientes em relação aos homens com quem se casarão⁵³.

De fato, a MGF está inserida em uma “ampla gama de práticas patriarcais ancoradas na desigualdade de gênero, cujo objetivo é controlar os corpos, a sexualidade e os direitos reprodutivos das mulheres [...]”⁵⁴ Ao causar perda

⁴⁹ DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Cultura e internacionalização dos direitos: da margem nacional de apreciação ao transcivilizacionismo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a.49,n.196, p. 133-147, out/dez 2012, p. 143.

⁵⁰ **Informação básica sobre Mutilação Genital Feminina.** 2018. Disponível em: <<https://uefgm.org/index.php/what-is-fgm/?lang=pt>>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁵¹ Idem.

⁵² Idem.

⁵³ **Cerca de 68 milhões de menina e mulheres sofrerão mutilação genital até 2030, diz Fundo de População da ONU.** 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cerca-de-68-milhoes-de-meninas-e-mulheres-sofrerao-mutilacao-genital-ate-2030-diz-fundo-de-populacao-da-onu/>>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁵⁴ **Informação básica sobre Mutilação Genital Feminina.** 2018. Disponível em: <<https://uefgm.org/index.php/what-is-fgm/?lang=pt>>. Acesso em: 16 set. 2018.

do prazer sexual da mulher, a mutilação possui o objetivo de reprimir a sexualidade da mulher em toda a sua expressão, como forma de torná-la subserviente aos homens.

Acima de tudo, é forma de tortura e violação da integridade física dessas mulheres, considerando que, segundo a OMS, a prática da MGF pode causar várias consequências à saúde física da mulher, como infecções, dores, problemas urinários, problemas menstruais, HIV (em razão da ausência de esterilização dos instrumentos cortantes utilizados) e até a morte, fora as consequências psicológicas que afetam a integridade psíquica das vítimas⁵⁵.

Certamente é uma prática cultural patriarcal que viola a dimensão básica da dignidade humana das mulheres integrantes do grupo social. E não se pode tolerar uma prática cultural de um grupo que, além de ferir a dignidade humana em sua dimensão básica ao reprimir seus próprios membros, é rejeitada por grande parte da sua própria sociedade local.

Atualmente, existem vários casos de mulheres que sobreviveram à MGF e hoje, militam contra a prática, repassando suas experiências pessoais e demonstrando os malefícios da prática.

É facilmente perceptível que a MGF, longe de ser prática cultural que permite a expressão de um grupo social, é prática de tortura que acaba por apagar a identidade e expressão sexual das mulheres inseridas naquele grupo, que são forçadamente submetidas à mutilação.

Em verdade, a mutilação faz parte de uma gama de práticas de um pensamento patriarcal e misógino, que desrespeita a dimensão básica da dignidade das mulheres. É necessário alterar a visão cultural que permite tais formas de violência contra a mulher. E atualmente, vemos exemplos concretos dessa alteração, ou seja, de abolição da prática da MGF nas próprias sociedades em que se apoiava a tradição, como é o caso da Nigéria que, em decisão histórica, criminalizou a prática da mutilação⁵⁶.

De fato, não obstante a importância da diversidade cultural e a importância de se garantir a preservação da dimensão cultural da dignidade humana, nem mesmo o valor do multiculturalismo pode relativizar a dimensão básica da

⁵⁵ **Health risks of female genital mutilation (FGM).** 2018. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/health_consequences_fgm/en/>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁵⁶ **Em decisão histórica Nigéria oficializa a proibição da mutilação genital feminina.** 2018. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/em-decisao-historica-nigeria-oficializa-proibicao-da-mutilacao-genital-feminina/>>. Acesso em: 16 set. 2018.

dignidade humana e permitir a violação dos direitos triviais do ser humano e sua coisificação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a execução deste trabalho foi possível analisar a impossibilidade de aplicação do instituto dos direitos humanos de forma universal, em razão dos entraves criados pelo multiculturalismo existente nas diversas sociedades.

Verifica-se que, como produto cultural da sociedade ocidental, os direitos humanos encontram limites para aplicação em todos os locais de forma generalizada, não podendo ser considerados universais, pois os valores carregados pelo instituto não consideram as peculiaridades locais e não refletem o pensamento e a filosofia de todas as culturas, porquanto nem todos os povos participaram de seu processo de criação.

No contexto de valorização da diversidade cultural, concluiu-se que a tentativa de aplicação universal e generalizada dos direitos humanos causa um choque de civilizações, pois carrega uma ideia de imposição de valores ocidentais incompatíveis com as peculiaridades das sociedades locais.

Assim, a maneira de se garantir dignidade humana a todos os seres humanos deve ser sob uma concepção multicultural dos direitos humanos, pois a forma de se preservar a dignidade humana é diferente a depender do contexto social e histórico em que uma sociedade se insere.

Viu-se que para trazer todas as garantias essenciais aos seres humanos pertencentes a diversas culturas é preciso considerar a dignidade humana conforme as peculiaridades locais de cada sociedade, levando em conta a dimensão cultural da dignidade humana, em respeito à multivocidade de culturas existentes.

Porém, há que se atentar para o fato de que, algumas vezes, a concretização da dimensão cultural da dignidade impede a concretização da dimensão básica da dignidade humana, o que ocorre quando as práticas culturais de um grupo reprimem e coisificam seus próprios membros, como é o caso da prática da Mutilação Genital Feminina.

Como forma de reprimir a sexualidade das mulheres integrantes do grupo social, a MGF se mostra como uma prática cultural inserida no sistema patriarcal e misógino, realizada como forma de violência e discriminação de gênero, visando controlar os corpos das mulheres e seus direitos sexuais em toda sua amplitude.

Com efeito, demonstra-se insustentável a permanência de práticas e valores culturais que violem a dimensão básica da dignidade humana de seus

próprios membros. Até porque nem mesmo uma concepção multicultural dos direitos humanos pode permitir tais violações, considerando que tal concepção pretende alcançar o maior respeito à dignidade humana em todos os contextos possíveis, e não abrir espaço para violações diversas.

Diante da trivial e essencial necessidade de garantia da dimensão básica da dignidade de qualquer ser humano, instituto que é inerente e comum a todos, conclui-se que nem mesmo o significativo valor do multiculturalismo pode permitir a violação aos direitos mais básicos do ser humano e sua coisificação.

REFERÊNCIAS

- BAEZ, Narciso Leandro Xavier e MEZZARROBA, Orides. Direitos humanos fundamentais e multiculturalismo: a coexistência do universalismo com o relativismo. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v.16, n.1, p. 246-272, jan/jun 2011.
- DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Cultura e internacionalização dos direitos: da margem nacional de apreciação ao transcivilizacionismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.49,n.196, p. 133-147, out/dez 2012.
- GELEDES. **Em decisão histórica Nigéria oficializa a proibição da mutilação genital feminina**. 2018. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/em-decisao-historica-nigeria-oficializa-proibicao-da-mutilacao-genital-feminina/>>. Acesso em: 16 set. 2018.
- LYRA, Ivanilda Figueiredo. Um chá inglês num café parisiense com o alemão Junger Habermas e o português Boaventura Santos: uma discussão acerca da tensão entre direitos humanos e multiculturalismo. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru/PE, v.36, n.1, p. 301-320, jan/dez 2005.
- ONU. **Cerca de 68 milhões de menina e mulheres sofrerão mutilação genital até 2030, diz Fundo de População da ONU**. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cerca-de-68-milhoes-de-meninas-e-mulheres-sofrerao-mutilacao-genital-ate-2030-diz-fundo-de-populacao-da-onu/>>. Acesso em: 16 set. 2018.
- ROTHBARTH, Guilherme Schmalz. A ocidentalização dos direitos humanos: a proibição da prática da mutilação genital feminina. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, n.01, p. 175-197, jan/jun 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos**. In *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. César Augusto Baldi (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 239-277.

UEFGM. **Informação básica sobre Mutilação Genital Feminina**. 2018. Disponível em: <<https://uefgm.org/index.php/what-is-fgm/?lang=pt>>. Acesso em: 16 set. 2018.

UNRIC. **Diversidade cultural: um patrimônio da humanidade a ser preservado**. 2017. Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/actualidade/31134-diversidade-cultural-um-patrimonio-da-humanidade-a-ser-preservado>>. Acesso em: 10 set. 2018.

WHO. **Health risks of female genital mutilation (FGM)**. 2018. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/health_consequences_fgm/en/>. Acesso em: 16 set. 2018.

A competência do Tribunal Penal Internacional no julgamento do desastre humanitário ocorrido na Síria*

Arthur Azeredo Thevenard¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregón²

Sumário: Introdução. **1.** O Tribunal Penal Internacional. **2.** Da interferência da Organização das Nações Unidas sobre o Tribunal Penal Internacional. **3.** Competência do Tribunal Penal Internacional para o processamento dos crimes de lesa-humanidade perpetrados pelo Governo Sírio. – Considerações finais. – Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem por escopo a realização de uma análise da competência do Tribunal Penal Internacional, sob a ótica do Direito Internacional, bem como dos acordos firmados entre as nações e os organismos internacionais, para julgar o massacre perpetrado pelo Governo Sírio ao utilizar armamento químico contra a população civil. Assim, objetiva-se por meio deste estudo o desenvolvimento de uma abordagem histórica e

* Recibido: 20 de setiembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Discente do curso de Direito na Faculdade de Direito de Vitória.
arthurazedothevenard@gmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV.
mfqobregon@yahoo.com.br

jurídica acerca do referido tribunal, de modo a apresentar o seu regramento jurídico-político e as disposições que conferem legitimidade em sua atuação. O trabalho em questão será desenvolvido a partir de estudos doutrinários e de legislações pertinentes ao tema, adotando-se a metodologia dialética para tanto. A base teórica dos referidos estudos será consolidada, principalmente, em artigos científicos dedicados à temática.

Palavras-chave: Direito Internacional; Tribunal Penal Internacional; Direito Humanitário.

The competence of the International Criminal Court in the judgment of the humanitarian disaster occurred in Syria

Abstract: The purpose of this article is to conduct an analysis of the jurisdiction of the International Criminal Court from the point of view of international law, as well as of the agreements reached between the federations and international organizations, to judge the massacre perpetrated by the Syrian Government in using chemical weapons against the civilian population. Thus, the objective of this study is to develop a historical and legal approach to the aforementioned court, in order to present its legal-political framework and the provisions that confer legitimacy in its performance. The work in question will be developed based on doctrinal studies and legislation pertinent to the subject, adopting the dialectical methodology to do so. The theoretical basis of these studies will be consolidated, mainly, in scientific articles dedicated to the subject.

KEYWORDS: International right; International Criminal Court; Humanitarian Law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo versará acerca da análise da competência do Tribunal Penal Internacional para julgar as barbáries cometidas pelo Governo Sírio ao utilizar-se de armamento químico contra sua própria população.

Por tal razão, o estudo explorará a principal função da referida instituição, bem como os principais empassos que, por consequência, impedem o progresso das investigações dos acontecimentos, assim como impossibilitam e aplicação de eventual sanção aos responsáveis por tais atos.

O primeiro aspecto a ser estudado pelo presente trabalho será a origem histórica do Tribunal Penal Internacional. Serão analisados os acordos internacionais firmados entre as federações, bem como em quais situações o referido Tribunal possui legitimidade para atuação.

Em segundo lugar, será iniciada uma discussão acerca da efetividade do referido Tribunal, no âmbito internacional, em se tratando da sua atuação para coibir os crimes contra os Direitos Humanos praticados no contexto de guerras civis, regimes totalitários e outros conflitos armados.

Em seguida, se procederá com a análise da interferência da Organização das Nações Unidas (ONU) no Tribunal Penal Internacional, frente aos desastres ocorridos, de modo a adentrar nas razões que impedem sua efetiva atuação no conflito civil perpetrado em solo Sírio com aplicações de medidas eficazes para sanar as atrocidades e punir o atual governante, bem como aqueles envolvidos.

Por fim, analisaremos a atuação do Tribunal Penal Internacional no contexto Sírio, sob a ótica do Direito Internacional, e as razões que impedem ou não o seu protagonismo na reparação e repressão dos atos que até então ali foram praticados.

1 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

1.1 O CONTEXTO HISTÓRICO E AS PREMISAS QUE PERMEARAM A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional pode ser considerado uma instituição recente, uma vez concebido no ano de 2002. Entretanto, suas raízes históricas estão atreladas à Segunda Grande Guerra Mundial, isso porque, com o fim da guerra surgiu os anseios sociais, políticos e econômicos em responsabilizar

aqueles que foram responsáveis por todas as atrocidades perpetradas durante o período de conflito.

Nesse sentido, foi firmado em 1945 o Acordo de Londres³, um documento internacional que instituiu o Tribunal Militar Internacional, com o objetivo de julgar os crimes de guerra, de paz e contra a humanidade realizado por aqueles que apoiaram o regime nazista de Hitler. Por ter se instalado na cidade alemã de Nuremberg, ficou conhecido como Tribunal de Nuremberg.

Posteriormente, no ano seguinte em 1946, foi instalado o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente. Basicamente, possuía a mesma finalidade do Tribunal citado anteriormente, mas com o objetivo de julgar os líderes do derrocado império japonês pelos crimes realizados durante o período de guerra.

Por tais razões, Celso Lafer afirma que a concepção de um Direito Internacional Penal parte da premissa de que existem certos fundamentos essenciais da vida em comunidade internacional e que as transgressões das normas relativas a tais imposições constituem crimes internacionais.⁴ A partir dessa consideração se percebeu a necessidade de fixar um sistema mínimo de direitos e comportamentos a serem assegurados e tutelados internacionalmente para uma boa convivência entre as nações.

No entanto, por mais que tenha se demonstrado uma preocupação maior com a defesa dos direitos individuais e coletivos em âmbito internacional, a forma como se deu a estruturação e a finalidade desses tribunais, estavam bem distantes de se alcançar quaisquer parâmetros de justiça internacional que tanto almejavam, com o término da Segunda Guerra Mundial.

Sobre a temática é preciso atentar para as críticas apontadas por Celso Araújo Santos ao esclarecer que tais tribunais foram justamente instituídos após a ocorrência dos fatos criminosos e apenas para julgar esses determinados fatos. Além disso, em sua origem, foram formados pelos países vencedores contra os vencidos, para julgar crimes civis, e não apenas os crimes militares como inicialmente era proposto⁵.

³ **London Agreement.** Disponível em: < Avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp >. Acesso em 01 set 2018.

⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** Diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

⁵ SANTOS, Celso Araújo. **Análise prática do Tribunal Penal Internacional: origem histórica, competência, procedimento, natureza das decisões e delitos internacionais.** Revista Direito Constitucional e Internacional. Vol. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 107.

Logo, é possível que a Criação do referido Tribunal mais se apresentava como uma forma de punição e vingança aos países derrotados, visto que eram impostos pelos países vencedores que não sofreram quaisquer penalidades pelas investidas que também realizaram no período de guerra e foram contrárias aos direitos humanos que buscavam tutelar.

Foi então, em 1948, dois anos após a constituição da Organização das Nações Unidas (ONU), que se instituiu a Declaração Internacional de Direito Humanos, um marco para a proteção internacional dos direitos humanos e um documento essencial para materializar a importância da defesa de tais direitos entre todas as nações, não mais havendo distinções de quaisquer naturezas.

Nesse sentido, Fabio Konder Comparato acertadamente afirmou que a declaração de direitos humanos estabelecida representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade⁶.

A partir de então outros acordos internacionais foram firmados na busca pela proteção dos direitos humanos em âmbito internacional, dentre eles é importante mencionar a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio que buscou criminalizar internacionalmente a prática do genocídio.

Conforme os diplomas legais para a tutela de tais direitos eram amplamente editados pela comunidade internacional, surgiu a necessidade de criação de um Tribunal Penal Internacional permanente para apurar condutas que violassem as premissas que eram acordadas pelos entes nacionais, evitando qualquer impunidade decorrente da ofensa aos direitos humanos até então defendidos e tutelados.

⁶ COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Por essa razão, em 1998, 50 anos após a Declaração Universal de Direitos Humanos, foi assinado o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, criado justamente com a intenção de punir aqueles que cometerem graves crimes que afetem a comunidade internacional em seu conjunto.

1.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Fixado o contexto em que fora estabelecido o Tribunal Penal Internacional, é preciso compreender o seu campo de atuação, bem como as principais características que circundam a instituição internacional.

Dentre as suas características deve-se ter em mente que o tribunal possui caráter permanente. Essa característica é primordial para, conforme ensinamentos de Eloísa Canedo, contrastar com os tribunais ad hoc criados pelo Conselho de Segurança da ONU. A permanência do Tribunal garante a segurança internacional frente aos eventuais conflitos que possam ocorrer e é uma característica que solucionou o problema de se constituir uma instância judicial *post factum*⁷.

Essa característica é de fundamental importância para o regular funcionamento da Corte Penal Internacional para evitar as arbitrariedades e impunidades, anteriormente cometidas, e buscar a tutela em nível universal e geral dos direitos ali resguardados.

Por outro lado, é preciso, também, compreender que o Tribunal Penal Internacional possui personalidade jurídica própria, sendo um organismo internacional independente⁸ se analisado em conjunto a outras instituições que foram concebidas internacionalmente, como a ONU.

Nesse sentido, é importante frisar que a sua independência é de fundamental relevo para evitar qualquer relação de subordinação ou de dominação da entidade por determinados entes ou grupos que possuem demasiada influência no cenário internacional.

E, por fim, o caráter de complementariedade que permeia o próprio propósito do organismo em estudo. Isso porque, a sua jurisdição será exercida em caráter secundário, nas hipóteses em que houver a real incapacidade ou falta

⁷ CANEDO, Eloísa. **Os Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: < <https://juridicocerto.com/p/canedo-e-silva-adv/artigos/os-direitos-humanos-e-o-tribunal-penal-internacional-3261> >. Acesso em 04 de set 2018.

⁸ SANTOS, Celso Araújo. **Análise prática do Tribunal Penal Internacional: origem histórica, competência, procedimento, natureza das decisões e delitos internacionais**. Revista Direito Constitucional e Internacional. Vol. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 107.

de disposição de um aparato judiciário nacional, pelo estado membro, de exercer a sua jurisdição primária na aferição da conduta criminosa⁹.

Assim, para que haja a atuação do Tribunal Penal Internacional é preciso que haja a inercia do estado membro em apurar os crimes que o referido tribunal também tenha competência para processar e julgar. Até mesmo para evitar a impunidade desses crimes mais gravosos se faz necessário sua atuação secundária, prevenindo que as barbáries se perpetuem com a inercia do estado nacional.

1.3 COMPETÊNCIA E CONTRAVENÇÕES PROCESSADAS E JULGADAS PELO TPI

Para análise da competência do Tribunal em apreço é imperioso delimitar determinadas premissas que aparam e são responsáveis por delimitar o seu campo de atuação.

Inicialmente, a competência para processar e julgar os crimes previstos no Estatuto restringem-se as pessoas físicas, prestigiando a responsabilidade penal individual do infrator.¹⁰

Além disso, conforme os saberes de Mantovani e Brina para a configuração da responsabilidade criminal, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, membro de Governo ou Parlamento, representante eleito ou funcionário público não será considerada para fins de redução de pena ou mesmo para afastar a jurisdição do Tribunal, uma vez que os dispositivos constantes do Estatuto serão também, irrelevante se a conduta foi ou não praticada por ordens de um superior hierárquico ou do Estado envolvido na querela¹¹.

Nesse sentido, importante para compreender o imenso alcance subjetivo do instituto, o processamento de atos diretamente atrelados à pessoa que realizou a conduta, sem realizar qualquer discriminação quanto a sua qualificação demonstra a preocupação e a sobreposição dos valores humanos defendidos sobre quem quer que seja que os tenha praticado.

⁹ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. p. 852-853.

¹⁰ TEIXEIRA, Sílvia Gabriel. **O indivíduo e sua situação penal internacional após a criação do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12338 >. Acesso em 03 set 2018.

¹¹ LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. **Coleção para entender: O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. P. 147.

Em seguida, outro fator primordial para fixar a competência do Tribunal é analisar a matéria compreendida pelo delito cometido. Isso porque, os crimes abarcados na jurisdição do tribunal penal internacional são: crimes contra a humanidade e contra a paz, crimes de guerra, crime de agressão e crime de genocídio¹².

Extraí-se que a competência material esta estritamente ligada a crimes que atentam, sejam em menor ou maior grau, aos direitos humanos, crimes tão bárbaros e repugnantes que são reprováveis por quaisquer povos e civilizações mundiais.

Já o critério temporal determina que são poderão ser julgados os crimes que ocorreram após a entrada em vigor do Estatuto de Roma¹³, ou seja, 01/07/2012, em que se instituiu o Tribunal Penal Internacional.

Assim, exclui-se da apreciação do organismo os crimes cometidos anteriormente a sua instituição, delineando a nítida contraposição ao funcionamento inicial dos Tribunais Penais Internacionais, que eram instituídos posteriormente aos fatos e destinados a julgar e processar apenas questões pontuais.

2. DA INTERFERÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Com o término da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional, aterrorizada com as inúmeras atrocidades perpetradas pelas nações durante os de duração desse conflito armado, resolveu por constituir a chamada Organização das Nações Unidas (ONU). Esse organismo internacional foi criado com o objetivo de manutenção e promoção da paz entre os países, justificado pelo sentimento comum de indignação às imensuráveis consequências deixadas pela guerra.¹⁴ Dessa forma, pode-se concluir que por meio da criação dessa entidade internacional, buscou-se, ou ao menos tentou-se reestabelecer a relação harmônica entre as nações, para que retornassem a um status de convivência pacífica.

¹² TEIXEIRA, Sílvia Gabriel. **O indivíduo e sua situação penal internacional após a criação do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12338 >. Acesso em 04 set 2018.

¹³ SANTOS, Celso Araújo. **Análise prática do Tribunal Penal Internacional: origem histórica, competência, procedimento, natureza das decisões e delitos internacionais**. Revista Direito Constitucional e Internacional. Vol. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 111.

¹⁴ ONU: A história da organização. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em 08 set 2018.

Sem qualquer objetivo de esgotar a temática, é preciso, a priori, entender que a ONU é estruturada em seis principais órgãos: a Assembleia Geral; o Secretariado, responsável pelas questões administrativas; o Conselho de Tutela; a Corte Internacional de Justiça; Conselho Econômico e Social e, por fim, o Conselho de Segurança¹⁵, onde reside a problemática traçada.

Dentre os órgãos que compõe a ONU é o Conselho de Segurança que concentra enormes poderes de atuação frente a comunidade internacional, já que possui a incumbência de manter a paz entre as nações, podendo, caso seja necessário, agir em casos que causem instabilidade internacional, com a ruptura da paz entre as nações e qualquer ato de agressão a sua continuidade¹⁶.

Dessa forma, quando se está diante de uma conduta que venha ameaçar a estabilidade mundial, dentro da própria comunidade internacional, o Conselho de Segurança pode deliberar medidas coercitivas reprimindo tais atos ou mesmo aplicando sanções para aqueles atos já praticados.

Ocorre que, dentre os quinze membros que o compõe, cinco são membros permanentes com direito de veto, sendo eles: Estados Unidos da América, Rússia, China, Reino Unido, França e, os outros dez membros são instituídos em caráter temporário¹⁷.

Ante a permanência de determinados membros em categoria permanente e a sua conseqüente irredutibilidade frente aos demais, que reside os impasses a alcançar a verdadeira finalidade pela qual tal órgão fora criado. A vista disso, está a defesa dos interesses políticos particulares de tais membros do Conselho de Segurança que impedem que muitas questões atinentes a paz mundial e a necessidade de adoção de medidas coercitivas sejam ignoradas, em razão da defesa de seus interesses.

Por tal razão, e pela colisão frontal desses interesses que buscam defender, é que, nos ensinamentos de Tarin Mont'Alverne, a reformulação é medida impositiva ao Conselho de Segurança. Todavia, é necessário enxergar a dificuldade em determinar ou delimitar as alterações fundamentais a fim de

¹⁵ NOVO. Benigno Núñez. Organização das Nações Unidas. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/62078/organizacao-das-nacoes-unidas> >. Acesso em 02 set 2018.

¹⁶ MENDONÇA. Fernanda Graebin. **A relação entre o Tribunal Penal Internacional e o Conselho de Segurança da ONU: uma análise sobre o crime de agressão**. Cadernos de Relação Internacionais. V. 5 n.1. 2012.

¹⁷ ONUBR. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/conheca/como-funciona/conselho-de-seguranca/> >. Acesso em: 02 set 2018.

tornar o Conselho de Segurança mais eficiente ainda que tal alteração pareça imprescindível para a manutenção da instituição.¹⁸

Nesse aspecto, justamente, relacionado ao funcionamento do referido órgão de cúpula que reside a imensa interferência no andamento independente do Tribunal Penal Internacional.

De forma que, conforme sabido, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, conforme os ensinamentos de Cícero Neto, possui legitimidade ativa para para iniciar o processamento de uma Ação Penal de alçada do Tribunal Internacional, mediante denúncia ao Gabinete de Procurador, sobre qualquer situação em que haja os indícios mínimos de ocorrência dos crimes contra a paz mundial.¹⁹

Para além disso, conforme saberes de Artur Souza, as situações pelas quais ensejam o processamento da Ação Penal pelo Conselho de Segurança englobam, inclusive, os ilícitos penais que ocorreram em nações que não se submeteram a jurisdição do Tribunal.²⁰

A partir disso, percebe-se que a independência do Tribunal em estudo, visto anteriormente, não é ampla nem ilimitada, pelo contrário, está estrategicamente amarrada e submetida a deliberação do órgão de cúpula da Organização das Nações Unidas, que por vexes possui um poder de processamento dos ilícitos penais maior do que o próprio órgão especializado, visto que, a eles é conferido a possibilidade de aferir ilícitos penais cometidos por aqueles países não signatários do Estatuto de Roma.

Por todo exposto, é inevitável concluir pela modesta independência normativa e atuação do órgão criado para apurar crimes contra a humanidade, de um modo geral, isso porque a sua atuação se mostra bastante restrita, aos países signatários e, indevidamente, atrelada a atuação de outros

¹⁸ MONT'ALVERNE. Tarin Cristino Frota. **O futuro do Conselho de Segurança da ONU: ainda é possível reformá-lo?**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Tarin%20Cristino%20Frota%20MontAlverne.pdf>>. Acesso em: 06 set 2018.

¹⁹ NETO. Cícero Alves de Sousa. **O tribunal penal internacional: uma abordagem crítica quanto à sua efetividade na tutela dos direitos humanos**. Disponível em <<file:///Users/arthurthevenard/Downloads/8714-Texto%20do%20artigo-25753-1-10-20160518.pdf>>. Acesso em 5 set 2018.

²⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **O Tribunal Penal Internacional e a Proteção aos Direitos Humanos: uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional da pessoa humana**. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília/DF, ano 3, n. 12, p. 9 – 31, jul./set. 2004.

órgãos externos, deixando de cumprir com eficácia as diretrizes e os objetivos pelo qual, inicialmente, foi criado.

3. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA O PROCESSAMENTO DOS CRIMES DE LESA-HUMANIDADE PERPETRADOS PELO GOVERNO SÍRIO

Em 2017, na data de 7 de abril, a cidade de Douma, localizada aos arredores de Damasco, sofreu ataque de armas químicas que haviam sido ordenadas por forças governamentais de Bashar-Al Assad²¹. Tal fato foi responsável por inúmeras mortes de civis que estão expostos ao ataque perpetrado.

Nessa perspectiva, sob a ótica do direito internacional, e dos acordos e tratados firmado pela Síria, deve-se analisar se a conduta praticada pelo governo pode ser enquadrada como atentatória à estabilidade da comunidade internacional, ante a violação dos direitos humanos realizadas e, se for possível, aplicar sanções ao autor do ato realizado.

Inicialmente, é importante frisar que as armas químicas e biológicas por muito tempo foram utilizadas, desde a antiguidade, como forma de dizimar e dominar populações e culturas inteiras.

Em razão das barbaridades cometidas pela utilização desses químicos, foi criado, através de um tratado internacional, a Convenção sobre a Proibição ao Desenvolvimento, Produção, Armazenamento e Utilização de Armas Químicas e sobre a sua Destruição – CPAQ, que entrou em vigor em 1997, com objetivo de destruir e prevenir o surgimento desse tipo de armamento de exterminação em massa²².

Nesse contexto, a Síria, em 14 de setembro de 2013, requereu pela adesão ao referido tratado²³, por tal razão se comprometeu a realizar políticas públicas internas para alcançar os objetivos e diretrizes de paralização na construção e promoção da destruição das armas químicas, previsto no documento jurídico firmado.

²¹ FERNANDES. Jose Pedro Teixeira. **Armas químicas e jogos de guerra na Síria**. Disponível em < <https://www.publico.pt/2018/04/12/mundo/opiniao/armas-quimicas-e-jogos-de-guerra-na-siria-1810066> >. Acesso em 05 set 2018.

²² **Autoridade Nacional para a Proibição das Armas Químicas**. Disponível em < <https://www.anpaq.mne.pt/pt/convencao/convencao-para-a-proibicao-de-armas-quimicas-cpac> >. Acesso em 03 set 2018.

²³ GALLI. Larissa. **Acordo internacional que proíbe o uso de armas químicas completa 20 anos**. Disponível em < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-04/acordo-internacional-que-proibe-uso-de-armas-quimicas-completa-20-anos> >. Acesso em 30 ago 2018.

Por consequência, a ocorrência dos atentados, acima mencionados, demonstra e retrata a flagrante violação a finalidade essencial que embasou a ratificação do referido acordo. Esse contexto confirma a necessidade de haver maior fiscalização sobre o objeto principal do tratado firmado, sobre os países que são signatários.

A fiscalização mencionada se mostra latente e atual para evitar que violações a direitos humanos ocorram, haja vista a irresponsabilidade das nações em administrar e controlar a produção de tais químicos.

Diante todo o exposto, e em virtude das violações aos direitos humanos realizados, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas – ONU, ainda assim, deixou de adotar as resoluções concorrentes para realização das investigações pertinentes a utilização desses armamentos, ou mesmo qualquer outra ação capaz de averiguar as condutas²⁴.

A inércia do órgão de cúpula da ONU ocorre em razão dos interesses políticos presentes nos países membros, que impedem que qualquer ação contrária que venha colidir com essas importâncias, sejam adotadas. Isso porque, o voto contrário proferido por um dos membros permanentes (Estados Unidos, Rússia, França, Reino Unido e China) impede o prosseguimento da medida pela qual pretende ser realizada, já que ocorre o bloqueio da aprovação da resolução²⁵.

Especificamente, no caso em apreço, a Rússia se mostrou bastante resistente na adoção das medidas para investigar o governo sírio, já que, diga-se de passagem, ambos os países são aliados, e qualquer ação investigativa com aplicação de sanções, pode representar o rompimento de suas relações políticas e dos interesses dela advindos.

Diante desse cenário conturbado de interesse políticos conflitante, os demais órgãos que compõe a ONU, em especial o secretário-geral, emitiu declaração no sentido de que fosse enviada toda a conjuntura vivenciada pela nação árabe para o Tribunal Penal Internacional processa e julgasse eventuais crimes de competência de sua alçada.²⁶

²⁴ ONUBR. **Síria: Conselho de Segurança da ONU falha e não adota três resoluções sobre armas químicas.** Disponível em < <https://nacoesunidas.org/siria-conselho-de-seguranca-da-onu-falha-e-nao-adota-tres-resolucoes-sobre-armas-quimicas/> >. Acesso em 02 set 2018.

²⁵ *Idem.*

²⁶ ONUBR. **Conjuntura Síria tem de ser avaliada por Tribunal Penal Internacional, diz chefe da ONU.** Disponível em < <https://nacoesunidas.org/conjuntura-da-siria-tem-de-ser-avaliada-por-tribunal-penal-internacional-diz-chefe-da-onu/> >. Acesso em 4 set 2018.

Dessa forma, por mais que a Síria não seja signatária do Estatuto de Roma que instituiu o referido tribunal criminal internacional, ainda assim, o Conselho de Segurança da ONU possui o poder de leva-lo à processamento e julgamento junto a referida corte²⁷.

Logo, é imperioso reconhecer que diante as circunstâncias políticas e culturais que circundam e impedem o avanço das investigações dos crimes perpetrados no território árabe, pelo órgão de cúpula da ONU e a sua evidente polarização, é necessário que os atos de investigação sejam, urgentemente, remetidos para apreciação do Tribunal Penal Internacional.

O envio para o referido Tribunal se mostra como medida imperativa para reforçar a finalidade pela qual o próprio tribunal fora criado e sobre quais crimes a sua competência pode atuar. E, por se tratar de um grave crime de guerra, a negligência do Conselho de Segurança deve ser repudiada pela comunidade internacional, para evitar a ocorrência de maiores violações à direitos humanos, reafirmando a própria autonomia do Tribunal e confirmando seu poder reprimindo futuras ameaças que possam ocorrer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo trabalho realizado, inicialmente, é importante compreender a importância da criação de um Tribunal Penal Internacional para processar e julgar crimes de maiores magnitudes, diante o contexto que toda a comunidade internacional vivenciou, pós as duas grandes guerras mundiais, que foram responsáveis por assolar o mundo e trazer consequências irreparáveis para as mais diversas nações do globo até os dias atuais.

É preciso entender, também, que o escopo para o desenvolvimento e surgimento do referido tribunal, esta pautado na defesa dos direitos humanos em sua forma mais ampla. Isso porque, em razão do seu caráter de complementariedade, o processamento diante o mesmo ocorrerá em caso de inércia das nações em apurar os crimes que são de sua competência e, que por consequência, perpetraram violações ao direito humanitário internacional.

E, ainda que hajam países que não sejam signatários do tratado que originou o tribunal penal, eles, ainda assim, podem ser submetidos a sua jurisdição, mediante encaminhamento para análise e averiguação, pelo Conselho de Segurança da ONU, das atividades suspeitas que foram praticadas e que correspondem a crimes de competência do Tribunal Penal Internacional.

²⁷ ONUBR. **Crime de guerra continuam ocorrendo na Síria, alerta presidente da ONU.** Disponível em < <https://nacoesunidas.org/crimes-de-guerra-continuam-ocorrendo-na-siria-alerta-presidente-de-comissao-da-onu/> >. Acesso em 30 ago 2018.

No concreto, o encaminhamento para análise das praticas realizadas em território árabe para o Tribunal Penal Internacional deve ser realizado em caráter de urgência, já que não resta outra alternativa, senão esta, para que se apure a responsabilidade dos envolvidos, ante os impasses políticos vivenciados no Conselho de Segurança da ONU para avançar nas investigações das condutas.

Por fim, para resguardar o real objetivo, quando da criação do Tribunal Penal Internacional e da Organização da Nações Unidas, de combater desastres humanitários e tutelar os direitos humanos nas suas mais diversas facetas, a transferência para averiguação dos atos praticados na Síria, para alçada do Tribunal Penal Internacional representaria um avanço na tutela dos direitos pretendidos, expurgando-se quaisquer interesses políticos que poderiam confrontados, além de retratar a independência e o poderio do Tribunal Penal Internacional para processar e julgar o crimes que atentam contra toda a humanidade, independente de influência direta da ONU, apenas através de um trabalho de cooperação mutua para alcançar os fins pelos quais foram instituídos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. p. 852-853.

Autoridade Nacional para a Proibição das Armas Químicas. Disponível em < <https://www.anpaq.mne.pt/pt/convencao/convencao-para-a-proibicao-de-armas-quimicas-cpac> >. Acesso em 03 set 2018.

CANEDO. Eloísa. **Os Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: < <https://juridicocerto.com/p/canedo-e-silva-adv/artigos/os-direitos-humanos-e-o-tribunal-penal-internacional-3261> >. Acesso em 04 de set 2018.

COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNANDES. Jose Pedro Teixeira. **Armas químicas e jogos de guerra na Síria**. Disponível em < <https://www.publico.pt/2018/04/12/mundo/opiniao/armas-quimicas-e-jogos-de-guerra-na-siria-1810066> >. Acesso em 05 set 2018.

GALLI. Larissa. **Acordo internacional que proíbe o uso de armas químicas completa 20 anos**. Disponível em < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-04/acordo->

[internacional-que-proibe-uso-de-armas-quimicas-completa-20-anos](#) >. Acesso em 30 ago 2018.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. **Coleção para entender: O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. P. 147.

London Agreement. Disponível em: <
Avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp >. Acesso em 01 set 2018.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. **A relação entre o Tribunal Penal Internacional e o Conselho de Segurança da ONU: uma análise sobre o crime de agressão**. Cadernos de Relação Internacionais. V. 5 n.1. 2012.

MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. **O futuro do Conselho de Segurança da ONU: ainda é possível reformá-lo?** Disponível em: <
<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Tarin%20Cristino%20Frota%20MontAlverne.pdf>>. Acesso em: 06 set 2018.

NETO, Cícero Alves de Sousa. **O tribunal penal internacional: uma abordagem crítica quanto à sua efetividade na tutela dos direitos humanos**. Disponível em <
<file:///Users/arthurthevenard/Downloads/8714-Texto%20do%20artigo-25753-1-10-20160518.pdf> >. Acesso em 5 set 2018.

NOVO, Benigno Núñez. Organização das Nações Unidas. Disponível em <
<https://jus.com.br/artigos/62078/organizacao-das-nacoes-unidas> >. Acesso em 02 set 2018.

ONU: A história da organização. Disponível em:
<<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em 08 set 2018.

ONUBR. **Conjuntura Síria tem de ser avaliada por Tribunal Penal Internacional, diz chefe da ONU**. Disponível em <
<https://nacoesunidas.org/conjuntura-da-siria-tem-de-ser-avaliada-por-tribunal-penal-internacional-diz-chefe-da-onu/> >. Acesso em 4 set 2018.

ONUBR. **Crime de guerra continuam ocorrendo na Síria, alerta presidente da ONU**. Disponível em <
<https://nacoesunidas.org/crimes-de-guerra-continuam-ocorrendo-na->

[siria-alerta-presidente-de-comissao-da-onu/](#) >. Acesso em 30 ago 2018.

ONUBR. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/conheca/como-funciona/conselho-de-seguranca/> >. Acesso em: 02 set 2018.

ONUBR. **Síria: Conselho de Segurança da ONU falha e não adota três resoluções sobre armas químicas.** Disponível em < <https://nacoesunidas.org/siria-conselho-de-seguranca-da-onu-falha-e-nao-adota-tres-resolucoes-sobre-armas-quimicas/> >. Acesso em 02 set 2018.

SANTOS, Celso Araújo. **Análise prática do Tribunal Penal Internacional: origem histórica, competência, procedimento, natureza das decisões e delitos internacionais.** Revista Direito Constitucional e Internacional. Vol. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 107.

SANTOS, Celso Araújo. **Análise prática do Tribunal Penal Internacional: origem histórica, competência, procedimento, natureza das decisões e delitos internacionais.** Revista Direito Constitucional e Internacional. Vol. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 111.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **O Tribunal Penal Internacional e a Proteção aos Direitos Humanos: uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional da pessoa humana.** Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília/DF, ano 3, n. 12, p. 9 – 31, jul./set. 2004.

TEIXEIRA, Sílvia Gabriel. **O indivíduo e sua situação penal internacional após a criação do Tribunal Penal Internacional.** Disponível em < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12338 >. Acesso em 03 set 2018.

**Vulnerabilidade hídrica em tempos de crise:
uma análise do fenômeno da injustiça hídrica à luz da
fundamentalidade do direito à água potável***

Douglas Souza Guedes¹

Daniela Juliano Silva²

Tauã Lima Verdán Rangel³

Sumário: Considerações iniciais. **1** O espaço urbano em uma perspectiva ambiental: a ambiência do homem contemporâneo em análise. **2** O fenômeno da industrialização como elemento agravador da injustiça ambiental: o embate entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. **3** Injustiça hídrica: a escassez de água e a estruturação de uma nova faceta da injustiça ambiental. – Comentários finais. – Referência.

* Recibido: 28 febrero 2019 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Discente do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana. Técnico em Agropecuária pelo Instituto Federal Fluminense – Bom Jesus do Itabapoana-RJ. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4982312165702860>.
dsouzaguedes@gmail.com
- ² Mestre e Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Professora substituta do Departamento de Direito Privado na Universidade Federal Fluminense. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4620285328081573>.
danjulsil@yahoo.com
- ³ Mestre e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Professor na Faculdade Metropolitana São Carlos – Bom Jesus do Itabapoana e na Multivix – Unidade Cachoeiro de Itapemirim-ES. Pesquisador no Grupo de Pesquisa sobre Direitos Fundamentais da Universidade Federal Fluminense. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8802878793841195>.
taua_verdan2@hotmail.com

Resumo: O escopo do presente foi analisar o reconhecimento da fundamentalidade do acesso à água potável. Na contemporaneidade, em razão do reconhecimento da complexidade da existência da vida humana e sua relação ao acesso de necessidades básicas, a discussão envolvendo as questões ambientais e as temáticas de Direitos Humanos passou a ganhar maior relevo. Neste sentido, a comunidade global discute, sob diferentes aspectos, a importância da água para o ser humano, com ênfase no consumo humano. Valendo-se do método dedutivo e análise qualitativa, demonstrou-se a relação existente entre a dignidade da pessoa humana e o direito ao acesso à água com vistas a reconhecer a sua fundamentalidade, com enfoque na mudança de paradigma, principalmente quanto à nova concepção de direito difuso e sob a abrangência do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, como conclusão alcançada no decurso do presente, verificou-se que a fundamentalidade do acesso à água encontrou barreiras para a sua concretização, sobretudo em razão da vulnerabilidade hídrica manifestada em grupos que são comumente marginalizados socialmente, ensejando o fenômeno da injustiça hídrica.

Palavras-chave: Água; Dignidade da Pessoa Humana; Direito Difuso; Meio Ambiente.

Abstract: The present scope was to analyze the recognition of the fundamentality of access to drinking water. In contemporary times, due to the recognition of the complexity of the existence of human life and its relation to the access of basic needs, the discussion involving environmental issues and the themes of Human Rights began to gain greater prominence. In this sense, the global community discusses, under different aspects, the importance of water for the human being, with emphasis on human consumption. Using the deductive method and qualitative analysis, the relationship between the dignity of the human person and the right to access to water was demonstrated, with a view to recognizing its fundamental nature, focusing on the paradigm shift, especially regarding the new conception of diffuse right and under the scope of the fundamental right to the ecologically balanced environment. Thus, as conclusion reached during the present, it was verified that the fundamentality of access to water encountered barriers to its realization, mainly due to the water vulnerability manifested in groups that are commonly socially marginalized, giving rise to the phenomenon of water injustice.

Keywords: Water; Dignity of Human Person; Diffuse Law; Environment.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No decorrer das últimas décadas, em especial a partir de 1980, os temas associados à questão ambiental passaram a gozar de maior destaque no cenário mundial, devido, em grande parte, com a confecção de tratados e diplomas internacionais que enfatizaram a necessidade da mudança de pensamentos da humanidade, orientado, maiormente, para a preservação do meio ambiente. Concomitantemente, verifica-se o fortalecimento de um discurso participativo de comunidades e grupamentos sociais tradicionais nos processos decisórios. Observa-se, desta maneira, que foi conferido maior destaque ao fato de que a proeminência dos temas ambientais foi içada ao *status* de problema global, alcançado, em sua rubrica, não apenas a sociedade civil diretamente afetada, mas também os meios de comunicação e os governos de diversas áreas do planeta. Tal cenário é facilmente verificável na conjunção de esforços, por partes de grande parte dos países, para minorar os impactos ambientais decorrentes da emissão de poluentes e os adiantados estágios de degradação de ecossistemas frágeis.

Nesse passo, a industrialização de pequenos e médios centros urbanos, notadamente nos países subdesenvolvidos, encerra a dicotomia do almejado desenvolvimento econômico, encarado como o refulgir de uma nova era de prosperidade em realidades locais estagnadas e desprovidas de dinamicidade, e a degradação ambiental, desencadeando verdadeira eco-histeria nas comunidades e empreendimentos diretamente afetados. Por vezes, o discurso desenvolvimentista utilizado na instalação de indústrias objetiva, em relação à população diretamente afetada, expor tão somente os aspectos positivos da alteração dos processos ambientais, suprimindo as consequências, quando inexistente planejamento prévio, socioambientais. Diante de tal cenário, emerge como problemática central do presente: quais são os obstáculos para efetivação do acesso à água potável em tempos de vulnerabilidade hídrica e injustiça hídrica?

Ora, os conflitos socioambientais, advindos do agravamento da injustiça ambiental experimentada por comunidades, dá ensejo à discussão acerca do embate entre os princípios constitucionais do desenvolvimento econômico e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos alçados à condição de elementos para materialização da dignidade da pessoa humana. Justifica-se, pois, o presente em razão de se reconhecer que o acesso à água potável é condição indissociável do desenvolvimento. Além disso, juntamente com o direito à alimentação, constitui base imprescindível para atendimento das

necessidades básicas e, por via de extensão, para que outros direitos sejam concretizados e exercidos.

Não se pode, ainda, olvidar que o tema reclama proeminência em razão da contemporânea formação do fenômeno denominado “injustiça hídrica”, ou seja, em decorrência de aspectos sociopolíticos, identificam-se grupos sociais, a exemplo de periferias e bolsões de pobreza, que são alijados ou marginalizados do acesso aos direitos considerados básicos. Dentre tais direitos, encontra-se o próprio acesso à água potável. A metodologia empregada pautou-se na utilização do método dedutivo, com o escopo de estabelecer a abordagem do tema a partir de uma perspectiva micro comparativa. No que se referem às técnicas de pesquisa, elegeu-se a revisão de literatura, sob o formato sistemático, como o mote primário para desenvolvimento do presente.

Diante deste cenário, o presente, a partir do referencial adotado, busca conjugar uma análise proveniente do entendimento da justiça ambiental, colhendo das discussões propostas por Henri Acselrad, Selene Herculano e José Augusto de Pádua, sobretudo, no que se refere à caracterização de variáveis repetidas nos processos de instalação de empreendimento econômicos, em especial a população diretamente afetada. De igual modo, socorre-se do aporte teórico apresentado pelo Direito Ambiental e pelo Direito Urbanístico, calcado nos conceitos tradicionais e imprescindíveis para o fomento da discussão, utilizando, para tanto, do discurso apresentado por Paulo Affonso Leme Machado, Paulo Bessa Antunes Filho, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, José Afonso da Silva e Romeu Thomé.

1. O ESPAÇO URBANO EM UMA PERSPECTIVA AMBIENTAL: A AMBIÊNCIA DO HOMEM CONTEMPORÂNEO EM ANÁLISE

Inicialmente, ao adotar como ponto inicial de análise o meio ambiente e sua relação direta com o homem contemporâneo, necessário faz-se esquadrihar a concessão jurídica apresentada pela Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (2018), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Aludido diploma, ancorado apenas em uma visão hermética, concebe o meio ambiente como um conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Nesse primeiro momento, é possível deixar em clara evidência que o tema é dotado de complexidade e fragilidade, eis que dialoga uma sucessão de fatores distintos, os quais são facilmente distorcidos e deteriorados devido

à ação antrópica.

José Afonso da Silva (2009, p. 20), ao traçar definição acerca de *meio ambiente*, descreve-o como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 77), por sua vez, afirma que a concepção definidora de meio ambiente está pautada em um ideário jurídico despido de determinação, cabendo, diante da situação concreta, promover o preenchimento da lacuna apresentada pelo dispositivo legal supramencionado. Trata-se, com efeito, de tema revestido de maciça fluidez, eis que o meio ambiente está diretamente associado ao ser humano, sofrendo os influxos, modificações e impactos por ele proporcionados. Não é possível, ingenuamente, conceber, na contemporaneidade, o meio ambiente apenas como uma floresta densa ou ecossistemas com espécies animais e vegetais próprios de uma determinada região; ao reverso, é imprescindível alinhar o entendimento da questão em debate com os anseios apresentados pela sociedade contemporânea. Nesta linha de exposição, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.029/AM, já salientou, oportunamente, que:

[...] o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal. (BRASIL, 2018b).

Pelo excerto transcrito, denota-se que a acepção ingênua do *meio ambiente*, na condição estrita de apenas condensar recursos naturais, está superada, em decorrência da dinamicidade da vida contemporânea, içado à condição de tema dotado de complexidade e integrante do rol de elementos do desenvolvimento do indivíduo. Tal fato decorre, sobretudo, do processo de constitucionalização do meio ambiente no Brasil, concedendo a elevação de normas e disposições legislativas que visam promover a proteção ambiental. Ao lado disso, não é possível esquecer que os princípios e corolários que sustentam a juridicidade do meio ambiente foram alçados a patamar de destaque, passando a integrar núcleos sensíveis, dentre os quais as liberdades públicas e os direitos fundamentais. “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente” (THOMÉ,

2012, p. 116).

Diante do alargamento da concepção do meio ambiente, salta aos olhos que se encontra alcançado por tal acepção o espaço urbano, considerado como a ambiência do homem contemporâneo, o qual encerra as manifestações e modificações propiciadas pela coletividade no habitat em que se encontra inserta. Trata-se, doutrinariamente, do denominado meio ambiente artificial ou meio ambiente humano, estando delimitado espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como salienta Fiorillo (2012, p. 79). Extraí-se, desse modo, que o cenário contemporâneo, refletindo a dinamicidade e complexidade do ser humano, passa a materializar verdadeiro habitat para o desenvolvimento do indivíduo. Neste sentido, inclusive, Talden Farias descreve que:

O meio ambiente artificial é o construído ou alterado pelo ser humano, sendo constituído pelos edifícios urbanos, que são os espaços públicos fechados, e pelos equipamentos comunitários, que são os espaços públicos abertos, como as ruas, as praças e as áreas verdes. Embora esteja ligado diretamente ao conceito de cidade, o conceito de meio ambiente artificial abarca também a zona rural, referindo-se simplesmente aos espaços habitáveis pelos seres humanos, visto que neles os espaços naturais cedem lugar ou se integram às edificações urbanas artificiais. (FARIAS, 2009, p. 07).

É possível, assim, caracterizar o meio ambiente artificial como fruto da interferência da ação humana, ou seja, “aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial” (BRITO, 2013). Neste cenário, o proeminente instrumento legislativo de tutela do meio ambiente humano, em um plano genérico, está assentado na Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, afixando os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana, de maneira que a cidade extrapole sua feição de apenas um grupamento de indivíduos em um determinado local, passando a desempenhar a função social. Fiorillo (2012, p. 467), ao tratar da legislação ora mencionada, evidencia, oportunamente, que aquela “deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”.

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal, são as funções sociais da

cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, “dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito se relaciona à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida” (FIORILLO, 2012, p. 549), tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida. A questão em discussão já sofreu, inclusive, construção jurisprudencial, sendo possível, apenas a título de ilustração, transcrever:

[...] Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível. 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). [...]. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/ Publicado no DJe em 08.03.2012) (BRASIL, 2018a).

O meio ambiente humano passa a ser dotado de uma *ordem urbanística*, consistente no conjunto de normas, dotadas de ordem pública e de interesse social, que passa a regular o uso da propriedade urbana em prol da coletividade, da segurança, do equilíbrio ambiental e do bem-estar dos

cidadãos. “A ordem urbanística deve significar a institucionalização do justo na cidade. Não é uma ‘ordem urbanística’ como resultado da opressão ou da ação corruptora de latifundiários e especuladores imobiliários, porque aí seria a desordem urbanística gerada pela injustiça” (MACHADO, 2013, p. 446). Nesta perspectiva, está-se diante de um nível de planejamento que objetiva estabelecer patamares mínimos de organização do uso dos diversos fragmentos de um determinado recorte espacial, atentando-se para as potencialidades e capacidades inerentes aos sistemas ambientais desse espaço, sobretudo na ambiência urbana que, devido à complexidade a população, apresenta interseções peculiares. Ao lado disso, não é possível deixar de destacar que os ambientes urbanos tendem a ser diretamente influenciados e modificados pela realidade social.

Trata-se de uma significação em busca por uma *ordem* na utilização do espaço sob planejamento, de maneira que assegure a integridade ambiental, a manutenção dos serviços ambientais, a reprodução de seus recursos e “a manutenção dentro de uma trajetória evolutiva ‘estável’ (o que significa não criar um desequilíbrio irreversível que leve à degradação da paisagem). Enfim, é a busca pela sustentabilidade na utilização do espaço” (VICENS, 2012, p. 197). Ultrapassa-se, diante do painel pintado, a concepção de que os centros urbanos, por sua essência, são apenas aglomerados de indivíduos, por vezes, estratificados em decorrência de sua condição social e econômica. Absolutamente, ainda que esteja em um plano, corriqueiramente, teórico, é possível observar que a preocupação em torno das cidades foi alçada à condição de desenvolvimento de seus integrantes, passa a sofrer forte discussão, em especial quando a temática está umbilicalmente atrelada aos processos de remoção de comunidades ou, ainda, alteração do cenário tradicional, a fim de comportar os empreendimentos industriais.

2. O FENÔMENO DA INDUSTRIALIZAÇÃO COMO ELEMENTO AGRAVADOR DA INJUSTIÇA AMBIENTAL: O EMBATE ENTRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O modelo de desenvolvimento liberal, estruturado no de individualismo econômico e mercado, consistindo na confluência de articulações entre a propriedade privada, iniciativa econômica privada e mercado, passa a apresentar, ainda na década de 1960, os primeiros sinais da problemática socioambiental. “Esse modelo de crescimento orientado por objetivos materiais e econômico puramente individualista, regido por regras jurídicas de natureza privada, dissociou a natureza da economia, alheando desta, os

efeitos devastadores dos princípios econômicos na natureza” (FRAGA, 2007, p. 02). Entre o final da década de 1960 até 1980, o discurso, envolvendo a questão ambiental, explicitava a preocupação com o esgotamento dos recursos naturais que eram dotados de maior interesse econômico, sobretudo no que se referia à exploração do petróleo. Verificase, neste primeiro contato, que a questão do meio ambiente estava cingida à preocupação com a sobrevivência da espécie humana, num aspecto puramente econômico.

Diante da possibilidade do exaurimento dos recursos naturais dotados de aspecto econômico relevante, é possível observar uma crise civilizatória advinda não apenas da escassez daqueles, à proporção que são degradados, mas também em decorrência do modelo econômico adotado, o qual, por seu aspecto, desencadeou um desequilíbrio ambiental maciço colocando em risco a sobrevivência da espécie humana, assim como, na trilha dos efeitos produzidos, o aumento do desemprego pela mecanização dos meios de produção, a miséria e a marginalidade social. O processo predatório ambiental potencializa um cenário caótico urbano, verificado, sobretudo, nos grandes centros, com formação de comunidades carentes e favelas, reduto da população marginalizada, constituindo verdadeiro bolsão de pobreza.

Conforme Lester R. Brown (1983, p. 05), as ameaças à civilização são provocadas pela erosão do solo a deterioração dos sistemas biológicos e esgotamento das reservas petrolíferas, além do comprometimento de elementos essenciais à existência humana, como, por exemplo, acesso à água potável. Aludidas ameaças desencadeiam tensões ambientais que se concretizam em crises econômicas, causadas pela dependência de alguns países dos produtos alimentícios oriundos de outros países, bem como das fontes de energia produzidas pelos combustíveis fósseis. É possível, neste cenário, verificar que a crise socioambiental, surgida nos Estados Unidos, a partir da década de 1960, devido à mecanização dos meios de produção e a dependência de recursos naturais, em especial matrizes energéticas (petróleo), de outros países, forneceu o insumo carecido para a construção da justiça ambiental, advinda da criatividade dos movimentos sociais forjados pela luta da população afrodescendente que protestava contra a discriminação causada pela maior exposição desta população aos lixos químicos, radioativos e indústrias geradoras de poluentes. Selene Herculano, ao abordar a definição do tema, coloca em destaque:

Por Justiça Ambiental entenda-se o conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de políticas e programas federais, estaduais e locais,

bem como resultantes da ausência ou omissão de tais políticas [...] Complementarmente, entende-se por Injustiça Ambiental o mecanismo pelo qual sociedades desiguais destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, populações de baixa renda, grupos raciais discriminados, populações marginalizadas e mais vulneráveis. (HERCULANO, 2002, p. 03).

Pela moldura ofertada pela justiça ambiental, infere-se que nenhum grupo de pessoas, seja em decorrência de sua condição étnica, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional de degradação do espaço coletivo. “Complementarmente, entende-se por injustiça ambiental a condição de existência coletiva própria a sociedade desiguais onde operam mecanismos sociopolíticos que destinam a maior carga dos danos ambientais” (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 09). Diante do exposto, o termo *justiça ambiental* afigura-se como uma definição aglutinadora e mobilizadora, eis que permite a integração de dimensões ambiental, social e ética da sustentabilidade e do desenvolvimento, corriqueiramente dissociados nos discursos e nas práticas. “Tal conceito contribui para reverter a fragmentação e o isolamento de vários movimentos sociais frente ao processo de globalização e reestruturação produtiva que provoca perda de soberania, desemprego, precarização do trabalho e fragilização do movimento sindical e social como todo” (ACSELRAD; HERCULANO, PÁDUA, 2004, p. 18).

Neste quadrante, mais que uma expressão do campo do direito, *justiça ambiental* assume verdadeira feição de reflexão, mobilização e bandeira de luta de diversos sujeitos e entidades, tais como associações de moradores, sindicatos, grupos direta e indiretamente afetados por diversos riscos, ambientalistas e cientistas. Joan Martínez Alier (2007, p. 35) colocou em destaque que, “até muito recentemente, a justiça ambiental como um movimento organizado permaneceu limitado ao seu país de origem”, conquanto o ecologismo popular, também denominado de ecologismo dos pobres, constituam denominações aplicadas a movimentos populares característicos do Terceiro Mundo que se rebelam contra os impactos ambientais que ameaçam a população mais carente, que constitui a ampla maioria do contingente populacional em muitos países.

É aspecto tradicional de aludidas movimentações populares, a base camponesa cujos campos ou terras destinadas para pastos têm sido destruídos pela mineração ou pedreiras; movimentos de pescadores artesanais contra os barcos de alta tecnologia ou outras formas de pesca industrial que impacta diretamente o ambiente marinho em que desenvolve a atividade; e, ainda, por movimentos contrários às minas e fábricas por parte de comunidades

diretamente atingidas pela contaminação do ar ou que vivem rio abaixo das instalações industriais poluidoras.

Ao lado disso, em realidades nas quais as desigualdades alcançam maior destaque, a exemplo do Brasil e seu cenário social multifacetado, dotado de contradições e antagonismos bem peculiares, a universalização da temática de movimentos sustentados pela busca da justiça ambiental alcança vulto ainda maior, assumindo outras finalidades além das relacionadas essencialmente ao meio ambiente, passando a configurar os anseios da população diretamente afetada, revelando-se, por vezes, ao pavilhão que busca minorar ou contornar um histórico de desigualdade e antagonismo que se arrasta culturalmente. Trata-se, pois, de um discurso pautado na denúncia de um quadro de robusta injustiça social, fomentado pela desigual distribuição do poder e da riqueza e pela apropriação, por parte das classes sociais mais abastadas, do território e dos recursos naturais, renegando, à margem da sociedade, grupamentos sociais mais carentes, lançando-os em bolsões de pobreza. É imperioso explicitar que os aspectos econômicos se apresentam, no cenário nacional, como a flâmula a ser observada, condicionando questões socioambientais, dotadas de maior densidade, a um patamar secundário. Selene Herculano coloca em destaque que:

A temática da Justiça Ambiental nos interessa em razão das extremas desigualdades da sociedade brasileira. No Brasil, o país das grandes injustiças, o tema da justiça ambiental é ainda incipiente e de difícil compreensão, pois a primeira suposição é de que se trate de alguma vara especializada em disputas diversas sobre o meio ambiente. Os casos de exposição a riscos químicos são pouco conhecidos e divulgados, [...], tendendo a se tornarem problemas crônicos, sem solução. Acrescente-se também que, dado o nosso amplo leque de agudas desigualdades sociais, a exposição desigual aos riscos químicos fica aparentemente obscurecida e dissimulada pela extrema pobreza e pelas péssimas condições gerais de vida a ela associadas. Assim, ironicamente, as gigantescas injustiças sociais brasileiras encobrem e naturalizam a exposição desigual à poluição e o ônus desigual dos custos do desenvolvimento. (HERCULANO, 2008, p. 05).

A partir das ponderações articuladas, verifica-se, no território nacional, o aparente embate entre a busca pelo desenvolvimento econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado torna-se palpável, em especial quando a questão orbita em torno dos processos de industrialização, notadamente nos pequenos e médios centros urbanos, trazendo consigo a promessa de *desenvolvimento*. Neste aspecto, a acepção de “desenvolvimento” traz consigo um caráter mítico que povoa o imaginário comum, especialmente quando o foco está assentado na alteração da mudança social, decorrente da instalação de empreendimentos de médio e grande porte, promovendo a

dinamização da economia local, aumento na arrecadação de impostos pelo Município em que será instalada e abertura de postos de trabalho.

“O grande atrativo aos centros urbanos faz com que o crescimento se dê de forma desordenada, gerando diversos problemas cuja solução passa pela implementação de políticas públicas, necessariamente antecedidas de um planejamento” (ARAÚJO JÚNIOR, 2008, p. 239). Constata-se, com clareza, que o modelo econômico que orienta o escalonamento de interesses no cenário nacional, sobrepuja, de maneira maciça, valores sociais, desencadeando um sucedâneo de formas de violência social, degradação ambiental e aviltamento ao indivíduo, na condição de ser dotado de dignidade e inúmeras potencialidades a serem desenvolvidas. Todavia, não é mais possível examinar as propostas de desenvolvimento econômico desprovida de cautela, dispensando ao assunto um olhar crítico e alinhado com elementos sólidos de convicção, notadamente no que se refere às consequências geradas para as populações tradicionais corriqueiramente atingidas e sacrificadas em nome do desenvolvimento econômico.

Não é mais possível corroborar com a ideia de *desenvolvimento* sem submetê-la a uma crítica efetiva, tanto no que concerne aos seus modos objetivos de realização, isto é, a relação entre aqueles residentes nos locais onde são implantados os projetos e os implementadores das redes do campo do desenvolvimento; quanto no que concerne às representações sociais que conformam o *desenvolvimento* como um tipo de ideologia e utopia em constante expansão, neste sentido um ideal incontestável [...] O *desenvolvimento* – ou essa crença da qual não se consegue fugir –carrega também o seu oposto, as formas de organização sociais que, muitas vezes vulneráveis ao processo, são impactadas durante a sua expansão. É justamente pensando nos atores sociais (KNOX; TRIGUERO, 2011, p. 02).

É imperioso conferir, a partir de uma ótica alicerçada nos conceitos e aportes proporcionados pela justiça ambiental, uma ressignificação do conceito de desenvolvimento, alinhando-o diretamente à questão ambiental, de maneira a superar o aspecto eminentemente econômico do tema, mas também dispensando uma abordagem socioambiental ao assunto. A reestruturação da questão “resulta de uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social” (ACSELRAD, 2010, p. 108). Salta aos olhos que o processo de reconstrução de significado está intimamente atrelado a uma reconstituição dos espaços em que os embates sociais florescem em prol da construção de futuros possíveis. Justamente, neste espaço a temática ambiental passa a ganhar maior visibilidade, encontrado arrimo em assuntos sociais do emprego e da renda.

Tal fato deriva da premissa que o acentuado grau de desigualdades e de injustiças socioeconômicas, tal como a substancializada política de omissão e negligência no atendimento geral às necessidades das classes populares, a questão envolvendo discussões acerca da (in)justiça ambiental deve compreender múltiplos aspectos, dentre os quais as carências de saneamento ambiental no meio urbano, a degradação das terras usadas para a promoção assentamentos provenientes da reforma agrária, no meio rural. De igual modo, é imperioso incluir na pauta de discussão o tema, que tem se tornado recorrente, das populações de pequenos e médios centros urbanos diretamente afetados pelo recente fenômeno de industrialização, sendo, por vezes, objeto da política de remoção e reurbanização. Ora, é crucial reconhecer que os moradores dos subúrbios e periferias urbanas, nas quais os passivos socioambientais tendem a ser agravados, em razão do prévio planejamento para dialogar com o desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É mister que haja uma ponderação de interesses, a fim de promover o desenvolvimento sustentável, conversando com os interesses econômicos e a necessidades das populações afetadas de terem acesso ao meio ambiente preservado ou, ainda, minimamente degradado, de modo a desenvolverem-se, alcançando, em fim último, o utópico, porém sempre recorrido, conceito constitucional de dignidade humana. O sedimento que estrutura o ideário de desenvolvimento sustentável, como Paulo Bessa Antunes (2012, p. 17) anota, busca estabelecer uma conciliação a conservação dos recursos ambientais e o desenvolvimento econômico, assegurando-se atingir patamares mais dignos e humanos para a população diretamente afetada pelos passivos socioambientais. Paulo Affonso Leme Machado destaca, ao esquadrihar o conceito de desenvolvimento sustentável, que:

O antagonismo dos termos – desenvolvimento e sustentabilidade – aparece muitas vezes, e não pode ser escondido e nem objeto de silêncio por parte dos especialistas que atuam no exame de programas, planos e projetos de empreendimentos. De longa data, os aspectos ambientais foram desatendidos nos processos de decisões, dando-se um peso muito maior aos aspectos econômicos. A harmonização dos interesses em jogo não pode ser feita ao preço da desvalorização do meio ambiente ou da desconsideração de fatores que possibilitam o equilíbrio ambiental (MACHADO, 2013, p. 74).

De outro modo, denota-se que o fenômeno de industrialização, em especial atividades mineradoras e petrolíferas, nos pequenos e médios centros urbanos tem apresentado um discurso pautado no desenvolvimento. Trata-se, com efeito, de uma panaceia, na qual a possibilidade de injeção de capital na realidade local, proveniente da ampliação do aumento de arrecadação de tributos, tal como a *disfarçada* promessa de geração de postos de emprego e

dinamização da economia, tem afigurado como importante pilar para o apoio de tais processos. “É assim que a força econômica das grandes corporações se transformou em força política – posto que eles praticamente habilitaram-se a ditar a configuração das políticas urbanas, ambientais e sociais” (ACSELRAD, 2006, p. 31), obtendo o elástico cimento das normas com o argumento de sua suposta capacidade de gerar emprego e receitas públicas.

Neste aspecto, ao suprimir variáveis socioambientais, em especial a remoção de populações para comportar a instalação de empreendimentos industriais, tende a agravar, ainda mais, o quadro delicado de antagonismos sociais, nos quais a vulnerabilidade das populações diretamente afetadas agrava o cenário de injustiça ambiental. A população, sobretudo aquela colocada à margem da sociedade, constituinte das comunidades carentes e favelas que materializam os bolsões de pobreza dos centros urbanos, é desconsiderada pela política econômica, alicerçada na atração do capital que, utilizando sua capacidade de escolher os locais preferenciais para a instalação de seus investimentos, forçando as populações diretamente afetadas a conformar-se com os riscos socioambientais produzidos pelo empreendimento instalado na proximidade de suas residências, alterando, de maneira maciça, o cenário existente. Tal fato decorre, corriqueiramente, da ausência das mencionadas populações de se retirarem do local ou “são levadas a um deslocamento forçado, quando se encontram instaladas em ambientes favoráveis aos investimentos” (FRAGA, 2007, p.08).

A atuação das empresas é subsidiada pela ação do governo, no sentido de apresentar ações e conjugação esforços para o denominado *desenvolvimento sustentável*, agindo sob o argumento do mercado, objetivando promover ganhos de eficiência e ativar mercados, ambicionando evitar o desperdício de matéria e energia. Concretamente, a lógica em destaque não prospera, mas sim padece diante de um cenário no qual, devido à industrialização e instalação de empreendimentos, sem o prévio planejamento, há o agravamento da injustiça ambiental, em especial em locais nos quais a vulnerabilidade da população afetada é patente, havendo o claro sacrifício daquela em prol do desenvolvimento local. “A injustiça e a discriminação, portanto, aparecem na apropriação elitista do território e dos recursos naturais, na concentração dos benefícios usufruídos do meio ambiente e exposição desigual da população à poluição e aos custos ambientais do desenvolvimento” (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 10).

3. INJUSTIÇA HÍDRICA: A ESCASSEZ DE ÁGUA E A ESTRUTURAÇÃO DE UMA NOVA FACETA DA INJUSTIÇA AMBIENTAL

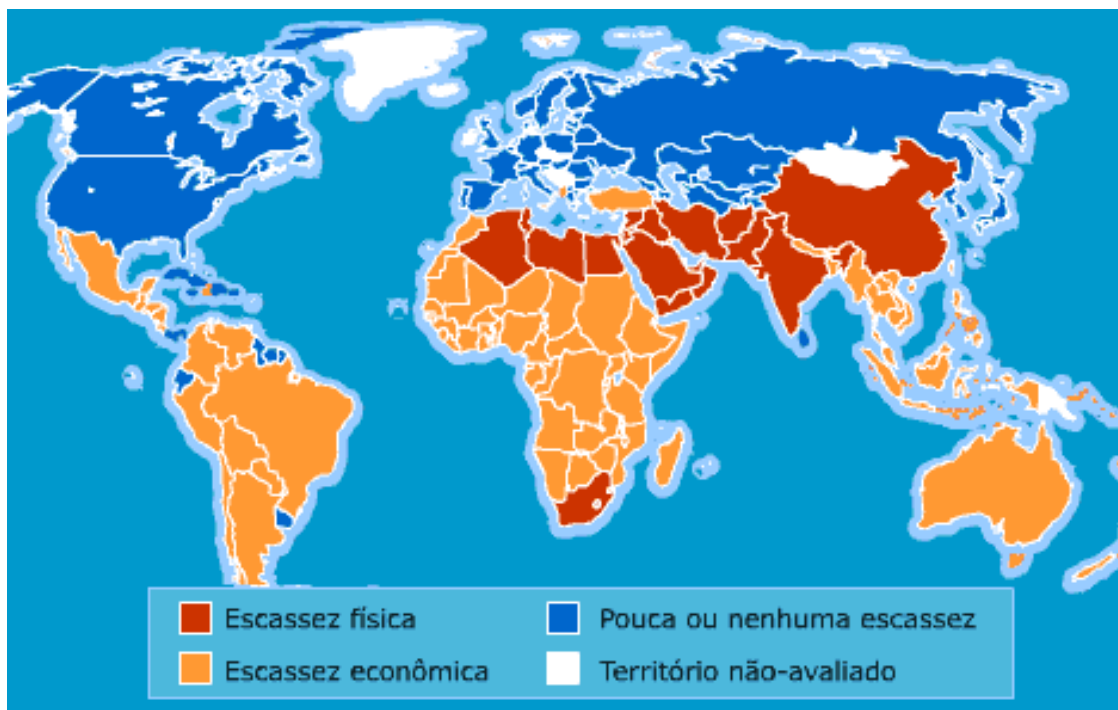
Diante dos conceitos e aporte apresentados, é forçoso reconhecer que, em um cenário de forte globalização, industrialização pungente e interferência robusta no meio ambiente, sobretudo em decorrência das alterações climáticas experimentadas na última década, a água doce tornou-se bem precioso para a manutenção da vida humana. Trata-se de elemento essencial para a satisfação das necessidades humanas básicas, a saúde, a produção de alimentos, a energia e a manutenção dos ecossistemas regionais e mundiais. Ora, neste aspecto há que se sublinhar que é cogente a necessidade de uma mudança de ótica acerca da temática, porquanto o futuro da espécie humana e de muitas outras espécies fica comprometido, exceto se houver uma melhora significativa na administração dos recursos hídricos terrestres. Nesta toada, a situação vivenciada no que atina à escassez de água potável inaugura uma nova faceta da injustiça ambiental, a saber: injustiça hídrica, influenciando diretamente para a limitação de fatores para o desenvolvimento socioeconômico de muitas regiões.

Neste aspecto, cuida apontar que a ausência ou contaminação da água influencia para a redução dos espaços de vida e ocasiona, além de imensos custos humanos, uma perda, em âmbito global, de produtividade social. “A competição de usos pela agricultura, geração de energia, indústria e o abastecimento humano tem gerado conflitos geopolíticos e socioambientais e afetado diretamente grande parte da população da Terra” (CASTRO; SCARIOT, 2008, p. 01). Mais de 2,6 bilhões de pessoas não dispõem de saneamento básico e mais de um bilhão permanece a utilizar fontes de água impróprias para o consumo. Ao lado disso, há que reconhecer que a injustiça hídrica passa a se manifestar na disponibilidade em qualidade e quantidade de água que impacta os meios de vida das populações mais pobres, produzindo efeitos em suas saúdes e vulnerabilidades. Igualmente, as consequências são percebidas no meio ambiente, na capacidade dos ecossistemas de fornecer serviços ambientais e a probabilidade de desastres ambientais.

Em todo o mundo, a falta de medidas sanitárias e de tratamento de esgotos polui rios e lagos; lençóis freáticos são rapidamente exauridos e contaminados por métodos de exploração inadequados; águas superficiais são superexploradas pela irrigação e poluídas por agrotóxicos; populações de peixes são sobre-exploradas, áreas úmidas, rios e outros ecossistemas reguladores de águas são drenados, canalizados, represados e desviados sem planejamento. Os estoques de água doce estão sendo intensamente diminuídos pelo despejo diário de 2 milhões de toneladas de poluentes

(dejetos humanos, lixo, venenos e muitos outros efluentes agrícolas e industriais) nos rios e lagos. A salinidade, assim como a contaminação por arsênico, fluoretos e outras toxinas, ameaçam o fornecimento de água potável em muitas regiões do mundo (CASTRO; SCARIOT, 2008, p. 02).

Salta aos olhos, diante desse cenário, que uma das consequências mais perversas deste mau uso é a exclusão hídrica. Atualmente, apenas metade da população das nações em desenvolvimento tem acesso seguro à água potável. Mais que isso, diante do desenvolvimento industrial, da degradação ambiental e das alterações climáticas advindas da ação antrópica, conjugado com a ausência de conscientização dos países acerca da temática, a escassez de água aumentará significativamente nos próximos anos, impulsionado, sobretudo, pela elevação do uso *per capita* daquela. Com efeito, o mapa 01 ilustra, com pertinência, as ponderações aventadas até o momento, porquanto, em uma simples análise, denota-se que a escassez hídrica, quer seja econômica, quer seja física, tende a estar concentrada nos países em desenvolvimento. Isto é, as populações vulneráveis dos países em desenvolvimento suportarão os encargos e passivos advindos da industrialização, da degradação ambiental e do comprometimento das reservas hídricas para atendimento do mercado global.



Mapa 1. Mapa da Injustiça Hídrica (acesso à água potável). Disponível em: <<http://olharecologico.blogspot.com.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.

Diante das ponderações apresentadas, prima sublinhar que o cenário de escassez provocado pela degradação e pela distribuição irregular tem o condão de desencadear conflitos, seja dentro dos próprios países ou entre nações. Historicamente, controlar o uso da água dos rios fez com que algumas civilizações se utilizassem disso como forma de exercer poder sobre outros povos e regiões geográficas. Contemporaneamente, percebe-se que o estoque de água é grandemente desigual, vez que a Ásia, concentrando cerca de 60% da população mundial, conta apenas com 36% da água doce mundial; além disso, as disparidades continuarão a crescer, sobretudo fomentado pela degradação ambiental e alterações climáticas advindas da interferência e poluição causadas pelo ser humano. Com efeito, há que se reconhecer que a injustiça hídrica traz à tona, mais uma vez, o sacrifício da população mais vulnerável em prol do desenvolvimento econômico.

COMENTÁRIOS FINAIS

Ainda incipiente, a discussão consciente dos processos de industrialização e instalação de empreendimentos econômicos com potencial poluidor elevado, à luz de uma moldura caracterizada pela justiça ambiental, faz-se necessária. Em realidades nas quais as desigualdades alcançam maior destaque, a exemplo do Brasil e seu cenário social multifacetado, dotado de contradições e antagonismos bem caracterizadores, a universalização da temática de movimentos sustentados pela busca da justiça ambiental alcança vulto ainda maior, assumindo outras finalidades além das relacionadas essencialmente ao meio ambiente, sobretudo com o agravamento e acentuação do racismo ambiental, estratificando aspectos históricos e mazelas sociais que são polarizadas e fomentadas pela busca do desenvolvimento econômico.

Além disso, é fato que, ao se pensar no processo de “construção” da injustiça ambiental e, mais contemporaneamente, da injustiça hídrica, está-se diante de uma pauta política caracterizada pela segregação e pelo estabelecimento de grupos sociais invisibilizados e emudecidos nas arenas e nos processos decisórios. Partindo de tal premissa, não é diferente no que toca ao acesso à água potável que, mesmo sendo considerado direito constituinte das necessidades básicas para o desenvolvimento humano, ainda encontra uma série de barreiras para sua massificação e para o acesso por parte da população mais vulnerabilizada. Neste contexto, o objetivo geral estabelecido no artigo científico, qual seja: analisar o reconhecimento da fundamentalidade do acesso à água potável, foi devidamente atendido no decurso do exame, sobretudo ao se apontar os obstáculos para sua efetivação

Ademais, em um território dotado de uma intrincada e complexa realidade social, na qual a segregação advinda da constituição de populações carentes,

renegadas à margem da sociedade, formando bolsões de pobreza, é algo cada vez mais corriqueiro, salta aos olhos que o agravamento da injustiça social é uma realidade tangível, fruto da concentração histórica de renda e a suplantação de um contingente populacional robusto, atraído por promessas de desenvolvimento econômico, por meio da geração de postos de emprego e o aumento na arrecadação de tributos. Sobretudo nas áreas urbanas mais frágeis, despidas de planejamento urbano, as quais passam a ser ocupadas desordenadamente por aqueles atraídos pela esperança de melhoria nas condições sociais vivenciadas.

Referência:

- ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 24, n. 68, 2010, p. 103-119. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142010000100010&script=sci_arttext>. Acesso em 04 ago. 2018.
- ACSELRAD, Henri. Território, localismo e política de escalas. In: ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves Bezerra (orgs.). *Cidade, ambiente e política: problematizando a Agenda 21 local*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.
- ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.
- ALIER, Joan Martínez. *O Ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valorização*. WALDMAN, Maurício (trad.). São Paulo: Editora Contexto, 2007.
- ANTUNES, Paulo Bessa. *Manual de Direito Ambiental*. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger de. Meio Ambiente Urbano, Planejamento e Cidadania. In: MOTA, Maurício (coord.). *Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 fev.2019.
- BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e

aplicação, e dá outras providências. Disponível em:
<www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 fev.2019.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em:
<www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 fev.2019.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 04 ago. 2018a.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 ago. 2018b.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. *Boletim Jurídico*, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.

BROWN, Lester R. *Por uma Sociedade Viável*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1983.

CASTRO, Carlos Ferreira de Abreu; SCARIOT, Aldicir. Escassez de água cria nova injustiça: a exclusão hídrica. Disponível em:
<http://ct.aticenter.com.br/file.php/26/moddata/scorm/28/1_SAIBA_MAIS_Escassez_Agua.pdf>. Acesso em 04 ago. 2018.

FARIAS, Talden. *Introdução ao Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FRAGA, Simone de Oliveira. *Justiça Ambiental como Espaço para Concretização da Cidadania*. Disponível em:
<<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/download/7055/5031>>. Acesso em 04 ago. 2018.

FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ. *Mapas de Conflitos envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil*. Disponível em:
<<http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.

GUERRA, A. J. T.; CUNHA, S. B. da. *Impactos Ambientais Urbanos no Brasil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

- HERCULANO, Selene. O Clamor por Justiça Ambiental e Contra o Racismo Ambiental. *Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente*, v.3, n.1, Artigo 2, jan./abril 2008, p. 01-20. Disponível em:
<http://www.interfacehs.sp.senac.br/BR/artigos.asp?ed=6&cod_artigo=113>. Acesso em 04 ago. 2018.
- HERCULANO, Selene. Desastres Ambientais, vulnerabilidade social e pobreza. *Revista Nova América*, n. 111, s.d. Disponível em:
<<http://www.novamerica.org.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.
- HERCULANO, Selene. Riscos e desigualdade social: a temática da Justiça Ambiental e sua construção no Brasil. In: *In: I Encontro Nacional da Anppas. ANAIS...*, 2002, Indaiatuba-SP, p. 01-15. Disponível em:
<http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selen_e%20Herculano.pdf>. Acesso em 04 ago. 2018.
- KNOX, Winifred; TRIGUEIRO, Aline. Quando o desenvolvimento *outsider* atropela o envolvimento dos *insiders*: um estudo do campo de desenvolvimento no litoral do ES. In: *I Circuito de Debates Acadêmicos. ANAIS...*, 2011, p. 01-20. Disponível em:
<<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- MEIRELLES, Sérgio. A Explosão Urbana. *Revista Ecologia e Desenvolvimento*, 2000, ano 10, nº 85, p. 12-19. Disponível em:
<<http://www.cefetsp.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.
- VICENS, Raúl Sanchez. Geografia da Paisagem e ordenamento ambiental. In: BARBOSA, Jorge Luiz; LIMONAD, Ester (orgs.). *Ordenamento Territorial e Ambiental*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2012.

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Desmistificação da Carreira Diplomática no Brasil: do concurso de admissão a atuação do diplomata brasileiro*

Fillipe Santos Estevam¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução; **1.** Breve contexto histórico e a Convenção De Viena Sobre Relações Diplomáticas; **2.** Desmistificando a carreira diplomática; 2.1. Dos Pré-Requisitos; 2.2. Do Concurso de Admissão a Carreira Diplomata; 2.3. Hierarquias e responsabilidades; 2.4. Dos privilégios e imunidades; **3.** A atuação do diplomata e sua importância. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente estudo tem por objeto a carreira diplomática no Brasil e pretende desmistificar as ideias equivocadamente formuladas sobre os aspectos que abrangem desde a admissão até a atuação dos diplomatas brasileiros. Para tanto, será analisado, primeiramente, o contexto histórico brasileiro que mostra a importância das relações internacionais para o Brasil e, conforme Sidney Guerra, como a diplomacia, após a Convenção de Viena

* Recibido: 20 setiembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Graduando em Direito na Faculdade de Direito de Vitória (FDV).
fillipeest@gmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Coordenador Acadêmico do curso de especialização de Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).
mfqobregon@yahoo.com.br

sobre relações diplomáticas, se tornou fundamental nesse cenário. Em seguida, será abordado quatro afirmativas difundidas no senso comum que representam equívocos quanto à carreira diplomática, abrangendo os pré-requisitos para se tornar um diplomata, bem como o concurso para admissão, as hierarquias e responsabilidades presente na profissão e, também, as imunidades e privilégios concedidos. Essas ideias equivocadas serão explicadas e desmistificadas, expondo textos do próprio site do Instituto Rio Branco e teses como as de Sérgio Eduardo Moreira Lima e de Alceu Jose Cicco Filho, diminuindo o afastamento, criado por falta de conhecimento, entre a sociedade e os diplomatas.

Palavras-Chave: Carreira diplomática. Diplomacia. Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata.

Demystification of the diplomatic career in Brazil: from the competition of admission to the operation of the brazilian diplomat

Abstract: This study aims at the diplomatic career in Brazil and aims to demystify the mistakenly formulated ideas about the aspects that range from admission to the performance of Brazilian diplomats. To do so, we will first analyze the Brazilian historical context that shows the importance of international relations for Brazil and, according to Sidney Guerra, how the diplomacy, after the Vienna Convention on Diplomatic Relations, has become fundamental in this scenario. Then, four common-sense statements that represent misconceptions about the diplomatic career, covering the prerequisites for becoming a diplomat, as well as the competition for admission, the hierarchies and responsibilities present in the profession, as well as immunities and privileges granted. These misconceptions will be explained and demystified, exposing texts from the Rio Branco Institute's own website and theses such as Sérgio Eduardo Moreira Lima and Alceu Jose Cicco Filho, reducing the gap created by lack of knowledge between society and diplomats.

Keywords: Diplomatic career. Diplomacy. Admission to the Diplomat Career Contest.

INTRODUÇÃO

A globalização, intensificada a partir do mercado e avanço tecnológico digital, cada vez mais intrínseca a qualquer sociedade do mundo, cria a necessidade de acordos e tratados internacionais com vistas a defender e pensar em um futuro mais benéfico para todos continentes e nações. Sabe-se, portanto, que, cada vez mais, as relações internacionais afetam as políticas e dia-a-dia da sociedade brasileira, que passa a se importar não só com seu próprio universo político-jurídico, mas com todas as políticas externas assumidas. Nesse contexto, nasce o papel dos diplomatas brasileiros que representam o Brasil em seus relações internacionais e políticas externas.

Entretanto, houve, ao longo dos tempos, a criação de vários mitos sobre a carreira diplomática, que tange desde a preparação para ingresso até sua atuação. Esses mitos acabam afastando a sociedade dos diplomatas, pois, por falta de conhecimento, acredita-se ser uma profissão para poucos afortunados ou eleitos por negociações políticas, desvalorizando a real importância do papel e carreira do diplomata. Daí, surge a relevância desse estudo – que pretende desmistificar a carreira diplomática e explicitar como a atuação do diplomata é fundamental na relação internacional do Brasil, reaproximando essa profissão do conhecimento comum.

Por isso, iniciar-se-á discutindo sobre o contexto histórico do Brasil, mostrando que as relações internacionais fazem parte da nossa história desde o início e que, nesse cenário, desde cedo o Brasil se preocupou com a diplomacia, legislando e regulando-a. Nesse sentido, analisar-se-á a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, documento mais importante sobre a diplomacia que traz todos aspectos que envolvem essa profissão.

Dado o contexto histórico e a análise inicial da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, será explicitado os aspectos gerais que envolvem a carreira diplomática, apontando-se alguns mitos criados no senso comum sobre essa carreira e desmistificando-os.

Questiona-se, por exemplo: para ser diplomata é necessária graduação em Relações Internacionais? Ou, é necessário ser fluente em 5 línguas? Para ser diplomata é preciso ser comissionado pelo Presidente da República? O diplomata não pode ser preso e também não paga imposto?

Todos esses questionamentos, que perpassam de geração em geração, serão esclarecidos para que se torne mais conhecido o papel da diplomacia

brasileira e que se entenda sua importância, inspirando, até mesmo, novos pretendes à representantes do Brasil, em suas relações externas, como futuros diplomatas.

1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO E A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS

O Brasil sempre se viu em meio às relações internacionais, pois, descoberto pelos europeus, se tornou alvo de grandes negociações e disputas. Desde então e cada vez mais, se torna relevante e essencial para os debates, decisões, acordos e tratados envolvendo outros Estados, pela sua importância e riqueza ambiental, social, econômica, política e em diversas outras áreas.

A diplomacia marca presença importante desde o início da formação do Brasil, mas chegou oficialmente ao país em 1808, com a transferência da família real para o Brasil, uma vez que junto com o rei D. João VI, veio a Secretaria de Assuntos do Estrangeiro, estrutura embrionária do atual Ministério das Relações Exteriores. A carreira diplomática desempenhou papel de extrema relevância na constituição do território nacional, conduzindo as negociações sobre a formação das fronteiras, com destaque ao diplomata José Maria da Silva Paranhos Júnior, mais conhecido como Barão de Rio Branco (1845-1912). O êxito das negociações por ele lideradas é que possibilitou a atual formatação do mapa brasileiro, especialmente com a incorporação dos territórios do Acre e Amapá.

O brilhantismo e competência do Barão de Rio Branco o tornou patrono da diplomacia brasileira e considerado o maior diplomata do Brasil. A carreira goza de grande respeitabilidade na estrutura do Estado brasileiro, em virtude de sua história e tradição de servir ao interesse público.

Hoje, sucedem-se reuniões de Chefes de Estado e de Governo, congressos de parlamentares, encontros empresariais, seminários técnicos, conferências de organizações não-governamentais, numa indicação clara de que os temas internacionais interessam crescentemente um número maior de representantes da sociedade. Para o Itamaraty³, tal evolução enriquece e pauta a atuação do diplomata. No exercício de suas funções de defender os interesses do Brasil no exterior e de contribuir para o entendimento entre os países, o diplomata tem de estreitar a coordenação não só com seu governo, mas também com a sociedade da qual provém. Essa noção de diplomacia pública, que orienta as atividades do Itamaraty, constitui a principal fonte de

³ É costumeiro nas relações internacionais o Ministério das Relações Exteriores receber a mesma denominação de seu palácio sede. No caso do Brasil, o Palácio do Itamaraty.

renovação e, ao mesmo tempo, de legitimidade de nossa carreira diplomática⁴.

Por isso, vê-se que há muito tempo, em 1851, a Lei n. 614, já organizava o corpo diplomático brasileiro. No ano seguinte, o Decreto n. 941, de 1852, fixou o número e categorias das missões diplomáticas convenientes nos países estrangeiros.

Entretanto, o fato mais relevante, no que tange à diplomacia internacional, é a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, que foi um documento criado com a finalidade de nortear as Relações Diplomáticas entre Estados e adentrou ao nosso ordenamento jurídico pelo decreto de n.º 56.435/65, que promulgou a referida convenção.

Como explica Sidney Guerra⁵:

A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, é o documento mais importante quanto às relações diplomáticas entre os Estados e concretiza as missões diplomáticas que se destinam a manter as relações amistosas entre o Estado representado e o Estado em que se acha sediado, no intuito de defender os interesses de seu próprio Estado, bem como de seus nacionais.

Dessa forma, segundo as referidas legislações, “**agentes diplomáticos**” são aqueles que desempenham a atribuição de “**chefe da missão**” (pessoa encarregada pelo Estado acreditante de agir nessa qualidade) ou de um “**membro do pessoal diplomático**” da missão (membros do pessoal da Missão que tiverem a qualidade de diplomata)⁶.

O Congresso de Viena dividiu os chefes de missão em três classes, quais sejam:

- a) Embaixadores ou Núncios acreditados perante Chefes de Estado, e outros Chefes de Missões de categoria equivalente;
- b) Enviados, Ministro ou internúncios, acreditados perante Chefe de Estado;
- c) Encarregados de Negócios, acreditados perante Ministros das Relações Exteriores.

⁴ Disponível em <http://www.institutoriobranco.itamaraty.gov.br/a-carreira-de-diplomata>. Acesso em 12 de setembro de 2018.

⁵ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 179-180.

⁶ BRASIL. **Decreto n.º 56.435, de 08 de junho de 1965**. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

Os agentes diplomáticos, segundo o professor Antonio Cachapuz de Medeiros⁷, são os responsáveis por representar os direitos e os interesses do país no exterior. Em outras palavras, os agentes diplomáticos são pessoas oficialmente encarregadas, pelo governo de um país, de defender seus interesses junto a outras nações e organismos internacionais.

Além da atribuição de bem representar o Brasil perante a comunidade de nações, os diplomatas precisam ser capazes, entre outros, de colher as informações necessárias à formulação da política externa de seu país; participar de reuniões internacionais e, nelas, negociar em nome de seu respectivo país; assistir as missões no exterior de setores do governo e da sociedade; proteger seus compatriotas; e promover a cultura e os valores de seu povo, conforme esclarece o Instituto Rio Branco⁸.

Estes agentes precisam estar preparados para tratar – tendo sempre como ponto de referência os interesses do país – de uma série de temas, que vão desde paz e segurança, normas de comércio e relações econômicas e financeiras até direitos humanos, meio ambiente, tráfico ilícito de drogas, fluxos migratórios, passando, naturalmente, por tudo que diga respeito ao fortalecimento dos laços de amizade e cooperação do país com seus múltiplos parceiros externos⁹.

2 DESMISTIFICANDO A CARREIRA DIPLOMÁTICA

Os diplomatas são pessoas oficialmente encarregadas, pelo governo de um país, de defender seus interesses junto a outras nações e organismos internacionais. O nome deriva de diploma, que nada mais era do que um documento dobrado em dois que servia de certificação dos atos da monarquia na Europa. Assim, o guardião desse diploma, o diplomata, tinha grande importância, pois era responsável por oficializar os atos da corte conforme o embaixador Samuel Pinheiro Guimarães, pesquisador da evolução história da diplomacia. Com o passar do tempo passaram a ocupar a representar o rei

⁷ De Medeiros, Antonio Cachapuz. **Questões de direito internacional - diferenças entre Diplomatas, embaixador e Cônsul.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=i021_Z1XzsA>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁸ BRASIL. Instituto Rio Branco. **A Carreira de Diplomata.** Disponível em: <<http://www.institutorio Branco.itamaraty.gov.br/a-carreira-de-diplomata>>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁹ Idem.

em suas ausências. Mas a figura do diplomata residente surgiu na Europa apenas no século XVII, após o término da Guerra dos Trinta Anos.¹⁰

Ainda que os feitos históricos devam ser mencionados, muito do trabalho do diplomata pode ter a ver com funções mais burocráticas e reuniões. Na prática, o profissional exerce a função de representar o Brasil perante outros países, além de fortalecer os laços com órgãos governamentais e outros parceiros. Outra parte importante das atividades tem a ver com a assistência aos brasileiros que moram no local. Em outras palavras, um diplomata pode ajudar a promover o comércio exterior brasileiro e divulgar a cultura brasileira em outro país. Também pode ajudar na organização das eleições para a comunidade brasileira no exterior, ou mesmo desempenhar papéis administrativos no Itamaraty, em Brasília. Todas essas atividades entram no rol do que é possível fazer sendo diplomata.¹¹

No Brasil a carreira é regulamentada pela Lei 11.440, de 29 de dezembro de 2006, que institui o Regime Jurídico dos Servidores do Serviço Exterior brasileiro. O início da carreira dá-se no cargo de terceiro-secretário. Por meio do plano de carreira, atinge-se posições superiores (segundo e primeiro-secretário, conselheiro e ministro de segunda classe), por critérios de antiguidade e merecimento, até se tornar um ministro de primeira classe, quando o indivíduo é nomeado embaixador.

2.1. DOS PRÉ-REQUISITOS

A primeira premissa equivocada, difundida entre os brasileiros, é de que é necessário ser graduado em Relações Internacionais para exercer o cargo de diplomata, vez que esse atuará de forma prática no contexto internacional.

Entretanto, não é verdade que existe um curso específico como pré-requisito de se tornar um diplomata. Na verdade, como veremos, um dos pré-requisitos é ser graduado em qualquer curso que tenha o diploma reconhecido pelo Ministério da Educação, e não, por um curso específico como Relações Internacionais, Economia ou Direito.

O cargo de diplomata é de provimento efetivo. Dessa forma, o ingresso dá-se por meio de concurso de provas ou provas e títulos, organizado pelo Instituto Rio Branco. A aprovação no concurso habilitará o candidato ao ingresso no cargo inicial da carreira, qual seja Terceiro-secretário, e

¹⁰ Revista Super interessante. Acesso em 11/09/2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/quem-sao-os-diplomatas/> .

¹¹ Fundação ESTUDAR. **Quem quer ser um diplomata?**

matricular-se no curso de formação no instituto supracitado.¹² O concurso de admissão à carreira diplomática (CACD) começou a ser realizado em 1996 e sucede o exame vestibular para admissão no Curso de Preparação à Carreira Diplomática (CPCD), que vigorou até 1995. Desde 2002, o CACD é realizado em parceria com a Universidade de Brasília (CEBRASPE/UNB).

Dentre os requisitos para investidura no cargo, além da aprovação:

- a) Ser brasileiro nato;
- b) Estar no gozo dos direitos políticos;
- c) Estar em dia com as obrigações eleitorais
- d) Estar em dia com as obrigações do Serviço Militar, no caso dos candidatos do sexo masculino;
- e) Apresentar diploma de conclusão de curso de graduação de nível superior, emitido por universidade brasileira reconhecida pelo Ministério da Educação. A respeito disso, o edital esclarece: "Apresentar diploma, devidamente registrado, de conclusão de curso de graduação de nível superior, emitido por instituição de ensino credenciada pelo Ministério da Educação (MEC). No caso de a graduação ter sido realizada em instituição estrangeira, caberá exclusivamente ao candidato a responsabilidade de apresentar, até a data da posse, a revalidação do diploma exigida pelo MEC, nos termos do artigo 48 da Lei nº 9.394/1996."
- f) Ter idade mínima de 18 anos;
- g) Apresentar aptidão física e mental para o exercício das atribuições do cargo, verificada por meio de exames pré-admissionais.

2.2. DO CONCURSO DE ADMISSÃO A CARREIRA DIPLOMATA

Outro mito criado sobre a carreira diplomática é o de que diplomatas precisam ter 5 línguas fluentemente. Esse mito criado, parte de um pressuposto equivocado, que não é mais realidade.

De fato, já foi obrigatório a fluência em diversas línguas para fazer o Concurso de Admissão para Carreira Diplomática (CACD). Entretanto, atualmente, o CACD exige apenas o conhecimento escrito – não fluente em ouvir nem conversar - de 4 línguas e, em fases diferentes do concurso, quais sejam: português, inglês, espanhol e francês.

O concurso de Admissão é constituído de três fases:

¹² Lei 11.440/2006 – arts. 35 e 36.

- a) Primeira Fase: Prova objetiva em formato de teste, versando sobre Língua Portuguesa, Língua Inglesa, História do Brasil, História Mundial, Política Internacional, Geografia, Noções de Economia e Noções de Direito e Direito Internacional Público, de caráter eliminatório;
- b) Segunda Fase: Provas escritas de Língua Portuguesa, consistindo de uma redação e dois exercícios de interpretação, de análise ou de comentário de textos; e de Língua Inglesa, constituída de uma redação, de uma tradução de um texto do inglês para o português, de uma versão de um texto do português para o inglês e de um resumo, em inglês, a partir de texto escrito em língua inglesa. Ambas as provas têm caráter eliminatório e classificatório;
- c) Terceira Fase: Provas escritas de História do Brasil, Política Internacional, Geografia, Noções de Economia, Noções de Direito e Direito Internacional Público, Língua Espanhola e Língua Francesa, de caráter eliminatório e classificatório¹³;

O último edital foi lançado em junho de 2018 e disponibilizava 26 vagas para o cargo de Terceiro-Secretario da Carreira de Diplomata. Nos termos da Portaria nº 179, de 14 de março de 2014, a aprovação no Curso de Formação do Instituto Rio Branco é **condição essencial** para a confirmação como funcionário do Serviço Exterior Brasileiro.

O curso tem por objetivo a capacitação profissional e a avaliação das aptidões e da capacidade do servidor nomeado para exercer o cargo inicial da carreira de diplomata, e compreende atividades de formação e desempenho funcional por meio de:

- a. Aulas regulares de disciplinas de línguas e de conteúdo, ministradas com a finalidade de formar os novos diplomatas em assuntos relacionados a História do Brasil e História Mundial, Política Internacional, Teoria Política, Direito Internacional e Economia, entre outros, bem como aperfeiçoá-los em línguas estrangeiras;
- b. Módulos profissionalizantes e palestras, com a participação de autoridades e especialistas em áreas e temas relevantes para a política externa brasileira, e cujo objetivo é ajustar a teoria à realidade prática;
- c. Palestras, também com a participação de autoridades e especialistas em áreas e temas relevantes para a política externa brasileira, para complementação da aprendizagem e formação dos alunos.

¹³ Disponível em: <http://www.institutoriobranco.itamaraty.gov.br/concurso-de-admissao-a-carreira-de-diplomata>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

Após os dois ou três primeiros semestres do curso, os jovens diplomatas passam a cumprir estágio profissional na Secretaria de Estado das Relações Exteriores concomitantemente com a realização do último semestre do curso.

Espera-se que o aluno, ao final do Curso de Formação, tenha condições de harmonizar os conhecimentos adquiridos na universidade com o fazer diplomático. Ademais, a convivência com os colegas de turma e o contato com diplomatas mais experientes em aulas e palestras durante o período de formação no Instituto constitui verdadeira iniciação do jovem diplomata nas normas de conduta e técnicas de gestão do Itamaraty e na formulação e desenvolvimento da política externa brasileira¹⁴.

O Programa de Trabalho do Curso de Formação de 2018, apresenta as seguintes disciplinas:

- Idiomas (inglês, chinês, árabe, espanhol, francês e russo);
- Direito Internacional;
- Economia e Comércio Internacional;
- Teoria e História das Relações internacionais e Política externa;
- Prática Diplomática;
- Estudos brasileiros e Latino-Americanos.

2.3. HIERARQUIAS E RESPONSABILIDADES

Muitas pessoas acreditam que diplomatas são cargos comissionados politicamente pelo Presidente da República. Porém, apesar da influência política que o diplomata exerce, principalmente em suas atuações nas relações internacionais, para ser diplomata é necessário fazer um concurso, como exposto anteriormente, e é necessário seguir uma carreira, como será exposto logo menos. Ao fim dessa carreira, adquire-se o cargo de embaixador, um cargo que também pode ser exercido por pessoas indicadas pelo Presidente, mas que não se confunde com a carreira diplomática.

No Brasil, o ingresso na carreira diplomática se dá mediante concurso realizado pelo Instituto Rio Branco, que é a Academia diplomática brasileira e o órgão do Ministério das Relações Exteriores encarregado da seleção e treinamento de diplomatas. As categorias que compõem a estrutura hierárquica da carreira diplomática brasileira são análogas às da maioria das

¹⁴ Disponível em: <http://www.institutoriobranco.itamaraty.gov.br/concurso-de-admissao-a-carreira-de-diplomata>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

carreiras diplomáticas do mundo, sendo estabelecidas pelo art. 37 da lei n.º 11.440/06¹⁵, vejamos:

1. Ministro de primeira classe (embaixador);
2. Ministro de segunda classe;
3. Conselheiro;
4. Primeiro-secretário;
5. Segundo-secretário;
6. Terceiro-secretário (o cargo que o aprovado no concurso recebe ao tomar posse: diplomatas juniores; nível de ingresso na carreira diplomática).

Em ordem hierárquica funcional decrescente.

Um dos grandes diferenciais na carreira pública internacional é a possibilidade de ter um plano de carreira bem definido e estruturado, o qual é composto por 6 (seis) níveis, conforme demonstrado acima.

Segundo o art. 51 da lei n.º 11.440/06, as promoções na Carreira de Diplomata obedecerão aos seguintes critérios:

I - promoção a Ministro de Primeira Classe, Ministro de Segunda Classe, Conselheiro e Primeiro-Secretário, por merecimento; e

II - promoção a Segundo-Secretário, obedecida a antiguidade na classe e a ordem de classificação no Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata - CACD, cumprido o requisito previsto no art. 53 desta Lei.

Outrossim, é necessário preencher os requisitos específicos do art. 52 da lei 11.440/06¹⁶, para conseguir a promoção.

¹⁵ BRASIL. **Lei n.º 11.440, de 29 de dezembro de 2006.** Institui o Regime Jurídico dos Servidores do Serviço Exterior Brasileiro, altera a Lei no 8.829, de 22 de dezembro de 1993, que cria, no Serviço Exterior Brasileiro, as Carreiras de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria, altera a Lei no 8.829, de 22 de dezembro de 1993; revoga as Leis nos 7.501, de 27 de junho de 1986, 9.888, de 8 de dezembro de 1999, e 10.872, de 25 de maio de 2004, e dispositivos das Leis nos 8.028, de 12 de abril de 1990, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e 8.829, de 22 de dezembro de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11440.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹⁶ Art. 52 - Poderão ser promovidos somente os Diplomatas que satisfaçam os seguintes requisitos específicos:

I - no caso de promoção a Ministro de Primeira Classe, contar o Ministro de Segunda Classe, no mínimo:

a) 20 (vinte) anos de efetivo exercício, computados a partir da posse em cargo da classe inicial da carreira, dos quais pelo menos 10 (dez) anos de serviços prestados no exterior; e

b) 3 (três) anos de exercício, como titular, de funções de chefia equivalentes a nível igual ou superior a DAS-4 ou em posto no exterior, de acordo com o disposto em regulamento;

Em geral, a promoção acontece por mérito e após, ao menos, três anos em cada classe. Depois de tomar posse, o futuro diplomata inicia o Curso de Formação do Instituto Rio Branco e já começa a receber seu salário. Para assumir o cargo de embaixador são necessários, no mínimo, 20 anos de experiência.

Em síntese, o terceiro-secretário já é diplomata, mas é também aluno do Curso de Formação do Rio Branco, que dura dois anos. A primeira promoção, para o cargo de segundo-secretário, é a única automática, e leva, no mínimo, três anos. A partir daqui, é por mérito.

O primeiro-secretário pode ser assessor do ministro ou do secretário-geral. É também a primeira classe na qual o diplomata pode chefiar a assessoria que atende às consultas dos deputados e senadores e acompanha os tratados no Congresso.

Para chegar a conselheiro são necessários, no mínimo, nove anos. O conselheiro pode chefiar uma divisão (como a de Direitos Humanos ou a das Nações Unidas), ou até um posto do grupo D. O ministro de segunda classe, chamado apenas de “ministro”, já pode assumir a chefia de um departamento (como o de Meio Ambiente, ou do Oriente Médio).

Poucos chegam ao cargo de “embaixadores” e somente eles podem chegar a secretário-geral do Itamaraty. Atualmente, contamos com 157 embaixadores ordinários e 90 embaixadores de cargos especial, conforme quadros demonstrativos da lei 11.440/06¹⁷.

II - no caso de promoção a Ministro de Segunda Classe, haver o Conselheiro concluído o Curso de Altos Estudos – CAE e contar pelo menos 15 (quinze) anos de efetivo exercício, computados a partir da posse em cargo da classe inicial da carreira, dos quais um mínimo de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de serviços prestados no exterior;

III - no caso de promoção a Conselheiro, haver o Primeiro-Secretário concluído o Curso de Atualização em Política Externa - CAP e contar pelo menos 10 (dez) anos de efetivo exercício, computados a partir da posse em cargo da classe inicial da carreira, dos quais um mínimo de 5 (cinco) anos de serviços prestados no exterior; e

IV - no caso de promoção a Primeiro-Secretário, haver o Segundo-Secretário concluído o CAD e contar pelo menos 2 (dois) anos de serviços prestados no exterior.

¹⁷ BRASIL. **Lei n.º 11.440, de 29 de dezembro de 2006**. Institui o Regime Jurídico dos Servidores do Serviço Exterior Brasileiro, altera a Lei no 8.829, de 22 de dezembro de 1993, que cria, no Serviço Exterior Brasileiro, as Carreiras de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria, altera a Lei no 8.829, de 22 de dezembro de 1993; revoga as Leis nos 7.501, de 27 de junho de 1986, 9.888, de 8 de dezembro de 1999, e 10.872, de 25 de maio de 2004, e dispositivos das Leis nos 8.028, de 12 de abril de 1990, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e 8.829, de 22 de dezembro de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11440.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

Como visto, o cargo mais elevado é o de Embaixador, que é o título conferido ao Chefe de uma Missão Diplomática – Embaixadas e Representações junto a Organismos Internacionais. Eles são indicados pelo Presidente da República, podendo qualquer cidadão ser designado, ou seja, a pessoa indicada pode ou não pertencer à carreira diplomática.

Porém, esclarece-se que, conforme art. 39 da lei 11.440/06, a indicação presidencial deve ser submetida à aprovação prévia do Senado Federal.

Nesse contexto, os diplomatas, apesar de exercerem uma profissão com diversos privilégios e prestígios, como veremos no próximo tópico, também lhes são atribuídos diversas responsabilidades e deveres.

A lei n.º 11.440/06¹⁸ delimita mais especificamente os deveres/responsabilidades desses agentes, nos artigos 27 a 29¹⁹.

¹⁸ BRASIL. **Lei n.º 11.440, de 29 de dezembro de 2006.** Institui o Regime Jurídico dos Servidores do Serviço Exterior Brasileiro, altera a Lei no 8.829, de 22 de dezembro de 1993, que cria, no Serviço Exterior Brasileiro, as Carreiras de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria, altera a Lei no 8.829, de 22 de dezembro de 1993; revoga as Leis nos 7.501, de 27 de junho de 1986, 9.888, de 8 de dezembro de 1999, e 10.872, de 25 de maio de 2004, e dispositivos das Leis nos 8.028, de 12 de abril de 1990, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e 8.829, de 22 de dezembro de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11440.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹⁹ Art. 27. Além dos deveres previstos no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, constituem deveres específicos do servidor do Serviço Exterior Brasileiro:

I - atender pronta e solícitamente ao público em geral, em especial quando no desempenho de funções de natureza consular e de assistência a brasileiros no exterior;

II - respeitar as leis, os usos e os costumes dos países onde servir, observadas as práticas internacionais;

III - manter comportamento correto e decoroso na vida pública e privada;

IV - dar conhecimento à autoridade superior de qualquer fato relativo à sua vida pessoal, que possa afetar interesse de serviço ou da repartição em que estiver servindo; e

V - solicitar, previamente, anuência da autoridade competente, na forma regulamentar, para manifestar-se publicamente sobre matéria relacionada com a formulação e execução da política exterior do Brasil.

Art. 28. São deveres do servidor do Serviço Exterior Brasileiro no exercício de função de chefia, no Brasil e no exterior:

I - defender os interesses legítimos de seus subordinados, orientá-los no desempenho de suas tarefas, estimular-lhes espírito de iniciativa, disciplina e respeito ao patrimônio público;

II - exigir de seus subordinados ordem, atendimento pronto e cortês ao público em geral e exatidão no cumprimento de seus deveres, bem como, dentro de sua competência, responsabilizar e punir os que o mereçam, comunicando as infrações à autoridade competente; e

Por fim, o decreto de n.º 56.435/65, em seu art. 3º²⁰, prevê algumas condutas exigíveis desses agentes em uma Missão Diplomática, vejamos:

As funções de uma Missão diplomática consistem, entre outras, em:

- a) representar o Estado acreditante perante o Estado acreditado;
- b) proteger no Estado acreditado os interesses do Estado acreditante e de seus nacionais, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional;
- c) negociar com o Governo do Estado acreditado;
- d) inteirar-se por todos os meios lícitos das condições existentes e da evolução dos acontecimentos no Estado acreditado e informar a esse respeito o governo do Estado acreditante;
- e) promover relações amistosas e desenvolver as relações econômicas, culturais e científicas entre o Estado acreditante e o Estado acreditado.

Ademais, os diplomatas devem agir com respeito em relação ao governo e às autoridades locais, recorrendo aos órgãos governamentais para atingir suas finalidades e não devem intervir na política interna do país em que estão, conforme determina o art. 41 do decreto 56.435/65²¹.

2.4. DOS PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES

Diversas pessoas acreditam que o diplomata está livre de ser preso ou dos impostos. Na verdade, porém, os diplomatas apenas têm privilégios e imunidades extremamente importantes para proteger a profissão e o

III - dar conta à autoridade competente do procedimento público dos subordinados, quando incompatível com a disciplina e a dignidade de seus cargos ou funções.

Art. 29. Além das proibições capituladas no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, ao servidor do Serviço Exterior Brasileiro é proibido:

I - divulgar, sem anuência da autoridade competente, informação relevante para a política exterior do Brasil, a que tenha tido acesso em razão de desempenho de cargo no Serviço Exterior Brasileiro;

II - aceitar comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro sem licença expressa do Presidente da República;

III - renunciar às imunidades de que goze em serviço no exterior sem expressa autorização da Secretaria de Estado;

IV - valer-se abusivamente de imunidades ou privilégios de que goze em país estrangeiro; e

V - utilizar, para fim ilícito, meio de comunicação de qualquer natureza do Ministério das Relações Exteriores.

²⁰ BRASIL. **Decreto n.º 56.435, de 08 de junho de 1965.** Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

²¹ Idem.

exercício dessa nos Estados internacionais em que atuam. Explicaremos isso, para que se entenda a relação entre os privilégios e imunidades com a atuação diplomática internacional.

Antes, portanto, é válido, primeiramente, conceituar imunidade em um sentido amplo, para após contextualizá-la no âmbito da diplomacia. A imunidade diz respeito à uma qualidade de isenção de obrigações e encargos, da qual o sujeito se vale para se escusar de certas obrigações legais.

Na seara do direito internacional, no que concerne os agentes diplomáticos, o conceito é de suma importância, vez que a imunidade incide como prerrogativa e isenção outorgadas ao agente estatal para que possa alcançar os objetivos das missões²².

Atualmente, as imunidades diplomáticas são as previstas na Convenção de Viena Sobre as Relações Diplomáticas datada 1961, ratificada no Brasil por meio do Decreto nº 54.435/1965, todavia as referidas imunidades são mais antigas. Ainda na Antiguidade verificava-se um tratamento especial para aqueles que representavam seus Estados de origem perante o território de outro Estado, principalmente no que se refere à segurança nas terras estrangeiras, por meio dos costumes.

Assim, ao passo que as relações internacionais foram se desenvolvendo e avançando, a imunidade diplomática ganhou maior importância, de modo que em 1815 foram positivadas pela primeira vez no Congresso de Viena.

Pois bem, conforme o autor Cicco Filho, as imunidades são essenciais para os representantes do Estado a ser representado, a fim de que exerçam as funções que lhes são atribuídas sem o risco de qualquer ameaça²³.

Contudo, a imunidade não assegura ao agente representante superioridade legal, vez que poderá ser processado pelo Estado de origem, assim como não isenta da obrigação de respeitar as leis locais (art. 41, §1º da Convenção de Viena de 1961²⁴).

A razão de ser destas imunidades se deve à teoria do interesse da função, a qual se revela, segundo a Convenção de Viena de 1961 como:

²²LIMA, Sérgio Eduardo Moreira. Imunidade Diplomática: instrumento de política externa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.22.

²³ CICCIO FILHO, Alceu Jose. Relevância da imunidade diplomática. Rev. Jur., Brasília, v. 8, n. 79, jun./jul., 2006, p. 63

²⁴ Artigo 41§1º: Sem prejuízo de seus privilégios e imunidades, todas as pessoas que gozem desses privilégios e imunidades deverão respeitar as leis e os regulamentos do Estado acreditador. Têm também o dever de não se imiscuir nos assuntos internos do referido Estado.

Reconhecendo que a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos, mas, sim, de garantir o eficaz desempenho das funções das Missões Diplomáticas em seu caráter de representantes do Estado.

Assim, estes privilégios e imunidades podem ser classificados em: inviolabilidade, imunidade de jurisdição civil e criminal e isenção fiscal. Eles se estendem não apenas aos agentes diplomáticos, mas ainda aos funcionários da Missão, que os possuem de modo mais restrito.

O diplomata, ao adentrar no Estado acreditado, passa a se beneficiar deles e, se nele já se encontrar, gozará das imunidades quando da sua nomeação. As imunidades permanecem até que a pessoa saia do Estado acreditado, ou com a expiração do prazo que lhe tenha sido dado para tanto.

A inviolabilidade decorre da necessidade de assegurar o desempenho das funções diplomáticas da Missão estrangeira com liberdade, de modo que abarca a Missão Diplomática e as residências particulares dos agentes diplomáticos. Esta imunidade significa que nestes locais o Estado acreditado não pode exercer nenhum ato de coação sem que haja o consentimento do chefe da Missão.

Além disso, o mobiliário, bens e arquivos “assim como os meios de transporte da Missão não poderão ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução” (art. 22, §3º).

É inviolável também a correspondência diplomática. Já a inviolabilidade dos agentes diplomáticos significa que eles não podem ser presos. Portanto, conclui-se que o Estado acreditado, em decorrência da inviolabilidade, possui o dever de proteger os imóveis da Missão, assim como a própria pessoa dos agentes diplomáticos.

A imunidade de jurisdição consiste na isenção dos agentes diplomáticos e seus familiares da jurisdição civil e criminal do Estado acreditado. Tal fato tem sido admitido na prática internacional e foi consagrado pela Convenção de Havana em 1928 e pela Convenção de Viena em 1961.

Tal imunidade é de suma importância, vez que propicia maior independência no trato das questões de natureza política que envolvem os Estados, de modo a garantir maior liberdade e transparência nas negociações.

Porém, cumpre mencionar que a imunidade não significa permissão para descumprimento das normas internas, estando os diplomatas encobertos por esta garantia e podendo agir sem a observância da ordem jurídica do estado.

Pelo contrário, nas palavras de Accioly²⁵, a imunidade não exime o agente diplomático da obrigação de respeitar os regulamentos locais, contanto que sejam de ordem geral e não restrinjam, de modo algum, o exercício efetivo de seus deveres.

Além disso, as imunidades não são absolutas e podem sofrer certas restrições, tais como: renúncia expressa do agente; agente recorre à jurisdição local, na qualidade de autor; ações reais relativas a bens imóveis do agente no território do Estado onde exerce suas funções; ações resultantes de compromissos assumidos pelo agente no exercício de outra profissão e; quando o agente é nacional do Estado junto ao governo que está acreditado.

Quanto à imunidade de isenção fiscal, tal privilégio se dá em razão da observância da cortesia internacional e da reciprocidade, e está positivado no artigo 34 da Convenção de Viena, estando os agentes diplomáticos isentos dos impostos diretos cobrados pelo Estado acreditado. Veja-se.

O agente diplomático gozará de isenção de todos os impostos e taxas, pessoais ou reais, nacionais, regionais ou municipais, com as exceções seguintes:

- a) os impostos indiretos que estejam normalmente incluídos no preço das mercadorias ou dos serviços;
- b) os impostos e taxas sobre bens imóveis privados situados no território do Estado acreditado, a não ser que o agente diplomático os possua em nome do Estado acreditante e para os fins da missão;
- c) os direitos de sucessão percebidos pelo Estado acreditado, salvo o disposto no parágrafo 4 do artigo 39;
- d) os impostos e taxas sobre rendimentos privados que tenham a sua origem no Estado acreditado e os impostos sobre o capital referentes a investimentos em empresas comerciais no Estado acreditado.
- e) os impostos e taxas que incidem sobre a remuneração relativa a serviços específicos;
- f) os direitos de registro, de hipoteca, custas judiciais e imposto de selo relativos a bens imóveis, salvo o disposto no artigo 23.

Não obstante, os agentes diplomáticos gozam de isenção aduaneira tanto em relação aos objetos destinados ao uso oficial da Missão, quanto aos objetos de uso pessoal, sendo que sua bagagem não deve sofrer nenhuma inspeção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁵ SILVA, G.E. Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 174.

Após a exposição de todo cenário e aspectos que abrangem a carreira diplomática, percebe-se que realmente há uma disparidade entre o conhecimento público sobre tal carreira e o que de fato ela é e o que representa.

Faz-se necessário, portanto, a ampliação da divulgação e explicação da carreira diplomática, sua atuação e sua relevância para as políticas externas brasileira, para toda sociedade.

Isso porque, a sociedade que sabe que as relações internacionais adotadas interferem diretamente nas políticas internas e na vida diária de cada cidadão, é a mesma sociedade que desconhece a carreira daqueles que atuarão, na prática, nessas relações entre Estados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n.º 56.435, de 08 de junho de 1965. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 11.440, de 29 de dezembro de 2006. Institui o Regime Jurídico dos Servidores do Serviço Exterior Brasileiro, altera a Lei no 8.829, de 22 de dezembro de 1993, que cria, no Serviço Exterior Brasileiro, as Carreiras de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria, altera a Lei no 8.829, de 22 de dezembro de 1993; revoga as Leis nos 7.501, de 27 de junho de 1986, 9.888, de 8 de dezembro de 1999, e 10.872, de 25 de maio de 2004, e dispositivos das Leis nos 8.028, de 12 de abril de 1990, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e 8.829, de 22 de dezembro de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11440.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 11.440, de 29 de dezembro de 2006. Institui o Regime Jurídico dos Servidores do Serviço Exterior Brasileiro, altera a Lei no 8.829, de 22 de dezembro de 1993, que cria, no Serviço Exterior Brasileiro, as Carreiras de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria, altera a Lei no 8.829, de 22 de dezembro de 1993; revoga as Leis nos 7.501, de 27 de junho de 1986, 9.888, de 8 de dezembro de 1999, e 10.872, de 25 de maio de 2004, e dispositivos das Leis nos 8.028, de 12 de abril de 1990, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e 8.829, de 22 de dezembro de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11440.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 11.440, de 29 de dezembro de 2006. Institui o Regime Jurídico dos Servidores do Serviço Exterior Brasileiro, altera a Lei no 8.829, de 22 de dezembro de 1993, que cria, no Serviço Exterior Brasileiro, as Carreiras de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria, altera a Lei no 8.829, de 22 de dezembro de 1993; revoga as Leis nos 7.501, de 27 de junho de 1986, 9.888, de 8 de dezembro de 1999, e 10.872, de 25 de maio de 2004, e dispositivos das Leis nos 8.028, de 12 de abril de 1990, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e 8.829, de 22 de dezembro de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11440.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Decreto n.º 56.435, de 08 de junho de 1965. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Instituto Rio Branco. A Carreira de Diplomata. Disponível em: <<http://www.institutorio Branco.itamaraty.gov.br/a-carreira-de-diplomata>>. Acesso em: 10 set. 2018.

CICCO FILHO, Alceu Jose. Relevância da imunidade diplomática. Rev. Jur., Brasília, v. 8, n. 79, jun./jul., 2006, p. 63

De Medeiros, Antonio Cachapuz. Questões de direito internacional - diferenças entre Diplomatas, embaixador e Cônsul. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=i02l_Z1XzsA>. Acesso em: 10 set. 2018.

GUERRA, Sidney. Curso de Direito Internacional Público, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 179-180.

INSTITUTO RIO BRANCO. Disponível em <http://www.institutorio Branco.itamaraty.gov.br/a-carreira-de-diplomata>. Acesso em 12 de setembro de 2018.

INSTITUTO RIO BRANCO. Disponível em: <http://www.institutorio Branco.itamaraty.gov.br/concurso-de-admissao-a-carreira-de-diplomata>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

LIMA, Sérgio Eduardo Moreira. Imunidade Diplomática: instrumento de política externa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.22.

REVISTA SUPER INTERESSANTE. Acesso em 11/09/2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/quem-sao-os-diplomatas/> .

SILVA, G.E. Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 174.

DERECHO CONSTITUCIONAL

Derecho Constitucional Protocolario: una disciplina de reconversión tras la globalización^(**)

Antonio Sánchez-Bayón¹

Patricia Fuente²

Víctor M. Rodríguez³

Sumario: 1. Presentación: urgencia del Derecho Constitucional Protocolario en la globalización. 2. Consideraciones preliminares: del paradigma de la globalización. 3. ¿Qué es el Derecho Constitucional Protocolario? 3.1. Fundamentos

* Recibido: 18 febrero 2019 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

(**) Publicación realizada en el seno de GiDECoG-ISEMCO, gracias a la financiación del proyecto de investigación “Lecturas fundamentales para los operadores de la globalización” (curso 2017-18).

- ¹ Doctor en Derecho por UCM, en Humanidades-Teología por Univ. Murcia, en Humanidades-RR.II. por UVA, es Prof. Titular CC.SS.JJ. (ANECA), con sexenios (CNEAI) y Autoridad Internacional (VIAF). Ganador de premios internacionales (v.g. *Limaclara-Argentina*), por su amplia producción (medio centenar de libros y el doble de artículos en publicaciones indexadas). Actualmente es profesor en ISEMCO, *EAE Business School*, Promerits-UEMC y Univ. Bernardo O’Higgins (Chile). Ha sido docente e investigador en España (Dir. Investigación en CEDEU-URJC y en UCJC); académico visitante en EE.UU. (v.g. *Harvard, DePaul, Baylor*) y Latinoamérica (v.g. *IIDH, UCR, URL*). Ha sido abogado ejerciente (ICAM), analista-consultor (v.g. CIEJYP, IMDEE, IAECoS, GRIN) y colaborador en medios de comunicación.
a.sanchez@isemco.eu
- ² Graduada en Protocolo y Organización de Eventos, es colaboradora de *International School of Event Management & Communication-ISEMCO* (centro colaborador de la Univ. Rey Juan Carlos y Univ. Atlántico Medio). Consultora experta en organización de eventos;
pfuente@isemco.eu
- ³ Licenciado en Derecho, es colaborador de ISEMCO e *Instituto Superior de Comunicación y Eventos-ISCE*. Abogado en ejercicio;
vrodiguez@isemco.eu

científico-académicos: ontología, epistemología y axiología. 3.2. *Prima Principia* constitucional-protocolarios. – Conclusiones. – Bibliografía.

Resumen: se ofrece un estudio crítico y de síntesis sobre una emergente disciplina de reconversión, que recupera y conecta las esencias de otras disciplinas comunes y de fundamentos extinguidas en los nuevos planes de estudio. Así, gracias a Derecho Constitucional Protocolario (presente en Grados de Protocolo y Organización de Eventos, Relaciones Institucionales, Relaciones Públicas, Comunicación Social, etc.), puede prepararse a los estudiantes para que conozcan las claves compartidas de Filosofía e Historia del Derecho y las Instituciones, Derecho Político y Constitucional, Protocolo oficial, Sociología político-jurídica, etc., acerca de las normas e instituciones de los sistemas y regímenes político-jurídicos actuales.

Palabras clave: Derecho, Política, Protocolo, Relaciones Institucionales, Constitución, Estado, Globalización.

Se ofrece un esbozo de contenidos de la emergente disciplina de conversión como es *Derecho Constitucional Protocolario* (DCP): cada vez que se ha producido una renovación universitaria, máxime en sus programas de estudio (desde finales del s. XIX, como comienza su normalización en el marco del Estado-nación y su red de universidades públicas)⁴, se ha tendido a favorecer las disciplinas de mayor especialización, en detrimento de las generalistas. Para la supervivencia de los conocimientos de dichas disciplinas de fundamentos (habitualmente, aquellas de naturaleza dual: las Historias y Filosofías de tal o cual área de conocimiento), han emergido disciplinas holísticas de entrelazamientos, como es el caso de DCP (en cuyo seno se combina: Filosofía e Historia del Derecho y las Instituciones, Teoría del Estado, Filosofía Política, Derecho Político y Constitucional, Protocolo oficial y Ceremonial de Estado, Sociología político-jurídica, etc.). Dicha disciplina de fundamentación y reconexión de conocimientos, y de estos con la realidad social subyacente, está llamada a favorecer una percepción y gestión de dicha realidad social de manera más ordenada y operativa (y así, se facilita la sostenibilidad de los intercambios sociales y sus relaciones institucionales, además de clarificar las prelación del sistema de fuentes de derecho, etc.).

1. PRESENTACIÓN: URGENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL PROTOCOLARIO EN LA GLOBALIZACIÓN⁵

“Sólo activar en caso de emergencia”, es el mensaje recurrente que da inicio a los protocolos de actuación de Protección Civil en caso de tener problemas. Parece entonces que el Protocolo sólo opera en caso excepcional de riesgo y necesaria reordenación frente a la confusión dominante –cuando debería ser justo lo contrario-. Ciertamente es que existe una creciente difuminación y confusión social (vid. siguiente epígrafe); de ahí que ya no funcione correctamente su Derecho ordenador, empezando a dar muestra de fallos las

⁴ Vid. Sánchez-Bayón, A.: *Estudios de cultura político-jurídica*, Madrid: Delta Publicaciones, 2010.

⁵ Aquí, se pretende avanzar en el entrelazamiento de las disciplinas tradicionales, ya iniciado con obras previas: a) del *Protocolo oficial y Ceremonial de Estado* hacia el *Derecho Político y Constitucional*, vid. Fuente, C.: *Protocolo oficial*, Oviedo: Ed. Protocolo, 2004. – *Protocolo para actos oficiales*, Barcelona: Ed. UOC, 2017; b) del *Derecho Político y Constitucional* hacia el *Protocolo oficial y el Ceremonial de Estado*, vid. Sánchez-Bayón, A.: *Concordia constitucional*, Madrid: Delta publicaciones, 2013. – *Derecho constitucional*, Madrid: Ed. Roble, 2015. - *Derecho Público General*, Madrid: Delta publicaciones, 2016. Sánchez-Bayón, A., et al.: *¿Ocaso estatal y de sus relaciones institucionales y protocolarias?* Porto: Ed. Sínderesis, 2018.

instituciones públicas y actores sociales, y por ende, se está produciendo una fatiga de los regímenes político-jurídicos en el marco del Estado-nación, con su consiguiente desafección popular (y deslegitimación ulterior).

Ante tal desconcierto, ha de recuperarse y revalorizarse el Protocolo, en su sentido original, y no en el que ha devenido: etimológicamente, significa la primera hoja, donde se dan las instrucciones de uso; luego, no se trata de un plan de acción excepcional y/o extraordinario, de recurso ornamental y/o accesorio, sino que es la base de normalidad de aplicación, que confiere el orden y solemnidad necesario. Eso ha sido siempre así en el Derecho, desde el Divino, pasando por el Natural, hasta el Positivo, sobre todo en este último, y máxime en su variante del *Positivismo Formalista Estatal* (imperante desde el s. XIX, hasta su crisis con la globalización)⁶: cualquier legislación viene precedida de una *intitulación* (nombre propio), *datación* (fecha), *dirección y salutación* (autoridad emanadora y su sede, y a quién se destina), seguida de un *preámbulo* o *exposición de motivos* (la justificación, fines y objetivos y los principios y valores informadores); incluso, la legislación tiene una parte *escatocolar*, con *sanción* (ratificación y firma) y *adprecación* (fórmula para instar a su cumplimiento). Por tanto, el Protocolo no rige tanto ante lo extraordinario (las crisis), sino ante lo ordinario (el día a día), pues si se observa, entonces se cumple con orden y concierto, además de la solemnidad que requiere para su distinción de otros órdenes normativos (v.g. reglas de política, economía, religión).

En consecuencia, se entenderá que ante la creciente crisis social y sistémica (ya que con la globalización han entrado en barrena las teorías y prácticas tradicionales), además de la generalizada confusión de conocimientos (desde planteamientos generales, como el pensamiento débil y sus velos de confusión⁷, hasta específicos, como la inversión del significado y uso del *protocolo legislativo*: de herramienta guía ordinaria a recurso extraordinario de ordenación), entonces, no costará comprender la urgencia y necesidad de un estudio como el presente, donde se exponen y explican los fundamentos de la novedosa disciplina de Derecho Constitucional Protocolario (heredera del *Derecho Constitucional Procesal* y del *Protocolo Oficial del Estado*), destinada al redescubrimiento y relanzamiento de las reglas e instituciones que posibilitan nuestra socialización y politicidad, o sea, el correcto funcionamiento de nuestro gobierno.

⁶ Sánchez-Bayón, A.: “*Au revoir, loi de l’État*: el fin del derecho estatal”, *Bajo Palabra. Revista de Filosofía* (nº 5), 2010, p. 143-162.

⁷ Sánchez-Bayón, A.: “Revelaciones conceptuales y lingüísticas de la posglobalización: Retos de construcción moral de la sociedad del conocimiento y aportes del humanismo hispánico”, *Carthaginensia* (vol. XXXIII, nº. 64), 2017, p. 411-58.

Sin embargo, antes de proceder a ahondar en los fundamentos del Derecho Constitucional Protocolario, se ofrecen una serie de consideraciones preliminares, que inviten a la reflexión crítica, retirándose velos de confusión y dejándose en disposición de atender a dichos fundamentos.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: DEL PARADIGMA DE LA GLOBALIZACIÓN

Con la globalización⁸, se está transitando hacia un novedoso tipo de sociedad emergente: *de riesgo*⁹, *líquida*¹⁰, *frágil*¹¹, *corrosiva* y *flexible*¹², *digital* y *en red*¹³, *difusa*¹⁴, *glocal* y *de interconexión*¹⁵, *entrelazada*¹⁶, *holográfica*¹⁷, *de retos*¹⁸, etc. Los anteriores calificativos desvelan que se está viviendo en una época de importantes, múltiples, veloces y cada vez más frecuentes y presentes transformaciones sociales, donde lo real es sustituido por lo virtual, donde la constante es el cambio: se desdibujan las estructuras, sin terminar

⁸ Se alude al proceso de apertura y convergencia mundial, facilitado por las *tecnologías de la información y comunicación* (TIC), que ha hecho que vivamos hoy en “un pequeño mundo”. Arranca con el fin de la Guerra fría (y consiguiente caída de la URSS, 1989 y 1991-94) y el traspaso de las TIC del ámbito militar al uso generalizado por la sociedad civil, dando lugar a la actual sociedad de consumo e *infortaiment*. Sus fases han sido: Globalización 1.0 (años 90: TIC “mundo pequeño”); Globalización 2.0 (años 00: gobernanza mediante OOI y foros ONGs); Globalización 3.0 (años 10: participación ciudadana –e-democracia, e-administración- e iniciativas procomún). Durán, F.: *Repensar la cooperación al desarrollo: problemas y retos actuales (más un corolario sobre el tránsito al nuevo paradigma ante la agenda post-2015)*, (edición, prólogo y corolario del Prof. A. Sánchez-Bayón), Saarbrücken: EAE, 2013. Sánchez-Bayón, A.: *Filosofía Político-Jurídica Glocal*, Saarbrücken, 2012. – *Humanismo Iberoamericano*, Guatemala: Cara Parens, 2012. – *Renovación de la Filosofía Social Iberoamericana*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. – *Problemas y retos para alcanzar la sociedad del conocimiento*, Madrid: Delta Publicaciones, 2016.

⁹ Vid. Beck, U.: *La sociedad del riesgo* (trad.). Barcelona: Paidós, 1998. Luhmann, N.: *Sociología del riesgo* (trad.). México: Univ. Iberoamericana, 1998.

¹⁰ Vid. Bauman, Z.: *Modernidad líquida* (trad.). México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

¹¹ Vid. Taleb, N.N.: *Antifrágil* (trad.). Barcelona: Paidós, 2013.

¹² Vid. Sennett, R.: *La corrosión del carácter* (trad.). Barcelona: Anagrama, 1998.

¹³ Vid. Castells, M.: *La Era de la información* (3 vols.). México: Siglo XXI, 2001-02. Mattelart, A.: *Historia de la Sociedad de la Información* (trad.), Barcelona: Paidós, 2002.

¹⁴ Vid. Kosko, B.: *El futuro borroso o el cielo en un chip* (trad.). Madrid: Crítica, 2006.

¹⁵ Vid. infra nota 9.

¹⁶ Vid. Capra, F.: *The Tao of Physics*. Berkeley: Shambhala Publications, 1975.

¹⁷ Vid. Wilber, K.: *El paradigma holográfico* (trad.). Barcelona: Kairos, 1998.

¹⁸ Vid. Manzanero, D., et al.: *Philosophical Challenges of Plurality in a Global World*, Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2014.

de cristalizar las nuevas reglas e instituciones sociales, dificultándose así las interacciones y sus resultados esperados. Y es que, con la globalización, se abre una profunda crisis sistémica, afectándose a prácticamente todas las esferas sociales (v.g. derecho, política, religión, economía), en casi cualquier parte del mundo y de manera más o menos sincrónica, propiciado todo ello gracias a las *tecnologías de la información y la comunicación* (TIC). Tal es el alcance de la crisis, que parece el gran tema de nuestro tiempo¹⁹: al estar presente en casi cualquier faceta de la vida social, máxime en lo tocante a las reglas e instituciones tradicionales y su modelo en extinción –*ergo*, vivimos tiempos de transición, entre una era que agoniza y otra que eclosiona-. Sin embargo, dicha crisis, sólo es el comienzo de un proceso transformador holístico de la realidad social: las partes van variando, hasta redefinirse cada una y en su relación con las demás, por lo que en su conjunto, se alcanza un significado nuevo y superior... El caso es que, fruto de la crisis y/o aprovechándose la misma, se está propiciando una confusión generalizada, idolátrica con la tecnología, y tendente a la deshumanización y desocialización: es la paradoja de la globalización, pues cuando más factible resulta el entrar en contacto con otros, más difícil es hacerlo por falta de orden en las relaciones. Dicha confusión, sólo puede ser frenada y corregida si se acometen –lo antes posible- propuestas para evaluar la coyuntura y el paradigma en curso... Pero, ¿a qué se está aludiendo con “eso” del paradigma y su cuestionamiento?

Una de las premisas constantes a lo largo de este estudio es la invitación al cuestionamiento permanente del mundo en el que se vive, por tratarse de un sano ejercicio de humanidad –según los *Clásicos*, sólo los hombres están llamados a tal labor (a diferencia de bestias y dioses, quienes no requieren de la misma)-. Si aún se conserva un mínimo de actitud crítica hacia el mundo, se podrá observar sin dificultad que se habita una época de cambios, cada vez más números y acelerados: ¿por qué? Y ¿por qué quienes deberían ayudar a explicar dichos cambios (los académicos e intelectuales) no

¹⁹ La voz *crisis* (del latín, y previamente del griego clásico κρίσις), para los Antiguos era algo inherente al ciclo vital, pues se trataba de una ruptura que permitía el paso al nuevo estadio. Su noción estaba vinculada a la de *revolución* (un énfasis en el cambio), de ahí que, cuando para los Contemporáneos (desde las *Revoluciones liberales burguesas* de finales del s. XVIII), pasaron a identificar dicho concepto con independencia y conflicto social (máxime, tras el influjo de las dos mayores ideologías decimonónicas: socialismo y nacionalismo), entonces, crisis empezó a desarrollar una serie de denotaciones vinculadas con el miedo al cambio, sus inseguridades y su violencia aparejada. Ahora, los Posmodernos, además, en su confusión discursiva están prolongando una situación transitoria, convirtiéndola en un estadio más, pues no termina de agonizar la era rígida de producción dominada por el Estado-nación, pero tampoco llega a eclosionar la era flexible de consumo de la aldea global, prolongándose así la crisis, como era con entidad propia, definida como se ha planteado al inicio de este texto (vid. infra).

cumplen dicha labor? Primeramente, son muchos velos científicistas que han de retirarse para recuperar el contacto con la realidad, correspondiendo después un ejercicio de atención al *aggiornamento* o actualización (realista y holística) del Ordenamiento *glocal* (las redes de regulación que van desde las organizaciones internacionales hasta los entes locales y la normativa de particulares)²⁰. En esta ocasión, se centra la atención en el Derecho Constitucional como fundamento del Derecho Público y sustento del régimen político-jurídico, y cómo el Protocolo puede ser su auxiliador urgente y necesario hoy. Antes de proceder a estudiar los cambios en el sistema de ordenación en curso, se ofrecen unos apuntes elementales sobre cómo percibimos la realidad, para su posterior ordenación, o sea una introducción a la noción de paradigma.

Un paradigma es, por así decirlo, las *gafas intelectuales* con las que vemos la realidad, lo que implica tener que reconocer de partida que: a) nuestra visión es deficitaria, b) requiere de graduación periódica, por si hubiera variado. Y así es, porque un paradigma sólo resulta válido en tanto en cuanto permita resolver los problemas acaecidos en nuestra realidad, pero si no cumple tal misión, ello significa que su tiempo ha pasado y ha de pensarse en *corregir la graduación de las gafas o hacer unas nuevas, para ver mejor*. Luego, las nuevas gafas intelectuales requieren de una graduación protocolaria para poder ver en el borroso Derecho Constitucional actual.

3. ¿QUÉ ES EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROTOCOLARIO?

Aquellos anclados en el paradigma anterior, no quieren o no pueden –por no desear salir de su *círculo de comodidad* o no saber cómo- ver que el mismo hace aguas, y que son incapaces de calificar situaciones sobrevenidas –llegando a negarlas, por no tener cabida en su paradigma-, provocando con ello un mayor distanciamiento entre la teoría y la práctica, entre las Facultades de Ciencias Sociales y Jurídicas (hoy) y el quehacer cotidiano de los operadores de Derecho. Dicha parte de la doctrina –hasta la fecha,

²⁰ La cuestión sobre la ordenación de una nueva era de apertura, por los cambios habidos en la comunidad supranacional, no es algo nuevo y propio de nuestro tiempo –más bien resulta un fenómeno cíclico-, sin embargo, nuestra herencia directa más inmediata viene de los enunciados ilustrados dieciochescos (de autores como Locke, Vattel, Wolff o Kant), quienes reclamaban ya un *Derecho de Gentes* científico y practicable, para consolidar una paz perpetua y una comunidad cosmopolita, gracias al comercio entre los pueblos. El problema es que entonces se trató de un juego de elites, en vez de una realidad tangible, a diferencia de la situación actual, pues gracias a las TIC, sí es posible materializar tales ideales y demandas sociales, dando paso al proceso de la globalización. Vid. infra nota 9, más Sánchez-Bayón, A.: “Enseñanzas del Prof. Navarro-Valls para comprender el “aggiornamento” del Ordenamiento global”, VV.AA.: *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI* (2 vols.), Madrid: Iustel, 2013, p. 1719-53.

abundante en Europa-continental-, ha abogado por reconocer un Derecho Constitucional, únicamente a merced de los intereses de los poderes públicos –y no tanto de la ciudadanía-, y sólo comprensible desde las restricciones cognitivas del positivismo formalista estatal (v.g. coactividad, sanciones, práctica forense).

3.1. Fundamentos científico-académicos: ontología, epistemología y axiología

La razón de empezar por la determinación y análisis de la denominación (*Derecho Constitucional Protocolario* o DCP) es para poder partir de lo más básico, que es designar el objeto de estudio, a la vez que se identifica y se comienza a conceptualizar. Bautizar con tal o cual nombre no es baladí, porque conlleva toda una carga ontológica (su ser), epistemológica (su conocimiento) y axiológica (sus valores).

El DCP es una novedosa disciplina, que viene tomando su impulso en secciones departamentales de Derecho Constitucional en otras titulaciones: mixtas (v.g. Protocolo, Administración y Dirección de Empresas, Relaciones Laborales, Relaciones Internacionales, Ciencias Políticas y de la Administración), y no-jurídicas (v.g. Comunicación, Historia, Economía). Bebe de pretéritas disciplinas de especialización, en su mayoría de posgrados (en los antiguos cursos de doctorado), tales como Derecho Constitucional Procesal y Protocolo Oficial del Estado. En dichas disciplinas se enseñaba la importancia de la simbiosis entre el Derecho Constitucional y el Protocolo, cuestión que en la actualidad y con las crisis y difuminaciones traídas consigo por la globalización, hacen evidente la rehabilitación de tal matrimonio de conveniencia: el DCP permite mejorar y fortalecer ambas áreas de conocimiento y práctica profesional. De un lado, se supera así la errónea percepción del protocolo como regulación dispositiva o *soft-law*, de carácter ornamental. De otro, se logra una corrección de la difusa interpretación que de la Constitución se viene acometiendo, pues el protocolo afianza y enaltece la percepción y gestión de las reglas y figuras reconocidas en la Constitución para nuestro orden social. En definitiva, el DCP supone una *revelación* (una retirada de velos de confusión), que favorece la recuperación de la autoridad y solemnidad del juego político-jurídico, fijado en la Constitución, en un sistema de intervalos, rangos, honores, tratamientos y precedencias, según jurisdicciones y competencias. La disciplina transversal de DCP, no sólo conecta los estudios de Derecho, Protocolo y Ciencia Política y de la Administración (clarificándose la acción político-jurídica, que no resulta arbitraria, sino que responde a una previsión plausible, confiriéndose así seguridad y publicidad al sistema, vid. supra), sino que también tiende puentes a la gestión empresarial (v.g. organización

de eventos, relaciones institucionales), así como a la comunicación social (v.g. gestión de crisis político-jurídicas, mejora y posicionamiento de institucional).

3.2. *Prima Principia* constitucional-protocolarios

Si fuéramos himenópteros no necesitaríamos de reglas e instituciones, pues vendrían dadas y tendríamos el imperativo categórico de velar por nuestra comunidad ante todo. Sin embargo, como seres humanos que somos, tenemos una vocación social y política (*zoon politikon*), que nos impele a vivir en comunidad –no sólo para sobrevivir, sino para prosperar-, al tiempo que la convivencia conduce al posible conflicto. De ahí la necesidad de normas e instituciones, siendo las de Derecho las únicas vinculantes, por su coactividad, autoridad y solemnidad. Empero, el Derecho se ha vuelto de lo más técnico, complejo y diverso, costándole al ciudadano medio su observación. Es por ello que, a continuación, se va a ofrecer los fundamentos. Se trata de sus esencias irrenunciables y perdurables, cimiento del resto del sistema, e informándolo en todo momento. Se hace referencia así a los principios, los cuales son punto de partida y medio de guía en el proceso. Los principios son clave, pues al mismo tiempo cubren las tres dimensiones del Derecho:

- a) Resultan la base de la dimensión normativa del Derecho, articulándolo como sistema autónomo y *autopoiético*, corrigiéndose las aparentes *antinomias* (o contradicciones normativas) y estableciendo en su lugar intervalos con principios dialécticos, que conforman un límite inferior y otro superior de interpretación y calificación jurídica (vid. dimensión subjetiva).
- b) Sustentan la dimensión objetiva, ya que constituyen una de sus fuentes primigenias, como son los *principios generales del Derecho*, que informan y completan el conjunto del mismo, evitando las lagunas y confusiones posibles.
- c) También informan la dimensión subjetiva del Derecho o su axiológica común, al ayudar a la interpretación y calificación del resto del Derecho.

Por tanto, el hablar de *prima principia* del DCP supone distinguir entre los *principia cogniscendi* o parámetros científico-académicos, y los *constituendi* o creadores de derecho:

- a) En términos científico-académicos (*principia cogniscendi*), el DCP se

articula a modo *sistémico holístico, difuso y autopoietico*²¹, cuyos principios básicos y comunes a las disciplinas transversales de Derecho, Política y Protocolo son: *principio de realidad* (verosímil); *de parsimonia* (navaja de Ockham); *de relación* (conexiones); *de autopoiesis* (creador y regenerador); *de complitud* (que pueda explicar algo y a sí mismo), *et. al.*²².

b) En términos interdisciplinares (*principia cogniscendi et constituendi*), el DCP comparte con el *Derecho Constitucional general* aquellos principios tipificados en las Constituciones. Sin ánimo exhaustivo, tan sólo ilustrativo, se van a ofrecer algunos ejemplos relativos a la *Constitución española de 1978* (CE):

- *principio de observación social, democrática y de derecho* (art. 1, 9 y Tít. I);
- *de soberanía, lealtad, solidaridad y unidad en la diversidad*: a) *gral.* (a España): art. 1, 2, 8, 9, 103, 138, 155; b) entre poderes: Tít. V y VIII; c) dentro de una institución: FACS art. 8 y 104, Poder Judicial art. 117, Ministerio Fiscal art. 124, etc.
- *principios y valores superiores del Ordenamiento (libertad, justicia, igualdad y no discriminación, pluralismo político*, art. 1, 9 y 14), *et al.*

c) En términos específicos del DCP sus principios inspiradores (o *principia constituendi*) son:

²¹ Sánchez-Bayón, A.: *Introducción al Derecho Comparado y Global*, Madrid: Delta Publicaciones, 2011. – *Sistema de Derecho Comparado y Global*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. - “Fundamentos e-democráticos: ciudadanía.org vs. ciudadan@s”, *e-Gobierno-Revista Científica de Gobierno Electrónico* (vol. I, nº. 1), 2017, p. 55-70.

²² Cuando se habla de principios, de partida, en Humanidades y Ciencias Sociales se alude a los de dialéctica: a) *principio de relación* (todo está interconectado); b) *principio de transformación* (todo es susceptible de cambio al estar en relación); c) *principio de tensión/contradicción* (la lucha de los contrarios), etc. Aterrizando en Política y Derecho, se hace referencia a: a) *principio de mundanidad*: la realidad se muestra llena de seres que coexisten, pero sólo los seres humanos tienen conciencia de tal coexistencia, con su significado y alcance; b) *principio de sociabilidad*: el hombre es libre y aun así se asocia y convive, gracias a su logos –capacidad de comunicarse y pensar-; c) *principio de politicidad*: el hombre se une, no para sobrevivir (como el resto de animales), sino para prosperar, por lo que acepta unas reglas de convivencia y un proyecto de vida en común, asumiendo un rol social; d) *principio de transitividad*: sólo caen en el ámbito del Derecho aquellos actos que van más allá del fuero interno (o conciencia) y de los actos no transitivos –aquellos conocidos por el sujeto actor, pero ignorados por los demás, sin poder identificar ni el nexos ni la relación generada-; los actos transitivos, además de externos y conocidos, pueden ser interindividuales o privados (sólo afectan a los sujetos intervinientes), y sociales o públicos (afectan al cuerpo social y su justicia) –este principio se sustenta en otros, como implica la teoría de la sistemática-; *et al.*

- Principios estructurales:
 - *normalización e institucionalización*: se refiere a la identificación y tipificación de usos y tradiciones para favorecer funcionalidad y socialización (v.g. reconocimiento para participación en vida pública: ciudadanía art. 9; confesiones art. 16; juventud art. 48; participación en la justicia: jurado y tribunales consuetudinarios art. 125; tratamientos honoríficos -nobleza y altos cargos: Excmo., Ilmo, Señoría, vid. supra- art. 57, 62, 70, etc.).
 - *democratización y participación*: se alude, sobre todo, a la cláusula de exigencia democrática (v.g. partidos art. 6, colegios profesionales art. 36; las instituciones de democracia directa: petición art. 29, iniciativa popular art. 87, referéndum art. 92, acción popular y jurado art. 125).
 - *antinomia e integración*: en la CE pueden detectarse aparentes contradicciones, que en realidad resultan intervalos o atributos institucionales -prerrogativas, que no privilegios- (v.g. igualdad y no discriminación de ciudadanos art. 14 frente a inviolabilidad, sucesión y trato honorífico en la Corona arts. 56 y 57, o la inviolabilidad de parlamentarios y su aforamiento art. 71, aforamiento de Gobierno art. 102; otros: propiedad v. expropiación art. 33; libre mercado v. planificación art. 38).
- Principios dinamizadores:
 - *reciprocidad y no discriminación*: se hace referencia al sistema de pesos y contrapesos o *checks & balances* (derechos y obligaciones de partes o contrapoderes, v.g. contrato social art. 9; cuestión de confianza art. 112 y moción de censura art. 113; sesión de control e investidura arts. 110-11, 99 y disolución art. 115; nombramiento de ministros y refrendo de actos del Rey arts. 64, 100 –sin prerrogativa de gracia art. 102-).
 - *precedencia y solemnidad*: se alude a la *heurística*, por la que se ordena y mejora el sistema, con un reparto adecuado de jurisdicciones y competencias, según criterios de capacidad y mérito, además de respeto al principio *agere licere*, símbolos oficiales en Tít. Preliminar (v.g. lengua oficial sólo español y demás co-oficiales –en su Comunidad Autónoma y si está previsto por Estatuto, art. 147, habiendo prelación para su uso-; juramento/promesa: Rey y Príncipe art. 61, parlamentarios art. 72, Gobierno arts. 99, 100 -155, etc.).

- *publicitación y transparencia*: no arbitrariedad y excepcionalidad, y claro reparto de jurisdicciones y competencias (v.g. responsabilidad y no interdicción de poderes públicos art. 9; prohibición de tribunales de honor art. 26 y *ad hoc* art. 117; objetividad e imparcialidad de la Administración art. 103; reparto competencial entre Comunidades Autónomas y la Adm. Gral. Estado arts. 148-149).
- *aconfesionalidad y cooperación*: en España no hay religión oficial, pero sí la obligación de los poderes públicos de facilitar el disfrute de sus derechos a la ciudadanía, habiendo de cooperar en tal sentido y razones de asistencia socio-religiosa (art. 9, 16, 103), etc. Sería interesante e ilustrativo el entrar en tónica afectada, como la cuestiones de objeción de conciencia y/o simbología religiosa con respecto a la Administración, pero dadas las limitaciones materiales –y a que seguramente lo traten otros colegas especialistas en este congreso–, simplemente se remite a publicaciones previas.
- *bona fides et favor negotii*: se hace referencia a la buena fe, al principio de capacidad y mérito (a la hora de acceder y promocionar en la Administración), así como a la predisposición a la negociación y cooperación (observando, cuando se pueda, los buenos oficios o mecanismos de resolución alternativa de conflictos de manera preventiva), sin olvidar la observación del principio *agere licere* y los límites jurídicos, v.g. seguridad jurídica, más orden, salud y moral pública (art. 9, 16, 53, 103); cooperación y negociación con actores sociales (confesiones art. 16, sindicatos art. 7 y 37), etc.

CONCLUSIONES

Difícilmente se puede concluir algo que está en marcha, en plena transformación. Más bien, se puede acometer una cierta recapitulación de las ideas más importantes, como son:

- a) El mundo está cambiando, por lo que también ha de hacerlo nuestra percepción del mismo o paradigma; para ello nos ayudamos de novedosas disciplinas mejor adaptadas a los tiempos que corren, como DCP, pues ofrece seguridades procedimentales frente a desdibujamientos institucionales (fruto de la globalización y la extinción de las instituciones del Estado-nación).
- b) No se puede seguir estudiando de manera estanco, con carreras cerradas

en sí mismas y con planteamientos teóricos viciados (v.g. Derecho, en Facultades de Derecho y conforme al positivismo formalista estatal, sino pasar a Ciencias Jurídicas y Sociales, con Facultades homónimas y un positivismo de sistema holístico, difuso y autopoiético). En tal sentido, el DPC es una disciplina transversal muy válida para tender puentes entre Derecho, Política, Protocolo, Comunicación, etc. Además, introduce en las dinámicas actuales de regulaciones vía *hard law* y *soft law* (vid. supra).

- c) La crisis sistémica que vivimos (de transición entre un periodo agónico dominado por el Estado-nación y sus proteccionismos, a otro emergente y aperturista de aldea global), pone de manifiesto la urgencia y necesidad de clarificar las reglas e instituciones que posibilitan la convivencia, y en tal sentido, la CE recoge dicho régimen político-jurídico elemental. Sin embargo, parece ser que también la CE ha entrado en crisis de eficacia, cosa que se subsanaría fácilmente mediante el estudio y práctica del DCP (al ser la simbiosis perfecta entre el *hard law* constitucional y el *soft law* protocolario, que a su vez devuelve funcionalidad y solemnidad al régimen).
- d) Como se viene indicando, es crucial hoy en día la simbiosis entre el Derecho Constitucional y el Protocolo (frente a las crisis y difuminaciones de la globalización), de modo que la disciplina de DCP permite mejorar y fortalecer ambas áreas de conocimiento y práctica profesional: de un lado, se supera así la errónea percepción del protocolo como regulación dispositiva o *soft-law*, de carácter ornamental; de otro, se logra una corrección de la difusa interpretación que de la Constitución se viene acometiendo, pues el protocolo afianza y enaltece la percepción y gestión de las reglas y figuras reconocidas en la Constitución para nuestro orden social.
- e) La disciplina DCP es heredera de otras (sobre todo de posgrado, como *Derecho Constitucional Procesal* o *Protocolo Oficial del Estado*), cuyo sentido original era, frente al Derecho sustantivo o de contenidos, el impulsar el Derecho adjetivo o procesal, tanto en su dimensión ordinaria (sobre el correcto juego institucional: jurisdicciones y competencias, más precedencias y honores) como la extraordinaria (la práctica forense: ante los tribunales). De tal manera, el *soft law* protocolario, en el seno de DCP, recupera su condición de regulación dispositiva y preambular, aunque solemne y heurística, para la práctica procesal ordinaria de normas e instituciones y el correcto funcionamiento del régimen político-jurídico y social (permitiendo un funcional sistema de reparto de jurisdicciones y competencias, así como de precedencias y honores,

además de favorecer los acuerdos para la resolución alternativa de conflictos).

- f) Antes de avanzar, ampliando y profundizando en el desarrollo del DCP, resulta crucial el clarificar sus fundamentos, y de estos, especialmente sus principios, tal como se ha intentado en el presente trabajo (distinguiéndose entre los *principia cognoscendi* y los *constituendi*, y de entre estos, los estructurales y los dinamizadores).
- g) *Mutatis mutandis*, en el DCP ocurre igual en el iushumanismo durante la Guerra fría: aunque se sabía crucial la reactualización del respeto, protección y promoción de los derechos humanos para evitar la barbarie de las guerras mundiales previas, sin embargo, el peso de los sistemas previos ofrecía resistencia a la implantación del *espíritu de San Francisco*, conductor hacia una *aldea global de la humanidad*. Pues bien, se fragmentaron en los años 60 los derechos humanos, diferenciándose, de un lado, los derechos de primera generación o civiles y políticas, defendidos por el primer mundo u Occidente (tipificados en el Pacto Internacional homónimo), y de otro lado, los derechos de segunda generación o económicos y sociales, postulados por el segundo mundo o Socialismo (ídem, en su Pacto Internacional correspondiente). Conforme al positivismo formalista, el régimen iushumanista no sería efectivo hasta la entrada en vigor de sendos pactos (1976), no dándose valor alguno a la *Declaración Universal de Derechos Humanos-DUDH* (1948) –siendo considerada incluso, como una suerte de brindis al sol-. No obstante, desde otras áreas de conocimiento (más abiertas y conectadas con la realidad social, como la iuscomparativista y iusociológica), se esgrimió el siguiente argumento: DUDH es *soft-law* y por tanto vinculante, como instrumento jurídico que es, sólo que para normalizar su cumplimiento y hasta la tramitación de un instrumento jurídico propio de *hard-law*, debía respaldarse en el texto constitucional del nuevo orden, como era la *Carta de San Francisco* (1945), en cuyos preceptos se preveía el régimen iushumanista, con sus fuentes e instituciones por desarrollar a la postre. Tal lección del iushumanismo (que se considerara tiempo atrás como no vinculante, más bien filosófico, incluso, meramente ornamental), debe aplicarse a la renovación protocolaria en curso.

En definitiva, vistos los argumentos y evidencias esgrimidos, resulta urgente y necesario el abandonar un paradigma que ya no soluciona problemas, sino que genera más, al ocultarlos bajo velos de confusión, de corte academicista (tecnicismos y resabios ideológicos). Y es que, lo prioritario, aparentemente olvidado por los académicos de hoy, no es el empeño por defender uno u otro paradigma, sino el conocimiento a transmitir a las siguientes generaciones,

quienes han de estar preparados para actuar como operadores político-jurídicos de la globalización, pues su realidad, con la que han de lidiar, se presenta como sigue: en el mundo existen más de doscientos Ordenamientos estatales (de tipo Derecho Civil o Derecho Común, junto con sus sincretismos e hibridaciones), que conviven con Derechos confesionales (v.g. *Derecho Canónico, judío, musulmán*) y consuetudinarios (v.g. regulación foral, indigenista), entrando cada día en contacto, y siendo imperativa cierta armonización de convivencia, para lo cual, contribuye significativamente el Protocolo. Es por ello, que la simbiosis de Derecho, Política y Protocolo, como es DCP está llamado a brotar, de manera progresiva y programática, como un síntesis político-jurídica de *soft-law* (regulación dispositiva: abierta a la interpretación y consenso) y *hard-law* (regulación imperativa: cerrada y cohercitiva), estando además en contacto con otras normatividades (v.g. ética y moral, religión, economía). En definitiva, para llegar a la *gobernanza glocal* (tendente a la sociedad del conocimiento y/o *civilización tipo I*)²³, ello dependerá en buena medida del tipo de respuesta que se dé de apoyo o no al DCP.

BIBLIOGRAFÍA

- Bauman, Z.: *Modernidad líquida* (trad.). México: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- Beck, U.: *La sociedad del riesgo* (trad.). Barcelona: Paidós, 1998.
- Capra, F.: *The Tao of Physics*. Berkeley: Shambhala Publications, 1975.
- Castells, M.: *La Era de la información* (3 vols.). México: Siglo XXI, 2001-02.
- Durán, F.: *Repensar la cooperación al desarrollo: problemas y retos*

²³ Actualmente, aunque se use –y abuse de– la expresión sociedad del conocimiento, en realidad aún no se ha alcanzado la misma (se trata de un ejercicio de *wishful-thinking* o confusión del deseo con la realidad, vid. infra velos). Ni siquiera se ha logrado una sociedad de la comunicación generalizada: existen demasiados *inputs* no procesados, generándose *ruido blanco*; las modas provocan falta de opinión propia y espirales de silencio; persiste una brecha digital, que dificulta el acceso a los canales de comunicación, etc. En el mejor de los casos nos hallamos en una *sociedad de la información y entretenimiento* (con riesgo de ser teledirigidos como *sociedad masa global de consumo*). En cuanto a la expresión *civilización tipo I*, se alude a la *escala Kardashev* (también traducido el apellido en español como Kardashov): un cosmólogo soviético, que en la década de 1960 presentó ante la *Academia de las Ciencias de la URSS* su estudio evolutivo de la humanidad, conducente a la *civilización tipo I* (capaz de gestionar los recursos planetarios), luego *tipo II* (del sistema solar) y a la postre *tipo III* (de la galaxia). Tal estudio se consideró contrario al comunismo (al no predecir el fin del capitalismo, sino su transformación global), por lo que fue condenado a un campo del sistema gulag, y si hoy se sabe al respecto fue gracias a Asimov y Sagan. Vid. infra nota 9.

actuales (más un corolario sobre el tránsito al nuevo paradigma ante la agenda post-2015), (edición, prólogo y corolario del Prof. A. Sánchez-Bayón), Saarbrücken: EAE, 2013.

- Fuente, C.: *Protocolo oficial*, Oviedo: Ed. Protocolo, 2004.
- Fuente, C.: *Protocolo para actos oficiales*, Barcelona: Ed. UOC, 2017.
- Kosko, B.: *El futuro borroso o el cielo en un chip* (trad.). Madrid: Crítica, 2006.
- Luhmann, N.: *Sociología del riesgo* (trad.). México: Univ. Iberoamericana, 1998.
- Manzanero, D., et al.: *Philosophical Challenges of Plurality in a Global World*, Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2014.
- Sánchez-Bayón, A., et al.: *¿Ocaso estatal y de sus relaciones institucionales y protocolarias?* Porto: Ed. Síndéresis, 2018.
- Sánchez-Bayón, A.: “Fundamentos e-democráticos: ciudadanía.org vs. ciudadan@s”, *e-Gobierno-Revista Científica de Gobierno Electrónico* (vol. I, nº. 1), 2017, p. 55-70.
- Sánchez-Bayón, A.: “Revelaciones conceptuales y lingüísticas de la posglobalización: Retos de construcción moral de la sociedad del conocimiento y aportes del humanismo hispánico”, *Carthaginensia* (vol. XXXIII, nº. 64), 2017, p. 411-58.
- Sánchez-Bayón, A.: *Problemas y retos para alcanzar la sociedad del conocimiento*, Madrid: Delta Publicaciones, 2016.
- Sánchez-Bayón, A.: *Derecho Público General*, Madrid: Delta publicaciones, 2016.
- Sánchez-Bayón, A.: *Derecho constitucional*, Madrid: Ed. Roble, 2015.
- Sánchez-Bayón, A.: “Global System in a Changing Social Reality: How to Rethink and to study it”, *Beijing Law Review* (nº 5), 2014, p. 196-209.
- Sánchez-Bayón, A.: *Concordia constitucional*, Madrid: Delta publicaciones, 2013.
- Sánchez-Bayón, A.: “Enseñanzas del Prof. Navarro-Valls para comprender el “aggiornamento” del Ordenamiento global”, VV.AA.: *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI* (2 vols.), Madrid: Iustel, 2013, p. 1719-53.
- Sánchez-Bayón, A.: *Renovación de la Filosofía Social Iberoamericana*, Valencia: Tirant, 2013.

- Sánchez-Bayón, A.: *Filosofía Político-Jurídica Glocal*, Saarbrücken: EAE, 2012.
- Sánchez-Bayón, A.: *Humanismo Iberoamericano*, Guatemala: Cara Parens, 2012.
- Sánchez-Bayón, A.: *Sistema de Derecho Comparado y Global*, Valencia: Tirant, 2012.
- Sánchez-Bayón, A.: *Introducción al Derecho Comparado y Global*, Madrid: Delta Publicaciones, 2011.
- Sánchez-Bayón, A.: *Estudios de cultura político-jurídica*, Madrid: Delta Publicaciones, 2010.
- Sánchez-Bayón, A.: “*Au revoir, loi de l’État: el fin del derecho estatal*”, *Bajo Palabra. Revista de Filosofía* (nº 5), 2010, p. 143-162.
- Sennett, R.: *La corrosión del carácter* (trad.). Barcelona: Anagrama, 1998.
- Taleb, N.N.: *Antifrágil* (trad.). Barcelona: Paidós, 2013.
- Mattelart, A.: *Historia de la Sociedad de la Información* (trad.), Barcelona: Paidós, 2002.
- Wilber, K.: *El paradigma holográfico* (trad.). Barcelona: Kairos, 1998.

Crisis territorial en España y apariencia jurídica: ¿posverdad o postconstitucionalismo?*

Catalina Ruiz-Rico Ruiz¹

Sumario: Introducción. 1. Realidad, apariencia jurídica y legitimidad aparente. 2. Apariencia constitucional y efectos jurídicos. 2.1. Control jurídico de las declaraciones políticas en sede parlamentaria. 2.2. La “especial transcendencia constitucional” de la apariencia.

Resumen: A través del análisis de la crisis territorial en España, se plantean los nuevos retos del constitucionalismo actual y el desarrollo de conceptos inéditos como la *apariencia constitucional*, la *inconstitucionalidad difusa*, la *legitimidad aparente*, el *control preventivo de inconstitucionalidad* o los *límites del parlamento virtual*. La brecha artificiosa entre principio de legalidad y principio democrático pretende fundamentar un ficticio derecho a decidir sobre la integridad territorial, la fragmentación de la soberanía nacional y la deslealtad institucional promovida por los partidos independentistas y los poderes públicos de Cataluña. La Constitución española se enfrenta pues, a la “legitimidad” aparente de las declaraciones políticas institucionales simbólicas y contrarias a sus principios esenciales, al fraude constitucional y en definitiva, a la insumisión del Parlamento de Cataluña.

Palabras clave: Apariencia jurídica. Legitimidad. Control preventivo. Inconstitucionalidad difusa.

* Recibido: 18 febrero 2019 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Universidad de Jaén, España. Profesora Titular de Derecho Constitucional.
crrico@ujaen.es

Introducción

A raíz de las últimas crisis políticas en diversos países occidentales, se ha exteriorizado el riesgo de adulteración de las democracias mediante la manipulación deliberada de la opinión pública. La distorsión premeditada de la información para influir en las actitudes sociales pretende generar una “apariencia” que puede prevalecer incluso, sobre la propia realidad.

El fenómeno *desinformativo* de la posverdad (fake news) constituye un arma política con un potencial jurídico ignorado hasta fechas recientes, susceptible de viciar el sustrato social sobre el que se asienta el sistema constitucional y el régimen electoral de los Estados, como demuestran entre otras experiencias el Brexit o la consulta del 1 de octubre en Cataluña ².

² La revista *Science* acaba de publicar el estudio más extenso hasta ahora sobre la difusión de fake news (noticias falsas) en la red, en el que se demuestra cómo una noticia falsa alcanza a miles de usuarios más que un contenido real. Un grupo de investigadores del Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT) ha examinado la repercusión en Twitter de noticias cuya veracidad o falsedad había sido previamente corroborada por seis organismos de verificación independientes. Partiendo de esa base, analizaron un total de 126.000 artículos tuiteados por tres millones de personas entre 2006 y 2017, con especial atención a los contenidos que lograron más retuits. Los autores descubrieron que **las noticias falsas tenían un 70% más de probabilidades de ser retuiteadas**. Esta dinámica está presente en todas las categorías de información y no sólo en las noticias políticas, aunque sus efectos sean hasta tres veces más pronunciados en este campo "Los dominios más atacados son aquellos en los que hay más incentivos -políticos o financieros- y aquellos en los que las personas son más vulnerables por los sesgos sociales o cognitivos". verdaderas crean "confianza, alegría o tristeza". En un segundo artículo publicado en *Science* y firmado por una quincena de expertos, los científicos advierten sobre el potencial disruptivo de las fake news y reclaman un impulso a la investigación a gran escala. En él citan estudios preliminares en los que se apuntan los efectos perjudiciales de este fenómeno en la sociedad, que van desde el aumento del cinismo y la apatía entre los ciudadanos hasta el fomento de la radicalización. "Lo que más queremos transmitir es que las fake news son un problema real, un problema difícil de abordar y **un problema que requiere una investigación seria**". "Los que difunden noticias falsas están usando métodos cada vez más sofisticados", añade. "Si no tenemos suficiente información sobre el problema, nunca podremos diseñar intervenciones que funcionen". Una de las dificultades radica en el hecho de que es un problema multidisciplinar, con implicaciones que van desde lo psicológico hasta lo tecnológico. El artículo subraya este aspecto psicológico que sirve como uno de los motores de la difusión de informaciones falsas, ya que las personas prefieren información que es familiar y que apoya las opiniones preexistentes. "El desafío es que **hay tantas vulnerabilidades que aún no entendemos y tantas piezas diferentes que pueden romperse** o ser manipuladas en lo relativo de noticias falsas". "Es un problema tan complejo que debe ser atacado desde todos los ángulos". Los expertos recomiendan comenzar con intervenciones de dos tipos: unas centradas en mejorar **la capacidad de los individuos para reconocer las noticias falsas** y otras que incluyan cambios estructurales destinados a prevenir su publicación.

La apariencia real de las noticias falsas propagada a través de las nuevas tecnologías, puede imperar sobre la auténtica realidad, contaminando la política y bajo la amenaza de intoxicación del Derecho. En particular, divulgaciones falaces, acciones ficticias, simbólicas, virtuales o fraudulentas desde los poderes públicos, tienden a generar una apariencia jurídica y legitimidad aparente.

Desde esta perspectiva se visibiliza una categoría calificable como *fake ius o falso derecho* que, con la complicidad tecnológica, penetra en el escenario de la apariencia jurídica; un fenómeno longevo en el ordenamiento privado pero con facciones singulares y una estética renovada en el derecho público.

La “apariencia constitucional” se presenta como *alter ego* de la realidad constitucional en base a la competencia desleal practicada mediante simulacros, ficciones, vías de hecho, actos no consumados o declaraciones virtuales. Pero, a diferencia del derecho civil, el principio jurídico de apariencia no siempre puede aplicarse para convalidar situaciones subyacentes, sino para invalidar los posibles efectos inconstitucionales.

La crisis territorial en Cataluña sitúa pues, al Derecho constitucional ante la encrucijada de reaccionar frente a los actos simbólicos y metajurídicos o bien adoptar una postura de inacción, según los efectos inconstitucionales potenciales o reales causados, e incluso los resultados antijurídicos provocados más allá de sus fronteras, en el ámbito jurisdiccional de otras disciplinas (penales, procesales...). Las ramificaciones de este desafío adoptan una transversalidad que supera el marco constitucional y también autonómico, pero que de modo particular exigen desde el constitucionalismo una respuesta frente a nuevos interrogantes: las fronteras jurídicas del simbolismo político y la legitimidad aparente, la inconstitucionalidad difusa, los límites virtuales del parlamento o la exigencia de controles preventivos para impedir ataques “pacíficos” que subviertan el orden constitucional.

1. Realidad, apariencia jurídica y legitimidad aparente

Entre las hipótesis de partida, con carácter preliminar se abordan la realidad del desafío constitucional en Cataluña y la exigencia de una reforma constitucional como potencial solución al conflicto existente.

A priori, esta crisis territorial comporta un serio reto constitucional, según resulta de la plena activación del sistema inmunológico de la Constitución y el recurso a su *última ratio* con aplicación del artículo 155 CE. De otra parte, en relación a una apremiante reforma de la Constitución, el aforismo del Tribunal Supremo de los EEUU, *hard cases make bad law*, recomendaría precaución y cautela en la revisión del texto constitucional como respuesta.

Sin perjuicio de abordar la revisión constitucional en un epígrafe posterior, el desarrollo de la primera cuestión planteada obliga a dirimir previamente sobre la realidad o apariencia del desafío constitucional, atendiendo a las opiniones políticas que califican el escenario diseñado por el nacionalismo catalán como auténtico dislate, farsa, esperpento, ficción o *matrix*. Aunque, paralelamente, no cabe obviar la construcción real de una arquitectura secesionista institucional, administrativa, orgánica y legislativa, basada en una estrategia de ingeniería para constitucional.

En principio, el mérito o más exactamente el demérito del proceso de autodeterminación en Cataluña radica en la fractura del primer mandamiento del constitucionalismo: la identidad entre Estado de Derecho y democracia. En esta línea, Nogueira Alcalá afirma que la Constitución no es tal si no se encuentra en armonía con su fundamento democrático. La apertura de una brecha entre legitimidad constitucional y democrática ha fundamentado artificiosamente la ruptura con el Estado de Derecho y el imperio de la ley.

La legitimidad democrática puede instrumentalizarse para predominar e incluso deslegitimar la realmente constitucional, a modo de coartada para generar bien una apariencia acorde con la Constitución o justificar la escisión con la legitimidad constitucional. Esta tesis resulta sostenible en base a la relación entre apariencia y legitimación admitida por la doctrina alemana (Falzea), y por su capacidad para suplantar a la realidad constitucional.

Según Kirchmann *la apariencia lo es todo en Derecho*, a lo que también podría agregársela legitimidad aparente es todo en Derecho constitucional, en virtud de su potencial jurídico para constitucionalizar actuaciones de baja o nula constitucionalidad y desplazar a la realidad constitucional. La credibilidad en la apariencia institucional puede generar una legitimidad paralela a la constitucional, basada en el formalismo de los actos simbólicos o ficticios realizados desde los poderes públicos³. La cohabitación entre ambas legitimidades real y aparente, constitucional y “democrática” respectivamente, se ha exteriorizado durante el conflicto territorial en Cataluña, abocando a tensiones jurídicas y judiciales.

³ *En el ordenamiento privado, el principio de apariencia jurídica comprende todos los casos en que el acto realizado por el tercero con un sujeto que no tiene la titularidad del derecho es eficaz, de todos modos, como si hubiese sido realizado con el titular, siempre que un título de investidura formal de aquel sujeto cree una situación de confianza del tercero. La investidura formal en un derecho subjetivo que realmente no existe se presenta en varias hipótesis: de la posesión a los instrumentos de fe pública, e incluso a las diversas figuras de publicidad. En esta concepción, la idea de apariencia no solamente se considera compatible, sino más bien ligada, esencialmente, con la idea de formalismo.*

En particular, la *legitimidad aparente* se ha construido inicialmente en torno a la juridificación de un supuesto derecho a decidir y una consulta ciudadana con apariencia de referéndum, para lo que se recurrió a hipotéticos observadores internacionales independientes. Sin perjuicio del protagonismo de las *fake news* en torno a los hechos y actuaciones durante la votación celebrada y la manipulación institucional de los resultados para avalar una aparente legitimidad democrática.

De modo similar, la aplicación del artículo 155 CE con la destitución de representantes políticos y los recortes en la función parlamentaria, ha contribuido a desarrollar el fenómeno de legitimidad aparente (v.gr. presentación internacional como presidente legítimo de la Generalitat, firma como ministros de los exconsejeros).

Para sortear la legitimidad constitucional y del Estado de Derecho, también se ha recurrido a la apariencia jurídica basada en actos simbólicos y declaraciones políticas institucionales, propiciando un estado de confianza social en torno a una “realidad aparente”. De ese modo, se ha gestado una legitimidad que Max Weber calificaba como carismática, en que la que una parte de la población asume un poder ficticio deslegitimado constitucionalmente y se aparta de la legitimidad racional basada en motivaciones objetivas y legales.

Por consiguiente, la legitimidad aparente no puede ser indiferente al Derecho constitucional ante el riesgo de ser reemplazado por una apariencia “inconstitucional” en virtud de la credibilidad social suscitada. El consenso en torno a una aparente “República independiente” contribuye a socavar la legitimidad constitucional mientras tiende a una relegitimación de los poderes públicos destituidos en el contexto del artículo 155 CE, suplantando la legitimidad constitucional.

El principal problema del Derecho constitucional radica pues, en el fundamento democrático que puede adquirir una legitimidad aparente y paralela a la Constitución⁴. La Constitución, resultado de la intrínseca relación entre poder constituyente y expresión democrática del cuerpo político de la sociedad, requiere para su legitimidad y eficacia como norma

⁴ El artículo 402 del Código Penal establece como supuesto de hecho de la usurpación de funciones:” El que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial...”

fundamental de la convivencia, la anuencia y sostenimiento por la colectividad social ⁵.

En la actualidad, el derecho constitucional se enfrenta a una doble legitimidad, aparente (previa al artículo 155 CE) y real (tras las elecciones autonómicas), hasta la fecha ambas encauzadas hacia fines rupturistas con la Constitución; y en concurso con la legitimidad constitucional vigente posterior a la aplicación del artículo 155 CE. Por tanto, la juridificación progresiva de la legitimidad aparente y de los actos aparentes constituye la principal amenaza del derecho constitucional en el contexto de Cataluña.

2. Apariencia constitucional y efectos jurídicos

A propósito de la crisis en Cataluña, la conflictividad emergente entre apariencia y realidad jurídica, plantea los límites de la tolerancia constitucional hacia los simulacros jurídicos y declaraciones simbólicas ⁶. En principio, el derecho constitucional se debate entre la transigencia y la impugnación de los actos aparentes, según la levedad o repercusión de los efectos jurídicos producidos en el campo de la inconstitucionalidad.

El fenómeno de la *apariencia constitucional* se encuentra implícitamente presente en la práctica parlamentaria e incluso, en la doctrina desarrollada por los órganos judiciales y el Tribunal constitucional, presuponiendo su legitimidad y acatamiento a la Constitución. La sumisión al formalismo, la competencia o a las reglas procedimentales tienden a generar un áurea aparentemente constitucional de las actuaciones en el derecho público, similar a los títulos formales del ordenamiento privado y con una protección jurídica equivalente, basada en la confianza en la apariencia.

Pero además también debe visibilizarse una “apariencia” propulsada cada vez con más frecuencia por las nuevas tecnologías, capaz de generar una *inconstitucionalidad difusa*, oblicua, subrepticia, con efectos retardados,

⁵ *La Constitución requiere de la adhesión y acatamiento generalizado de la ciudadanía, tanto a nivel de conciencia generalizada como de conductas concretas de los diversos actores sociales y componentes de la sociedad. Una constitución que carece de sustento y adhesión difundida entre los miembros de la sociedad está destinada a durar poco, sólo mientras exista la fuerza que la impone.*

⁶ Vid., Irureta, Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 40, Valparaíso, 2013, los casos de apariencia jurídica concurren siempre que se verifique un fenómeno, materialmente presente e inmediatamente real, que a su vez deja al descubierto otro hecho que no reúne dichas características, a través de signos y relaciones de significación socialmente apreciables. La apariencia, de este modo, produce y oculta la consabida discordancia entre la situación exteriorizada y la situación real, generando un estado de ficción.

subliminal para los órganos judiciales y elusiva de los controles de constitucionalidad. Esta modalidad se ha puesto de manifiesto durante la crisis territorial en Cataluña mediante la idea de una “República digital” o la investidura telemática a través de la reforma de la Ley de Presidencia de la Generalitat. Ambas pretensiones responden a la necesidad de juridificar la apariencia como paso previo para la consecución de efectos jurídicos en la realidad constitucional. Mediante el recurso a una ley *ad personam* y la coartada de un nombramiento virtual se puede alcanzar una constitucionalización indirecta a través de la apariencia y con fines difusamente inconstitucionales, inaugurando las bases de un parlamento virtual y paralelo al autonómico.

En este campo de la apariencia jurídica y constitucional se ha refugiado el desafío secesionista, presionado por el poder judicial y la maquinaria del Estado, mediante el recurso a declaraciones políticas, actuaciones simbólicas, simuladas o fraudulentas, permanentes y en cascada; con el riesgo latente de que la asunción de un acto inconstitucional legitime los sucesivos que de él traigan causa ⁷. Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha impugnado las Resoluciones adoptadas por el Parlamento de Cataluña "porque podrían ser entendidas como un intento de dar apariencia de validez al denominado proceso constituyente en Cataluña, cuya inconstitucionalidad fue declarada por la Sentencia 259/2015...".

2.1. Control jurídico de las declaraciones políticas en sede parlamentaria

La legitimidad de las declaraciones parlamentarias como manifestaciones del debate político, en el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de expresión y de representación política, determina una tutela constitucional cuasi-intangible.

No obstante, la juridificación de las declaraciones parlamentarias a efectos de control constitucional plantea serias objeciones entre la doctrina y la jurisprudencia. Proclive al control restrictivo de las manifestaciones políticas, Von Gneist considera que “sólo se podría judicializar la validez formal de una ley, respecto de «aquellas fases del procedimiento legislativo

⁷Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2015, de 2 de diciembre. En particular, solicita la declaración de nulidad de determinadas resoluciones adoptadas por el Pleno del Parlamento de Cataluña del 6 de octubre de 2016 y la adopción de otras medidas específicas. Las citadas resoluciones aprobadas por el Pleno del Parlamento de Cataluña del 6 de octubre de 2016 vulneran específicamente la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional y todas las Resoluciones se refieren al proceso constituyente de Cataluña, El Tribunal Constitucional anuló, así, los pronunciamientos que hacen referencia a la apertura de un pretendido proceso constituyente en el que no se respeten las exigencias establecidas para la reforma de la Constitución

con relevancia *ad extra*”, para defender la independencia e integridad de atribuciones de la institución parlamentaria. Según J. A. Alonso de Antonio y A. L. Alonso de Antonio, el Tribunal Constitucional considera que la inviolabilidad «no ampara cualesquiera actuaciones de los parlamentarios y sí solo sus declaraciones de juicio o de voluntad» (STC 51/1985, FJ 6).

En esta línea, el Tribunal Constitucional afirma que *si un órgano judicial sólo puede justificar su separación de un precedente por medio de argumentos y razones, las alteraciones perceptibles en la línea política de una Asamblea se justifican, por el contrario, en sí mismas. Lo contrario sería tanto como juridificar un ámbito que, como el de control e impulso parlamentarios, ha de ser libre, sólo sometido a aquellas normas de procedimiento que, instrumentalmente, hagan posible el ejercicio de las funciones parlamentarias no estrictamente legislativas*⁸. La jurisprudencia constitucional ampara «aquellas manifestaciones que “se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público» (por todas, SSTC 107/1988, FJ 4; 171/1990, FJ 10; 204/2001, FJ 4; y 181/2006, FJ 5) o que supongan la «emisión de pensamientos, ideas u opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar como datos objetivos» (STC 139/2007, FJ 6).

Al margen del argumento relativo a los efectos no vinculantes de las declaraciones políticas, la libertad de expresión parlamentaria fundamenta igualmente la exención de controles. Según Ridaó Martín, *los actos de dirección del gobierno, las resoluciones y los acuerdos que pueden adoptarse por las Cámaras constituyen una categoría genérica de actos que, independientemente de su denominación, sirven también para manifestar la voluntad, la aspiración o el deseo de una Cámara, incluyendo o no los que comportan un mandato o instrucción dirigido a un órgano singularizado... Se trata de actos que carecen de la fuerza general de obligar propia de las leyes y su fuerza externa se contrae a la de una instrucción indicativa, sin vis vinculante. Para el Tribunal Constitucional, con carácter general, se trata de un instrumento para poner en marcha la función de impulso político y control del Gobierno, pero, también, de una vía adecuada para forzar el debate político.*

⁸ Tanto es así que el RC no define el objeto de las proposiciones no de Ley (arts. 193-195 RC). Y en el caso del Senado (art. 174 RS), se definen los fines de las mociones como un intento de que el Gobierno formule una declaración ordinaria o remita un proyecto de ley sobre una determinada materia y que la Cámara delibere y se pronuncie sobre un texto de carácter no legislativo.

Sin embargo, en una doctrina jurisprudencial opuesta, la sentencia del Tribunal Constitucional 90/1985 admitió que *cualquier facultad constitucionalmente otorgada, no puede considerarse exenta del sometimiento a la Constitución, como cualquier acto del Parlamento con relevancia jurídica externa, esto es, que afecte a situaciones que excedan del ámbito estrictamente propio del funcionamiento de las Cámaras*⁹.

Este criterio basado en la trascendencia exterior de las declaraciones políticas como premisa para su control, enlaza con la apariencia jurídica y la confianza que suscita en los terceros. La STC 42/2014, de 25 de marzo incorpora una doctrina sobre los efectos jurídicos de los actos parlamentarios de impulso de la acción de gobierno y aborda la “legitimación institucional aparente” por extralimitación competencial en virtud de facultades no atribuidas. El Tribunal Constitucional admite que los efectos jurídicos de un acto no se agotan en el hecho de que sean vinculantes para el Gobierno o la ciudadanía en el sentido propio de un acto normativo; y a pesar de su naturaleza política, una resolución puede tener efectos jurídicos porque permite atribuir a una institución facultades que no tiene conferidas.

De otra parte, el riesgo de que las declaraciones parlamentarias simbólicas o contrarias a la Constitución sean reconocidas como realidad vinculante por los ciudadanos, cuestiona la inacción del Derecho frente a las mismas. La transición del acto político a la norma jurídica *se verifica desde la propia institución parlamentaria, y la voluntad se convierte en Derecho si es reconocido, aceptado o consentido como vinculante por los ciudadanos* (Nogueira).

Por tanto, la argumentación jurídica de la apariencia penetra en el campo constitucional y parlamentario si adopta relevancia exterior y efectos jurídicos por la vía de extralimitación competencial, aunque no pueden

⁹ Entre otras, destaca la STC en el recurso de amparo interpuesto contra la no admisión a trámite en el Parlamento Vasco de una proposición no de ley por su contenido, si bien en este caso el Tribunal otorgó el amparo por entender que la causa de inadmisión no estaba prevista en el Reglamento de la Cámara: *“En definitiva, de la regulación del Reglamento de la Cámara se colige que el papel que corresponde desempeñar a la Mesa en el ejercicio de su función de calificación y admisión a trámite respecto de las proposiciones no de ley no se ciñe a la verificación de los requisitos formales reglamentariamente establecidos, sino que se extiende también al examen del contenido material de la iniciativa en cuanto resulte determinante para llevar a cabo un juicio de calificación sobre la idoneidad y procedencia del procedimiento parlamentario elegido para sustanciar la iniciativa deducida y el correspondiente pronunciamiento sobre su admisión o no a trámite atendiendo al respeto o no de los límites o condiciones materiales que el Reglamento establece con carácter específico para las proposiciones no de ley.* Respecto del derecho a la libertad de expresión individual de los parlamentarios, sólo se detiene cuando en la formulación de opiniones sin voluntad, afirme datos objetivos (STC 79/2014, FJ 6).

excluirse otras causas de externalización. En este sentido, el fraude de ley, el abuso de poder o la simulación dotan de transcendencia externa a las declaraciones políticas parlamentarias, que no deberían sustraerse por tal motivo a dichas categorías de inaplicación e ineficacia de las normas. Las implicaciones jurídicas potenciales o reales de las declaraciones políticas ficticias, simuladas o fraudulentas (extensible a los *acta interna corporis*) en sede parlamentaria, justifican, como se expone a continuación, la sujeción al control jurisdiccional.

2.2. La “especial transcendencia constitucional” de la apariencia

A diferencia de la teoría de la apariencia jurídica en el ámbito privado y sus efectos garantistas, el Derecho constitucional no ha desarrollado una construcción doctrinal y jurisprudencial en torno a los actos aparentes. Ha sido a propósito de la crisis territorial en Cataluña cuando ha comenzado a dirimirse la eficacia jurídica imputable a las actuaciones ficticias, simbólicas o simuladas de los poderes públicos autonómicos, por los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional.

Las continuas y reiteradas “ficciones jurídicas” en el conflicto territorial de Cataluña, como la celebración de un debate de investidura telemática al margen del Reglamento parlamentario, la creación de estructuras paralelas de Estado, ejecutivas y legislativas, e incluso una República digital, pertenecen al campo de la apariencia constitucional. Por esta razón, en el actual estadio especialmente embrionario de la apariencia, conviene cuestionar su “especial transcendencia constitucional” en orden a su tolerancia o impugnación.

La posición ante los actos aparentes se debate entre la irrelevancia constitucional y el control de constitucionalidad de los efectos jurídicos presumibles, previsibles o reales. La confianza en la apariencia constitucional y en la legitimidad aparente puede incitar a la confusión y engaño en cuanto a la eficacia jurídica de las actuaciones, decisiones y declaraciones políticas. Más concretamente, la activación de la maquinaria constitucional o la intervención del Tribunal Constitucional puede depender de la gravedad de efectos jurídicos, potenciales o reales. Sin perjuicio de que en contextos politizados, el control de constitucionalidad sobre actos aparentes pueda ser objeto de transacción, negociación política o de ponderación basada en su intranscendencia jurídica (o política).

En la práctica, la inseguridad sobre la apariencia o realidad de ciertas actuaciones institucionales y el hipotético peligro de graves consecuencias jurídicas, han justificado la interposición de recursos ante el Tribunal

Constitucional contra declaraciones políticas en Cataluña (v.gr. votación celebrada en el pleno del Parlamento catalán para la declaración unilateral de independencia y su posterior firma en la sala contigua).

El riesgo de consolidación jurídica de una apariencia inconstitucional derivada de actos simbólicos o ficticios y de una aparente legitimidad, se basa en la dificultad para dismantelar la confianza jurídica generada en la ciudadanía, como también en los potenciales efectos jurídicos de las declaraciones políticas contrarias al espíritu y literalidad constitucional.

En atención a las consecuencias jurídicas de los actos aparentes, se plantea la transferibilidad del principio de apariencia jurídica a la esfera constitucional, franqueando la frontera entre lo público y lo privado¹⁰. El desafío en Cataluña ha evidenciado que la aplicación de la apariencia no es exclusiva del ordenamiento privado, ni taxativa sino analógica¹¹. Aunque la ausencia de una construcción doctrinal y jurisprudencial sobre la apariencia constitucional ha invisibilizado su influencia en el campo de esta disciplina y obstruido su aceptación como principio jurídico.

Desde una perspectiva constitucional, sin embargo, la apariencia presenta efectos singulares y subvertidos respecto al derecho privado, donde la verosimilitud y la confianza pueda ser objeto de protección jurídica¹². En principio, los fenómenos de apariencia constitucional con sustrato en la legitimidad institucional o democrática y el formalismo, pueden adquirir eficacia jurídica atendiendo al derecho privado como referente.

La legitimidad institucional y procedimental del derecho constitucional equivalente a los títulos de investidura formal privados, es susceptible

¹⁰ Vid., Falzea, Angelo. Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II, Dogmatica giuridica. Milán: Giuffrè, 1997, pág. 179, admitiendo que no hubo preocupación por controlar si era posible transferir un principio elaborado para un sistema en particular, y se creyó que se podían encontrar aplicaciones de dicho principio en los más variados campos y en las más diversas instituciones: de la posesión a los títulos valores, de la publicidad al matrimonio, de los actos con fe pública a las sociedades mercantiles.

¹¹Vid., Falzea, Ricerche..., cit., pág.209, por lo general, la doctrina muestra hostilidad ante la extensión de los confines del fenómeno, y no solamente descarta la legitimidad de la formulación de un principio general que integre el sistema de nuestro derecho positivo sino también la admisibilidad de una interpretación analógica de las normas que regulan hipótesis de apariencia

¹² Según Bustos Pueche La doctrina de la apariencia jurídica. (Una explicación unitaria de los artículos 34 LH y 464 del CC, y otros supuestos de apariencia),Madrid, 1999,se trata de un auténtico principio general del Derecho, susceptible de aplicación analógica (analogía iuris); para otros, el reconocimiento de la apariencia subvierte los fundamentos del ordenamiento jurídico, que ha de basarse en la realidad, y no en la ficción, Pero, además, ha de tratarse de un engaño verosímil, es decir, que la información, por las características exteriores que ofrece, se acepta como verdadera por una persona con una diligencia normal. De esta manera aparece la verosimilitud como la segunda nota integradora del concepto de apariencia jurídica.

igualmente de crear una situación jurídica aparente protegida por el derecho fundamental de representación política¹³. La relevancia constitucional se justificaría cuando los actos aparentes hacen entrar en juego un sistema de intereses, como la confianza de la ciudadanía y el interés de terceros, poniendo en peligro o postergando la realidad constitucional a través de la ficción o simbolismo jurídicos. En el marco constitucional, la apariencia tiende a multiplicar la confianza de terceros por su proyección en las relaciones sociales como norma de convivencia y el fundamento democrático de la legitimidad. Al margen de la capacidad expansiva de la irrealidad jurídica a través de las nuevas tecnologías y la “fe pública virtual” susceptible de promover en la ciudadanía.

Por último, la respuesta constitucional a los posibles efectos jurídicos de la apariencia plantea la traslación de las soluciones civiles basadas en la convalidación de los actos aparentes y la protección de la confianza generada. El riesgo de efectos inconstitucionales y la suplantación de la realidad constitucional por una apariencia ficticia, fraudulenta, impide la consolidación de la situación o relación subyacente creada y de los derechos adquiridos¹⁴. El derecho constitucional no puede tutelar la confianza en una apariencia contraria a la Constitución ni exculpar sus medios vehiculares (falsedad, fraude o abuso del derecho, desviación de poder...) ¹⁵.

La “buena fe constitucional” impone la primacía de la realidad frente a una apariencia deliberada y situaciones de hecho con fines inconstitucionales ¹⁶.

¹³ Vid., Falzea, Ricerche..., cit., págs. 182 y ss., La apariencia es, ni más ni menos, un instrumento elástico, idóneo para penetrar en los campos donde el formalismo jurídico no ha tenido posibilidad de desarrollarse, y que apunta a proteger el interés de los terceros cada vez que estos no tengan una declaración formal en la cual apoyarse, pero hayan sido engañados, sin embargo, por una situación de hecho que ha manifestado como existente una realidad jurídica inexistente.

¹⁴ Considera Irureta, Simulación y apariencia en el ámbito laboral..., cit., no es de extrañar, por tanto, que en determinados supuestos el ordenamiento laboral opte por la tutela de la confianza o de la apariencia creada o en otros por la primacía de la materialidad subyacente, ya que siempre la ley se encontrará motivada por la idea de evitar una actuación falsa o fraudulenta en el goce efectivo de los derechos, privilegiando una adecuada y saludable transparencia. Ante la dialéctica entre forma jurídica y realidad, el ordenamiento optará, en algunos casos, por esta última.

¹⁵ Vid., Irureta, Simulación y..cit., De este modo, en el ámbito del Derecho del Trabajo, apariencia jurídica, confianza creada y primacía de la realidad son enfoques diversos pero que apuntan a una misma finalidad, cual es la de evitar la falsedad, el fraude y el abuso de derecho en lo que respecta al cumplimiento de las facultades y obligaciones que dimanen de un acto jurídico-laboral. Si el propio ordenamiento busca la protección de la buena fe como regla de conducta básica de todos los actos jurídicos, lógico es suponer entonces que se privilegien valores normativos como el amparo de la confianza creada o la preeminencia de la materialidad subyacente.

¹⁶ Para Irureta, Simulación..., cit., la simulación, como señala Ferrara, no es realidad, sino ficción de realidad, haciendo aparecer hacia el exterior lo que no es, o mostrando una cosa que realmente

El derecho constitucional se enfrenta al reto de dirimir la eficacia o invalidez de los actos aparentes y de evitar la confianza en una apariencia inconstitucional fraudulenta o ficticia, así como sancionar las conductas de falseamiento o exigir responsabilidades. La relevancia constitucional de un falso derecho (*fake ius*) provocado por actos simbólicos o ficticios e incluso por falsas noticias (*fake news*) con fines contrarios a las normas constitucionales, podría subordinarse a la causación de efectos jurídicos (daños materiales, malversación de fondos públicos...), aunque se produzcan en otros ámbitos del ordenamiento. La vulneración del derecho constitucional puede ocasionarse indirectamente mediante actuaciones ficticias o simuladas en este ámbito, sin embargo, adoptan realidad jurídica en otras ramas desplegando consecuencias de carácter penal, procesal o administrativo.

El principio de “seguridad constitucional” se opone a la consumación de los actos aparentes adelantando la respuesta mediante un control de constitucionalidad *ex ante* o preventivo¹⁷. En esta línea se inscribe la reciente impugnación preventiva adoptada por el Tribunal Constitucional como medida cautelar, suscitando una polémica doctrinal sobre su adecuación a la Constitución¹⁸.

En definitiva, a raíz de la crisis en Cataluña, el Derecho constitucional se enfrenta al reto de deslindar la realidad constitucional de la apariencia inconstitucional, obligando a una sempiterna reflexión sobre las difusas fronteras entre el Derecho y la política.

no existe. Por tanto, la simulación termina generando una contradicción entre apariencia y realidad, debido a que las partes deciden mantener en secreto el verdadero acto que se está celebrando. Lo anterior no supone, con todo, que el acto simulador no pueda derivar en una figura legalmente indebida o fraudulenta. Como se sabe, el efecto ilícito de un hecho jurídico no tiene por qué asimilarse, sin más, a una situación dolosa. Lo que igual se produce un abuso de Derecho o un fraude si el resultado de la acción termina siendo dañino o contrario a los preceptos imperativos del ordenamiento jurídico

¹⁷ El hecho de que el Pleno del TC haya aprobado un **auto** con el informe desfavorable de sus letrados -partidarios de no admitir la impugnación del Gobierno- debería hacer recapacitar a más de uno. Y viene a recordar los límites del derecho para solucionar problemas políticos. Como, por cierto, admite de forma velada Moncloa al impugnar normas con carácter preventivo, lo cual es el reconocimiento expreso de que ley, a veces, llega tarde y mal y eso obliga a reinventarla, pero ahora como un instrumento político.

¹⁸ Reconoce Irureta, Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación...,cit., que más aún, muchos de esos casos a pesar de que no admiten expresamente la tesis de la apariencia, han tenido que otorgar determinados efectos normativos a situaciones complejas ya sea en la adquisición de derechos o en la sanción de la actuación simulada.

Tributação sobre aplicativos e serviços de *streaming**

Igor Amancio Raiz dos Santos¹

Diogo Severino Ramos da Silva²

Sumário: Introdução. **1** A era dos aplicativos e do *streaming*. **2** O fisco e a revolução tecnológica. **3** Economia. – Conclusão. – Referências.

Resumo: Diante dos avanços tecnológicos e a praticidade da prestabilidade oferecidos pelo *streaming* e aplicativos ao redor do mundo, o Brasil se viu diante de uma nova modalidade de compra e venda de produtos e serviços. Como fontes de referências teóricas, foram utilizados artigos de periódicos, além de dados eletrônicos capturados no Google Acadêmico e Scielo, bem como em livros que tratam do tema. Aos poucos o fisco passou a entender que essa nova modalidade deveria ser taxada e integrada aos outros tipos de atividades. Tal entendimento do fisco ainda é objeto de várias interpretações doutrinárias. Contudo, temas pontuais poderão ser observados no decorrer deste artigo, que pretende identificar e expor a respeito da competência desses tributos sobre tais serviços através de análise da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e de pesquisas.

Palavras Chave: Tributação sobre aplicativos; tributação sobre serviços de *streaming*; competência tributária.

* Recibido: 06 diciembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Acadêmico de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife – FICR. i.amancio@hotmail.com

² Professor de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife – FICR. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Pernambuco (OAB/PE 33.717). diogoramos.adv@gmail.com

Introdução

A facilidade que os serviços *online* proporcionam a população em relação à praticidade e produtividade vem aumentando cada vez mais com o avanço da tecnologia, ao qual se requiere criatividade para o desenvolvimento de sistemas e para a criação de novos instrumentos que estejam a serviço do usuário. Logo, diante dessas inovações, houve a criação de sistemas operacionais que suportassem os chamados “aplicativos”. Com essa evolução grandes empresas começaram a se utilizar desses meios com fins de se “esquivar” do fisco em relação a sua fiscalização e ao pagamento de impostos, além da praticidade na efetivação de seus serviços. Essa evolução da tecnologia, e da sociedade junto a ela, causou um alerta ao Estado como gestor do tesouro público, provocando mudanças em relação à cobrança e a fiscalização desses serviços realizados através de aplicativos. Nos últimos anos, assim como houve essa ascendência da utilização dos aplicativos, o “*streaming*” ganhou bastante espaço na vida das pessoas ao redor do mundo inteiro, proporcionando novos hábitos e conforto quando o assunto estivesse relacionado ao lazer, no que mais uma vez alertou ao fisco quanto à cobrança de impostos.

Diante disso, este artigo objetiva tirar eventuais dúvidas a respeito da tributação sobre os aplicativos e serviços de *streaming* e como o fisco tem agido diante dessas situações. Como essa modalidade de serviço ainda é recente e está constantemente em aperfeiçoamento, é de necessária importância entender como o fisco vai evoluir e reagir diante das eventuais mudanças ocorridas na seara tecnológica e nos diferentes e inovadores tipos de serviços criados por empresas que se utilizam destes meios.

O estudo deste artigo ainda irá tratar de outro problema que será bastante discutido durante muito tempo, ao qual podemos citar como o “de quem será a competência para cobrar tais tributos”. Também será discutido como se dão os atuais entendimentos doutrinários e do Supremo e como estão agindo diante de situações como estas. O estudo de tal tema apresenta certa complexidade por ser um tema recente e que vem ganhando mais repercussão com o advento e facilidade de novas tecnologias e o aperfeiçoamento de tais serviços. Para haver tal interesse nessas tributações, a historicidade e o momento ao qual o país está inserido deverão ser levado em consideração.

Em relação à economia do Brasil, será retratado como o momento atual do país possibilita a vinda de empresas estrangeiras especializadas no ramo e

como as empresas brasileiras tem se comportado com tantas mudanças ocorridas nos últimos anos, principalmente quando consideramos que essas mudanças são necessárias para o crescimento da empresa e para um maior conforto aos seus usuários.

1. A ERA DOS APLICATIVOS E DO *STREAMING*.

O Brasil ainda é o país ao qual mais se cobra imposto, se comparado aos outros países de todo o mundo. Ao falarmos da historicidade podemos citar os diversos escândalos de corrupção, desvio de dinheiro e principalmente dos gastos públicos com serviços de baixa qualidade. Ainda como um problema para a grande tributação ocorrente no país, seria a desigual distribuição da receita, criando unidades federativas com mais e outras com menos dinheiro, ao qual uma igual ou justa distribuição de tais receitas poderiam acarretar em menos impostos ou impostos mais baratos do que temos nesses últimos anos no Brasil.

Vários fatores influenciaram para que hoje o Brasil acrescentasse mais impostos em sua bagagem. Os costumes e avanços da tecnologia possibilitaram que pessoas de classe baixa, média e alta, no país, tivessem a possibilidade de comprar *smartphones* ou outros aparelhos que possibilitem o acesso a esses serviços. Como de costume os brasileiros têm a possibilidade de parcelar compras em várias vezes, para que produtos sejam pagos durante vários meses, mesmo que seu valor final seja maior do qual seria em seu pagamento a vista. Com tanta facilidade, muitas aquisições de aparelhos que suportam aplicativos para serem baixados formaram e continuam formando uma sociedade mais conectada e com mais facilidade de acesso a informações e serviços.

Essa mudança da sociedade não ocorreu apenas para o lazer, mas também para gerar trabalhos através de tais métodos. Porque, tomadas as proporções, empresários começaram a ter mais facilidade para divulgar seus produtos e vendê-los sem que alguns dos muitos tributos, anteriormente cobrados, fossem observados pelo fisco.

Esse avanço possibilitou práticas, como: compras ou alugueis de filmes e jogos eletrônicos ocorressem através de mídias digitais, via *download*, que de certo modo ocasionou uma grande queda nas vendas dos mesmos filmes e jogos quando apresentados em mídia física.

Não só os aplicativos chamaram a atenção do fisco para que fossem implantados impostos sobre tal modalidade. Logo, diante de uma sociedade que já se encontra dependente da internet, o surgimento dos serviços de *streaming* veio em substituição de locadoras de vídeos e filmes para oferecer uma locadora dos mesmos serviços, mas de modo *online*, ao qual se alcança

um público maior e sem pagar diversos impostos que uma loja física, locadora de filmes e vídeos, pagaria. A diferença e vantagem é que tal serviço de gera lucro muito maior do que uma loja física pode proporcionar, de modo que o público alvo dessa loja física encontra-se apenas em bairros próximo ao estabelecimento, enquanto o público do serviço do *streaming* poderá conter pessoas de todo o mundo. Tais consumidores desse serviço além da facilidade de acesso, também não precisam sair de suas casas e ficarem preocupados para que aquele filme desejado já não tenha sido alugado ou que passem por qualquer outra situação no meio do caminho que impossibilite a chegada no estabelecimento. Podemos dizer que tais serviços trazem maior conforto e em alguns casos uma maior segurança.

Assim como os serviços de *streaming*, outros serviços bastante utilizados no Brasil são os de música, como a exemplo do “*spotify*”, e os serviços de motorista por aplicativos, como o “*Uber*”, considerado o aplicativo mais conhecido para esse fim. Como se tratam de dois serviços diferentes e de bastante uso por parte da população brasileira, o fisco se viu diante de novos desafios para que impostos fossem aplicados sem que prejudicasse a essência desses serviços e sem criar insatisfação por parte desses usuários.

1.1 Serviços de aplicativos de grande uso do público brasileiro

Pode-se dizer que há alguns anos atrás o para se possuir um celular, seria necessário que as pessoas desembolsassem uma grande quantia em dinheiro para poder comprá-lo, de forma que quanto mais tecnológico fosse o aparelho, mais caro seria seu valor. Atualmente esse cenário não é diferente, mas a tecnologia avançou tanto que nos *smartphones* mais simples é possível identificar a possibilidade de se baixar e se utilizar de aplicativos e do *streaming*, conectando muito mais as pessoas com o ambiente *online* e trazendo inúmeras possibilidades de se interagir com a sociedade virtual. Essa rápida expansão da tecnologia e da internet provocou certo impacto, tanto na sociedade como no mundo jurídico, necessitando se criar ou adaptar as leis para que fossem inseridas e aplicadas de forma correta na sociedade.

Diante do cenário atual, para que as empresas se aproximem de seus clientes, os serviços utilizados por meio dos aplicativos costumam ser rápidos e bastante eficazes. Todos os dias surgem empresas no Brasil que se utilizam de serviços por aplicativos, procurando evoluir de acordo com suas necessidades e as necessidades de seus clientes. Para que hoje as empresas se diferenciem das outras é necessário que além das tecnologias utilizadas, se conquiste seu público através das criatividade e inovações. Com as novas tecnologias e com o que a livre concorrência proporciona, hoje, no mundo todo, os consumidores possuem inúmeras opções na hora de escolher seus

produtos e qual serviço vão optar, o que é determinante para o surgimento de novidades no mundo virtual e certo conforto por parte do consumidor. Ainda com as diversas opções existentes no mundo dos aplicativos e do *streaming*, alguns desses se destacam e são de grande conhecimento por parte do público em geral, tanto no Brasil como no mundo, como a exemplo do *netflix*, *spotify*, *uber*, *facebook*, *whatsapp* e *instagram*, cujo tais aplicativos e serviços são parte da vida da grande maioria das pessoas, não apenas como lazer, mas também como trabalho.

1.1.1 Netflix

O serviço de *streaming* que hoje conhecemos por “Netflix”, quando surgiu, era apenas uma empresa que através de seu site seus usuários solicitavam DVD’s para que chegassem por meio de serviços postais, levando conforto aos clientes que gostariam de alugar seus filmes e os receber em casa. Com a evolução da tecnologia e procurando aperfeiçoamento no serviço oferecido, a *netflix*, passou a ser o concorrente direto da “*blockbuster*”, tal que aproximadamente no começo do século XXI, a empresa da *Netflix* teria sido oferecida para sua principal concorrente que negou qualquer tipo de negociação por não achar que a marca teria sucesso. Com o surgimento do *streaming* a empresa *netflix* passou a se utilizar de tal plataforma como um meio de ampliar seu alcance e formar um número maior de clientes em diversos lugares do mundo. Uma estratégia de alcançar um maior número de assinantes foi com a criação de filmes e séries que fossem de produção exclusiva da empresa, aonde séries como “*House of Cards*”, como uma das séries originais e pioneiras da *netflix*, chegassem a concorrer e vencer o Emmy de Melhor Direção em Série Dramática, em 2013, tornando-se a primeira *webserie* a ganhar um troféu na maior premiação da televisão dos EUA.

Hoje o maior serviço de *streaming* que temos no mundo é o *netflix*, e o serviço prestado por ele é comparado a de uma locadora de filme em escala global, ao qual a mesma procura sempre inovar em seus produtos e nas suas qualidades. Pelo seu alcance, e de outras plataformas conhecidas, como: *spotify*, e o próprio serviço de *streaming* do *google*, o Presidente Michel Temer, no ano de 2017, deu uma declaração sobre os mesmos serviços serem tributados. Ainda em 2017, o “Estadão – Portal do estado de São Paulo” publicou uma matéria em que a Câmara Municipal de São Paulo aprovou no dia 31/10/2017, o Projeto de Lei que fixa impostos para aplicativos como *netflix* e *spotify* na cidade, de forma que essa Lei obrigaria a cobrança de ISS para serviços de *streaming* e aplicativos, levando um impacto de 2,9% sobre a tributação, lei essa que foi posteriormente sancionada pelo então Presidente da República Michel Temer.

O catálogo da *netflix* funciona através de licenciamento de títulos que ocorre por um período determinado, que ao serem expirados, há a opção da empresa em renová-lo ou não, que irá depender da demanda. Essa comunicação entre o cliente e da empresa em questão, é tratada a través do próprio site disponibilizado, ao qual o cliente tem a possibilidade de sugerir filmes, séries, tirar qualquer outro tipo de dúvida que esteja relacionada ao serviço, assim como a disponibilidade e transparência dos termos do contrato que é estabelecido entre cliente e a empresa. A *netflix* está sempre atualizada quanto ao momento que o país vive, procurando produzir filmes e séries nacionais, promovendo diferentes catálogos por cada país em que exerce seu serviço.

1.1.2 *Spotify*

O *spotify* é um serviço de *streaming*, que através de licenças, promove um compilado de vários artistas e suas obras musicais promovendo certa proximidade de seus clientes com seus artistas preferidos. O *spotify* protagonizou diversas disputas judiciais, quando o assunto estivesse relacionado à licença e aos valores devidos a cada artista, pela divulgação de suas obras, ao qual podemos citar nomes da música como *Taylor Swift* e *David Lowery*, que entraram na justiça alegando que suas obras musicais estariam sendo usadas e que os valores relacionados aos direitos de reprodução não estivessem sendo repassados. Segundo o site “gizmodo.uol.com.br”, no caso de *David Lowery*:

Lowery apresentou a queixa no Tribunal Distrital Central da Califórnia (EUA). Segundo a Billboard, o processo pede US\$ 150 milhões em danos por reproduzir e distribuir o trabalho de artistas ilegalmente, com conhecimento de causa e intencionalmente sem obter uma licença de reprodução mecânica.

Uma licença de reprodução mecânica concede a alguém – digamos, o *Spotify* – o direito de distribuir música protegida por direitos autorais. *Lowery* acusa o *Spotify* de violação direta, ou seja, de cópia não autorizada e uso de canções e de práticas comerciais desleais.³

No Brasil também correm processos contra o *spotify*, mas a grande maioria deles estão relacionados aos contratos firmados entre a empresa e seus clientes, que alegam que problemas relacionados ao pagamento do serviço, além dos processos relacionados às licenças. Em seus “termos e condições” o *spotify* afirma:

³TRENDACOSTA, Katharine. **Artistas acusam Spotify de violar direitos autorais em processo de US\$ 150 milhões**. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/artistas-processam-spotify/>> Acesso em: 01 de novembro de 2018

Os aplicativos de software e o Conteúdo do *Spotify* são licenciados, e não vendidos, para você, e o *Spotify* e seus licenciadores detêm a propriedade de todas as cópias dos aplicativos de software e do Conteúdo do *Spotify*, mesmo após a instalação em seus computadores pessoais, celulares, *tablets* e/ou outros dispositivos relevantes ("Dispositivos").

Todas as marcas comerciais, marcas de serviço, nomes comerciais, logotipos, nomes de domínio do *Spotify* e quaisquer outros recursos da marca *Spotify* ("Recursos da Marca *Spotify*") são de propriedade exclusiva do *Spotify* ou de seus licenciadores. Os Acordos não concedem a você qualquer direito de usar qualquer Recurso da Marca *Spotify*, seja para uso comercial ou não comercial.

Você concorda em cumprir nossas Diretrizes de Usuário e em não usar o Serviço *Spotify*, o Conteúdo, ou qualquer parte deste de qualquer forma que não seja expressamente permitida pelos Acordos. Exceto com relação aos direitos expressamente concedidos a você nesses Acordos, o *Spotify* não concede nenhum direito, título ou interesse a você no Serviço ou Conteúdo *Spotify*.⁴

Ao fechar o contrato com a empresa, o cliente automaticamente estaria contribuindo com o imposto do ISS, aprovada pela Lei Complementar 157/2016, que amplia a lei anterior de 2003, lei essa que originalmente regula a cobrança de ISS pelo município, relacionado aos serviços prestados pela empresa.

1.1.3 Uber

De todos os aplicativos, podemos afirmar que o aplicativo *Uber*, que presta serviço de motorista, foi o de maior polêmica nesses últimos anos, porque tal aplicativo surgiu com uma proposta de fugir dos altos preços e tarifas estabelecidas pelas empresas de taxi, levando conforto e economia ao passageiro. Ao se falar em impacto social, tanto na economia, como no aspecto social pode-se afirmar que a iniciativa dessa *start up* em criar um aplicativo de “carona” trouxe uma mudança em todos os países que a mesma atua, alertando motoristas de taxi e o fisco, principalmente pela escassez da legislação, porque era alegado que todos os motoristas que estivessem ligados ao aplicativo, não precisariam de regulamentação, assim como não estariam sendo fiscalizados pelo Estado da mesma maneira que os motoristas de taxi. No ano de 2018 foi publicada a lei 13.640, alterando a Lei nº 12.578/2012 com o objetivo de regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros, de forma que a regulamentação ocorreu através de Lei Federal, mas a competência em relação à fiscalização estaria atribuída ao município. Segundo a Lei 13.640/2018, em seus artigos 11-A e 11-B estão previstos os requisitos em relação à regulamentação dos

⁴ Spotify. Disponível em: <<https://www.spotify.com/br/legal/end-user-agreement/#s4>>
Acessado em: 16 de outubro de 2018.

aplicativos relacionados ao transporte remunerado privado individual de passageiros:

Art. 11-A. Compete exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei no âmbito dos seus territórios.

Parágrafo único. Na regulamentação e fiscalização do serviço de transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal deverão observar as seguintes diretrizes, tendo em vista a eficiência, a eficácia, a segurança e a efetividade na prestação do serviço:

I - efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço;

II - exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT);

III - exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos termos da alínea h do inciso V do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Art. 11-B. O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, nos Municípios que optarem pela sua regulamentação, somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições:

I - possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada;

II - conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal;

III - emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV);

IV - apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

Parágrafo único. A exploração dos serviços remunerados de transporte privado individual de passageiros sem o cumprimento dos requisitos previstos nesta Lei e na regulamentação do poder público municipal e do Distrito Federal caracterizará transporte ilegal de passageiros.⁵

Ao comparar os motoristas de *uber* aos motoristas de taxis, identifica-se que os mesmos não possuem os mesmos privilégios, visto que a profissão do taxista desvalorizou com a chegada de seus concorrentes, tanto pela modernidade e facilidade presente nos serviços prestados pelos motoristas dos aplicativos, quanto o aspecto econômico para os clientes. Quando

⁵ BRASIL. Lei 13.640/2018. Art. 11-A e art. 11-B.

comparamos a profissão de motorista de uber e taxi, é de perceptível identificação de certa desvantagem econômica, visto que taxistas ganhavam mais com corridas antes do surgimento do aplicativo, mas tiveram enormes prejuízos após o surgimento do *uber*. Segundo Leticia Menegassi Borges, em uma publicação feita no site jus.com.br:

Nesse mercado onde os taxistas se sentem prejudicados com a nova concorrência, em ao menos um aspecto, considero injusta a alegação de que os motoristas do *Uber* não se sujeitam aos mesmos tributos que os taxistas. Isso porque, na verdade, os motoristas do *Uber* não contam com as isenções relacionadas ao IPI e IOF na compra do veículo e tampouco com a isenção relativa ao IPVA oferecido por alguns Estados, além disso, ao receberem o valor das corridas preponderantemente em dinheiro, a fiscalização do Imposto sobre a Renda devido pelos taxistas fica bastante dificultada para a Receita Federal do Brasil.

O mesmo não se aplica aos motoristas do *Uber*, uma vez que (pelo menos com a atual configuração do serviço) os pagamentos pelas corridas são feitos, na maioria das vezes, diretamente em suas contas bancárias. Nesse aspecto, vale lembrar que recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que as instituições financeiras devem compartilhar os dados bancários de seus correntistas com o Fisco, pois, no entender do STF, isso não configura quebra de sigilo bancário, mas apenas uma transferência de sigilo, já que esses mesmos dados estão protegidos pelo sigilo fiscal. Mesmo os motoristas do *Uber* que recebem em dinheiro se sujeitam ao menos à maior facilidade de fiscalização, já que as viagens ficam registradas pelo aplicativo.⁶

Quanto aos valores repassados aos motoristas do *uber*, são mais fáceis de fiscalizar, se comparados aos taxistas, porque o pagamento normalmente fica estabelecido no próprio aplicativo de quanto deverá ser pago pelo cliente que se utilizou do serviço, de forma que essas informações são acessíveis por parte do fisco.

1.1.4 Whatsapp

De todos os aplicativos já criados, o *whatsapp* chama bastante a atenção por ser o mais baixado em todo o mundo, adotando um padrão de funcionamento relacionado a conversas entre usuários que possuam o mesmo aplicativo. O serviço oferecido pelo aplicativo mais baixado do mundo trata-se de um aperfeiçoamento do SMS e do modelo adotado pelo “bate papo do *messenger (MSN)*”, que se tinha nos computadores e conectava várias pessoas ao mesmo tempo em conversas particulares e em grupo, incluindo a vídeo chamada. Posteriormente a sua criação, esse aplicativo do *whatsapp* foi comprado, pelo bilionário e dono do *facebook* Mark Zuckerberg, que

⁶ MENEGASSI BORGES, Leticia. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/54365/imposto-de-renda-dos-motoristas-do-uber> > Acesso em: 16 de outubro de 2018.

passou a ser bastante atualizado e aperfeiçoado com as novas tecnologias suportadas pelos *smartphones*, adotando utilidades diversas e inovando o mercado no seu jeito de contratações. Antes de todos esses avanços, as operadoras de celulares possuíam aparelhos telefônicos que faziam ligações mediante o carregamento com crédito ou mediante pagamento mensal de conta, que estava atribuída a quantidade de minutos usados durante uma ligação e também vendiam pacotes de *SMS* para quem optasse por enviar mensagens de texto, sendo os caracteres limitados por cada *SMS* a se enviar, exigindo da criatividade do consumidor em mandar uma maior quantidade de informações em uma única mensagem criando-se abreviações de palavras. Mediante o avanço tecnológico, livre concorrência e o novo cenário criado com a popularização do *whatsapp*, essa estratégia precisou ser alterada pelas operadoras de telefonia, que precisou adotar os planos mensais disponibilizando pacotes de dados de internet para seus clientes e vários outros benefícios.

Antes do surgimento do *whatsapp* foi discutido sobre uma possível incidência do ISS sobre o *SMS*, conhecido popularmente por mensagem de texto. De acordo com o site www.conjur.com.br:

Em 29 de setembro de 2016, a 15ª Câmara de Direito Público do TJ-SP analisou a possibilidade de incidência do ISS sobre os serviços prestados por empresa que se dedica à disponibilização de conteúdos por meio de mensagens curtas (*SMS*) e por meio do browser WAP.

[...]

“O TJ-SP reconheceu a prestação de serviço de valor adicionado pela empresa e enfatizou, expressamente, que “o Serviço de Valor Adicionado não se confunde com o serviço de telecomunicações” e, não havendo previsão expressa na Lista Anexa da Lei Complementar 116/2003, não há incidência do ISS nesse caso.⁷

Com o *whatsapp* essa discussão relacionada à incidência de tributo não foi diferente, porque com a popularização do aplicativo em questão e as mudanças que passaram a acontecer, sendo elas atribuídas a sociedade e a tecnologia, o fisco passou a exercer sua atividade com interesse diante de uma possível cobrança que poderiam realizar sobre o *whatsapp*, de forma que por se tratar de aplicativos para *smartphones* a incidência de ISS seria cabível.

⁷Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-21/tj-sp-analisa-tributacao-disponibilizacao-conteudo-via-celular>> Acesso em: 17 de outubro de 2018.

2. O FISCO E A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

Ainda diante de tudo que fora relatado, alguns doutrinadores divergem a respeito quanto à competência para cobrança dos tributos sobre esses serviços, se seria a cobrança do próprio ISS ou se seria a cobrança do ICMS, ou seja, o Estado que terá a competência ou essa será competência do Município?

Temas como esse ainda irão continuar gerando diversas discussões por vários anos, da mesma maneira quando analisado outros aspectos, como: se a cobrança de tais tributos é constitucional ou não; e como ficará a economia do país com a cobrança ou não cobrança de tributos sobre esses serviços e aplicativos.

2.1 competência

A Constituição Federal de 1988 prevê que cada ente federativo ficará responsável pela incidência de tributos, conhecidas como “competência privativa”, logo, apenas o ente determinado que poderá estabelecer aquele tipo de imposto garantido pela Lei maior, sendo tal competência indelegável. Essa determinação evita que ocorra o *bis in idem* e que o ente extrapole sua área de competência. Com o surgimento da plataforma de *streaming* e dos aplicativos, houveram diversas dúvidas quanto a competência da incidência de tributos sobre tais atividades, principalmente quando o assunto estivesse atrelada a competência. Inicialmente colocava-se que essa competência caberia ao Estado, por ser o ente que poderá determinar a incidência de ICMS, ou seja, o ente que possui a competência privativa para aplicar tal tributo. O CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária) editou o convênio de ICMS 106 de 29 de setembro de 2017, estabelecendo cobrança sobre a transferência de dados *online*, isentando o consumidor final, mas cobrando-se de pessoas jurídicas que fosse detentora do site ou qualquer outra plataforma que possibilitassem que estas transferências ocorressem, ou seja, para o fisco quem irá configurar o pólo passivo dessa relação será a pessoa jurídica mediadora desses dados entre usuário, como consumidor final, e o site/plataforma que disponibilizou.

Ainda estabelecida a dúvida quanto a competência, a Lei Complementar 157/2017 trás um rol taxativo quanto aos serviços que determinam a incidência de ISS, sendo tal tributo de competência do Município determinando que a incidência deve ocorrer sobre a “disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos” (FURTADO JUNIOR, Luiz. MIDORI, Ana. COSTA. 2018), mas como cada município poderá determinar a forma de sua incidência, ela não será aplicada de forma

imediate, devendo cada Município, através de suas leis orgânicas estabelecer as alterações cabíveis, respeitando-se o princípio da anterioridade, priorizando aquele período de tempo que for mais benéfico ao contribuinte, seguindo a anterioridade nonagesimal ou a anterioridade anual, previsto no artigo 150, inciso III, alíneas “a” e “b” da Constituição Federal de 1988. Diante de várias confusões e brigas de competência entre o Estado e o Município, recentemente em Março de 2018, foi proferida uma decisão quanto a tributação ao *streaming* de uma associação civil sem fins lucrativos, que segundo a revista Consultor Jurídico, essa associação:

Conseguiu uma liminar para afastar os efeitos práticos do Decreto 63.099/2017, editado com base no convênio ICMS 106/2017. Resumidamente, foi alegado na ocasião que não se poderia admitir a incidência de ICMS sobre o software padronizado por transferência eletrônica através de download, bem como por acesso remoto, o chamado streaming (referente ao conteúdo acessado), com base em convênio e decreto. Para a associação, isso arrepia a hierarquia normativa das leis e afronta o disposto no artigo 146 da Constituição Federal, na medida em que apenas a lei complementar pode dispor sobre conflito de competências, em matéria tributária, entre os entes da federação, além de ser a única forma legítima de se regular limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, tais como: base de cálculo, fato gerador, local da incidência, momento de incidência e sujeição passiva da obrigação tributária.⁸

Por mais que ainda exista essa dúvida quanto à cobrança de ICMS ou ISS sobre serviços de *streaming* e aplicativos, foram ajuizadas outras ações como a ação direta de constitucionalidade, que visam afastar a cobrança do ICMS. Tal discussão é de grande repercussão, porque há dúvidas quanto o fato gerador dos serviços de *streaming* e dos aplicativos disponibilizados, se será “obrigação de dar”, ou se será “obrigação de fazer”. Recentes decisões vêm mostrando que os tribunais estão considerando tais serviços como “obrigação de dar”, e não “obrigação de fazer”, logo a incidência do ISS será cabível, afastando a competência do Estado de cobrar tal tributo.

2.2 Icms

O Imposto sobre mercadoria e prestação de serviços, mais conhecido pela sua abreviação “ICMS”, é um imposto de competência Estadual e do Distrito Federal, de forma que se é estabelecido em lei as formas de incidência, local de prestação e a ocorrência do fato gerador, também não ficando de fora quem será o contribuinte dessa relação, podendo ser pessoas físicas ou pessoas jurídicas que exerçam com habitualidade aquela atividade ou que

⁸ Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/opiniaotributacao-streaming-gera-conflito-competencias> > Acesso em: 20 de outubro de 2018.

aquele exercício esteja caracterizado como atividade comercial. O ICMS, não irá abranger a cumulatividade, logo, irá compensar o que for devido nas operações relacionadas a circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, não abrangendo os serviços de transporte intramunicipal. O argumento adotado pelos tribunais superiores em não cobrança do ICMS e sim do ISS, sobre os aplicativos e serviços de streaming, cabe a proximidade que o município possui em relação aos seus contribuintes, quando comparadas ao Estado. Assim como o ISS e os outros impostos Municipais, Estaduais e Federais, eles não possuirão destinações específicas, sendo todas elas cobradas pelo fisco com destinação aos cofres públicos.

2.3 ISS

O ISS, Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência privativa dos Municípios e Distrito Federal, tem como lista anexa a lei complementar 116/2003, possuindo como fato gerador os serviços que estão estabelecidos, mesmo que não configure como atividade preponderante do prestador. O contribuinte deverá ser o prestador do serviço e o local deverá ser onde tal serviço será prestado, mas no caso de não haver estabelecimento, deverá ser realizada no domicílio do prestador. Daí surge a dúvida quanto as atividades prestadas por meio de aplicativos e *streaming*, porque na maioria das vezes essas grandes *start up's* comandam seus serviços por via *online*, mas que diante das situações já está sendo regularmente adotada pelo Supremo que o município através do imposto do ISS deverá ser competente da cobrança desses serviços, não cabendo ao Estado fazer esse tipo de cobrança mediante o imposto do ICMS, mas cabendo a Lei Federal regulamentar algumas dessas atividades, como a exemplo do *uber*.

3. ECONOMIA

A economia é o retrato do momento em que um país se encontra, determinando a relação das pessoas na sociedade que nela vive e a relação da sociedade com toda as sociedades ao redor do mundo. Durante esses últimos anos, o Brasil passou por bastante turbulência no âmbito econômico, o que afastou investidores do mundo inteiro, mas enquanto o país ainda permaneceu a resistir aos prejuízos, a tecnologia não parou de evoluir e passou a aquecer mais a economia, contribuindo para o desenvolvimento do país. Esse desenvolvimento da tecnologia possibilitou que os aplicativos e serviços *online* tomassem espaço no mercado brasileiro, aumentando, conseqüentemente, a concorrência, bem como a qualidade dos serviços. O surgimento dos aplicativos revolucionou mundo, facilitando a realização do serviço, abrindo mais espaço para os novos aplicativos que atuassem no

mesmo ramo e de outros serviços que fossem realizados por meio dos *smartphones*. O surgimento de novas empresas e start up's provocou maior aquecimento econômico no país, dando oportunidades a empreendedores, principalmente aqueles mais novos que estivesse começando a carreira. Diante da livre concorrência, o fisco precisou agir para que houvesse regularização desses serviços com o intuito de que contribuíssem com os cofres públicos e fossem leais a concorrência da localidade, visto que o município é quem possui a competência para fiscalização dessas atividades. Dentre todos os aplicativos que surgiram nesses últimos anos, os que mais foram rentáveis no Brasil foram os aplicativos de transporte. Segundo o site "Portal do Trânsito":

Os proventos gerados pelos aplicativos colaboram com a economia do país. Mais de 500 mil trabalhadores brasileiros, em 2017, ofereceram o serviço de transporte com aplicativos à população, fazendo com que a atividade fosse responsável pelo pagamento de R\$ 1 bilhão em impostos.⁹

Outros aplicativos que são bastante rentáveis são os de jogos para *smartphones*, porque se trata de aplicativos que são reproduzidos através do sistema suportado pelo aparelho celular, dispensando a compra de consoles de games para sua reprodução. O valor arrecadado pelos jogos por aplicativos supera os de consoles e computador juntos, mas isso ocorre pela facilidade e custo benefício que os jogos por aplicativos de celular proporcionam quando comparados aos valores dos consoles e computadores, que precisam ser adquirido por um valor em média entre R\$ 1.500,00 a R\$3.000,00, sendo de difícil acesso para a economia de muitos brasileiros. Pelo preço que muitas vezes são vendidos, e também pela necessidade, cada brasileiro em média possui de um a dois smartphones, diferentemente da não necessidade que a população brasileira possui quando o assunto trata-se de consoles e computadores *gamers*. Para os consumidores brasileiros, o que dificulta o acesso aos consoles, diferente dos jogos por aplicativos, são os altos tributos cobrados sobre estas plataformas e os seus jogos, porque tais tributos ao serem cobrados aos fornecedores, para que suas margens de lucros não diminuam, os empresários atribuem os mesmos valores dos impostos, sendo estes assim repassados aos consumidores.

CONCLUSÃO

Conforme todo exposto, é notório de que o Estado como gestor do tesouro público, necessita adaptar-se ao mundo e a sociedade de acordo com suas

⁹Portal do Trânsito. Disponível em:

<<http://portaldotransito.com.br/noticias/urbanismo/aplicativos-de-transporte-aquecem-economia-do-pais/>> Acesso em: 08 de novembro de 2018.

mudanças e acontecimentos, mas devendo tal adaptação continuar a mostrando que o Estado ainda é soberano mediante a sociedade e é de necessária importância que o fisco continue arrecadando aos cofres públicos, sem deixar que inovações tecnológicas sejam utilizadas como meios para desviar os contribuintes da finalidade de recolhimento para com o Estado.

Não se pode negar que essas novas modalidades de serviços *online* modificaram a sociedade, de modo que os aplicativos e serviços de *streaming*, não são apenas uma possibilidade, mas sim uma realidade, permitindo e exigindo inovações, por parte do fisco, de maneira a não distanciar o contribuinte dele. Visto que é dever do fisco arrecadar tais tributos, os entes competentes para tributar começaram a entrar em conflito quanto à instituição do ICMS e do ISS. Esse conflito ainda é de bastante discussão, mesmo que os Tribunais superiores já tenham se pronunciado a respeito quanto a algumas decisões dessa temática, afirmando que o ISS é cabível ao invés do ICMS, com o argumento de que o município encontra-se mais próximo ao contribuinte do que o estado, não obstante a necessidade de lei federal para a regulamentação de aplicativos e serviços e vão além do meio virtual.

Para o avanço harmônico entre sociedade e o fisco é necessário conhecimento e adaptação ao advento da tecnologia, devendo possíveis novos conflitos ser pacificados de acordo com o entendimento dos órgãos superiores e de acordo com a proteção que a Constituição Federal de 1988 proporciona, para que não haja prejuízo por parte da sociedade e dos cofres públicos. Essa tecnologia relacionada ao *streaming* e seus aplicativos estabelecem maior conforto e maior desenvolvimento econômico, dando espaço a criatividade e crescimento no mercado de trabalho. Essa expansão desenfreada da tecnologia, que antes facilitava o advento da pirataria, hoje com a criação de aplicativos e serviços *streaming* relacionadas a músicas e vídeos, possibilitou maior controle do fisco contra a pirataria, protegendo os direitos dos artistas e detentores dos direitos autorais com seus trabalhos, propiciando maior arrecadação com a cobrança de tributos por parte dos entes. Mesmo com todas essas mudanças e inserção da tecnologia na vida dos brasileiros, membros do legislativo votaram a favor de projeto de lei que a finalidade seria a limitação de dados e acesso a internet à população, o que iria restringir o direito a liberdade de expressão e o direito a informação, sendo tal possibilidade inviável diante dos direitos assegurados pela constituição da república de 1988, o que conseqüentemente enfraqueceu ainda mais a opinião por parte da população quanto aos membros do legislativo.

É de se concluir que muitas atividades estão ficando para trás com advento de tecnologias que trazem mais conforto, segurança e fidelidade aos consumidores, assim como maior desequilíbrio aparente no mercado, quando comparadas a essas empresas que não procuram evoluir com a sociedade aperfeiçoando seus serviços, principalmente pelos benefícios e promoções oferecidos pelos aplicativos e serviços de *streaming* que as mesmas procuram não adotar.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, **Lei 13.640/2018 (Lei do Uber): regulamenta o transporte remunerado privado individual de passageiros**. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/560641917/lei-13640-26-marco-2018>> Acesso em: 07 de novembro de 2018.
- BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 157, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp157.htm>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.
- BRIGAGÃO, Gustavo. **Competência tributária relativa à incidência do ISS volta a ficar incerta**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-22/competencia-tributaria-incidencia-iss-volta-ficar-incerta>> Acesso em: 17 de outubro de 2018.
- CAROLINA CARPINETTI, Ana. PIAZZA, Beatriz. **TJ-SP analisa a tributação da disponibilização de conteúdo via celular**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-21/tj-sp-analisa-tributacao-disponibilizacao-conteudo-via-celular>> Acesso em: 14 de novembro de 2018.
- CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 22ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- EQUIPE PORTAL TRIBUTÁRIO. Disponível em: <<http://www.portaltributario.com.br/artigos/isssoftware.htm>> Acesso em: 15 de outubro de 2018.
- FURTADO JUNIOR, Luiz. MIDORI, Ana. COSTA, Amanda. **Tributação de streaming gera "novo" conflito de competências**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/opinio-tributacao-streaming-gera-conflito-competencias>> Acesso em: 09 de novembro de 2018.

G1 NOTÍCIAS. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/economia/noticia/lucro-do-netflix-cresce-60-no-1-trimestre-de-2018.ghtml>> Acesso em: 01 de novembro de 2018.

HIGA, Paulo. Tecnoblog. Disponível em:

<<https://tecnoblog.net/205453/temer-lei-imposto-netflix-spotify-apps/>> Acesso em: 15 de outubro de 2018.

LANÇAMENTOS DA NETFLIX. **Netflix começou como uma empresa de locação de DVDs. Conheça a história.** Disponível em:

<<http://www.lancamentosdanetflix.com/2016/05/netflix-comecou-como-uma-empresa-de.html>> Acesso em: 20 de outubro de 2018.

LOPES, Simone. **É possível a cobrança de ISS para Netflix e Spotify?**

Disponível em: <<http://simonelopes.com.br/notiacutecias-e-artigos.html>> Acesso em: 17 de outubro de 2018.

MENEGASSI BORGES, Leticia. Disponível em: <

<https://jus.com.br/artigos/54365/imposto-de-renda-dos-motoristas-do-uber>> Acesso em: 16 de outubro de 2018.

NETFLIX. Help Center. **Por que séries e filmes saem da Netflix?.**

Disponível em: <<https://help.netflix.com/en/node/60541>> Acesso: 2018.

Portal do Trânsito. Disponível em:

<<http://portaldotransito.com.br/noticias/urbanismo/aplicativos-de-transporte-aquecem-economia-do-pais/>> Acesso em: 08 de novembro de 2018.

Revista Estadão. O Estado de S.Paulo. **Câmara de SP aprova cobrança de imposto sobre Netflix e Spotify.** Disponível em:

<<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,camara-aprova-cobranca-de-imposto-sobre-netflix-e-spotify,70002068901.>> Acesso em: 01 de novembro de 2018.

Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <

<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/opiniao-tributacao-streaming-gera-conflito-competencias>> Acesso em: 20 de outubro de 2018.

ROBERTO CASTRO, José. **Como vai funcionar o imposto sobre Netflix e Spotify.** Disponível em:

<<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/01/03/Como-vai-funcionar-o-imposto-sobre-Netflix-e-Spotify>>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

SCOCUGLIA, Livia. **ISS pode ser o novo vilão dos aplicativos de mobilidade.** Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/iss-pode-ser-o-novo-vilao-dos-aplicativos-de-mobilidade-09102017>> Acesso em: 16 de outubro de 2018.

SPOTIFY. Disponível em: <<https://www.spotify.com/br/legal/end-user-agreement/#s4>> Acesso em: 16 de outubro de 2018.

TEIXEIRA ORTEGA, Flávia. **Lei 13.640/2018(Lei do Uber): regulamenta o transporte remunerado privado individual de passageiros.** Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/561305476/lei-13640-2018-lei-do-uber-regulamenta-o-transporte-remunerado-privado-individual-de-passageiros>> Acesso em: 07 de novembro de 2018.

TRENDACOSTA, Katharine. **Artistas acusam Spotify de violar direitos autorais em processo de US\$ 150 milhões.** Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/artistas-processam-spotify/>> Acesso em: 01 de novembro de 2018.

VENTURA, Felipe. **Netflix e Spotify estão prestes a pagar mais um imposto após projeto do Senado.** Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/iss-streaming-senado/>>. Publicado: 14 de dezembro de 2016. > Acesso em: 5 de novembro de 2018.

DERECHO CIVIL

Renuncia de la prescripción liberatoria*

Franco Raschetti¹

Sumario: Introducción. El tiempo como fenómeno jurídico. **1.** Las normas jurídicas en juego. **2.** ¿Puede renunciarse un derecho signado por el orden público? **3.** El objeto de la renuncia: ¿qué debe entenderse por prescripción “ya ganada”? **4.** Consecuencias de la renuncia. - A modo de colofón.

Resumen: En el presente trabajo nos ocuparemos de dilucidar cómo se relaciona, en el Derecho argentino, la posibilidad de renunciar a la prescripción liberatoria cuando el mismo es un instituto signado por el orden público, luego indagaremos el objeto de dicha renuncia (lo que el Código y los autores llaman “prescripción ya ganada”) para, finalmente, analizar los efectos de la renuncia, en particular su oponibilidad a los terceros.

Palabras clave: Prescripción, renuncia, extinción de las obligaciones, orden público; oponibilidad.

* Recibido: 03 enero 2019 | Aceptado: 13 febrero 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Abogado graduado con Diploma de Honor (Pontificia Universidad Católica Argentina); Especialista en Derecho de Daños (Pontificia Universidad Católica Argentina); Profesor de Contratos Parte General y Contratos Parte Especial (Pontificia Universidad Católica Argentina); Profesor invitado en la Especialización en Derecho de Daños (Pontificia Universidad Católica Argentina).

Francoraschetti@hotmail.com

Introducción. El tiempo como fenómeno jurídico

La prescripción liberatoria acoge una multiplicidad de contenidos factibles de ser tratados pero que, todos ellos, participan de una problemática mayor que asegura neuralgias y cefaleas² a todos los operadores del derecho: el trascurso del tiempo. Ya sea por la gran dificultad que existe para definirlo de manera genérica³, o debido a la vastedad de su aplicación en las más diversas disciplinas científicas, no se duda en catalogar al tiempo como un término multívoco e incluso de naturaleza y vigencia interdisciplinaria.

Así es como el derecho no permanece ajeno a esta tónica y hace propia esta importancia temporal tal como se ha manifestado desde la doctrina: “*el derecho recibe la idea del tiempo del mundo extrajurídico, acoplándola a sus exigencias y tomando en consideración notas peculiares*”⁴. Múltiples institutos del derecho tienen su piedra angular en el tiempo y en el acaecer del mismo dentro de los cuales podemos citar sólo a título de ejemplo a la caducidad de la instancia o la caducidad de los derechos, la prescripción adquisitiva, la mora, capacidad, existencia de las personas físicas, vigencia de las leyes, y en lo que aquí es relevante: la prescripción liberatoria⁵.

Por esta innegable preponderancia en el mundo jurídico no existe hesitación alguna desde el punto de vista de su naturaleza jurídica en definirlo como un hecho jurídico, vale decir, el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones o situaciones jurídicas (artículo 257 del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCCN). Afinando el análisis y siguiendo a Llambías, se

² Adoptamos ambos padecimientos siguiendo la crítica postura de Peralta Mariscal con respecto al fideicomiso en garantía las cuales, incluso titulan un trabajo del autor: PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *¿Fideicomiso en garantía? ¿Neuralgias y cefaleas garantizadas!*, La Ley 2000-D, 975, Cita Online: AR/DOC/696/2001.

³ PARRILLI, Ernesto N., *Breve análisis de los efectos de la ley con relación al tiempo en el Código Civil y Comercial*, en Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio, Erreius, Buenos Aires, p.18.

⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El tiempo como fenómeno jurídico*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú, N°39, 1985, p. 369

⁵ Aclaremos que nos referimos a la prescripción liberatoria entendida ésta en sede civil. Sobre los avatares de la misma en materia penal remitimos a RIZZI, Aníbal H. – SLININ, Julio, *¿Es renunciable el instituto de la prescripción en sede penal?*, La Ley 1998-E, 638, Cita Online: AR/DOC/2769/2001.

trata de “hecho externo – no humano”⁶ ya que es de causa extraña al hombre y acontece sin intervención de su actuar tanto voluntario como involuntario.

Relacionando al tiempo con el proceso judicial, Peyrano⁷ recuerda y trae a colación dos frases más que ilustrativas sobre el particular: la primera de ellas, de Couture: “*en el procedimiento, el tiempo es algo mas que oro, es justicia*” y la segunda, de Passi Lanza: “*la dimensión temporal, el valor “tiempo”, alcanza en nuestra época una entidad si se quiere mucho mas valiosa que en otras anteriores, dada la naturaleza actual del trámite de las relaciones humanas*”.

En este orden de ideas, se ha dicho que el hecho jurídico tiempo es reglamentado, de manera paradigmática, en dos instituciones jurídicas diferentes: la prescripción adquisitiva y la prescripción liberatoria o extintiva, las cuales históricamente han sido tratadas por los codificadores, con antecedentes que permiten remontarnos hasta la obra de Justiniano, aunadas en un mismo cuerpo. Bajo la vigencia del Código Civil velezano, se denunció que éste resultaba un método defectuoso, pues tal refundición motiva dificultades interpretativas, al tratar de establecer si ciertos preceptos del Código se refieren y aplican a las dos clases de prescripción o solamente a alguna de ellas⁸.

Afortunadamente, esta crítica no puede replicarse respecto a la normativización que se ha explicitado en el CCCN dado que, atinadamente, se dispuso en él el tratamiento de ambos institutos dentro del Libro Sexto correspondiente a las “disposiciones comunes a los derechos personales y reales”, dentro del Título Primero “Prescripción y caducidad”, el cual se halla dividido en tres capítulos referidos a la prescripción: el primero, trata lo tocante a las disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva y el segundo y tercero refieren exclusiva y respectivamente a la prescripción liberatoria y adquisitiva. Finalmente, el capítulo cuarto refiere a la caducidad de los derechos.

1. Las normas jurídicas en juego

Desarrollados los aspectos liminares, procederemos a encuadrar debidamente la situación aquí analizada exponiendo cuáles son las normas

⁶ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 227.

⁷ PEYRANO, Jorge W., *Los tiempos en el proceso civil*, Nova Tesis, Rosario, 2005, p. 7.

⁸ SALVAT, Raymundo - GALLI, Enrique V., *Derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., Tea, Buenos Aires, 1956, t. III, p. 386, citado por GAGLIARDO, Mariano, *Acerca del curso de la prescripción*, El Derecho 245-374.

que entran en juego sobre el particular a los fines de dilucidar más adelante las controversias que se podrían generar en base a su aplicación y, en su caso, nuestra propuesta de solución y armonización.

Primeramente, parecería no haber duda posible en señalar la naturaleza jurídica de la situación como una renuncia de derechos por parte del deudor de una obligación a favor del cual se encuentra en curso un plazo de prescripción liberatoria. Con ello, resultan de aplicación los artículos 944 a 954 del CCCN que disciplinan a la renuncia de derechos como género y la remisión de deuda como especie de ésta.

Luego, el objeto que dicha renuncia reconoce es el derecho del deudor de oponer la prescripción de la acción, ya sea articulándola por vía de acción o de excepción (artículo 2551) cuando el acreedor intente ejercitar su derecho al cobro. Como consecuencia se deberá nutrir lo tocante a la renuncia con la normativa genérica sobre prescripción, en particular el artículo 2533 que plasma el carácter imperativo del instituto al decir *“Las normas relativas a la prescripción no pueden ser modificadas por convención”* y el artículo 2535: *“La prescripción ya ganada puede ser renunciada por las personas que pueden otorgar actos de disposición. La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores o coposeedores no surte efectos respecto de los demás. No procede la acción de regreso del codeudor renunciante contra sus codeudores liberados por la prescripción”*.

Por la expresa mención del artículo 2533 debemos tomar también en consideración una problemática inabarcable en su totalidad en un trabajo tan breve como el presente, tal como es la del orden público. Habida cuenta de ello, recordemos brevemente que en el CCCN se lee que las leyes en las que está interesado el orden público no pueden ser dejadas de lado por los particulares (artículo 12), no pudiendo ser objeto de un acto jurídico (artículo 279) ni de contrato (artículo 1004). En el ámbito contractual se aclara explícitamente que la libertad contractual está acotada a los límites del orden público (artículo 958) y que no puede haber transacción de ningún tipo sobre derecho "en los que está comprometido el orden público" (artículo 1644). Finalmente, el CCCN tacha con la nulidad absoluta a los actos que contravienen este plexo en el artículo 386. Más allá de lo acotado de la enunciación y a sabiendas de que la cuestión del orden público excede notoriamente lo dicho, estimamos pertinente realizar un breve pantallazo de ciertos artículos que aluden al orden público como categoría jurídica.

Huelga decir que la doctrina mayoritaria (por no decir unánime) discurre en comentar y estudiar las normas expuestas sin realizar mayores valoraciones críticas pero sin perjuicio de ello realizaremos algunas precisiones que, a riesgo de, quizás, representar una logomaquia, deben a nuestro criterio

establecerse y que no han merecido mayores preocupaciones por parte de nuestros autores.

2. ¿Puede renunciarse un derecho signado por el orden público?

2.1. Introito

De la, en apariencia, inocua enumeración realizada en el acápite anterior se desprende una duda no menor. Sabido es que toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados (artículo 944). El primer supuesto no reviste mayor dificultad y se lo suele ejemplificar con la imposibilidad de renunciar a los alimentos futuros (artículo 539), pero el segundo no es de tan simple elucidación a poco que se lo empareja con la prescripción liberatoria porque el objeto de la renuncia es, como se dijo, el derecho del deudor de impetrar como defensa (vía acción o excepción) el vencimiento del curso de prescripción contra su acreedor.

Si a tono con el artículo 2533 nos hallamos en dominios del orden público ¿puede autorizarse sin más la renuncia? En otras palabras, si existe un interés público preponderante que impide toda convención sobre la normativa de prescripción, ¿cómo se permite una renuncia cuando la misma inexcusablemente debe versar sobre derechos disponibles? ¿Existen dos conceptos de orden público? O por el contrario ¿debe desdoblarse dicho concepto?

A continuación intentaremos dilucidar este extremo mediante la exposición de lo que, a nuestro juicio, debe comprenderse como orden público de las normas de prescripción a sabiendas de que, generalmente, el intrínquilis de la renuncia de derechos con respecto a la normativa de orden público mereció mayor inquietud en materia laboral o de consumidor que en relación a la prescripción liberatoria.

2.2. La prescripción liberatoria y el orden público

Abundante doctrina y jurisprudencia se ha expresado en pos de asentar la imperatividad reseñada como constitutivo de la prescripción liberatoria, en un carácter de la misma que goza de inveterada aceptación, que compartimos y que no será puesto en entredicho en este artículo por fuera de alguna precisión específica.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “*el instituto de la prescripción es de aplicación restrictiva, razón por la cual, en caso de duda, debe preferirse la solución que mantenga vivo el derecho*”⁹ en criterio

⁹ CSJN, 04/05/1995, “*Cinturón Ecológico S.E. c/ Libertador S.A.*”, Fallos 318:879.

compartido con el Máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires: “La prescripción tiene el efecto de liberar al deudor de su obligación, por lo que debe ser interpretada restrictivamente y, en caso de duda, se debe estar a la subsistencia del derecho”¹⁰.

En este tren argumental, las normas que regulan la prescripción son imperativas, ya que el legislador dirige mensajes acerca de la oportunidad adecuada para ejercer las acciones y los derechos; en un orden sistémico no caben conductas irregulares o anárquicas, sino que éstas tienen su cauce para lograr para lograr ser efectivas dentro del marco legal. Todo emerge de la ley, sin que las convenciones de las partes puedan modificar, ni derogar mandatos del legislador¹¹.

Su fundamento, entonces, es de orden social, pues más allá de que afecte (beneficiando o perjudicando) en concreto a los sujetos comprendidos en la obligación (aclarando la situación de sus respectivos patrimonios), responde al interés de la sociedad en propender a que las relaciones jurídicas se definan dentro de un tiempo razonable, poniendo fin a las situaciones de inestabilidad. De allí que la prescripción sea un instituto de orden público¹².

Pero el concepto de orden público es de una latitud tal que resulta muy difícil obtener una caracterización jurídica que pueda servir de guía segura para el legislador cuando así califica a una determinada ley, y para el juez que la aplica a los casos singulares habida cuenta del amplio conjunto de motivaciones que permiten calificar a una cierta categoría de normas que tienen la importante peculiaridad de constituirse en la salvaguarda del orden jurídico¹³, resultando indisponibles para las partes bajo pena de nulidad (artículos 12, 279 y 958 del CCCN).

Prueba de esta amplitud es lo que mencionáramos en el apartado II. b), dado que se plantea una situación por demás de particular ya que nadie duda de la imperatividad de las normas de prescripción como así tampoco de la disponibilidad que debe reconocer el derecho objeto de la renuncia; ahora bien, ¿cómo armonizar ambos extremos?

2.3. ¿Orden público absoluto y orden público relativo?

¹⁰ Véase el voto del Dr. Negri en SCBA, 05/11/2014, “Bellver, Zambini, Ricardo c. Aguazul SA s/ incidente de verificación tardía”, La Ley, Cita Online: AR/JUR/58011/2014.

¹¹ SALERNO, Marcelo U., *Prescripción liberatoria y caducidad*, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 26 y 27.

¹² BORAGINA, Juan C., *Prescripción liberatoria*, JA 2001-II, 1152, Cita Online: 0003/008233.

¹³ Cfr. BREBBIA, Roberto H., *Instituciones de Derecho Civil*, Juris, Rosario, 1997, t. I, pp. 79 y 80.

El título del acápite remite, sin dudas, a la teoría de De la Fuente¹⁴ sobre el tópico. El autor tiene dicho que corresponde distinguir entre “orden público objeto” y “orden público institución”. El primero de ellos es la idea genérica y amplia del orden público como concepto jurídico indeterminado el cual debe ser precisado en los supuestos particulares mediante las autoridades efectivamente autorizadas a hacerlo, las cuales, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad (garantizándose así su prevalencia sobre los intereses particulares) alumbran el “orden público institución”.

Luego, en dicho tránsito, el legislador podrá optar entre consagrar sólo la imperatividad de la norma o añadirle la irrenunciabilidad del derecho. Sobre esa base, es posible entonces distinguir entre orden público absoluto, cuando a la imperatividad de la ley se le suma la irrenunciabilidad del derecho, del orden público relativo, en los casos en que la existencia de leyes imperativas no impide la renuncia de los derechos que han sido adquiridos¹⁵.

La problemática de la renuncia a la prescripción explicita la tesis referenciada dado que se habilitaría la renuncia a expensas del orden público que instituye a la figura, lo que ocurre asimismo con los alimentos los cuales se consagran como indisponible de forma previa según el artículo 539, pero totalmente disponible conforme el artículo 540, una vez devengados.

Pero cuidado, más allá de lo que acontece en materia de prescripción que, como se dijo, comprueba la tesis de De la Fuente, tenemos nuestras dudas en la factibilidad total y constante de su teoría por un simple motivo esbozado por Pérez Hazaña¹⁶: “*lo que no se explica, es cuál sería el objeto de la regulación limitativa del Código Civil y Comercial, si luego cada norma debería volver a regular cada una de estas limitaciones (¿sería útil únicamente para las normas de orden público del código de fondo? ¿Para qué el legislador realizaría la declaración?*”. Se estaría así segmentando la consagración definitiva del orden público como principio jurídico en una sucesión de etapas que parece soslayar la mención expresa obrante en el artículo 12 del CCCN y que con tanto beneplácito ha sido acogida por la doctrina, dado que para verificar en definitiva la extensión de los efectos del

¹⁴ DE LA FUENTE, Horacio, *Orden público*, Astrea, Buenos Aires, 2003.

¹⁵ OSSOLA, Federico A., *Actos abdicativos, renuncia a los derechos y “renuncia general de las leyes” en el nuevo Código*, RCCyC 2016 (agosto), 167, Cita Online: AR/DOC/2310/2016.

¹⁶ PEREZ HAZAÑA, Alejandro, *El orden público en el derecho del consumidor y los límites a las renunciaciones y transacciones*, RDCO 289, 265, Cita Online: AP/DOC/158/2018. El autor se muestra crítico con la totalidad de la tesis de De la Fuente, nosotros nos limitamos a tomar su fina apreciación a los fines de sentar una duda razonable con respecto al desarrollo de la misma.

orden público se debería aguardar a la manifestación expresa del legislador en cada caso específico¹⁷.

En definitiva, traemos la colación los postulados de De la Fuente dado que en lo que a renuncia de la prescripción concierne ha ocurrido lo que su tesis pregona, vale decir, una especificidad en relación a las consecuencias producto de la mención expresa del legislador sobre la posibilidad de renunciar a un determinado derecho que se encuentra gobernado por el orden público. Ahora bien, sin perjuicio de ello, compartimos nuestras dudas en relación a que si ello es lo que deba suceder en todo y cada uno de los casos en los que está en juego el orden público y no existe referencia a la irrenunciabilidad. Incluso más, podemos hallar instituciones en donde nada se expresa con relación a la renuncia de acciones, pero ésta última igualmente deviene en inaceptable como ocurre en la lesión y la renuncia anticipada a la acción para esgrimir dicho vicio de la voluntad¹⁸.

Por lo pronto una conclusión se impone: la indisponibilidad que acarrea el orden público no es absoluta en materia de prescripción dado que, por expreso mandato legal se autoriza su renuncia. De este modo, la imperatividad con respecto a la renuncia alude pura y exclusivamente a la imposibilidad de renunciar a la prescripción en curso sin que dicho extremo alcance a la prescripción ya ganada. Así entra a tallar con toda enjundia la certera y elocuente nota de Vélez al artículo artículo 3965 del Código Civil hoy derogado: “*renunciar con anticipación a la prescripción, es derogar por pactos una ley que interesa al orden público y autorizar convenciones que favorecen el olvido de los deberes de un buen padre de familia, fomentando la incuria en perjuicio del interés general*”. En una palabra, no vale pues, declinar anticipadamente un derecho cuya adquisición se halla pendiente, por cuanto aún falta reunir todos los elementos que son indispensables para liberar al obligado por el transcurso del tiempo¹⁹.

¹⁷ Y en su caso, ¿cómo juzgar la orfandad de mención a la renunciabilidad en el caso especial? ¿debería el intérprete permitir su renuncia o no? ¿qué papel viene a jugar entonces el artículo 12 del CCCN? Como podrá apreciar el lector, las dudas no son menores.

¹⁸ Ver, MOSSET DE ESPANÉS, Luis, *Lesión (art. 954 Cód. Civil). Problemas de la “renuncia anticipada” y de la “confirmación” del acto* RCyS 2018-XII, 233, Cita Online: AR/DOC/6619/2001. El egregio autor comenta que “*hemos sostenido que no debe permitirse la renuncia anticipada de la acción, porque se trata de una disposición de orden público, destinada a proteger a la víctima de un acto ilícito*” y que “*en lugar de presentarse como manifestaciones espontáneas de la voluntad de la parte, arrojarían fuertes sospechas de que se estaba en conocimiento de la situación de inferioridad de la víctima y se aprovechaba esa circunstancia para arrancarle una renuncia*”. Si bien el opúsculo refiere a la situación imperante bajo el Código vlezano, el CCCN en su artículo 332 guarda silencio sobre tan polémico punto.

¹⁹ SALERNO, Marcelo U., *Prescripción liberatoria y caducidad*, ob. cit., p. 27.

3. El objeto de la renuncia: ¿qué debe entenderse por prescripción “ya ganada”?

3.1. *Liminar*

Sentado lo anterior, partimos de la base de admitir sólo la renuncia a la prescripción ya ganada o ya cumplida quedando vedada esta posibilidad cuando la misma aún se encuentra en curso en un todo concordante con el artículo 2535. Pero a sabiendas de que dicho artículo se encuentra emplazado en la sección primera correspondiente a las disposiciones comunes a la prescripción adquisitiva y a la prescripción liberatoria ¿dicho artículo opera de idéntico modo en ambas?

Estimamos que deben realizarse algunas aclaraciones sobre el modo en el cual se viabiliza la facultad de renuncia en los dos subtipos de la prescripción (adquisitiva y liberatoria) ya que la estructura propia de cada uno de ellos impide una automática aplicación del dispositivo legal, sobre todo en un aspecto fundamental: cómo juega la noción de “prescripción ganada” con la necesidad de contar con un pronunciamiento judicial que tenga por configurada a la prescripción.

Lejos de representar una perífrasis o complicación inútil del análisis, la noción de prescripción “ya ganada”, de comprensión pacífica y unánime en doctrina, ha de ser engastada con la exigencia de invocación de parte que consagra el artículo 2552 del CCCN, ya que, no obstante ser un instituto de orden público, en virtud del principio dispositivo debe ser invocado por la parte, del mismo modo que sucede con otros modos extintivos de la obligación que podrían haber puesto fin a la misma²⁰.

3.2. *Prescripción ganada vs. necesidad de declaración judicial*

Creemos que aquí es pertinente realizar un breve desarrollo en lo que respecta al concepto de “prescripción ganada”, vale decir, de aquello que será objeto del acto jurídico de renuncia. Esto así dado que, sabido es, la prescripción debe ser inexcusablemente declarada judicialmente estándole vedado al juez la posibilidad de declarar oficiosamente la prescripción²¹

²⁰ MARINO, Enrique A. – MAGLIO, María C. – BURGOS, Débora – SILVESTRE, Norma O., *Obligaciones*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 563.

²¹ Todo esto con excepción del controvertido de que una parte haya opuesto a la prescripción pero invocando un plazo que no es el aplicable. En tal supuesto se discute si el juez puede válidamente aplicar un plazo de prescripción distinto al planteado erróneamente por las partes y subsanar tal cuestión invocando el *iuria novit curia* (tesis mayoritaria) o, por el contrario, por tratarse de una cuestión de hecho y no de derecho, la contraparte debe tener la oportunidad de desvirtuar dicha alegación so pena de verse vulnerada su garantía al debido proceso con lo cual el juez no podría solucionar dicha situación (tesis minoritaria).

(artículo 2552 del CCCN), de allí que para consolidar a la prescripción como medio extintivo del vínculo jurídico entre sujetos se requiera sentencia judicial firme.

El requisito de la invocación de parte y de la declaración judicial, no debe ser confundido con el efecto *ipso iure* de la prescripción, vale decir, una cosa es que la prescripción funcione de pleno derecho, por el solo transcurso del término legal de inacción de acreedor y deudor y otra distinta que le vede al juez la declaración de oficio. Como bien destaca Pizarro²², en materia de prescripción liberatoria opera la extinción del crédito por el solo transcurso del tiempo y la inacción de las partes; no obstante lo cual, el juez no puede declararla de oficio. Y no puede hacerlo por lógicas razones, toda vez que el mero transcurso del tiempo, por si solo, no causa prescripción, ya que también se requiere para ello la inactividad de acreedor y deudor, que constituyen datos que el juez no está en condiciones de conocer si no son alegados y probados por las partes interesadas. De hacerlo, estaría supliendo de oficio la prescripción, lo cual está reñido también con elementales principios de orden procesal, como el principio dispositivo. En una palabra, la sentencia en esta materia responde a un carácter meramente declarativo y no constitutivo de los efectos de la prescripción

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por “prescripción ganada”? Una lectura rápida podría llevarnos a una interpretación textual y decir que se renuncia a la prescripción consolidada de modo pleno. Pero ello es inviable jurídicamente dado que si existiera, por un lado, prescripción adquisitiva “ganada-consolidada” ya no cabría una renuncia a la prescripción por parte del ahora titular del derecho real de dominio sino que, en su caso, se trataría de una renuncia a un derecho real ya adquirido, o bien a una extinción del derecho real en los términos del artículo 1907 del CCCN²³. Esta imposibilidad se patentiza asimismo en la letra del artículo 2535, segunda parte, la cual reza “...la renuncia por uno de los codeudores o

²² PIZARRO, Ramón D., *Acerca de la prescripción liberatoria y su efecto extintivo de las obligaciones*, JA 2001-II, 1232, Cita Online: 0003/008234. Agudamente, el autor ilustra que también el pago produce sus efectos de pleno derecho, en cuanto extingue la obligación a partir del momento mismo de su realización. Sin embargo, frente a un nuevo reclamo que formule el acreedor, pretendiendo que le sea pagada nuevamente la deuda, el juez tampoco podrá declarar extinguida la obligación si el deudor-demandado no alega y prueba dicho pago. Las mismas conclusiones son válidas para la compensación y para otros modos extintivos que producen sus efectos de pleno derecho, por la sola virtualidad de los presupuestos legales previstos para ellas.

²³ “Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, éstos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena”.

coposeedores...”, con lo cual la disposición legal no recae sobre dueños perfectos que podrían renunciar a su derecho adquirido sino sobre aquel poseedor o grupo de ellos cuya prescripción adquisitiva se halla en curso.

Por el lado de la prescripción liberatoria, tampoco puede hablarse de una renuncia a la prescripción “ganada-consolidada” dado que, partiendo de la base que dicho concepto presupone una acogida firme de la acción u excepción deducida por deudor de una obligación, se trataría de un supuesto por demás de extraño, vale decir, un deudor que ha resultado victorioso de un planteo de prescripción de su deuda luego renuncia a ejecutar o hacer valer esa sentencia favorable. Ese no parece ser el escenario que pretendió disciplinar el artículo 2535, a sabiendas de que el deudor que logró la aniquilación del vínculo jurídico estaría elípticamente haciéndolo renacer pero sin acordar el nacimiento de una nueva obligación. Incluso más, verificar una hipótesis de tales ribetes invita a pensar más en la presencia de algún vicio del consentimiento sufrido por el deudor que en una renuncia válida en los términos del artículo 944 y siguientes del CCCN.

Entonces, el eje de la cuestión es el siguiente: por fuera de las imprecisiones en la que incurre la normativa comentada al echar mano al vocablo “ganada”, es dable colegir que no es necesaria la declaración judicial firme de prescripción (adquisitiva o liberatoria) a los fines de la renuncia dado que ambas posibilidades (renuncia y sentencia) se excluyen mutuamente tal como se trató precedentemente. Asimismo, si bien el término de la prescripción de marras ha de estar en curso, debe haberse cumplido *prima facie* con el plazo requerido por la ley de fondo, esto es, en palabras de Calvo Costa²⁴, cuando el deudor cuenta actualmente con el poder jurídico de invocarla ya sea como vía de acción o de excepción. De esta manera, se satisface tanto la imposibilidad de renuncia anticipada a la prescripción como la carencia de pronunciamiento judicial.

Prescripción ganada podría definirse, en definitiva, como aquella que sin contar con un pronunciamiento judicial firme que la tenga por configurada, ya sea opuesta como acción o excepción, ha cumplimentado con el trascurso del plazo ordenado por el CCCN para los diversos supuestos contemplados por dicho ordenamiento. Ergo, deberá existir una prescripción en curso, la que halla su causa en una obligación existente y exigible²⁵, munida de acción

²⁴ CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, 3ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 548.

²⁵ Múltiples pronunciamientos judiciales dan cuenta de este entendimiento: “*El plazo de la prescripción de las acciones personales comienza a correr desde que el crédito es exigible*” (Cám. Civ., Com. y Lab., Rafaela, 28/06/1995, “*Domenechini, René y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A.*”, Revista Zeus N°5295, 8-11-95-1); “*La prescripción de las acciones personales se*

para reclamar el cumplimiento²⁶ dado que, siguiendo a Borda²⁷, lo que importa, en definitiva, es que la prestación sea exigible, y es a partir de ese momento que el acreedor está facultado a reclamar su cumplimiento y, como consecuencia, debe empezar a correr el plazo de prescripción. Éste es el criterio imperante en el derecho comparado y que consta, por ejemplo, en el artículo 1969 del Código Civil español, el artículo 2935 del *Codice* italiano, el artículo 1216 del Código Civil uruguayo o el artículo 2514 del Código chileno²⁸ o el pormenorizado tratamiento que le dispensa el Código paraguayo en 5 artículos, a saber 635 a 639.

3.3. ¿Renuncia a la prescripción ya interpuesta?

Finalmente ¿qué ocurre si el deudor ya ha impetrado la prescripción liberatoria vía acción u omisión pero luego pretende dejarla de lado? ¿Estaríamos ante una causal de renuncia? Estimamos que de ocurrir ello, el deudor ya ha introducido en el marco de un proceso su pretensión, con lo cual, el mecanismo procesal que da solución a la hipótesis de marras es el desistimiento, compartiendo la salvedad que hiciera el egregio Bielsa: *“los derechos se renuncian (cuando es admisible la renuncia, pues no todos son renunciables) pero de ellos no se desiste. De lo que se desiste es de la acción*

inicia en el momento en que nace la obligación y el derecho es exigible, esto es, actio non nata non praescribitur” (CNCiv., 27/09/1993, “Filgueira, Carlos J. c/ Figueroa, Julio E.”, JA 1994-961); *“La prescripción comienza a correr desde que el crédito existe y puede ser exigido, y no corre contra los derechos o las acciones que no han tenido nacimiento”* (SCBA, 06/09/1994, “P., J. A. c/ A. J. F.”, DJBA 147-6215); *“El plazo de prescripción comienza a computarse desde el momento en que el sujeto cuenta con una acción que le permita exigir la obligación (principio de la actio nata)”*, (TSCba., 30/06/1993, “Pereyra, José G. c/ Expreso Parmigiani Hnos.”, La Ley Córdoba 1994-289).

²⁶ En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que *“El plazo de la prescripción liberatoria comienza a computarse a partir del momento en que la pretensión jurídicamente demandable puede ser ejercida, es decir, coincide necesariamente con el momento del nacimiento de la acción”*, ver CSJN, 04/05/1995, “Cinturón Ecológico S.E. c/ Libertador S.A.”, Fallos 318:879. Asimismo ha fallado que *“El comienzo del plazo de la prescripción de la acción personal coincide necesariamente con el momento del nacimiento de la acción”* (CSJN, 09/11/1989, “Roco, Juan C. y otra c/ Prov. de Santa Fe”, ED 24-558).

²⁷ BORDA, Alejandro, *La prescripción liberatoria en el Proyecto de 2012. Plazos y comienzo de su cómputo*, El Derecho 251-819.

²⁸ Respectivamente, dichos artículos rezan: *“El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”*(1969); *“Decorrenza della prescrizione. La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”* (art. 2935); *“Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por veinte años, sin perjuicio de lo que al respecto dispongan las leyes especiales. El tiempo comienza a correr desde que la deuda sea exigible”* (art. 1216); *“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”* (art. 2514).

*o del recurso, o sea (...) de la intención que se expresa o condensa en la fórmula del petitorio. Es decir que se desiste de lo intentado*²⁹.

Dicho desistimiento podrá ser catalogado como renuncia si se trata del “desistimiento de la acción o del derecho” pero no ocurrirá lo mismo con respecto al “desistimiento del proceso”. Recordemos que el primero de ellos se trata de una auténtica renuncia al derecho subjetivo, instrumentada mediante un acto procesal, en virtud de la cual se renuncia al ejercicio de la pretensión la que no se podrá reproducir en otro juicio³⁰. Y el segundo, no implica una renuncia definitiva dado que el derecho material fundante del proceso desistido (en este caso la prescripción) puede ser renovado con posterioridad en otro juicio³¹, constituyendo “*la renuncia del actor al proceso promovido o del demandado a la reconvención*”³².

Si bien las diferencias entre ambas causales extintivas no se agotan en la detallada arriba, la misma es dirimente a la hora de diferenciar las dos situaciones posibles y su factibilidad a la hora de ser tildadas como renuncia: como dijéramos, el desistimiento del derecho (léase de la prescripción interpuesta) implica una renuncia en el ámbito del presente trabajo ya que implica una renuncia al fundamento de la pretensión lo que no ocurre con respecto al desistimiento del proceso toda vez que se autoriza a la reedición de la pretensión promoviendo un proceso ulterior en lo sucesivo con lo cual se trunca el efecto extintivo (no del proceso sino del derecho) que trae insita la renuncia como medio de fenecimiento de relaciones jurídicas.

4. Consecuencias de la renuncia

4.1. ¿Comienza a correr un nuevo plazo de prescripción?

La pregunta que inaugura el presente acápite podría reformularse de múltiples maneras: la renuncia a la prescripción liberatoria ¿está sujeta a un plazo de prescripción liberatoria?; ¿prescribe la renuncia a la prescripción?; ¿qué plazo de vigencia tiene la renuncia a la prescripción liberatoria?, o bien,

²⁹ BIELSA, Rafael, *Sobre lo contencioso administrativo*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 230.

³⁰ SERRA, María M. – GENERA, Claudio en PEYRANO, Jorge W. (director), *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Juris, 1996, t. 1, p. 608.

³¹ CARRILLO, Hernán – EGUREN, Ma. Carolina – GARCIA SOLÁ, Marcela – PEYRANO, Marcos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe comentado*, 2ª edición, Juris, Rosario, 2006, p. 279.

³² COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 170.

¿por cuánto tiempo deja subsistente y eficaz la relación jurídica respecto de la cual la prescripción ya había corrido?

Creemos que desde el momento en que se verifica válidamente la renuncia en los términos que venimos tratando comienza a correr un nuevo plazo de prescripción liberatoria, que en ausencia de un plazo específico, es de 5 años de conformidad con el artículo 2560 del CCCN. Estimamos que esta conclusión se impone por un simple motivo: a un acreedor le bastaría obtener una renuncia por parte de su deudor a oponer la prescripción liberatoria para transformar a su crédito en imprescriptible.

Y, si bien existe un considerable cúmulo de artículos del CCCN que establecen la imprescriptibilidad en numerosas situaciones, no podemos dejar de mencionar que ellas son ajenas en general al derecho de las obligaciones y pertenecen al ámbito de los derechos personalísimos, reales o de familia³³, con lo cual, en lo que a derechos personales respecta, la regla es la prescripción de los mismos. En aras de esta excepcionalidad no puede permitirse que a través de un subterfugio legal un acreedor pueda llegar a titularizar un derecho personal imprescriptible conminando *sine die* al deudor de dicho vínculo. Una maniobra de tales contornos repugna tanto a la moralidad como al orden público que signa al instituto de marras³⁴ deviniendo en una iniquidad supina.

Caso contrario se estaría desconociendo el propio fundamento de la prescripción extintiva que reposa sobre la paz social y la convivencia en comunidad habida cuenta de que la prescripción obliga a los titulares de los derechos a no ser negligentes en su ejercicio e impone que los conflictos se resuelvan en un tiempo razonable, poniendo fin a la incertidumbre³⁵.

³³ Con bemoles, incluso en el derecho administrativo podemos hallar dimes y diretes sobre la imprescriptibilidad de las acciones. Al respecto remitimos al completo trabajo de ABERASTURY, Pedro, *La prescripción de la acción para impugnar el acto administrativo*, RDA 2013-87, 719, Cita Online: AP/DOC/542/2013; del mismo autor, *La justicia administrativa*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pp. 46 y ss.

³⁴ Un razonamiento similar había realizado la jurisprudencia a la hora de defender la imprescriptibilidad de la acción para demandar la nulidad absoluta, con basamento en que lo que nace inmoral no puede convertirse en moral por el solo transcurso del tiempo, no existe y no podrá existir un saneamiento de lo actuado en contradicción con el orden o el interés público: "*Dado que la nulidad absoluta no permite la confirmación del acto, tampoco puede prescribir la acción tendiente a declararla, pues de lo contrario se daría el caso que la pasividad del sujeto durante el término fijado por la ley significaría la confirmación tácita de un acto reprobado por las disposiciones vigentes*" (CNac. Civ., sala D, ED 7-382).

³⁵ AREAN, Beatriz, en BUERES, Alberto J. (director) – HIGHTON, Elena I. (coordinadora), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 6-B, pp. 564, citado por MARINO, Enrique A. – MAGLIO, María C. – BURGOS, Débora – SILVESTRE, Norma O., *Obligaciones, ob. cit.*, p. 876, nota 127.

Soslayar esto encuentra su valladar en la indisponibilidad de los sujetos sobre la materia de prescripción, los cuales se ven vedados de poder ampliar, reducir o declarar imprescriptible derecho alguno.

Incluso más, de no aceptar esta solución colateralmente se convalidaría una renuncia a una prescripción futura, una renuncia a una prescripción para lo sucesivo; o lo que es lo mismo, la renuncia a la prescripción ganada traería implícita la renuncia a la prescripción que ha empezado a correr desde el momento de renuncia lo que no es otra cosa que una renuncia a una prescripción futura. Maguer de haberse formulado una renuncia primigenia válida, la misma no puede pender indefinidamente, lo que va de la mano asimismo de que, como toda renuncia de derechos, la intención de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que induzca a probarla debe ser restrictiva³⁶.

4.2. *La acción de los terceros*

Como la renuncia aquí tratada es un acto jurídico en el cual no tienen participación alguna los eventuales terceros interesados, ya sean estos acreedores o no como se desarrollará luego, el acto celebrado les es totalmente inoponible. Así se verifica una de las especies de ineficacia de los actos jurídicos (artículo 382) de carácter relativa en donde no está en juego la validez o invalidez del acto por cuanto es un elemento externo a éste considerado en sí mismo³⁷ pero que con independencia de su eficacia o ineficacia, se trata en el caso de la no aplicación del acto frente a terceros interesados.

Para obtener la inoponibilidad de la renuncia, los acreedores perjudicados se verán asistidos, a tono con el artículo 338 del CCCN, de solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por el deudor en fraude de sus derechos, y de las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna. Se deberá del conocido concepto unitario de fraude que brindara Zannoni y que se identifica con un obrar engañoso de una persona tendiente a frustrar, impedir o eludir un interés legítimo de otra, u obtener un resultado contrario a derecho³⁸ y, por supuesto, para viabilizar su reclamo, será menester

³⁶ SOSA, Toribio E., *Renuncia de la prescripción “ya ganada”*, DJ 2003-2, 1, Cita Online: AR/DOC/5752/2001.

³⁷ BENAVENTE, María I., en LORENZETTI, Ricardo L. (director), DE LORENZO, Miguel F. - LORENZETTI, Pablo (coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2015, t. II, p. 505.

³⁸ ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Astrea, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 746. A mayor abundamiento, jurisprudencialmente se ha argüido que “*el fraude pauliano, la*

acreditar los extremos exigidos para ejercitar la acción revocatoria o pauliana estipulados en el artículo 339 y contemplar que la extensión de dicha inoponibilidad será en exclusivo interés de cada acreedor que promueve la acción y en la medida de su crédito (artículo 342).

Atinadamente, Boragina³⁹ le asigna esta acción asimismo a los interesados-no acreedores (vgr., el garante prendario o hipotecario sobre bien propio en seguridad de una deuda ajena, el tercerista de dominio que persigue el levantamiento de una cautelar trabada sobre un mueble o inmueble de su propiedad, etc.) y agrega tanto para los acreedores como para los interesados-no acreedores que, si el deudor no hubiera renunciado a la prescripción no resulta posible, por supuesto, incoar revocatoria alguna sino que todos ellos podrán hacer valer la prescripción por vía de la acción subrogatoria, como medida conservatoria del patrimonio comprometido por la acción, y en garantía de sus propios créditos.

A modo de colfón

Conforme se desprende de lo hasta aquí desarrollado, la problemática de la renuncia a la prescripción presenta una serie de particularidades que deben ser atendidas y solucionadas, evitando así caer en una aplicación mecánica o automatizada del instituto lo cual conlleva el riesgo de desconocer lisa y llanamente estos aspectos. Ello hemos procurado mediante las líneas que anteceden, reconociendo sin perjuicio de ello que los ejes de la prescripción liberatoria que preocupan asiduamente a los operadores del derecho son otros, verbigracia, la interrupción o suspensión de la misma.

No obstante, detrás de una serie de dispositivos legales en apariencia compatibles y autosuficientes se vislumbra una madeja que pone en entredicho la claridad de dichas normas y que invita a reformular entendimientos que se dejaban ver como prístinos. En este sentido pues, vaya nuestro humilde aporte.

Referencia bibliográfica

ABERASTURY, Pedro, “La prescripción de la acción para impugnar el acto administrativo”, RDA 2013-87, 719, Cita Online: AP/DOC/542/2013.

ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

ineficacia implica la inoponibilidad del acto respecto de los terceros perjudicados”, Juzg. Nac. 1ª Inst. Civ. N° 2, 16/04/2018, “*J. M. c. S. H. S. s/ simulación o fraude*”, Cita Online: AR/JUR/16386/2018.

³⁹ BORAGINA, Juan C., *Prescripción liberatoria, ob. cit.*

- AREAN, Beatriz, en BUERES, Alberto J. (director) – HIGHTON, Elena I. (coordinadora), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- BENAVENTE, María I., en LORENZETTI, Ricardo L. (director), DE LORENZO, Miguel F. - LORENZETTI, Pablo (coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2015.
- BIELSA, Rafael, *Sobre lo contencioso administrativo*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1954.
- BORAGINA, Juan C., “Prescripción liberatoria”, JA 2001-II, 1152, Cita Online: 0003/008233.
- BORDA, Alejandro, “La prescripción liberatoria en el Proyecto de 2012. Plazos y comienzo de su cómputo”, El Derecho 251-819.
- BREBBIA, Roberto H., *Instituciones de Derecho Civil*, Juris, Rosario, 1997.
- CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, 3ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.
- CARRILLO, Hernán – EGUREN, Ma. Carolina – GARCIA SOLÁ, Marcela – PEYRANO, Marcos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe comentado*, 2ª edición, Juris, Rosario, 2006.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958.
- CSJN, 04/05/1995, “Cinturón Ecológico S.E. c/ Libertador S.A.”, Fallos 318:879.
- DE LA FUENTE, Horacio, *Orden público*, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.
- MARINO, Enrique A. – MAGLIO, María C. – BURGOS, Débora – SILVESTRE, Norma O., *Obligaciones*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2017.
- MOSSET DE ESPANÉS, Luis, “Lesión (art. 954 Cód. Civil). Problemas de la ‘renuncia anticipada’ y de la ‘confirmación’ del acto”, RCyS 2018-XII, 233, Cita Online: AR/DOC/6619/2001.
- OSSOLA, Federico A., “Actos abdicativos, renuncia a los derechos y ‘renuncia general de las leyes’ en el nuevo Código”, RCCyC 2016 (agosto), 167, Cita Online: AR/DOC/2310/2016.

- PARRILLI, Ernesto N., “Breve análisis de los efectos de la ley con relación al tiempo en el Código Civil y Comercial”, en *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, Erreius, Buenos Aires.
- PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “¿Fideicomiso en garantía? ¡Neuralgias y cefaleas garantizadas!”, *La Ley* 2000-D, 975, Cita Online: AR/DOC/696/2001.
- PEREZ HAZAÑA, Alejandro, “El orden público en el derecho del consumidor y los límites a las renunciaciones y transacciones”, *RDCO* 289, 265, Cita Online: AP/DOC/158/2018.
- PEYRANO, Jorge W., “Los tiempos en el proceso civil”, *Nova Tesis*, Rosario, 2005.
- PIZARRO, Ramón D., “Acerca de la prescripción liberatoria y su efecto extintivo de las obligaciones”, *JA* 2001-II, 1232, Cita Online: 0003/008234.
- RIZZI, Aníbal H. – SLININ, Julio, “¿Es renunciable el instituto de la prescripción en sede penal?”, *La Ley* 1998-E, 638, Cita Online: AR/DOC/2769/2001.
- SALERNO, Marcelo U., “Prescripción liberatoria y caducidad”, *La Ley*, Buenos Aires, 2002.
- SALVAT, Raymundo - GALLI, Enrique V., *Derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., Tea, Buenos Aires, 1956.
- SERRA, María M. – GENERA, Claudio en PEYRANO, Jorge W. (director), *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Juris, 1996.
- SOSA, Toribio E., “Renuncia de la prescripción ‘ya ganada’”, *DJ* 2003-2, 1, Cita Online: AR/DOC/5752/2001.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “El tiempo como fenómeno jurídico”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, N°39, 1985.
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Astrea, Buenos Aires, 1998.

La discapacidad Anotaciones al Decreto Legislativo 1384*

Reynaldo Mario Tantaleán Odar¹

Sumario: 1. El modelo social de discapacidad como fundamento. 2. Las discusiones al modelo. 3. El cambio en el tratamiento de la capacidad. EN EL DERECHO DE PERSONAS. 4. ¿Casados mayores de 14 años? 5. La capacidad de quienes ejerciten la paternidad. 6. ¿Y el que tiene título y es mayor de 16 años? EN EL ACTO JURÍDICO. 7. La dificultad sobre el sujeto en el acto jurídico. 8. Sobre la manifestación de voluntad. 9. Sobre la capacidad de ejercicio restringida en beneficio propio. EN EL DERECHO DE FAMILIA. 10. Los “incapaces relativos” y su tratamiento actual. 11. Los “incapaces absolutos” y su tratamiento actual. 12. Los legitimados para solicitar la interdicción. 13. Contradicción en la derogación del artículo 569°. EN EL DERECHO SUCESORIO. 14. Sobre la capacidad testamentaria. 15. Sobre las formalidades del testamento público. 16. Sobre el testigo testamentario a ruego. 17. Sobre la nulidad y la anulabilidad testamentaria. EN MATERIA PROCESAL. 18. Sobre la competencia. 19. Sobre la transición de los procesos. – Colofón. – Referencias.

Resumen: En el presente trabajo se analiza la regulación introducida por el Decreto Legislativo 1384 a la legislación peruana que incorpora el Modelo Social de Discapacidad, partiendo de discutir las bases de dicho modelo, para, luego,

* Recibido: 18 marzo 2019 | Aceptado: 29 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Doctor en Derecho. Juez Especializado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Docente universitario. yerioma@hotmail.com

estudiar y discutir las principales inconsistencias que se proyectan a lo largo de las diversas subramas del derecho civil y hasta procesal civil, con su incorporación.

Palabras clave: Incapacidad. Interdicción. Discapacidad. Modelo Social de Discapacidad. Decreto Legislativo 1384.

1. EL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD COMO FUNDAMENTO

Para hablar del modelo social de discapacidad es menester partir de que han existido cuando menos dos modelos anteriores de concepción de este fenómeno (*cf.* Palacios 2008).

En un primer modelo llamado de *prescindencia* se concibe que la causa de la discapacidad es religiosa y donde el sujeto nada puede aportar a la sociedad. Este modelo cuenta, a su vez, con dos submodelos. En el primero conocido como *submodelo eugenésico*, la prescindencia del sujeto discapacitado se logra a través de políticas eugenésicas (como la esterilización forzada o el genocidio). En el segundo submodelo llamado de *marginación*, la prescindencia de la persona con discapacidad se alcanza a través justamente del alejamiento y separación del sujeto de la sociedad.

Un segundo modelo para el fenómeno de las personas con discapacidad es el *rehabilitador* donde las causas de la discapacidad ya no son religiosas, sino que son científicas y por ello se piensa en que tales sujetos sí pueden aportar a la sociedad, pero siempre que sean rehabilitadas o normalizadas. Según este segundo paradigma, el problema de la discapacidad se sitúa en el individuo y las causas son el resultado de sus limitaciones. Aquí toda limitación de la persona, sea física, mental, intelectual o sensorial,² originalmente se determina por los profesionales de la salud, quienes conciben y catalogan el fenómeno desde un diagnóstico médico.

En respuesta a este último paradigma, el *modelo social de discapacidad* postula que el origen o causa de la discapacidad lo constituyen en realidad las barreras sociales, de modo tal que se concibe a la discapacidad como una limitación social, es decir que se genera dentro de las barreras que impone la sociedad y es por eso que oriundamente fue llamado *modelo de barreras sociales*.

A diferencia del *modelo médico o rehabilitador*, el cual pone énfasis en el tratamiento de la discapacidad, orientado a conseguir la cura, una mejor adaptación del sujeto, o un cambio conductual, situando el problema dentro del individuo y considerando que las causas son el resultado exclusivo de las limitaciones funcionales o pérdidas psicológicas, que son asumidas como originadas por la deficiencia; el *modelo social* pone énfasis en la

² *Cf.* Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 19 de mayo de 2014, punto 9.

rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad (Pérez Bueno ápuod Victoria Maldonado 2013, 824).

Este modelo se llegó a consolidar normativamente cuando se aprobó por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual entró en vigor hacia el 3 de mayo de 2008.

Como venimos diciendo, según este prototipo, la discapacidad, en realidad, radica en la propia sociedad y nunca en la persona, de manera que aquello que pueden aportar a la sociedad las personas con discapacidad se halla estrechamente vinculado con la inclusión y la aceptación de la diferencia de modo tal que, junto a una variante denominada modelo de la *diversidad*, el *discapacitado* es una persona diversa a otra y su presencia en la sociedad, en igualdad de derechos, implica un elemento de enriquecimiento (De las Heras García 2010, 6).

Dicho de otro modo, se parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción social, ergo, no es la deficiencia que impide a las personas con discapacidad acceder o no a un determinado ámbito social, sino los obstáculos y barreras que crea la misma sociedad, que limitan e impiden que las personas con discapacidad se incluyan, decidan o diseñen con autonomía su propio plan de vida en igualdad de oportunidades (Victoria Maldonado 2013, 817).

En efecto, en el literal e) del preámbulo de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad se declara que “(...) *la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*”

Este nuevo paradigma se cimienta en 4 ejes principales (Palacios 2017, 6 y ss.):

El primero procura superar un modelo denominado de “sustitución en la toma de decisiones” garantizando un “sistema de apoyos en la toma de decisiones”. Ello supone reconocer la capacidad jurídica y también la prestación de un sistema de apoyos para aquellas personas que lo requieran, acompañado por un sistema de salvaguardas que garanticen a la persona la toma de decisiones de conformidad con los nuevos estándares del derecho internacional, que precisan, entre otras cuestiones el respeto de su voluntad y preferencias.

El segundo eje se encamina a garantizar que las personas con discapacidad puedan gozar y ejercer sus derechos en condiciones de igualdad y de no discriminación por motivo de su discapacidad.

El tercero alude a la existencia de una fuerte evidencia que muestra que las mujeres y niñas con discapacidad enfrentan barreras en la mayoría de las áreas de la vida, y que dichas barreras crean situaciones de discriminación múltiple e interseccional.

Y, por último, se cimenta este modelo en el derecho a la educación inclusiva, lo que supone una educación sin discriminación y sobre la base de igualdad de oportunidades.

Conforme a la Convención, la consolidación de este modelo exige que el poder legislativo derogue las leyes que vulneran sus postulados y se creen normas que complementen el Tratado y permitan el diseño e implementación de la política pública en la materia desde la perspectiva de los derechos humanos; siendo que fruto de tal labor es justamente este Decreto Legislativo.

Basta agregar que este modelo está expresamente reconocido en el Decreto Legislativo 1384, pues se lo menciona taxativamente en la Primera Disposición Complementaria Transitoria, en su parte final.

2. LAS DISCUSIONES AL MODELO

Pero si bien se trata de un modelo interesante, útil y loable en su bondadosa intención, es de hacer notar que como todo modelo foráneo –puesto que nació indistintamente en Estados Unidos, en el Reino Unido y los países escandinavos- requiere previa a su “colocación” una adaptación acorde a la realidad sobre la cual va a regir. Pero parece que ello no ha sido tomado muy en cuenta por nuestro legislador, pues se olvidaron que en el Perú estamos en una realidad donde impera la “viveza criolla”; en suma, una realidad muy distante a aquella donde nació este paradigma, lo cual puede traernos tarde o temprano diversos problemas aplicativos generados por el legislador y que, lamentablemente, tendrá que solucionarlos el juez.

El problema se agudiza cuando, según el nuevo Decreto, van a coexistir dos sistemas con paradigmas distintos, pues para un grupo regirá el modelo social y para otro seguirá rigiendo el modelo rehabilitador, lo cual es contraproducente.

Además, el modelo actual ha pasado –dicho de modo muy crudo- de un soporte científico a uno no científico, en sentido estricto. De tal manera que el anterior modelo se basaba en datos objetivos, mientras que el actual va a

chocarse con supuestos sumamente complicados donde sus postulados no podrán ser de plena aplicación. Por ejemplo, ¿qué se puede hacer frente a un enfermo mental cuyo grado de discapacidad irreversible es de tan alto nivel que no puede ni siquiera expresarse, donde el médico dice que ya no cuenta con discernimiento? ¿Es posible pensar que ese sujeto es plenamente capaz en ejercicio? Si se piensa de ese modo, entonces ¿por qué se le tiene que designar un apoyo judicialmente? ¿O es que se piensa que sí tiene discernimiento pero que no lo puede dar a conocer? Y en todo caso, no queda bien en claro cómo proceder en el supuesto en que el sujeto no cuente con persona alguna en su alrededor, pareciendo que será el Estado quien tendrá que ver cómo se hace cargo de tal situación (*cf.* artículo 846° del código procesal civil).³ En la misma senda no queda bien en claro cómo es que este sujeto tiene plena capacidad y un adolescente menor de 16 años es un incapaz absoluto. Mírese este tema desde la óptica penal y se entenderá lo que pretendemos decir.

Otro aspecto es el referido a los presupuestos en los que se basa el modelo. Como se conoce bien, los presupuestos deben ser válidos y verdaderos, porque en caso contrario toda la construcción se viene abajo (*cf.* Bunge 1972, 195-196, 203, 214,225; Piscoya Hermoza 1995, 108 y ss.).

Al respecto, diremos que uno de los presupuestos del que se parte en este modelo es seriamente discutible, pues según la Convención es un elemento necesario y fundamental para modificar la realidad social; y decimos discutible porque su punto de partida es la siempre cuestionada creencia de la omnipotencia de la ley (*cf.* Bunge 2000), es decir, se parte de creer que la legislación va a cambiar a la sociedad, cuando parece que en la realidad la influencia se manifiesta más bien de la sociedad hacia la ley. O sea, hace bastante tiempo ya se entendió que el derecho debe procurar regular la sociedad, pero es mucho más simple que el derecho vaya acogiendo las

³ Es interesante ponerse a reflexionar sobre el presente modelo y las relaciones que se han ido dando entre el Estado y los sujetos. Se conoce que en un inicio el Estado sometía a los sujetos de modo tal que estos reaccionaron “desterrando” al Estado, naciendo así los derechos civiles y políticos. Luego el sujeto se dio cuenta de que necesitaba del Estado para alcanzar algunos derechos, pues hay algunos –los económicos, sociales y culturales- que individualmente no los podrá conseguir, por lo que pidió al Estado acercarse un poco nuevamente. Finalmente, entre el Estado y el sujeto se tuvo que generar una cooperación para alcanzar el mejor bienestar entre ellos y otros Estados y sujetos, naciendo así los derechos de la tercera generación. Ahora pareciera ser que estamos de regreso a la primera etapa pero donde el sometido es el Estado frente al sujeto, afirmación que no es del todo ajena pues también se ha vislumbrado con anterioridad que llegará la época en que el Estado tendrá que asumir su responsabilidad de hacerse cargo de todos los sujetos que no pudieron incorporarse a la sociedad y cumplir un rol dentro de la colectividad justamente por las deficiencias y omisiones de los gobernantes (*cf.* Aranguren 1999).

instituciones que se presentan en la realidad y las regule adecuadamente que pensar que la sola dación de una ley va a cambiar a la sociedad.

Otro presupuesto sumamente discutible es el manifestado en el punto 14 de la Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 19 de mayo de 2014 donde se afirma que:

El concepto de capacidad mental es, de por sí, muy controvertido. La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación.

Definitivamente esta afirmación no nos parece acertada. Decir que la capacidad mental, medida siempre desde el punto de vista médico, es más bien un fenómeno que depende de los contextos sociales y políticos no es correcto. Es decir, el hecho de que una sociedad discrimine a un sujeto con discapacidad es una cosa, pero otra muy distinta es que se afirme que la capacidad mental depende del contexto socio-político.

De ser esto totalmente cierto, entonces, cómo es que se va a determinar quién necesita apoyo y ajuste razonable y quién no. Si el punto de partida es que todos son capaces, cuál debe ser la base para un juez, en el caso en que el pedido lo haga, sobre todo, un tercero distinto al sujeto con discapacidad.

Dicho de otro modo, si bien es cierto es necesario corregir algunos actos discriminatorios hacia las personas con discapacidad, pero para ello no es ni adecuado ni prudente afirmar que su discapacidad está en la sociedad y no en el sujeto. En todo caso, el sujeto tiene una discapacidad y parte de la sociedad necesita entender tal situación y facilitarle un desarrollo con los ajustes razonables que fuera menester, pero esto es otra cosa.

3. EL CAMBIO EN EL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD

El Decreto Legislativo 1384 ha sido denominado como la ley que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

Y conforme a las modificaciones introducidas, el resultado final se muestra en el siguiente cuadro:

CUADRO 1: VARIACIÓN DE LA CAPACIDAD CON LA VIGENCIA DEL D. LEG. 1384

SUPUESTO	ANTES			AHORA					
	Situación	Art	Medida	Situación	Art	Medida			
Mayor de 18	Capacidad plena de ejercicio	42	¿?	Capacidad de ejercicio plena	42				
Casado mayor de 14 (16) años									
Ejerce paternidad									
Mayores de 14 (solo para reconocimiento, gastos de embrazo, tenencia, alimentos, filiación extramatrimonial)		46			¿?		¿42?		
Mayor de 16 años con título de profesión u oficio									
Entre 16 y 18 años	Incapacidad relativa de ejercicio	44.1	Patria potestad o tutela (45, 502)	Capacidad de ejercicio restringida	44.1	Patria potestad o tutela (45-A, 502)			
Retardado mental		44.2	Curatela con interdicción (45, 564, 566)	Capacidad de ejercicio plena	42	Con voluntad: apoyo y salvaguardias judicial o notarial (45-B.1) Sin voluntad: apoyo y salvaguardias judicial (45-B.2, 659-E)			
Deterioro mental		44.3							
Pródigo		44.4					Capacidad de ejercicio restringida	44.4	Curatela con interdicción (45-A, 581)
Mal gestor		44.5							
Ebrio habitual		44.6							
Toxicómano		44.7	Curatela sin interdicción (45, 564, 566)	44.8	Curatela sin interdicción (45-A)				
Penado con interdicción civil anexa		44.8							
Estado de coma sin apoyo		¿?			44.9	Apoyo y salvaguarda previo (45-B.4) o judicial posterior (45-B.5, 659-E)			
Menor de 16 años, salvo excepciones		Incapacidad absoluta de ejercicio	43.1	Patria potestad o tutela (45, 502)	Incapacidad absoluta de ejercicio	43	Patria potestad o tutela (45-A, 502)		
Privado de discernimiento	43.2		Patria potestad, tutela o curatela (45, 502, 564)	Capacidad de ejercicio plena	42	(sin voluntad) apoyo y salvaguardias judicial (45-B.2, 659-E)			
<i>Personas con discapacidad que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable</i>	43.3					(con voluntad) apoyo y salvaguardias judicial o notarial (45-B.1)			

Ahora corresponde mostrar unos pocos dilemas generados por esta serie de cambios en algunas de las ramas del derecho civil sobre todo no patrimonial, siguiendo la estructura de nuestro código sustantivo, pues al tocar el tema de la capacidad de las personas con discapacidad, tangencialmente se ha afectado también a otros sujetos, e indirectamente a todas las esferas del derecho civil.

EN EL DERECHO DE PERSONAS

4. ¿CASADOS MAYORES DE 14 AÑOS?

El nuevo artículo 42° que regula la capacidad de ejercicio plena ahora dispone:

Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.

Sobre esto, en el Perú no se posible el matrimonio de un sujeto entre los 14 y 16 años. Por tanto, lo dispuesto en el modificado artículo 42° del código civil no es viable, al menos en ese tramo etario.

En efecto, el matrimonio solamente es posible en el Perú desde los 16 años conforme al artículo 241° que dispone que no pueden contraer matrimonio los adolescentes salvo cuando el juez por motivos justificados dispense su celebración siempre que los contrayentes tengan como mínimo 16 años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse.

Por tanto, la introducción hecha de que un sujeto entre 14 y 16 años tiene plena capacidad de ejercicio es irreal.

5. LA CAPACIDAD DE QUIENES EJERCITEN LA PATERNIDAD

Nuevamente, el mismo artículo 42° que regula la capacidad de ejercicio plena, reza ahora:

Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.

Con esta nueva regulación surge la duda de qué se entiende por la construcción “quienes ejerciten la paternidad”, pues puede referirse a quienes hayan tenido hijos o a quienes al tener hijos se han hecho plenamente responsables de ellos.

Si se toma partido por la primera postura, o sea, la que basta tener un hijo para ser plenamente capaz, hay que tener en cuenta que la diferencia con quienes han contraído matrimonio es que, en este caso, el matrimonio requiere de una serie de pasos en los cuales el sujeto tiene que meditar si se

casa o no. En cambio, hoy en día el que un adolescente pueda tener relaciones y procrear, se puede lograr sin tener un grado de madurez mínimo.

Es cierto que lo perseguido por el legislador es que el adolescente que ya ha tenido un hijo necesita contar con la capacidad plena para actuar por sí solo y en defensa de su vástago. Pero conociendo la realidad peruana, hay muchos adolescentes que han tenido hijos sin tener plena conciencia de lo que han hecho y peor aún, no se hacen cargo de los hijos procreados. El cuestionamiento, entonces, es si el legislador no está acaso premiando la irresponsabilidad, pues permite que este sujeto que no se hace cargo de su hijo, tenga plena capacidad para otros asuntos.

Por ello pareciera que la segunda interpretación es la más acorde, es decir, aquella por la cual “ejercicio de la paternidad” debe entenderse, justamente, como el ejercicio real y responsable de la paternidad. Aunque, evidentemente este tema nos traslada al caso del adolescente no progenitor pero que se hace cargo de otro menor como si fuera el padre, por ejemplo, el caso del hermano mayor. Si seguimos la misma línea, se tiene que este tipo de sujetos debieran contar con la plena capacidad de ejercicio, pero la dificultad es, definitivamente, el tema de probanza, además de la literalidad de la ley.

6. ¿Y EL QUE TIENE TÍTULO Y ES MAYOR DE 16 AÑOS?

Según el artículo 46° el que obtiene título oficial que le autorice para ejercer una profesión u oficio tiene plena capacidad de ejercicio. Pero según el modificado artículo 42° este supuesto ya no está contemplado entre quienes tienen capacidad de ejercicio plena.

La pregunta, entonces, es si este tipo de sujetos ha perdido o no la capacidad de ejercicio plena, pues la redacción del nuevo artículo 42° parece insinuar ello, sobre todo porque habla de modo excepcional.

En realidad, creemos que no, porque de ser así, se debió derogar o modificar el artículo 46°, cosa que no se ha hecho.

Pero en todo caso, es menester precisar que un supuesto de tal naturaleza era viable meridianamente en el año de dación del código civil, pero prácticamente improbable en la actualidad. Es decir, es casi imposible que un adolescente antes de los 18 años cuente con un título que lo autorice para ejercer una profesión u oficio.

En ese sentido, desde el plano real no parece que pueda traer mayores complicaciones dicha modificación, aunque desde el plano formal lo ideal sería evitar todo tipo de antinomia.

EN EL ACTO JURÍDICO

7. LA DIFICULTAD SOBRE EL SUJETO EN EL ACTO JURÍDICO

El actual artículo 140° inciso 1 del código civil refiriéndose al acto jurídico ahora dice:

(...) Para su validez se requiere: 1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley. (...)

Por tanto, quien tenga plena capacidad de ejercicio puede celebrar un acto jurídico.

Y siguiendo la línea actual, el artículo 221°, al regular las causales de anulabilidad negocial reza:

El acto jurídico es anulable: 1.- Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44. (...).

Y con lo cual se guarda coherencia.

Sin embargo, en el artículo 219° que regulaba las causales de nulidad, se ha derogado el numeral 2 que aludía que el acto jurídico es nulo cuando sea practicado por persona absolutamente incapaz.

El error es patente por dos motivos.

Primero porque el modelo actual ha mantenido a la figura de la incapacidad absoluta de ejercicio para los casos de menores de 16 años. Por tanto, debió mantenerse o en todo caso aludir a que el negocio será nulo cuando sea practicado por un incapaz absoluto por ser menor de 16 años de edad.

Y segundo porque no es dable que se exija en el artículo 140° como requisito de validez del acto jurídico la plena capacidad de ejercicio y no se sancione con nulidad la ausencia de tal componente en el artículo 219°.

Sobre esto se podrá decir que al exigir el artículo 140° la plena capacidad de ejercicio para la validez del negocio, no hay inconveniente en entender que el negocio no vale si es que es celebrado por un sujeto que no cuenta con dicha capacidad plena de ejercicio.

Lamentablemente la realidad nos ha enseñado que tal concepción no es del todo sencilla.

A modo de ejemplo tenemos el caso de la hipoteca donde nuestra legislación exige como requisito de validez que se constituya por inscripción registral,⁴

⁴ Artículo 1099°.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:

- 1.- Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.
- 2.- Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.

sin embargo, nuestra judicatura en más de una oportunidad ha dicho que la hipoteca puede constituirse por escritura pública sin necesidad de inscripción y hasta por un simple documento privado.⁵

Otro ejemplo es la disposición de bienes conyugales por uno solo de los cónyuges. Como se puede ver el artículo 315° exige la participación de ambos cónyuges para la disposición de bienes conyugales. Este tema que siempre se trabajó como un supuesto de nulidad, porque eso se infería de la lectura del artículo mencionado, hoy en día es hasta materia de un Pleno Casatorio, y ya encontramos sentencias que deciden que un acto jurídico de tal naturaleza no es nulo porque no lo sanciona de ese modo la ley.

Por lo dicho, la derogación sin más del inciso 2 del artículo 219° no es saludable.

8. SOBRE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

El artículo 140° es el que regula la manifestación de voluntad diferenciando a la voluntad expresa de la tácita.

El primer cambio, entendible por el modelo, es que ya no solo será voluntad expresa la escrita o la oral manifestada a través de cualquier medio, sino también se incluye al lenguaje de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.

En este sentido, debe entenderse que esta opción de lenguaje de señas o medio alternativo, es solo para los sujetos que no pueden expresarlo de modo oral o escrito en sentido estricto. Por ejemplo, si alguien pudiese hablar, no sería dable que manifestase su voluntad a través de un gesto o señales, pues en ese caso estaríamos más bien ante una voluntad tácita.

En síntesis, el lenguaje alterno ha sido previsto no para quien tiene la facultad de expresarse con normalidad, sino para permitir que todos los sujetos que sufren de alguna discapacidad tengan la oportunidad de expresarse.

3.- Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble. (énfasis agregado).

⁵ Según la Casación 1276-01-Lima, como el artículo 1098° del código civil no sanciona con nulidad a la exigencia de que sea otorgada mediante escritura pública, ella constituiría solamente una formalidad *ad probationem*. En igual sentido tenemos a la Casación 1618-99-Lima y ello se debe a que nuestro código al regular la formalidad de la hipoteca en su artículo 1098° no sanciona con nulidad el hecho de no constituirla por escritura pública. No obstante, el artículo 1099°, en su inciso 3 exige para la validez de la hipoteca que esta sea inscrita en Registros Públicos, por lo que la formalidad, en estricto, es la inscripción registral del negocio.

El segundo cambio versa sobre la voluntad tácita. Originalmente se hablaba de voluntad tácita cuando la voluntad se infería indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelaban su existencia. Ahora es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de la vida que revelan su existencia.

Como se puede ver el cambio se refiere exactamente a lo mismo, es decir a un comportamiento que refleja que internamente el sujeto ha querido concederle un sentido a su voluntad. Sin embargo, la construcción original era más amplia pues hablaba de comportamientos que revelaban la existencia de la voluntad, mientras que la versión actual exige que dichas conductas sean reiteradas en la historia de vida del sujeto.

Aun así, nos parece que como se ha mantenido la primera parte del supuesto de hecho normativo -es decir la referida a la simple actitud- consideramos que no se ha manifestado un cambio sustancial, añadiendo que, en todo caso, la versión original era plenamente adaptable para los sujetos con discapacidad, por lo que el cambio no nos parece necesario.

9. SOBRE LA CAPACIDAD DE EJERCICIO RESTRINGIDA EN BENEFICIO PROPIO

Un último cambio en materia de acto jurídico corresponde al artículo 226° del código civil. Dicho artículo originalmente rezaba:

La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común.

Con el Decreto bajo examen el nuevo texto dice así:

Cuando hubiere más de un sujeto que integre una misma parte, la capacidad de ejercicio restringida del artículo 44 de uno de ellos no puede ser invocada por la otra que integre la misma parte, salvo cuando es indivisible la prestación o su objeto.

Como se puede apreciar en el texto original, por ejemplo, si se celebraba un contrato con un menor de edad, dígame de 17 años, pero sabiendo que era menor de edad, la otra parte que conocía de esta situación, no podía utilizar tal escenario para salir beneficiado.

Ahora la figura ha cambiado. Así, el ejemplo refiere el caso en que un sujeto con capacidad restringida que se une a otro para comprometerse ante un tercero. Por ejemplo, un menor de 18 años y mayor de 16 (o un pródigo, un mal gestor, un ebrio habitual, un toxicómano, un penado con aneji3n de interdicci3n civil o un sujeto en estado de coma) se junta con otro sujeto con plena capacidad de ejercicio y ambos contratan con un tercero tambi3n

plenamente capaz. En este caso el segundo sujeto no puede luego retractarse de su obligación so pretexto de que junto al él está un sujeto con capacidad de ejercicio restringida. Por ende, este está obligado a cumplir con la obligación que voluntariamente aceptó, no pudiendo acudir a la anulabilidad del contrato a base del artículo 221° del código civil, porque justamente él sabía o debía saber que en su polo contractual había un sujeto con capacidad de ejercicio restringida.

Como acabamos de ver, se sanciona el actuar o doloso o culposo, pues no interesa si es que este sujeto sabía o no que un sujeto con incapacidad de ejercicio restringida contrataba junto a él.

Pero el primer problema que se presenta es que el artículo solamente habla de los sujetos con capacidad de ejercicio restringida, es decir, los que se conocían como incapaces relativos, pero ¿y qué sucede con un incapaz absoluto?

En efecto, como ya hemos visto, dentro de los supuestos de incapaces absolutos subsiste el caso del menor de 16 años. Según el nuevo texto, si junto a mí contrata un chico de 15 años, para con un tercer sujeto, luego yo sí podría escudarme en que mi conformante de parte es incapaz absoluto y, por tanto, solicitar la nulidad del contrato, saliendo beneficiado con mis propios actos, lo cual va contra la doctrina de los actos propios.

Este dilema no se presentaba en el articulado original pues este, por su redacción, abarcaba a ambos tipos de incapaces (absolutos y relativos), con el mismo resultado (aunque también se ha dicho que aludía únicamente a los incapaces relativos, pues la nulidad puede ser intentada por cualquiera que acredite interés. Cf. Palacios Martínez 2003).

En fin, lo rescatable es que la excepción hecha en el articulado del texto original ha sido precisada por la redacción actual, pues la inicial, de por sí, era ininteligible.

EN EL DERECHO DE FAMILIA

10. LOS “*INCAPACES RELATIVOS*” Y SU TRATAMIENTO ACTUAL

Estrechamente conectado al derecho de personas es menester revisar las medidas establecidas para los antes llamados *incapaces relativos de ejercicio* regulados en el artículo 44 del código civil, pues se ha generado un sistema mixto en donde coexisten; la patria potestad, la tutela, la curatela con interdicción, la curatela sin interdicción y el sistema de apoyo y salvaguardia voluntario (notarial) y judicial.

- ✓ Para el caso del *menor de 18 años* pero mayor de 16 se le considera ahora un sujeto con capacidad de ejercicio restringida y la medida sigue siendo la patria potestad o la tutela, ello conforme a los artículos 45-A y 502 del código civil.
- ✓ Para el caso del *retardado mental* que antes le correspondía la curatela con interdicción, según los artículo 45, 564 y 566) ahora es considerado un sujeto con plena capacidad de ejercicio y la medida es la de apoyo y salvaguardia judicial o notarial si es que cuenta con voluntad, o de apoyo y salvaguarda judicial si es que no cuenta con ella, en virtud de los artículos 45-B incisos 1 y 2 y 659-E). No está demás decir que genera más de una incertidumbre el supuesto por el cual puede existir un sujeto con discapacidad que es considerado como plenamente capaz de ejercicio pero que no pueda expresar su voluntad, sobre todo si lo comparamos con un menor de 16 años que sigue siendo considerado un incapaz absoluto.
- ✓ Exactamente lo mismo es para el caso de quien sufre *deterioro mental* a quien antes le correspondía la curatela con interdicción, según los artículo 45°, 564 y 566, pero ahora es considerado un sujeto con plena capacidad de ejercicio y la medida es la de apoyo y salvaguardia judicial o notarial si es que cuenta con voluntad, o de apoyo y salvaguarda judicial si es que no cuenta con ella, en virtud de los artículos 45-B incisos 1 y 2 y 659-E.
- ✓ Para el caso del *pródigo*, originalmente considerado incapaz relativo cuya medida era la de curatela con interdicción conforme a los artículos 45, 564 y 566, ahora se le concibe como un sujeto con capacidad de ejercicio restringida pero la medida sigue siendo la curatela con previa interdicción, ello según los artículos 45-A y 581.
- ✓ Exactamente lo mismo sucede con el *mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano*.
- ✓ Y en el caso del *penado con interdicción civil anexa* considerado como incapaz relativo de ejercicio y cuya medida era la curatela sin interdicción (porque ya estaba anexa a la pena), conforme a los artículos 45. 564 y 566, ahora es considerado un sujeto con capacidad de ejercicio restringida y la medida pertinente sigue siendo la curatela sin interdicción, según el artículo 45-A.
- ✓ Por último, tenemos al *sujeto en estado de coma*. Este sujeto no estaba contemplado en el texto original del código civil y ahora es considerado un sujeto con capacidad de ejercicio restringida. Y la medida dependerá

de su situación. Si este sujeto antes de caer en estado de coma tuvo la previsión de nombrar un apoyo, entonces la medida es justamente la de apoyo y salvaguardia previamente designado por él mismo, en virtud del artículo 45-B numeral 4. Pero si no designó apoyo alguno la medida será la de apoyo y salvaguardia designado posteriormente de modo judicial.

11. LOS “*INCAPACES ABSOLUTOS*” Y SU TRATAMIENTO ACTUAL

En el artículo 43 del código civil se hablaba de los incapaces absolutos. Originalmente se contemplaba bajo sus supuestos a tres tipos de sujetos: los menores de 16 años, los privados de discernimiento y las personas con discapacidad que no podían expresar su voluntad de modo indubitable. Veamos cómo ha quedado en la actualidad.

- ✓ El menor de 16 años era considerado incapaz absoluto y se sujetaba a la patria potestad o tutela conforme a los artículos 45 y 502 del código civil. Luego de la entrada en vigencia del Decreto en estudio, su situación es prácticamente la misma, sigue siendo considerado incapaz absoluto porque el inciso 1 del artículo 43 sigue vigente y se sujeta a la patria potestad o a la tutela según el caso, conforme a los artículo 45-A y 502.
- ✓ El sujeto privado de discernimiento considerado como incapaz absoluto ahora es tenido como un sujeto con capacidad de ejercicio plena, pero al no tener discernimiento, no cuenta con voluntad, por tanto, la medida que le corresponde es la de apoyo y salvaguardia judicial conforme a los artículos 45-B numeral 2 y 659-E.

En este espacio llama la atención los casos de las personas cuyo discernimiento prácticamente es nulo porque su estado mental es tan paupérrimo que les impide ya no solo pensar sino expresar lo que sienten. Es decir, se trata de sujetos frente a los cuales no es posible conocer su voluntad porque hasta médicamente ya no la tienen. Como se entiende, en estos casos la medida más idónea debió seguir siendo la interdicción, sin embargo, ello no es posible con la modificación legislativa, sobre todo si la parangonamos con el sujeto en estado de coma.

En tal sentido, lo que corresponde es que cualquier persona o familiar del sujeto (porque el propio individuo ya no puede) solicite la designación de apoyos y salvaguardias para este sujeto, los cuales bien podrían recaer en parientes cercanos.

En este punto viene en ayuda el numeral 21 de la Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 19 de mayo de 2014 donde se afirma que:

Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del "interés superior" no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.

No obstante, la cosa se complica cuando ningún pariente quiere hacerse cargo, o, peor aún, cuando se desconoce si se cuenta con algún pariente, caso en el cual el Ministerio Público es el llamado a solicitar los apoyos y salvaguardias. En estos casos pareciera que la responsabilidad deberá recaer en alguna institución, sobre todo estatal, dado que las privadas, por lo regular, cobrarán por los servicios a prestar.

- ✓ Por último, el supuesto de las personas con discapacidad que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable fue derogado el 24 de diciembre del año 2012 a través de la Ley 29973 – Ley general de la persona con discapacidad, asumiendo que todas ellas, de una u otra manera, podían expresar su voluntad. Por ello son consideradas ahora como sujetos con plena capacidad de ejercicio y la medida correspondiente es la de apoyo y salvaguardia judicial o voluntaria, es decir que puede fijarse notarialmente, según el artículo 45-B inciso 1.

12. LOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR LA INTERDICCIÓN

El original artículo 583 del código civil regulaba que podían pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público.

Ahora, sabiendo que la interdicción se ha mantenido únicamente para los casos del pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano, el texto modificado refiere que pueden pedir la interdicción de la persona con capacidad de ejercicio restringida según el artículo 44 numerales del 4 al 7, su cónyuge, sus parientes o el Ministerio Público.

Es decir, en esencia no ha habido mayor modificación.

Sin embargo, conforme a los avances, sobre todo constitucionales acerca de la estructura de la familia, nos parece que bien pudo incluirse al conviviente como un sujeto legitimado para incoar la interdicción de esta clase de sujetos.

13. CONTRADICCIÓN EN LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 569°

Es llamativo el caso del artículo 569° del código civil. En efecto, en el artículo 659°-B del Decreto en estudio se elabora la definición de apoyos y se dice que los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

Y siguiendo la línea del modelo se agrega que el apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 569°, que refiere el caso de la prelación de la curatela legítima.

Y se culmina afirmando que cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

Como acabamos de ver, se recurre al artículo 569° del código civil. No obstante, en la Única Disposición Complementaria Derogatoria se dispone la derogación del artículo 569° del código civil, lo cual es absurdamente contraproducente.

EN EL DERECHO SUCESORIO

14. SOBRE LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA

El artículo 687° el código civil originalmente mandaba:

Son incapaces de otorgar testamento:

- 1.- Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.
- 2.- Los comprendidos en los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2, 3, 6 y 7.
- 3.- Los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este acto.

Con la dación del Decreto Legislativo en estudio, ahora el inciso 2 ha sido modificado y ha quedado del siguiente modo:

Son incapaces de otorgar testamento:

- 1.- Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.
- 2.- Los comprendidos en el artículo 44 numerales 6, 7 y 9.**

3.- Los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este acto.

Veamos, los incisos 2 y 3 del artículo 43° han sido derogados, por tanto, es entendible que se hayan suprimido tales supuestos del artículo 687°. En todo caso, con claridad se cuenta con el inciso 3 de este último artículo donde se excluye a quien carece de la lucidez mental y de la libertad suficiente para el otorgamiento del acto.

Evidentemente, la permanencia de este último inciso puede parecer hasta contraproducente parcialmente si se lo compara con los incisos derogados del artículo 43°, sobre todo el 2 que refería a quien se encontrase privado de discernimiento.

Por otro lado, se han suprimido los incisos 2 y 3 del artículo 44°, pues justamente tales han sido derogados, ya que aludían a los retardados mentales y a lo que adolecieren de deterioro mental, sujeto que ahora son considerados como plenamente capaces.

Por último, se ha incluido al sujeto que está en estado de coma quien, por evidentes razones, no podrá otorgar testamento, ni siquiera con apoyos porque el testamento es un acto personalísimo e indelegable conforme se manda en el artículo 690° del código civil, si bien este supuesto podría comprenderse dentro del inciso 3 del artículo 687°.

15. SOBRE LAS FORMALIDADES DEL TESTAMENTO PÚBLICO

Como se conoce bien, el testamento es un acto jurídico solemnísimos, y de entre todos los tipos existentes en nuestra legislación, al que más exigencias formales se le imponen es al testamento otorgado por escritura pública.

Sobre ello el artículo 696° del código civil disponía:

Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

- 1.- Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles.
- 2.- Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.
- 3.- Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.
- 4.- Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.
- 5.- Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.

6.- Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de un intérprete.

7.- Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.

8.- Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.

Con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1384, el artículo ha quedado modificado del siguiente modo:

Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

1.- Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles.

2.- Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad, en caso lo requiera. Si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.

3.- Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.

4.- Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.

5.- Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.

6.- Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera.

7.- Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.

8.- Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.

9.- Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez.

El cambio en el inciso 2 es entendible y loable pues justamente con apoyos o ajustes razonables el sujeto con discapacidad podría dar a conocer su última voluntad al notario.

En cuanto al inciso 6, es de hacer notar que tal ya fue modificado previamente por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 29973 hacia el 24 diciembre 2012, cuyo texto original decía: *Que*

durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión de su voluntad

Ahora se dice que cuando el testador tiene alguna discapacidad se debe recurrir a los ajustes razonables o apoyos que sean necesarios para verificar la expresión de la voluntad.

El último punto si trae controversia. Como se puede observar allí se dice que el apoyo de la persona con discapacidad puede ser beneficiario del testamento para lo cual se requiere consentimiento del juez.

El primer dilema surge de que el legislador original dispuso que no podían ser beneficiados con las disposiciones testamentarias quienes participasen del acto, tal y como se manda en el artículo 688° del código civil, justamente para evitar cualquier suspicacia en el acto de otorgamiento, donde se perseguía una absoluta independencia e imparcialidad del testador.

En el caso de la persona con discapacidad se podría entender tal permisión desde que el apoyo puede ser un sujeto que ayude continuamente a la persona con discapacidad, a diferencia del notario o los testigos. Sin embargo, creemos que en casos como estos es mejor que el testador previo al faccionamiento de su testamento disponga algún pago como contraprestación o si se desea una liberalidad a favor de su apoyo, es decir, a través de un acto *inter vivos*; impidiendo las disposiciones a favor de todo aquel que ha participado en el acto, y manteniendo con ello incólume la voluntad del testador, pues no se olvide que detrás siempre habrá sujetos que intentarán la nulidad, que por menores cosas se ha visto en la realidad.

Claro que el legislador exige contar para ello con el consentimiento del juez; entonces es cuando surge el segundo dilema consistente en averiguar cómo es que se consigue tal consentimiento. Aparentemente el mecanismo sería a través de un proceso no contencioso.

16. SOBRE EL TESTIGO TESTAMENTARIO A RUEGO

En el artículo 697° del código civil se regula la figura del testigo testamentario a ruego. El texto original de dicho aludía al testador invidente, sordo e impedido de firmar y mandaba:

Si el testador es ciego o analfabeto, deberá leérsele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es sordo el testamento será leído en alta voz por él mismo, en el registro del notario. Si el testador no sabe o no puede firmar lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento

Posteriormente, con la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 29973 se modificó tal artículo quedando su texto de la siguiente manera y refiriéndose al testigo testamentario a ruego:

Si el testador es analfabeto, deberá leersele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia visual, el testamento podrá ser leído por él mismo utilizando alguna ayuda técnica o podrá leersele el notario o el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, el testamento será leído por él mismo en el registro del notario o con el apoyo de un intérprete. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento.

Ahora con la última modificación el citado artículo manda:

Si el testador es analfabeto, deberá leersele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a través del uso de la huella dactilar, de todo lo cual se mencionará en el testamento. En caso no tenga huella dactilar, el notario debe hacer uso de cualquier otro medio de verificación que permita acreditar la identidad del testador.

Como se puede apreciar este artículo se aleja del modelo traído por el Decreto en estudio, pues en poco o nada aporta sobre el tema del modelo social de discapacidad, ya que alude al caso del analfabeto.

El primer cambio obedecía a que se buscaba tratar de modo similar a un testador común con aquel que contaba con alguna discapacidad, intentado evitar tratos discriminatorios. Sin embargo, el facilitar el otorgamiento de un testamento a un invidente o con cualquier otra discapacidad no nos parecía un trato discriminatorio sino un trato diferenciado que se hacía necesario regular.

Pero la modificación actual y final, nada tiene que ver con una persona con discapacidad.

En fin, ya no se entiende por qué se ha seguido manteniendo la sumilla de testigo testamentario a ruego, cuando la nueva regulación nada dice al respecto.

17. SOBRE LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD TESTAMENTARIA

El artículo 808° del código civil regula el supuesto de nulidad y anulabilidad del testamento a base de la capacidad del sujeto, recordando que estamos frente a un requisito de uno de los presupuestos negociales

La redacción original decía:

Es nulo el testamento otorgado por incapaces menores de edad y por los mayores enfermos mentales cuya interdicción ha sido declarada. Es anulable el de las demás personas incapaces comprendidas en el artículo 687.

Ahora el artículo reza:

Es nulo el testamento otorgado por menores de edad. Es anulable el de las demás personas comprendidas en el artículo 687.

Como se observa, para la nulidad ya no se habla de incapaces sino únicamente de menores de edad, lo cual guarda concordancia parcial con el modelo, por el cual se entiende que los menores de edad propiamente no son incapaces sino que son sujetos cuya capacidad está en construcción o consolidación.

No obstante, como ya vimos, esto no es del todo concordante, primero, con el inciso 1 del artículo 43° donde se sigue designando a los menores de 16 años como incapaces absolutos de ejercicio; y segundo, con el derogado numeral 2 del artículo 219° que aludía a la nulidad del acto jurídico por incapacidad absoluta del agente.

Siguiendo el modelo propuesto es entendible que se haya retirado a los mayores enfermos mentales cuya interdicción ha sido declarada, porque justamente ya no existe el proceso de interdicción para este tipo de sujetos.

Y, por último, para el caso de la anulabilidad se remite a los supuestos contemplados en el artículo 687° que ya se detalló donde se han consignado una serie de cambios acordes al modelo propuesto, y que, en todo caso, en el presente artículo se ha suprimido la voz “incapaces”.

EN MATERIA PROCESAL

18. SOBRE LA COMPETENCIA

En cuanto a la competencia territorial, conforme al artículo 21° del código procesal civil, ya modificado, en materia de patria potestad, tutela, curatela y designación de apoyos, se trate o no de asuntos contenciosos, es competente el juez del lugar donde se encuentran las personas con discapacidad y aquellas contempladas en los artículos 43° y 44° del código civil.

Pero el problema mayor se hace presente sobre la competencia por materia, pues el tema de interdicción ha venido siendo competencia de los jueces de familia.

Ahora surge la duda de si le corresponde conocer al juez civil, al de paz letrado o al de familia.

El artículo 4º del Decreto Legislativo 1384 dispone la modificación de los artículos 21, 24, 61, 66, 79, 207, 408, 446, 451, 581, 583, 749, 781, 782, 827 del código procesal civil.

En ese sentido, el artículo 749º de dicho cuerpo normativo ha sido modificado incorporando el numeral 13 dentro de los procesos no contenciosos, de tal modo que ahora el citado artículo ha quedado del siguiente modo:

Artículo 749.- Se tramitan en proceso no contencioso los siguientes asuntos:

1. Inventario;
2. Administración judicial de bienes;
3. Adopción;
4. Autorización para disponer derechos de incapaces;
5. Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta;
6. Patrimonio familiar;
7. Ofrecimiento de pago y consignación;
8. Comprobación de testamento;
9. Inscripción y rectificación de partida;
10. Sucesión intestada;
11. Reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero.
12. Las solicitudes que, a pedido del interesado y por decisión del Juez, carezcan de contención; y
- 13. La designación de apoyos para personas con discapacidad.**
14. Los que la ley señale.

Con ello entonces, indudablemente el trámite de designación de apoyos es un proceso no contencioso.

Ahora bien, el artículo 750º del código adjetivo, que ha mantenido su texto original dispone:

Artículo 750.- Son competentes para conocer los procesos no contenciosos, los Jueces Civiles y los de Paz Letrados, salvo en los casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales o a Notarios.

En el proceso no contencioso es inaplicable la competencia por razón de turno.

La competencia de los Juzgados de Paz Letrados es exclusiva para los procesos de inscripción de partidas y para los que contienen en la solicitud una estimación patrimonial no mayor a cincuenta unidades de referencia procesal. Los procesos de rectificación de partidas podrán ventilarse ante los Juzgados de Paz Letrados o ante Notario.

De esto, entonces, se desprende que los juzgados de familia ya no serían competentes para resolver un caso de apoyo y salvaguardias, habiendo sido trasladada dicha competencia a los juzgados civiles.

La incertidumbre con respecto a los juzgados de paz letrados brota del Decreto Legislativo 1417 que promueve la inclusión de las personas con discapacidad. Este Decreto ha modificado el artículo 4° del Decreto Legislativo 1310 que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, y que en su artículo 4.4 establece que la designación de apoyos para las personas adultas mayores en sede judicial le corresponde al juez de paz letrado.

Con ello podría pensarse, por analogía, que, si para una designación de apoyos para un adulto mayor el juez competente es el de paz letrado, *a simili*, lo sería también para la designación de apoyos de otras personas que los necesiten.

No obstante, en el artículo 4.1. se precisa que cuando se trate de personas adultas mayores con discapacidad que puedan manifestar su voluntad, el trámite para la designación de apoyos se realiza conforme a las disposiciones previstas en el código civil y procesal civil; y con lo cual nos retornan a lo dicho líneas atrás.

Y en cuanto a los juzgados de familia, la duda puede resurgir si es que se tiene en cuenta que en el artículo 53° de la Ley Orgánica del Poder Judicial se afirma que los jueces de familia son competentes en materia tutelar, según el inciso e) para las pretensiones concernientes al estado y capacidad de la persona, contenidas en la Sección Primera del Libro I del Código Civil.

Dicha incertidumbre se acrecienta cuando en el literal f) del mismo artículo 53° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en materia tutelar dispone que son competentes los jueces de familia para:

f) Las pretensiones referidas a las instituciones de amparo familiar, con excepción de las concernientes al derecho alimentario, contenidas en la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil y en los Capítulos V, VI y VII del Título I del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes.

Y como el Capítulo de Apoyos y Salvaguardias se ha incorporado en el título II de la Sección Cuarta del Libro de Familia, pareciera que es competencia del juez de esta especialidad.

Sobre ello hay que tener presente que la creación de un juzgado de familia obedece a que es necesaria una especialidad para tratar los asuntos referidos justamente a las relaciones interfamiliares, a quien se le agregó la temática del derecho de menores.

Y si se atiende bien, el tema de la capacidad en sentido estricto, es un asunto civil, no familiar. Y en todo caso, si se ha venido entendiendo que se ha asignado la competencia tutelar es porque el legislador concibió que, al estar frente a un incapaz, es conveniente que uno de sus familiares cercanos (o su cónyuge) se haga cargo de él a través de la figura del curador. Ello explica la legitimidad activa para demandar la interdicción.⁶

Pero ahora, los sujetos con discapacidad mental son considerados plenamente capaces, por lo tanto, ya no está en discusión la capacidad y, además, ya no estamos ante un tema propiamente tutelar, motivo por el cual, la labor del juez de familia, en último caso, se circunscribiría únicamente a los casos de ebrios, toxicómanos, pródigos y malos gestores vía interdicción y, si se desea, al sujeto en estado de coma que no nombró apoyo oportunamente.

Además, como acabamos de mostrar, se trata ahora de un proceso no contencioso, y los únicos procesos no contenciosos que conoce el juez de familia, de conformidad con el mismo artículo 53° literal d) en materia civil son:

Los procesos no contenciosos de inventarios, administración judicial de bienes, declaración judicial de desaparición, ausencia o muerte presunta y la inscripción de partidas a que se refiere la Sección Sexta del Código Procesal Civil, si involucran a niños o adolescentes; así como la constitución de patrimonio familiar si el constituyente es un menor de edad.

Entonces, si concordamos este punto con lo dicho al inicio de este acápite no cabe duda de que, al estar ahora ante proceso no contencioso, cuya competencia no ha sido reservada legislativamente para el juez de familia, le correspondería su conocimiento al juez civil, no solo por una suerte de descarte (ya que la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye todos los procesos civiles a un juez civil, excepto los asignados a otros juzgados), sino porque el propio artículo 750° del código procesal civil así lo establece. Empero, como el literal f) del artículo 53° de la Ley Orgánica del Poder Judicial habla de las pretensiones –de modo genérico- en materia tutelar de la Sección Cuarta del Libro de Familia como parte de la competencia del juzgado de familia, queda latente la duda, la que debió resolverse en el mismo texto legislativo.

⁶ Ver artículo 583° del código civil.

Sobre este punto el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en observancia al Modelo Social de la Discapacidad aprobado por R. A. N° 046-2019-CE-PJ ha precisado, en su artículo 4.1. que el competente es el Juez de Familia respecto de las solicitudes nuevas, aunque lo malo es que da por sentado de que no hay mayor discusión conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando acabamos de ver que ello no es del todo cierto.

19. SOBRE LA TRANSICIÓN DE LOS PROCESOS

La Primera Disposición Complementaria Transitoria regula la transición al sistema de apoyos y salvaguardias del siguiente modo:

El Juez transforma los siguientes procesos a uno de apoyos y salvaguardias:

a) Aquellos procesos de interdicción que cuenten con sentencia firme donde se haya nombrado curador para la persona con discapacidad. En estos casos, con la entrada en vigencia de la presente Ley, las personas con discapacidad tienen capacidad de goce y de ejercicio, siendo aplicables las reglas establecidas en el Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil.

b) Aquellos procesos de interdicción en trámite, iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley. En estos casos, se suspende la tramitación del proceso y se aplican las reglas establecidas en el Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial establece las reglas y procedimientos necesarios para el correcto funcionamiento de la transición al sistema de apoyos en observancia obligatoria del modelo social de la discapacidad.

De la lectura de esta disposición pareciera que le corresponde al juez la adaptación de los procesos ya culminados o en trámite. Sin embargo, ello no es así, al menos en los casos en que ya están concluidos porque en la Segunda Disposición Complementaria Final se manda:

Segunda.- Restitución de la capacidad de ejercicio de las personas interdictadas

Cualquier persona puede solicitar la reversión de la interdicción de personas con discapacidad, dictada con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, por la designación de apoyos y salvaguardias.

Entonces, se entiende que los procesos ya culminados exigen la participación de cualquier interesado para lograr la reversión del caso de interdicción, por tanto, no corresponde al juez ordenar de *motu proprio* la reversión porque al estar finalizada la causa ya habría perdido competencia.

Pero en los casos que se encuentren en trámite sí correspondería la adecuación, pero como el proceso original de interdicción era a pedido de parte, entendemos que el juez debe conceder un plazo a los solicitantes y

demás intervinientes en el proceso para que expresen lo conveniente, pues no se olvide que se trata de designar un apoyo y salvaguardias cuya labor no será la misma que la del curador, por tanto, el interesado debe hacer su propuesta en tal sentido.

En síntesis, los procesos ya culminados requieren de impulso de parte para revertir lo resuelto, pero los que están en trámite requieren de la colaboración de todos los sujetos procesales para la adecuación.

Y conforme a lo mostrado en el acápite anterior, entendemos que la competencia para los casos en trámite le corresponde al juez que está conociendo la causa, es decir, el juez de familia, pues iría contra la economía procesal la derivación del caso a otro juzgador. Además, ello es conforme al artículo 8° del código procesal civil que dispone que:

La competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda o solicitud y no podrá ser modificada por los cambios de hecho o de derecho que ocurran posteriormente, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario.

Y para corroborarlo se cuenta también con la Segunda Disposición Final del mismo cuerpo normativo que dispone que las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior; las reglas de competencias, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

Pero en los casos ya culminados, entendiendo que la reversión es una nueva solicitud que debe ser evaluada bajo la nueva normatividad, la competencia será del juez designado por el Decreto bajo análisis y precisado por el Reglamento, es decir, del juez de familia, puesto que el juez original ya perdió competencia, pues no estamos propiamente ante una ejecución, sino ante una nueva pretensión.

Por otro lado, un tema adicional es el referido a la entrada en vigor de la ley, o en todo caso, el tiempo de cumplimiento de la transición (y reversión) de los procesos.

Al leer la Primera Disposición Complementaria Transitoria, pareciera que la adecuación los procesos y la aplicación del Decreto *sub examine* debe ser inmediata, pues, además, la ley no ha previsto una *vacatio legis* en su texto.

No obstante, en la última parte de esta Disposición se incorpora un párrafo que genera incertidumbre sobre ello.

En efecto, el último párrafo dispone que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial debe establecer las reglas y procedimientos necesarios para el

correcto funcionamiento de la transición al sistema de apoyos en observancia obligatoria del modelo social de la discapacidad.

Con ello, entonces pareciera que no corresponde la adecuación inmediata sino paulatina de los procesos, aunque también es cierto que ello no concuerda con el espíritu de urgencia de la ley, pues esta manda en su Primera Disposición Complementaria Final que el Reglamento tiene que emitirse dentro del plazo de 180 días y que las entidades deben adecuar sus trámites administrativos eliminando el requisito de interdicción en un plazo de 120 días, según la Segunda Disposición Complementaria Transitoria. Además, como ya anotamos, la Segunda Disposición Final del código procesal civil dispone que las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite.

COLOFÓN

Como hemos venido diciendo el modelo propuesto es interesante y entendible desde una perspectiva de las personas con discapacidad, pero como todo modelo tiene sus aciertos e imperfecciones que se pueden ir corrigiendo en el tiempo, pero que merecieron una previa etapa de preparación para su implementación.

Ciertamente, el intentar un cambio exabrupto tan repentino puede traer consecuencias que “desde el escritorio” no se pueden medir, pero que acontecerán en desmedro de los juzgadores quienes tendrán que ingeniarse para solucionar las incertidumbres que se manifiesten.

Por ejemplo, en un caso donde la interdicción se ha demandado contra la madre del incapaz, y esta se opone, no a tal declaración, sino a que se declare curador a otro pariente, porque aduce que su hijo está siendo manipulado por este y para lo cual cuenta con un informe psicológico, ¿cómo se puede lograr la transición a un proceso no contencioso?, ¿acaso se debe ordenar la extromisión de la madre? Todo ello sin perjuicio de que existe el peligro de que este sujeto vaya y designe sus apoyos en sede notarial de modo inducido.

Igualmente qué pasará si ante un notario público un sujeto designa sus apoyos, pero luego alguien aduce que este sujeto ha sido manipulado para tal declaración... ¿tendrá el notario que abstenerse por ser tema controvertido? Y de ser así, ¿cuál es el proceso judicial en un caso como este donde ya hay contienda?

Y en el supuesto en que se logren dos declaraciones notariales de apoyo por dos sujetos distintos respecto de la misma persona con discapacidad (porque les puede interesar su patrimonio), ¿cómo se debe actuar?

Además de estas interrogantes surgen otras tantas de la realidad misma, en las que el legislador posiblemente no se puso a pensar detenidamente, y se atrevió a lanzar este modelo al mar judicial cual barco donde los jueces tendrán que aprender a manejar y velar porque “no haga agua”.

REFERENCIAS

- Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones*. Lima: Pacífico Editores S.A.C., 2014.
- Albaladejo, Manuel. *Curso de Derecho Civil V - Derecho de Sucesiones*. Undécima edición. Madrid: Edisofer, 2015.
- Aranguren, José Luis L. *Ética y Política*. 2ª edición. Madrid: Biblioteca Nueva, 1999.
- Armaza Galdos, Javier. *De la Sucesión Testamentaria*. Arequipa: Adrus, 2007.
- Armaza Galdos, Javier. *Derecho Civil – Sucesiones – De la sucesión en general*. Arequipa: Adrus, 2004.
- Bunge, Mario. «El Derecho como técnica social de control y reforma.» *Isonomía*, n° 13 (octubre 2000): 121-137.
- De las Heras García, Manuel Ángel. «Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU de 2006: Personas Mayores y Derecho Civil.» *Informes Portal Mayores*. 2010.
<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/heras-discapacidad-01.pdf> (último acceso: 25 de septiembre de 2018).
- Espinoza Espinoza, Juan. *Acto jurídico negocial - Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008a.
- Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de las Personas*. 5ª edición. Lima: Rodhas, 2006.
- Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª edición. Lima: Grijley, 1994.
- Palacios Martínez, Éric. *Alegación de incapacidad en beneficio propio*. Vol. I, de *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.
- Palacios, Agustina. «El modelo social de discapacidad y su concepción como cuestión de Derechos Humanos.» *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*. enero-junio de 2017.
<http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/RCCS/article/view/2190/pdf> (último acceso: 25 de septiembre de 2018).

Palacios, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008.

Torres Vásquez, Aníbal. *Acto Jurídico*. Segunda edición. Lima: Idemsa, 2001a.

Victoria Maldonado, Jorge A. «El modelo social de la discapacidad: Una cuestión de derechos humanos.» *Revista de Derecho UNED*, n° 12 (2013): 817-833.

Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. 4ª edición - 1ª reimpresión. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1999.

**Adoção homoafetiva:
O direito de adoção por casais homoafetivos pautado em Princípios
gerais do Direito no ordenamento jurídico pátrio***

Mariana Delgado Nunes Torres Lima¹

Diogo Severino Ramos da Silva²

Sumário: Introdução. **1.** Histórico e conceito dos Princípios. **1.1.** Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **1.2.** Princípio da Igualdade e Liberdade. **1.3.** Princípio da Afetividade. **1.4.** Princípio da Convivência Familiar. **1.5.** Princípio do Melhor Interesse da Criança. **2.** Homossexualidade e Adoção. **3.** Inconstitucionalidade da Lei 12.010\09. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O presente artigo científico tem por finalidade trazer o estudo acerca da adoção homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Como fontes de referências teóricas, foram utilizados artigos de periódicos, além de dados eletrônicos capturados no Google Acadêmico e Scielo, bem como em livros que tratam do tema. Tem como objetivo demonstrar a relevância dos princípios constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico pátrio diante da ausência de norma jurídica positivada que regulamente a matéria. Observar-se-á que ainda hoje a adoção homoparental convive com obstáculos, uma vez que a concessão

* Recibido: 04 diciembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Acadêmico de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife – FICR. italolazzaro@gmail.com

² Professor de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife – FICR. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Pernambuco (OAB/PE 33.717). diogoramos.adv@gmail.com

ou não da tutela de crianças e adolescentes para casais do mesmo sexo está a cargo do magistrado e, embora os princípios gerais do direito tenham força normativa é possível que o pedido de adoção seja negado. Dessa forma, diante da insegurança jurídica que tal omissão legal sujeita esses casais é necessário entender o porquê ainda não há norma positivada que garanta a adoção homoafetiva.

Palavras Chave: Direito das famílias; adoção homoafetiva; princípios gerais do direito.

Introdução

O direito de família é um dos ramos do direito que mais sofreram modificações ao longo dos anos, a começar pela diversidade de conceitos acerca da construção da entidade familiar. As mudanças conceituais estão intrinsecamente ligadas ao modo de pensar e agir da sociedade, e nada mais justo do que os Tribunais Superiores Brasileiros acompanharem essa evolução.

Nesse toar, questões como a união homoafetiva e adoção homoparental vem sendo colocadas em pauta nos Tribunais Superiores e, embora havendo inúmeros exemplos da concessão desses direitos pautados em entendimentos jurisprudenciais, ainda existem juristas que discordem e apliquem suas decisões, a percepção contrária a esses posicionamentos.

A adoção por casais homoafetivos ainda sofre muito preconceito e discriminação tanto por parte da sociedade quanto por parte do próprio Estado, uma vez que o Poder Legislativo até os dias de hoje não se preocupou em regulamentar, de forma específica, esse instituto.

Assim, com a ausência de legislação específica e positivada no que tange a concessão ou não da adoção homoparental, os princípios dispostos no ordenamento jurídico assumem, por analogia, a função de “regulamentarem” esse tipo de adoção, ficando, dessa forma, a cargo do magistrado preencher a lacuna legal.

A problemática dessa situação é que, como não há lei que garanta a adoção para casais do mesmo sexo, o magistrado pode se valer de suas ideologias conservadoras, que, por vezes, pode se tornar discriminatória, de modo a implicar negativamente nas suas decisões, como por exemplo, a improcedência do pedido de guarda e zelo do possível adotado.

Portanto, a escassez de lei que garanta expressamente a adoção por casais homoafetivos faz com que vários direitos, tanto do adotante quando do adotado, sejam suprimidos e afastados, como, por exemplo, o do tratamento igualitário e não discriminatório, o direito a convivência familiar e o da solidariedade e liberdade familiar.

1. Histórico e conceito dos Princípios

Os princípios ganham força com o pós-positivismo jurídico e passam a ser usados como se norma jurídica fosse. No positivismo jurídico os princípios não passavam de meras orientações, contudo, com a ascensão do pós-

positivismo eles são aplicados como norma, tendo, pois, conteúdo normológico.

No positivismo a norma era interpretada de forma fria, afastando valores como a ética e a moral para a sua aplicação, ela quem ditava tudo no ordenamento jurídico independentemente do seu conteúdo, mas com o advento do positivismo, a lei abre espaços para interpretação dos princípios gerais do direito.

Nesse toar, entende-se que os princípios devem ser interpretados como verdadeira norma, e, analisando por esse ponto de vista pode-se entender que a lei deixa de ter importância, mas, pelo contrário, ela apenas tem seu conteúdo interpretativo ampliado, não perdendo, pois, seu mérito e autoridade.

A lei passou a não ser mais interpretada sozinha, mas sim com a ajuda dos princípios que são tão vinculantes quando qualquer norma jurídica, tanto é verdade essa afirmativa que hoje o direito é muito mais princípios que leis.

Seguindo essa linha de raciocínio, compreende-se que estudo e apreciação da legislação não são menos importantes que os princípios, o que aconteceu foram apenas uma equiparação hierárquica entre os dois instrumentos coercitivos.

Os princípios podem ser encontrados em todo ordenamento jurídico, tanto de forma expressa no texto de lei quanto de forma implícita, ou seja, fruto da interpretação harmônica das normas, a exemplo deste, o princípio da afetividade.

A doutrina civilista distingue os princípios fundamentais e gerais do direito dos princípios específicos ao direito civil, à primeira classe é aplicada de forma mais ampla, de modo a não ter restrições quanto a sua aplicação a qualquer ramo do direito, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, já a segunda classe é mais restrita, sendo aplicada apenas a situações pontuais do direito de família, como, por exemplo, o princípio do melhor interesse da criança.

Por fim, o presente artigo visa elencar e debater tanto a importância dos princípios gerais do direito quando os princípios específicos sob a perspectiva do direito de adoção por casais homoafetivos, uma vez que embora os princípios tenham força normativa, ou seja, devem ser aplicados como se norma jurídica fosse ainda há decisões jurídicas que negam tal direito, desrespeitando, dessa forma, vários princípios que regem, especificamente, o direito civil e constitucional.

1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana não é apenas uma das principais bases para o ordenamento jurídico pátrio, como também foi uma das mais importantes conquistas do Estado Democrático de Direito, permitindo, dessa forma, a introdução de demais direitos, como por exemplo, à liberdade e a igualdade.

A dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligada ao dever do Estado proporcionar aos cidadãos um bem estar social, garantido, assim, o essencial para uma vida com condições dignas. Contudo, não é apenas o poder Estatal que tem ônus, uma vez que o cidadão também tem seus direitos e deveres a serem executados.

Nesse toar, percebe-se também que esse princípio remete a valores morais da sociedade, porque é da junção de direitos e deveres que traz a garantia que o cidadão seja respeitado em suas questões e valores íntimos.

A Carta Magna de 1988 traz no seu art. 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana como critério fundamental para o Estado Democrático de Direito, no qual dele irão ser desmembrados demais princípios aplicáveis ao direito de família, assim, como bem afirmaram Pablo Gagliano e Rodolfo Filho:

Sob o influxo do princípio da dignidade humana, epicentro normativo do sistema de direitos e garantias fundamentais, podemos afirmar que a Constituição Federal consagrou um *sistema aberto de família* para admitir, ainda que não expressos, outros núcleos ou arranjos familiares para além daqueles constitucionalmente fixados, a exemplo da união homoafetiva. (GAGLIANO, 2014, p. 79).

E continua:

Mas, esses outros núcleos não decorrem diretamente da dignidade humana: somente por meio do reconhecimento do direito constitucional à liberdade e do reconhecimento constitucional à isonomia, o princípio maior (da dignidade da pessoa humana) se faz presente, atuando na relação concreta do direito privado. (GAGLIANO, 2014, p. 79).

Pois bem, percebe-se que a dignidade da pessoa humana traz interpretações diversas, dentre as quais irá acalentar em do seu seio demais princípios, e, que deles advenham mais direitos. Como muito bem explicado acima, a exemplo da união homoafetiva, só foi possível seu reconhecimento através de dois princípios de nasceram a partir do princípio da dignidade humana, quais sejam, o direito a liberdade e a isonomia.

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana garante, dentre outros, a igualdade entre os seres e o não tratamento discriminatório para que, dessa

forma, possa vetar e combater qualquer tipo de conduta omissiva e injusta por parte do Estado contra aqueles que, de alguma forma, não se encaixem no molde estabelecido pela maioria.

A dignidade da pessoa humana está fortemente inserida no direito de família e é justamente por isso que também está intrinsecamente enraizada no direito a adoção homoafetiva, pois, se este princípio afasta e repudia qualquer tipo de discriminação entre as pessoas, não seria nenhum pouco razoável negar este direito a casais que, como a maioria, querem ser pais através do direito que é de todos.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana traz forte lastro para a sustentação da tese de que a adoção por casais do mesmo sexo nada mais é do que o exercício do direito da isonomia e da vedação ao tratamento discriminatório, sendo estes direitos frutos do princípio maior, qual seja o da dignidade da pessoa humana.

1.2. Princípio da Igualdade e da Liberdade

O princípio da Igualdade e o princípio da Liberdade estão intrinsecamente interligados, e, por esse motivo, serão abordados no mesmo sub tópico, uma vez que não há como se falar em garantia à liberdade se não existe o tratamento igualitário entres os seres, como bem afirmou Maria Berenice Dias:

[...] O papel do direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção, e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não haverá liberdade. (BERENICE, 2015, p. 46).

Nesse toar, o princípio da isonomia corresponde à igualdade de todos perante a lei, mas respeitando as suas desigualdades, sendo, pois, um dos princípios gerais aplicáveis a todos que compõe o Estado de Democrático de Direito, como também um dos que provocou profunda transformação no direito de família.

Por sua vez o princípio da liberdade significa que pares da relação tem poder de escolha e autonomia na formação e extinção da entidade familiar, sem que haja qualquer interferência nas decisões, como bem afirma o art. 226, § 7º da CF\88.

Tais princípios estão inseridos na Carta Magna de 88, art. 5º, *caput*, como direitos fundamentais, o mesmo elenca que todos são iguais perante a lei, sem qualquer tipo de distinção, garantindo o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade.

Dessa forma, tomando como norte o direito de família, os princípios da igualdade e da liberdade, trouxeram como garantia a isonomia de gêneros, a igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem e a igualdade das entidades familiares.

A equiparação entre as classes resultou grande avanço para a justiça social, uma vez que estes sofreram historicamente com a desigualdade, como bem expôs Paulo Lôbo:

Nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto à igualdade entre homem e mulher, entre os filhos de qualquer origem e entre as entidades familiares. Todos os fundamentos jurídicos da família tradicional feneceram principalmente os da legitimidade, verdadeira *summa divisio* entre os sujeitos e subsujeitos de direito (...). (LÔBO, 2018, p. 60).

Prossegue ainda:

O Princípio da igualdade familiar está expressamente contido na Constituição, designadamente nos preceitos que tratam das três principais situações nas quais a desigualdade de direitos foi a constante histórica: os conjugues, os filhos e as entidades familiares. (LÔBO, 2018, p. 61).

Nesse cenário, podemos perceber que com a equiparação das entidades familiares, a adoção por casais do mesmo sexo ganha força e respaldo a partir dos princípios em epígrafe, uma vez que eles amarram de vez que todos tem a liberdade de constituírem um lar, independentemente se os seus membros serão homossexuais ou não, garantindo-lhes os mesmos direitos e garantias sem que haja qualquer tipo de distinção entre as famílias.

Ademais, além da legislação e doutrina reconhecerem a igualdade das entidades familiares, a jurisprudência também já apontou indícios que é favorável à adoção homoafetiva fundamentando sua decisão através dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Senão, vejamos o que entendeu o Ministério Público de Minas Gerais, em uma Apelação Cível (Nº. 1.0480.08.119303\001) acerca do tema:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER – ADOÇÃO – CUMULAÇÃO DE PEDIDOS – POSSIBILIDADE – GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA À GENITORA DA CRIANÇA – FINS SOCIAIS DA LEI – ADOÇÃO CONJUNTA – CASAL DO MESMO SEXO – DIREITO RECONHECIDO – NOVA CONFIGURAÇÃO DE FAMÍLIA BASEADA NO AFETO – ESTUDOS QUE REVELAM A INEXISTÊNCIA DE SEQUELAS PSICOLÓGICAS NAS CRIANÇAS ADOTADAS POR CASAIS HOMOSSEXUAIS – SITUAÇÃO DE RISCO – AUSÊNCIA DE ZELO NO TRATAMENTO DO MENOR – BOA ADAPTAÇÃO DA CRIANÇA AO NOVO AMBIENTE FAMILIAR – RELATÓRIOS SOCIAIS E

PSICOLOGICOS FAVORÁVEIS À PRETENSÃO DAS REQUERENTES – INEXISTÊNCIA DE PROVAS A RECOMENDAREM MANUTENÇÃO D INFANTE COM O PAR PARENTAL AFETIVO, COM OS QUAIS VIVE ATUALMENTE – RECURSO IMPROVIDO. [...] 2. Considerando o avanço da sociedade, bem como as novas configurações da entidade familiar, mormente em atenção aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, não há que se falar em impedimento à adoção de crianças por casais do mesmo sexo, em observância, ainda, aos diversos estudos que concluem pela inexistência de sequelas psicológicas naquelas provenientes de famílias homoafetivas, bem como diante da ausência de óbice legal [...].

Assim, é perceptível a inteligência no nobre julgador ao entoar esses princípios constitucionais para proteção e garantia dos direitos da adoção por casais homoafetivos no tocante a sua equiparação à entidade familiar.

Dessa forma, é notório os avanços da nova era do Direito das Famílias que, em consonância com os princípios constitucionais, efetivam a equiparação da união homoafetiva a uma entidade familiar, trazendo como consequência, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável, possibilitando então a adoção de filhos.

1.3. Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade funda-se a partir do direito à felicidade, e está inserido de forma implícita no texto constitucional, e, como qualquer outro direito fundamental, é dever do Estado promover políticas públicas para essa harmonia entre as famílias, pois, como bem afirmou Maria Berenice:

O Estado impõem a si obrigações para com seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado. (BERENICE, 2015, p. 52).

E prossegue:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais pe do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. (BERENICE, 2015, p. 52).

Percebe-se, dessa forma, que o afeto não está apenas restrito a seara de apenas uma única família, sendo necessário que haja um elo externo entre todas as famílias, para que assim haja respeito e humanidade a todos que compõem o seio social.

O princípio da afetividade adentra no meio familiar de forma a entrelaçar laços de companheirismo e igualdade entre, por exemplo, os filhos, sejam eles adotados ou biológicos, até porque o conceito de filiação não mais se limita ao elo biológico, mas também ao socioafetivo, sendo este o vínculo legal que constrói parentesco através do afeto.

A afetividade se faz tão presente e fundamental nas entidades familiares que, embora a adoção “à brasileira” ou Presumida seja considerada crime no Brasil, os adotantes não sofreram sanções penais graças aos laços de afetividade criados entre aqueles que compõem a família, de modo a evitar danos psicológicos e sentimentais, principalmente aos menores.

Logo, a afetividade é o princípio norteador para a adoção, seja ela realizada por casal homossexual ou heterossexual, pois, é um ato puramente de amor e solidariedade, no qual todos os envolvidos tendem a ganhar, essa afirmativa tanto é verdade que as jurisprudências pátrias, ao entenderem pela concessão da tutela de crianças e adolescentes a pais do mesmo sexo invocam, dentre outros princípios, o da afetividade.

Senão, vejamos o que entendeu o Juiz do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Brasil Santos, acerca da Apelação Cível (Nº. 170013801592) pautando sua fundamentação no princípio da afetividade, em relação à adoção por casal homoafetivo.

APELÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora de proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade de vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores [...].

Assim, é necessário que o meio familiar no qual o adotado possa a vir ser inserido harmônico e afetivo regado de amor e compressão, pois, se assim não fosse, o princípio do melhor interesse da criança não estaria sendo efetivado, podendo, dessa forma, acarretar danos irreversíveis ao infante.

Dessa forma, é plenamente perceptível que o critério da afetividade não se limita apenas a uma única entidade familiar, uma vez que se deve fazer presente em todas elas, e, principalmente na socioafetiva, sendo esta construída através da convivência familiar.

1.4. Princípio da Convivência Familiar

O princípio a convivência familiar está explícito na Constituição Federal no seu art. 227 e também tem previsão legal no Estatuto da Criança e Adolescente, no qual irão assegurar o direito de crianças e adolescentes a serem criados e educados no seio familiar, seja ela biológica ou substituta.

Além do mais, não é apenas dever da família assegurar, entre outros direitos, a convivência familiar, uma vez que o Estado e a comunidade devem se comprometer igualmente com o bem estar de qualquer criança e adolescente de modo a resguardá-los de qualquer tipo de situação degradante e violenta.

A proteção à convivência familiar não se esgota na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e Adolescente, uma vez que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança também tutela o princípio da convivência familiar, no qual irá garantir que, em caso de pais separados, o infante terá direito a manter contato direito com ambos, salvo se não for da sua vontade.

Ato contínuo, instituto da adoção é instrumento essencial para que crianças e adolescentes gozem do direito a convivência familiar, bem como o direito à felicidade, ao amor, ao afeto e a dignidade humana.

Nesse sentido, a doutrinadora Maria Berenice aborda com perfeição a relação do princípio da afetividade com o direito a convivência familiar. Senão, vejamos:

Daí a necessidade de intervenção do Estado, colocando-os a salvo junto a família substitutas. Afinal, o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue. (BERENICE, 2015, p. 50).

Nesse prisma, o direito a convivência familiar tem como lastro de sustentação o princípio da afetividade, no qual irá tecer um convívio saudável e feliz entre pais, independentemente da sua orientação sexual, e filhos, biológicos ou não.

Dessa forma, é de suma importância à aceitação social e, principalmente, no âmbito das decisões judiciais para que casais homoafetivos possam exercer o direito de adoção sem qualquer tipo de obstáculo, pois envolve direitos fundamentais e que não podem ser suprimidos ou negados a essas crianças e adolescentes que tanto necessitam de um lar.

1.5. Princípio do Melhor Interesse da Criança

O princípio do Melhor Interesse da criança tem fundamento legal no art. 227 da Carta Magna, o qual determina que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, de forma prioritária, os direitos que enuncia. A proteção

jurídica desse princípio também está tutelada na Lei 9.069\1090, conhecida como Estatuto da Criança e adolescente, nos seus artigos 4º e 6º. (LOBÔ, 2018, p. 76).

A Convenção Internacional dos direitos da criança, no seu art. 3.1, também se preocupou em atribuir proteção à criança e adolescente ao determinar que as ações relativas a estes devam atender, principalmente, ao princípio em epígrafe. (LOBÔ, 2018, p. 76).

O princípio do melhor interesse da criança e adolescente tem como principal objetivo afastar a percepção de que criança seja vista como objeto e enxerga-la como sujeito passível de direitos juridicamente reconhecidos, e, para isso, é necessário tratar como prioridade absoluta os seus interesses. (Pereira, 200, p. 36).

Nesse sentido, o princípio se comporta como um dos fundamentos primordiais a concessão da adoção por casais homoafetivos, uma vez que este busca o melhor mecanismo para crianças e adolescentes não sejam expostas a situações vulneráveis, como por exemplo, o abandono em orfanatos, sem família, e suscetíveis à marginalidade.

Além disso, podemos considerar que o princípio do melhor interesse do infante se coaduna perfeitamente com o princípio à convivência familiar, pois nada mais saudável para aqueles que estão em situação de abandono em orfanatos do que passarem a ter um lar, com pais que os amam e os dão carinho.

Embora ainda exista resistência, social e legislativa, para que casais do mesmo sexo adotem, todos os argumentos caem por terra se pensarmos da seguinte maneira: sabendo do longo e burocrático processo de adoção no qual crianças e adolescentes se submetem, mais o sentimento de rejeição pela família biológica, seria humano impedi-los de terem um lar afetivo, mesmo que por casais homoafetivos?

Portanto, não há qualquer embasamento lógico e jurídico para a negativa da adoção homoafetiva, uma vez que isso resultaria afronta ferrenha ao princípio do melhor interesse do menor, até porque não existem danos psicossociais dos que forem adotados por esta nova forma de entidade familiar.

2. Homossexualidade e Adoção

A adoção por casais homoafetivos até os dias atuais sofre com barreiras impostas por parte do judiciário, uma vez que ainda existem decisões que

negam a esses casais o direito a construção familiar, afastando, dessa forma, uma gama de direitos garantidos constitucionalmente.

Não apenas o direito dos possíveis adotantes é suprimido, como também o direito das crianças e adolescentes que aguardam ansiosos por uma família, pois vão de encontro totalmente com os princípios da convivência familiar, dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança.

Nesse toar, a adoção por casais do mesmo sexo só é possível no Brasil graças aos princípios gerais do direito, que, por analogia, suprem a lacuna legal que o legislativo insiste em deixar. Também não há expressa previsão que vede ou conceda esse tipo de adoção, mas a ausência de lei regulamentadora facilita para que alguns operadores do direito coloquem suas convicções pessoais preconceituosas acima dos princípios exaustivamente elencados ao longo deste artigo.

Além do mais, a ausência de legislação que regule a adoção por casais homoparentais traz consequências nocivas ao Estado Democrático de Direito, uma delas é a insegurança jurídica, uma vez que a escassez legal pode acarretar diversos entendimentos sobre a mesma matéria fática.

Desse modo, deve-se compreender que adoção é ato unicamente de amor e que em nada a orientação sexual dos pais deve interferir para que essa nova entidade familiar se forme. Observa-se também que é de suma importância a regulamentação da adoção homoafetiva, de modo a evitar a insegurança jurídica e injustiças para com aqueles que apenas desejam amar e serem amados.

3. Inconstitucionalidade da Lei 12.010\09

A Lei Nacional de Adoção assume viés tradicionalista e, diga-se de passagem, ultrapassado, uma vez que deixa de admitir de forma expressa a adoção por casais homoafetivos, cerceando, dessa forma, que muitas crianças e adolescentes possam vir a ter possibilidade de fazerem parte de um lar, e, não é apenas o direito dos possíveis adotados é limitado, como também o direito dos adotantes, acabado, assim, por afrontar normas de ordem constitucional.

A Lei 12.010\09 é fruto do pensamento arcaico e retrogrado social que acaba por influenciar as decisões judiciais de forma negativa, pois nega aos casais homossexuais o direito à formação de uma família, sendo este reguardado pelo art. 226 da CF\88, e ainda deixa de reconhecer o direito à convivência familiar tutelada pelo art. 227 do mesmo texto legal.

Nesse toar, a Lei em epígrafe exclui, suprime, nega alguns dos principais princípios fundamentais dispostos no ordenamento jurídico pátrio, quais sejam: dignidade da pessoa humana, direito a igualdade, o princípio do melhor interesse do infante e o direito a convivência familiar.

Assim, a Lei que regulamenta o instituto da Adoção acaba sendo considerada inconstitucional, pois extingue a possibilidade de casais do mesmo sexo formem uma família, infringindo prontamente o art. 226 da Carta Magna, no qual garante o direito a formação familiar juntamente com a proteção estatal.

O art. 227 do mesmo diploma legal afasta a garantia constitucional das crianças e adolescente o direito à convivência familiar, uma vez que o mesmo estabelece que é dever da família e do estado asseverar a esses jovens o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade e a convivência familiar.

Por fim, percebe-se que o não reconhecimento patente e ostensivo da possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo dificulta e afasta não só o direito dos adotantes como também dos adotados, pois deixam de fazer parte de uma entidade familiar para mofarem em orfanatos, ficando assim mais suscetíveis a marginalidade, uma vez que deixam de receber afeto e carinho daqueles que só querem dar amor.

Conclusão

Diante de todo exposto é notório a importância dos princípios gerais do direito para a adoção homoafetiva, uma vez que, na escassez de norma jurídica positivada que regulamente a matéria, eles passam a ter força normológica, permitindo, dessa forma, que casais do mesmo sexo possam adotar.

Nesse sentido, ante a omissão legal, nos faz pensar que o legislador ainda está preso a ideologias, crenças e preceitos morais antiquíssimos, advindos de ensinamentos religiosos que se negam a aceitar e acolher a adoção por esta nova forma de entidade familiar, não havendo, dessa maneira, outra interpretação se não a de que a conduta omissiva do Poder Legislativo nada mais é do que reflexo da sociedade que se encontra encarcerada a pensamentos discriminatórios.

Evidencia-se, pois, que a omissão preconceituosa do legislador em nada sem nada tem a ver com a ausência de direitos daqueles que desejam adotar, muito menos daqueles passíveis da adoção, em que pese à existência de incontáveis princípios que amparam o ordenamento jurídico para efetivação destes.

Verifica-se também que os princípios são instrumentos fundamentais para a concessão da tutela de crianças e adolescentes a casais homoafetivos, contudo, a ausência de lei regulamentadora traz insegurança jurídica, acarretando, dessa forma, prejuízo aos envolvidos, uma vez que a mesma matéria fática terá uma diversidade de julgados, e, justamente por isso, é de extrema importância a sua uniformização.

Por fim, entende-se que a adoção não está condicionada a sexualidade dos adotantes, até porque a lei não impõe qualquer obstáculo nesse sentido, além dos mais a adoção é ato de amor, humanidade e bondade no qual todos os envolvidos tendem a garantir felicidade, realização e plenitude no seio da família e burocratizar e dificultar ainda mais o procedimento da adoção não são as melhores formas para a efetivação dos direitos fundamentais garantidos pelo Poder Constituinte originário.

Referências

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil 1988.

Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508200/CF88_EC85.pdf> Acesso em: 19 de novembro de 2018

BRASIL, Código Civil de 2002. Brasília: Senado Federal, 2015.

Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%2020ed.pdf>>. Acesso em: 19 de novembro de 2018.

BRASIL, Convenção Sobre os Direitos da Criança. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/crianca.htm>>. Acesso em: 24 de novembro de 2018

BRASIL. STF. União Homoafetiva como Entidade Familiar. Disponível em: <

<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683&fbclid=IwAR24c1b2QVwHS2xfBaFOzyyDuVjb8yS6mArT HC3PDtYxCIKit4h0OzSMQGU>>. Acesso em: 24 de novembro de 2018>. Acesso em: 24 de novembro de 2018

- BRASIL. TJMG. **APELAÇÃO CÍVEL: 1.0480.08.119303\001**. Relator: EXMO. Des. Armando Freire. DJ: 11.08.2011.
- BRASIL. TJRS. **APELAÇÃO CÍVEL: 70013801592**. Relator: EXMO. Luiz Felipe Brasil Santos. DJ: 05.04.2006
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: SARAIVA, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2 ed. São Paulo: SARAIVA, 2012.
- LOBÔ, Paulo. **Direito Civil**. 08 ed. São Paulo: SARAIVA, 2018
- LOBÔ P. **Paternidade Socioafetiva e o Retrocesso da Súmula 301-STJ**. Disponível em:
http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf. Acesso em: 23 de novembro de 2018
- LOBÔ P. **Entidades Familiares Constitucionalizadas para além do *numerus clausus***. Disponível em:
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18 ed. São Paulo: SARAIVA, 2012.
- PEREIRA, Caio Gischkow. **Concubinato – União Estável**. Representando o Direito de Família. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- VENOSA, Sílvio. **Direito Civil**. 13 ed. Atlas S.A, 2013.

Alienação parental e o papel da perícia multidisciplinar no judiciário brasileiro*

Carolina Rocha dos Santos¹

Diogo Severino Ramos da Silva²

Sumário: Introdução. **1** O exercício do poder familiar. **2** Princípios do direito de família. **2.1** Princípio da afetividade. **2.2** Princípio da dignidade da pessoa humana. **2.3** Princípio da convivência familiar. **2.4** Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **3** Diferença de alienação parental e síndrome de alienação parental. **4** O papel da perícia e a importância de ser multidisciplinar. **4.1** O direito das partes de contratar assistente técnico. **4.2** Diferenças na atuação do psiquiatra forense, psicólogo jurídico e conselheiro tutelar. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O presente artigo tem como fim expor sobre a alienação parental e o papel da perícia multidisciplinar, tema relevante na vida de menores vítimas desse crime. Como fontes de referências teóricas, foram utilizados artigos de periódicos, além de dados eletrônicos capturados no Google Acadêmico e Scielo, bem como em livros que tratam do tema. Em vista da escassez de profissionais qualificados e contratados para assistir as vítimas, há inúmeros efeitos gravosos em decorrência de inadequadas

* Recibido: 04 diciembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Acadêmica de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife - Recife. carolinarocha96@outlook.com

² Professor de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife - Recife. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Pernambuco (OAB/PE 33.717). diogoramos.adv@gmail.com

análises por estes profissionais. O artigo almeja a compreensão do judiciário em relação à relevância do caráter multidisciplinar da perícia e a compreensão do cidadão na busca e observância da assistência adequada.

Palavras Chave: Alienação parenta, Perícia multidisciplinar, Assistência adequada.

Introdução

A alienação parental é o processo de separação de um dos genitores, avós ou quem detenha a guarda ou autoridade do menor de outro membro da família, de modo que o alienador interfere na formação psicológica da criança ou adolescente, o induzindo a rejeitar o outro membro familiar, causando dano à convivência de todos.

O tema tonar-se corriqueiro no judiciário e de carência de observância. É notório o elevado índice de divórcios de casais que possuem filhos menores atualmente na sociedade brasileira. Nesse liame, de acordo com estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2014, baseado em dados analisados de 2004 a 2014, revelou que o número de divórcios elevou-se 160% durante este período. Este dado é um espelho da ocorrência dos inúmeros casos observados no judiciário em relação à alienação parental.

O crescimento da realização de divórcios faz com que o índice de conflitos familiares permaneça se elevando em percentual considerado. Em consequência dessas divergências, surge a tão temida e cada vez mais presente, alienação parental. De acordo com a doutrinadora Maria Berenice Dias:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, quando um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-companheiro (DIAS, 2010, p. 455).

Este tema, em razão da sua grande decorrência, deve ser cada vez mais analisado e discutido, haja vista suas inúmeras e gravosas implicações resultantes na vida do menor. No ordenamento jurídico brasileiro, desde 26 de agosto de 2010, vigora a lei de alienação parental, que possibilita o suporte judicial ao genitor alienado. Conforme a lei supracitada, a alienação deve ser punida proporcionalmente a gravidade de cada caso, sendo a medida punitiva a advertência (mais leve) até o pagamento de multas e a suspensão da autoridade parental.

A referida lei ainda pontua que a prática da alienação se situa entre duas áreas, a área do direito e a área da psicologia, sendo esta última não menos importante que a primeira, de modo que a psicologia é o meio pelo qual os profissionais da saúde avaliam e identificam o problema, sendo de extrema importância para a vida do menor a avaliação demonstrada na guarda

judicial, pois a falta de um profissional ou até mesmo a sua ineficiência pode provocar danos significativos.

Dessa forma, é crucial que na avaliação judicial de cada caso haja uma equipe de saúde multidisciplinar, com acentuado conhecimento da matéria, na qual se inclui psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais, de forma que cada um, de acordo com seu conhecimento, identificará a alienação parental. No Brasil é escassa a formação completa e conceituada de equipes de perícia multidisciplinar, ocasionando inúmeras falhas na análise e na aplicabilidade da melhor medida a ser adotada em vista da criança ou adolescente, do genitor alienado e do alienador.

1. O exercício do poder familiar

De acordo com o artigo 1630 do Código Civil Brasileiro: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. O poder familiar são os direitos e deveres que os pais exercem em relação aos seus filhos, tendo ambos o dever do exercício, não havendo alteração caso haja separação conjugal dos pais, com exceção da guarda unilateral. O poder traz inúmeros deveres, nas quais os pais têm a responsabilidade do seu cumprimento. O direito civil elenca todo o poder familiar, tendo como finalidade maior a de proteção ao filho. O poder é inalienável, irrenunciável e imprescritível, pois são voltados ao bem-estar do menor, sendo características do direito da personalidade da criança.

O poder familiar não só tem caráter patrimonial, como também tem o dever de garantir a saúde, a honra, o afeto, a integridade física e a cultura. O poder se extingue quando há a morte dos pais ou filho, pela emancipação, pela maioridade ou pela adoção por uma nova família. A decisão judicial também é uma forma de extinção quando há determinados casos, como quando castigarem imoderadamente fisicamente os filhos, o abandono (material e intelectual) e a prática de atos imorais, como por exemplo, o uso excessivo de bebidas e drogas e a execução de abusos e agressões psicológicas ou físicas. A extinção por se tratar de medida extrema, deve ser analisada rigorosamente pelo juiz, com toda a produção de prova necessária. Logo, por ser medida de última opção, antes de aplica-la, o juiz deve já ter aplicado medidas com caráter sancionador, com a finalidade de alertar e conscientizar os seus genitores acerca das suas responsabilidades para com o seu filho menor.

2. Princípios do direito de família que são violados com a prática da alienação parental

Os princípios são normas de otimização, tendo forma explícita ou implícita, sendo eles de caráter constitucional, não havendo hierarquia entre si. Essas normas buscam a igualdade e harmonização entre os entes familiares, para que não haja distinção entre homem, mulher e filhos (adotivos ou não). O juiz ao analisar e julgar os inúmeros casos de alienação se norteia em uma gama de princípios, sendo estes fundamentais para a incansável busca do melhor interesse da criança ou do adolescente como um todo.

A prática da alienação vai de desencontro a direitos e princípios pátrios, caracterizando o desequilíbrio do núcleo familiar e o rompimento com a integridade psicológica do menor.

2.1. Princípio da afetividade

O princípio da afetividade é extraído de diversos princípios já existentes no ordenamento jurídico, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que sem previsão expressa, sendo entendido pela doutrina como de caráter fundamental. O afeto é o vetor, e tem como finalidade assegurar ao menor o seu direito a uma convivência familiar com amor, respeito, cuidado, carinho, etc. O sentimento é posto como um valor jurídico, mesmo sendo subjetivo, na qual prioriza o vínculo familiar.

A carência afetiva por parte da entidade familiar acarreta uma série de prejuízos na formação do menor, além de estarem em desarmonia com os preceitos da família. As garantias devem ser asseguradas a criança ou adolescente, conforme evidencia Gustavo Tependino:

A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (TEPENDINO, 1999, p. 349).

Nesse toar, a afetividade é um das formas pelas quais se podem assegurar as vítimas da alienação a atenuação das consequências ocorridas e assim, possibilitar uma chance maior de melhoria da SAP.

2.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujo artigo 227 foi alterado pela EC 65/2010 elenca que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade,

ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

A instituição familiar tem o dever de proteger a criança ou adolescente, o que não acontece com a prática da alienação, já que o alienador o descumpra a partir da prática da violação moral, infringindo deveres intrínsecos do seu poder parental.

O princípio da dignidade da pessoa humana, base do ordenamento jurídico, é direito fundamental e foi posto na constituição para que seja assegurada ao menor uma tutela eficaz do Estado, assegurando seus direitos inerentes e suporte familiar. Nesse sentido, afirma Dias:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do Direito. (DIAS, 2005, p. 57-58).

2.3. Princípio da convivência familiar

A convivência familiar é um direito fundamental, garantindo ao menor, por se tratar de um ser mais frágil, que se desenvolva a partir das suas experiências com seus familiares. A convivência familiar saudável possibilita um melhor desenvolvimento psíquico do menor, assegurando o seu direito fundamental à saúde. Paulo Lôbo elucida esse princípio como:

Relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças. (LOBO, 2008, p. 48).

Nessa perspectiva, a alienação fere diretamente o convívio familiar e conseqüentemente todo o aparato de cuidados que se deve ter com a criança e o adolescente. A família que tem o papel fundamental de cautela executa abusos psíquicos, mesmo que irracionalmente, fazendo com que o ser em desenvolvimento absorva todas as situações e palavras polarizadas, criando assim suas falsas memórias e desenvolvendo a SAP.

2.4. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e adolescente é pautado na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e na Convenção internacional dos Direitos da Criança.

O referido princípio tem como finalidade assegurar as crianças e adolescentes os seus direitos inerentes, de modo que os pais, familiares, responsáveis, o Estado e a sociedade têm o dever de garanti-los. Nos feitos da AP observa-se a descentralização da família, tendo como resultado a ausência do desenvolvimento do menor e o desencadeamento de diversos malefícios a sua vida. Neste seguimento, o princípio ora abordado é utilizado para a aplicação de medidas capazes de amenizar os fatos e sentimentos decorrentes da alienação, bem como reprimir abusos realizados.

Nesse contexto, sustenta Guilherme Gama:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que um filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito. (GAMA, 2008, p. 80).

3. Diferença de alienação parental e síndrome de alienação parental

A alienação parental é a interferência psicológica de um genitor, assim elenca Sílvio De Salvo Venosa:

Trata-se de um transtorno psíquico que geralmente aflora na separação, quando a guarda do menor é atribuída a um dos genitores, geralmente a mãe, ou a terceiros, parentes ou não. Nesse diapasão, o guardião projeta no menor seus rancores, dúvidas e ressentimentos, dificultando, impedindo o contato e denegrindo a figura do outro ascendente ou mesmo parentes próximos, como avós, tios e irmãos. Nem sempre é fácil de ser aferida à primeira vista, e necessitará, então de acurado exame da prova, principalmente técnica. (VENOSA, 2017, p. 332).

Primeiramente o alienador age de maneira mais amena, desvalorizando o outro genitor ou pessoa que detém a guarda do menor, menosprezando o outro e o atribuindo uma série de defeitos. Com o tempo, o alienador vai se tornando mais danoso, inventando características mais ofensivas (em relação ao alienado), criando memórias falsas na criança e cerceando os vínculos entre o menor e o genitor alienado.

A alienação parental prejudica o desenvolvimento de todos que fazem parte do ciclo familiar do menor e principalmente ele. As consequências são

incalculáveis, como a existência do medo, da depressão, ansiedade, culpa, agressividade, entre vários outros fatores. Deste modo, foi a partir da observação e análise do comportamento de diversas crianças vítimas da alienação parental que originou o termo Síndrome da Alienação Parental ou SAP, onde Gardner tipificou que ocorre:

Um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. (GARDNER, 1985, p.2).

A expansão cultural da sociedade e conseqüentemente a evolução da família trouxe consigo uma série de impasses nas situações parentais, como é o caso da alienação parental, na qual está ganhando visibilidade a partir do fim do patriarcalismo fazendo com que, cada vez mais, fosse necessária a existência de uma legislação para regulamentar a prática das já referidas ações. A lei nº 12.318/2010, artigo 2º elenca que:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II dificultar o exercício da autoridade parental;
- III dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010)

A referida lei prevê algumas punições, como: multa, acompanhamento psicológico, alteração da guarda, advertência, mudança de visita e suspensão da autoridade parental. A princípio na regulamentação havia sanções penais, mas estas foram vetadas pelo Presidente da época. Em 2018, a Lei^o 13.431/2017 entrou em vigor estabelecendo um sistema de garantia aos direitos da criança e do adolescente que são vítimas ou testemunhas de violência e alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, passa a alienação parental a ser figurada como ato de violência psicológica contra o menor, garantindo ao mesmo, por meio do seu representante legal, o direito de ter acesso a medidas protetivas, a pleitear o afastamento do alienador do convívio familiar e aplicar as medidas da Lei Maria da Penha, tendo direito ao pedido de prisão preventiva contra o mesmo.

Em vista do exposto, a alienação parental é o ato de o alienador agir para conseguir o afastamento do menor em relação ao genitor alienado. Já a síndrome da alienação parental – SAP é a consequência de todo o evento danoso.

A Síndrome referida ainda não está no rol de doenças, pois a Organização Mundial de Saúde – OMS não a considera doença, apenas problema de relacionamento entre a criança e o seu cuidador. Contudo, o termo alienação parental fora registrado, segundo informações do site do IBDFAM – Instituto Brasileiro do Direito de Família, na CID 11, ou seja, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde que se aprovada, terá vigor a partir de 2022. De acordo com Márcia Gonçalves, intitulada como professora doutora com título de Psiquiatria Forense e também Psiquiatria da Infância e Adolescência, em entrevista para a referida matéria no site do IBDFAM, afirma que:

Com a inclusão no CID-11, naturalmente existirá uma facilitação no sentido de maior rapidez na avaliação e na aplicação de encaminhamentos para tratamento psiquiátrico e tratamentos terapêuticos (terapias psicológicas, e outros), já que o tratamento preconizado em psiquiatria infantil são multidisciplinares. E o acompanhamento precoce pode ser benéfico para minimizar os prejuízos do desenvolvimento. (2018).

Assim sendo, será de grande avanço para os casos de AP a sua inclusão na CID 11, objetivando aperfeiçoar a série de processos existentes nos tribunais.

4. O papel da perícia e a importância de ser multidisciplinar

O judiciário brasileiro é responsável pela análise e decisão das medidas corretas e cabíveis para que o acontecimento da alienação parental, na

maioria das vezes, seja amenizado e solucionado, considerando que quando as situações são levadas ao âmbito legal os cenários de alienação já estão instalados, sendo difícil serem impedidos de pronto. Com esse fundamento, o legislador editou norma legal para amparo dos casos. Visando prevenir, atenuar ou cessar os efeitos das violações, foi criada a Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, intitulada de Lei da Alienação Parental.

Com enfoque no título deste artigo, o artigo 5º da referida lei define que:

Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§1o O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§2o A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§3o O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada (BRASIL, 2010).

Observa-se que o legislador dispõe da opção do laudo pericial ser realizado por um profissional ou por uma equipe multidisciplinar. No judiciário brasileiro é crítico o sistema pericial realizado face às suspeitas de alienação parental. Como visto, a regulamentação legal apresenta duas opções, e esta possibilidade em si gera inúmeros riscos aos resultados apresentados, já que incalculáveis vezes, o Estado por optar em não investir dinheiro público na contratação de profissionais qualificados, tem como resultado conclusões imprecisas, e a partir delas, consequentes efeitos danosos à vida do menor alienado.

Paralelo ao descaso com os padecedores desse crime ocorre à morosidade do judiciário e a fragilidade jurídica das aplicações resultantes das análises malfeitas com as vítimas e seus familiares. A interferência do profissional na peritagem é de extrema importância, devendo não haver apenas um profissional, e sim vários, visto ser um tema de grande complexidade, não sendo possível ser exaurido com a visão unicamente de um técnico da área de saúde, que é o que comumente se constata, principalmente em comarcas de interiores. A realidade é que a falta de investimento público faz com que

haja somente o conselheiro tutelar e o psicólogo jurídico para atuação em todas as fases de análises em que ocorrem os processos de AP, não se percebendo a atuação da figura importantíssima do psiquiatra forense e toda sua bagagem de estudos psíquicos.

No momento atual, lamentavelmente, é notório o número crescente de casos de AP associados a abusos sexuais, tornando este delito ainda mais perigoso e comum, principalmente por se tratar, na maioria dos casos, de uma mentira, uma falácia alegada pelo ente alienador para piorar a construção das violações e afastar a criança do ente alienado. Assim, contribui Madaleno e Madaleno:

Não é tarefa fácil identificar os atos de alienação parental e maiores dificuldades surgem quando seu estágio extremo envolve alegações de molestações sexuais ou abuso físico da criança ou do adolescente. (MADALENO E MADALENO, 2013, p. 111).

Nesses casos apenas a atuação do psicólogo jurídico não é suficiente, já que para haver a confirmação ou não de abuso, não é a criança que deve ser questionada, devendo o acusado ser submetido a exames psiquiátricos para a constatação. O Doutor Guido Arturo Palomba, em palestra ministrada na OAB de São Paulo em 2012, afirmou que “O psiquismo da criança confunde realidade com fantasia”, não podendo assim, como elenca a lei, ser entrevistada em casos de abuso sexual, pois a mesma se encontra na fase de construção da sua personalidade. Palomba trata a ocorrência desses casos como “Uma praga forense”, pois os mesmos só se elevam no dia-a-dia das varas de família e criminal, sendo uma “Verdadeira epidemia”, onde a maioria dos laudos realizados não é feito da forma mais qualificada e mesmo assim são admitidos pelo judiciário. À vista disso, afirma Paulo Lobo: “É primordial que psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais conheçam os critérios de identificação da alienação parental” (LOBO, 2007, p. 10), devendo-os agir em conjunto para uma melhor análise e um eficiente resultado.

Os efeitos causados pela alienação parental são gravíssimos e muitas vezes irreparáveis, carecendo de uma postura mais rigorosa do poder judiciário, com uma maior observância aos profissionais utilizados e suas devidas qualificações, não podendo haver falhas em suas conclusões, para que não se obtenha resultados negativos, como por exemplo, a irreversibilidade da desestruturação do ambiente familiar, os abalos emocionais e sintomas decorrentes após a instalação da Síndrome da Alienação Parental (SAP).

É dever do Estado zelar pelos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, investindo em medidas

plausíveis para efetivação de equipe pericial multidisciplinar qualificada e preparada para os desafios da AP na vida de menores.

4.1. O direito das partes de contratar assistente técnico

O Novo Código de Processo civil, em seu artigo 473, § 3º afirma que:

Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia.

É direito das partes terem como acompanhante no processo o seu assistente técnico, que é o profissional de sua confiança, e que tem como função lhe auxiliar durante todo o processo, não possuindo suspeição ou impedimento (ao contrário dos peritos). O assistente pode realizar entrevistas com as partes envolvidas, observar os meios de provas e as provas alcançadas pelos peritos, bem como elaborar seu próprio parecer em relação a toda análise desempenhada. O colaborador deve manter comunicação efetiva como perito, mostrando-lhe a visão da parte em que foi contratado, objetivando a satisfação do caso.

Por mais que seja direito de todos, muitos advogados o negligenciam e não informam aos seus clientes essa opção, de modo que esta deveria ser de conhecimento de todos, para que se assim haja eficácia e segurança a toda produção probatória pericial. A assistência apesar da sua pouca incidência no judiciário o favoreceria demasiadamente.

4.2. Diferenças na atuação do psiquiatra forense, psicólogo jurídico e conselheiro tutelar

O psiquiatra forense foca no estudo das questões bioquímicas do ser humano e das doenças patológicas, podendo ele pedir exames para verificação de patologias ou não, como por exemplo, nos casos de alegação de abuso sexual. Já o psicólogo analisa o comportamento dos indivíduos do processo de forma individual e como os mesmos agem entre si e no meio social, através de entrevistas e pareceres psicológicos.

O conselheiro tutelar atua diante da violação dos direitos da criança e adolescente. Nos casos de alienação parental o seu papel é de fiscalizar e cuidar do menor e das famílias. Quando recebida à denúncia, o conselho tutelar deve buscar e identificar a veracidade dos fatos e acompanhar as partes durante o decorrer do processo.

Conclusão

A problemática do conteúdo é revestida de infinitos fatores comportamentais, psicológicos e jurídicos³.

É papel do Estado auxiliar as vítimas e seus familiares quando há suspeição da ocorrência de alienação parental, como também punir o sujeito ativo. Toda via, a dita assistência deve ser realizada de modo efetivo e completo, com o intuito de não ensejar dúvidas, e conseqüentemente diminuindo os números de erros nas conclusões dos diagnósticos gerais, como já mencionado.

As abordagens devem ser efetuadas especificamente com cada ente familiar, com a vítima e com o suspeito alienador, sendo estas responsáveis pela correta identificação do fenômeno e responsabilização do suspeito. Assim, se resta claro o mérito da participação de cada perito com suas especializações, onde analisarão as situações apresentadas com suas infinitas técnicas, buscando sempre um melhor resultado. Nesse azo, não restando dúvidas que a soma de conhecimentos alcançará uma maior segurança jurídica a todos os envolvidos, devendo o Estado investir em equipes multidisciplinares de profissionais qualificados.

Sendo assim, é cristalina a significância que deve ser dada aos diagnósticos realizados, sendo importante frisar a seriedade dos profissionais que necessitam ser, de fato, aptos a aplicação do procedimento.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Acesso em: 27 de abril de 2018.

BRASIL. LEI, 10.406 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-

[2010/2010/lei/112318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm). Acesso em 25 de abril de 2018.

³ De acordo com Rolf Madaleno:

A maliciosa manipulação da indefesa mentalidade de uma criança ou de um adolescente constitui um dos mais perversos institutos do ser humano, que não se importa com o mal que causa ao seu próprio filho ou familiar, considerando que também avós e parentes próximos podem atuar na obstrução do contato do filho com o outro ascendente (MADALENO, 2013, p. 462).

- BRASIL. **LEI, 12.318 26 de agosto de 2010.** Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em 27 de abril de 2018.
- BRASIL. **LEI, 13.10516de março de 2015.** Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 11 de novembro de 2018.
- BRASIL. **LEI, 13.431 4 de abril de 2017.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2018.
- DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental: Um crime sem punição. Incesto e alienação parental.** 2.^a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.**
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/2008, família, criança, adolescente e idoso.** São Paulo: Atlas, 2008.
- GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental?** 2002. Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <https://fc243dbe-a-62cb3a1a-s-sites.googlegroups.com/site/alienacaoparental/textossobresap/AlienacaoParental-RichardGardner.pdf>. Acesso em: 01 de junho de 2018.
- IBDFAM. **Entrevista: Alienação Parental no CID-11– Abordagem médica.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6726/Entrevista%3A+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+no+CID-11+-+Abordagem+m%C3%A9dica>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: família.** 2. edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: família.** 2.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 5.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PALOMBA, Guido Arturo. **Alienação parental**. 2012. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6sYkXrVJQTE>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

SANTI, Liliane. **Estudo Psicossocial: Você sabe pra que serve um Assistente Técnico?**. Disponível em:

<https://sites.google.com/view/lilianesanti/estudo-psicossocial-voc%C3%AA-sabe-pra-que-serve-um-assistente-t%C3%A9cnico?authuser=0>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 349.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Família**. 17.^a edição. São Paulo: Atlas, 2017.

A adoção da Teoria concretista pelo Supremo Tribunal Federal e os efeitos do mandado de injunção*

Miquéas Alves de Lima¹

Diogo Severino Ramos da Silva²

Sumário: Introdução. **1** Mandado de injunção: um instrumento jurídico tipicamente brasileiro. **2** O Princípio da Separação dos Poderes e sua aplicação atenuada no Direito Brasileiro. **3** A evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto os efeitos da decisão em sede de Mandado de injunção **4** A importância da decisão constitutiva em sede de Mandado de Injunção para a concretização das intenções constitucionais. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente trabalho almeja analisar tanto a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos do Mandado de Injunção no tocante à repercussão desta mudança no âmbito de aplicação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Como fontes de referências teóricas, foram utilizados artigos de periódicos, além de dados eletrônicos capturados no Google Acadêmico e Scielo, bem como em livros que tratam do tema. A partir de um estudo da aplicabilidade atenuada do Princípio da Separação dos Poderes no Direito Brasileiro analisamos a discussão acerca da invasão de competência do Poder Judiciário frente à possibilidade de

* Recibido: 06 diciembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Acadêmico de Direito do Faculdade Imaculada Conceição de Recife - Recife. miqueasalvesdelima@gmail.com

² Professor de Direito da Faculdade Imaculada Conceição de Recife - Recife. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Pernambuco (OAB/PE 33.717). diogoramos.adv@gmail.com

concretização de direitos assegurados pela Constituição Federal e ainda não regulados pelo Legislativo. Abordando o Mandado de Injunção como instrumento a ser manejado em face da inefetividade das normas do Texto Maior, estudamos relevância da decisão constitutiva do dito remédio constitucional para a concretização das intenções da Carta Magna.

Palavras Chave: Mandado de Injunção. Teoria Concretista. Supremo Tribunal Federal. Direitos e garantias fundamentais.

Abstract: The present work aims to analyze both the evolution of the understanding of the Federal Supreme Court and the effects of the Order of Injunction regarding the repercussion of this change in the scope and enforcement of fundamental rights and guarantees. Based on a study of the attenuated applicability of the Principle of Separation of Powers in Brazilian Law, we analyze the discussion about the judicial jurisdiction's invasion of the possibility of realization of rights guaranteed by the Federal Constitution and not yet regulated by the Legislature. Approving the writ of injunction as an instrument to be handled in the face of the ineffectiveness of the norms of the Greater Text, we study the relevance of the decision constitutive of said constitutional remedy for the realization of the intentions of the Magna Carta.

Introdução

O Mandado de Injunção, garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXXI da CF/88, sempre foi motivo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais no que se refere a sua origem e aos efeitos de sua decisão, neste último caso, principalmente quando se levanta discussão relacionada com o respeito ao princípio da Separação dos Poderes.

É nesse sentido que o presente artigo busca demonstrar as particularidades do nosso instituto frente aos do direito estrangeiro, evidenciando a inaplicabilidade desses à situação de “inefetividade das normas constitucionais” por falta de lei regulamentadora, demonstrando que o Mandado de Injunção é uma inovação trazida pelo constituinte de 1988.

A partir da análise dos dois principais pressupostos para a impetração desse remédio constitucional, percebemos que a inércia do legislador é o motivo da inviabilidade do exercício de direitos, tendo, portanto, que ser interrompida com vistas ao cumprimento das intenções constitucionais e do próprio poder-dever de criar normas.

Desta forma, inicia-se uma defesa pela adoção de uma postura judiciária que vise uma tutela efetiva dos direitos previstos pela Carta Magna, enquanto o órgão competente não exerce a sua atribuição típica de editar a norma faltante, sem que isso seja considerado usurpação de competência, desrespeito à cláusula pétrea da Lei Maior.

Para tanto, realiza-se uma abordagem acerca da clássica teoria da Separação dos Poderes proposta por Montesquieu (1748), e da sua adoção, de maneira atenuada, pela Constituição Brasileira de 1988, de forma que é incorreto falar em exclusividade no exercício das funções estatais.

Com base nisto é que podemos conceber o fato do Poder Judiciário proceder a viabilização de um direito constitucionalmente previsto, sem que o Legislativo, omissivo, tenha realizado a sua função típica de elaborar normas.

Com base nisto e por meio da análise dos Mandados de Injunção que fundamentaram as mudanças no entendimento do STF, almeja-se demonstrar como esta corte interpretou a finalidade do tal instituto ao longo do tempo.

Finalmente, demonstra-se a importância da adoção da corrente concretista, que possibilita a realização das intenções constitucionais e do próprio instrumento em questão.

1. Mandado de injunção: um instrumento jurídico tipicamente brasileiro

É certo que o Mandado de Injunção foi criado pela nossa Constituição Cidadã, mas, alguns estudiosos já vinham buscando meios que possibilitassem a realização das normas constitucionais. Nessa perspectiva, foi proposta a criação do “mandado de garantia social”, e apresentaram-se, também, outras terminologias, como “mandado cominatório” e “mandado de garantia constitucional”, até que se chegasse à designação atual do nosso instituto.

Analizando o direito estrangeiro, percebemos que as injunções de origem inglesa pressupõem a existência de um costume ou de uma insuficiente interpretação da Common Law que, servindo de base à atividade jurisdicional, permitem a efetividade do direito pleiteado, por meio da decisão do magistrado no caso específico. Logo, não há que se falar em ausência normativa inviabilizadora de direitos.

Ao tratarmos do nosso remédio constitucional, a situação não é a mesma, uma vez que a omissão legislativa do órgão competente inviabiliza o exercício do direito previsto constitucionalmente.

O “writ of injunction”, de origem anglo-americana, não se presta a combater omissões legislativas, logo, nada tem a ver com o nosso mandado de injunção, mas, através da sua expedição, busca-se suprir a necessidade do caso concreto utilizando-se das normas costumeiras já existentes. Vale ressaltar, também, que o instrumento inglês se destinava, precipuamente, à resolução de questões de direito privado usando-se de ordens proibitivas, revelando uma obrigação de não-fazer, ou mandamentais, uma obrigação de fazer.

As situações apresentadas mostram-se, portanto, incompatíveis com o remédio constitucional brasileiro, pois ele consiste numa ação constitutiva, sendo assim, inexistente qualquer objetivo condenatório em relação ao órgão legiferante competente, seja à obrigação de fazer ou não-fazer.

O campo de atuação da nossa garantia, é, portanto, um ponto que lhe particulariza em relação às demais. Diferente dos instrumentos de origem anglo-americana, o nosso não busca assegurar toda sorte de direitos, mas restringe-se àqueles elencados no Título II Constituição Federal de 1988. Tal análise reforça o entendimento de que o Mandado de Injunção é, de fato, um mecanismo originário do direito brasileiro, já que ele não presta tutela a uma gama irrestrita de direitos, como o faz o “writ” anglo-americano.

Sendo assim, percebe-se que o Mandado de Injunção consiste num instrumento processual constitucional de origem brasileira, uma verdadeira

inovação do nosso legislador constituinte de 1988. As peculiares características apresentadas demonstram que nenhum instituto do direito estrangeiro corresponde, em conteúdo, àquela garantia constitucional.

2. O Princípio da Separação dos Poderes e sua aplicação atenuada no Direito Brasileiro

Antes que passemos a uma análise da evolução histórica do princípio da separação dos poderes, é mister esclarecermos que, embora exista, de fato, uma divisão de funções estatais, o poder político é uno e indivisível.

Por meio de Aristóteles, na Antiga Grécia, foram concebidas as primeiras ideias acerca da existência de funções estatais diversas, que estavam previstas em sua obra “Política”. Esse filósofo identificou a atividade legiferante, a executiva, e, por fim, a atividade judiciária.

John Locke (1690) foi o primeiro filósofo a mencionar a ideia da separação dos poderes sob a influência do Movimento Iluminista. Ele previu a existência de três funções estatais, legislativa, executiva e federativa, entretanto limitou-se a tratar das suas competências sem dar maior enfoque aos fundamentos daquela separação.

Essas teorias foram aperfeiçoadas pelo francês Charles-Louis de Secondat, conhecido por Montesquieu, alguns anos depois na sua obra “Do espírito das leis” (1748). Partindo do pressuposto da existência dessas três funções estatais, o pensador francês inovou as concepções vigentes, quando propôs a ideia de que tais funções deveriam ser atribuídas a órgãos diversos, autônomos e harmônicos entre si, com isso ele revelou-se um crítico severo aos preceitos da monarquia absolutista.

A famosa Teoria da Separação dos Poderes surgiu a partir daí e foi mola propulsora de diversas revoluções posteriores, como a Americana e a Francesa, a ponto de ser, hoje, considerada como um princípio fundamental das constituições dos Estados de Direito, como observou Ingo Sarlet (2016).

Nesse sentido, tal teoria foi prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), como verdadeiro dogma constitucional do Estado Moderno, de acordo com o artigo 16 do mesmo documento: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição.” A partir daí, a maioria dos Estados foi influenciada nos seus movimentos constitucionalistas, passando a refletir uma grande preocupação em aplicar, às suas constituições, o princípio da Separação dos Poderes como forma de proteção à liberdade individual.

Conforme essa teoria de Montesquieu, cada poder exerceria a sua função de modo independente e harmônico em relação aos demais, de maneira que um só indivíduo não tivesse a incumbência de, unilateralmente, executar as três atribuições estatais dando oportunidade ao surgimento de um governo tirânico, pois em cada Estado aonde inexistente a separação dos poderes, não haveria a própria liberdade. Isto é o que depreendemos das palavras do mesmo autor (1748, p. 166):

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo.

Buscou-se, através dessa teoria, combater a tendência absolutista da concentração do exercício do poder político, em prol da liberdade individual.

Contudo, faz-se necessária uma reflexão acerca da aplicabilidade desta rígida concepção da separação dos poderes, em face das mudanças sociais ao longo da história e da própria busca pela efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente previstos, como argumenta Dalmo Dallari (1998, p. 80):

Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos.

Sendo assim, o princípio da separação dos poderes não consiste numa fórmula acabada que os Estados devem copiar para as suas constituições, pois essa distribuição de funções estatais dependerá das peculiaridades de cada carta constitucional.

Apesar desse tema ser motivo de alguma controvérsia, não há que se falar em desrespeito ao princípio da separação dos poderes, e, por conseguinte, à uma cláusula pétrea, conforme prevê a Constituição Federal no seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, já que o próprio legislador constituinte previu o exercício de funções típicas e atípicas pelos poderes que compõem a União, como veremos a seguir.

O Poder Legislativo ao criar leis, regras gerais, abstratas e impessoais, ou ao fiscalizar as finanças, o orçamento e a contabilidade do Executivo estará exercendo as suas atribuições predominantes, respectivamente previstas nos artigos 59 a 69 e nos dispositivos 70 a 75, todos elencados na nossa Carta Constitucional. Porém, o mesmo poder também foi incumbido da atividade

administrativa, para dispor sobre a sua organização interna (artigos 51, IV e 52, XIII CF/88), como da função julgadora em processos e julgamentos que envolvam crime de responsabilidade (artigo 52 I e II, CF/88).

Ao Poder Executivo o legislador constituinte atribuiu as funções típicas de governar, tanto no plano interno, como chefe de governo, quanto no externo, praticando atos de chefia de Estado, (art. 84 III, IV, V CF/88), bem como a de administrar, por meio de intervenção, fomento e serviço público (art. 85, XXV CF/88). Para além disso, percebemos que o Executivo exerce atribuição legislativa ao editar Medidas Provisórias (art. 62 CF/88) e Leis Delegadas (art. 68 CF/88), e atua numa esfera típica do Judiciário quando são realizados julgamentos de processos administrativos.

O Poder Judiciário, por sua vez, além de exercer a sua função precípua de dirimir conflitos, é responsável pela administração da sua estrutura (art. 96, I, f CF/88) e também exerce atividade inerente ao legislativo quando edita as suas normas regimentais (art. 96 I, a CF/88).

Finalmente, resta comprovada a impossibilidade da aplicação absoluta da Teoria da Separação dos Poderes, sob o prisma da existência de atribuições exclusivas de um poder, quando analisamos as funções atípicas.

3. A evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto os efeitos da decisão em sede de Mandado de injunção

Mesmo sabendo que o Mandado de Injunção, atualmente, consiste numa garantia constitucional de natureza híbrida, já que está prevista na nossa Lei Maior e na lei complementar nº 13.300, de junho de 2016, essa sua regulamentação inexistiu por quase três décadas. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, desde 1989 com o julgamento do Mandado de Injunção nº 107, já havia decidido pela sua auto aplicabilidade, em face do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, conforme leciona Alexandre de Moraes (2015).

Entendendo a aplicação imediata desse remédio constitucional, passemos, pois, a analisar por fases, à luz das correntes não concretista e concretista tratadas pelo já citado autor, como se deu a mudança de posicionamento do STF quanto aos efeitos do referido instituto.

3.1. Primeira fase: A prevalência da corrente não concretista

Por meio do julgamento do Mandado de Injunção nº 107/DF, realizado em 23 de novembro de 1989, tendo como relator o ministro Moreira Alves, o Supremo não só reconheceu, de forma unânime, a já citada autoaplicabilidade desse instrumento, como posicionou-se pela primeira vez

quanto aos efeitos que seriam conferidos à decisão proferida nesta questão. Prevaleceu, naquela data, e por vários anos seguintes, o entendimento não concretista.

Esta corrente aponta para o fato de que, nesta questão, a sentença somente deveria reconhecer, formalmente, a mora do legislador, cientificando-o de sua inércia, como nos ensina Uadi Lamego Bulos (2014). Em seu voto, o ministro Celso de Mello ressaltou que o Mandado de Injunção não seria substituto constitucional das atribuições político-jurídicas dos órgãos omissos, portanto, não caberia ao STF qualquer provimento no sentido de suprir a falta de norma regulamentadora.

Sendo assim, os efeitos do mandado de injunção foram confundidos com os da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, entendendo-se que, assim, estaria assegurado o princípio da separação dos poderes. Este entendimento firmado pelo Supremo inadmitia qualquer medida viabilizadora do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, conforme percebemos neste trecho do voto do ministro Moreira Alves, relator deste mesmo MI nº 107:

(...) é ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ele dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que se adotem as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Foi visto, portanto, que não há estabelecimento de mandamento ou sanção à autoridade legislativa omissa, muito menos a concessão de medida satisfativa do direito. A sentença, neste caso, possuía natureza jurídica meramente declaratória, pois o judiciário acabou por equiparar essa garantia constitucional com a ação de inconstitucionalidade por omissão, e, como bem dispôs Regina Quaresma (1999), terminou inutilizando, na prática, o mandado de injunção.

3.2. Segunda fase: A adoção da corrente concretista individual intermediária

Sob a relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, o Mandado de Injunção nº 283/DF foi julgado em novembro de 1991, inaugurando o novo posicionamento do Supremo que, buscando a maior efetividade daquele instrumento, adotou a posição da corrente concretista individual intermediária.

A partir desta, segundo Pedro Lenza (2014), sendo procedente o Mandado, o órgão do Judiciário fixa um prazo para que o legislador crie a norma

viabilizadora do direito constitucional impossibilitado, somente passando a assegurar o exercício dele quando a omissão legislativa permanecer após o decurso daquele período. Neste caso, os efeitos dessa decisão só se aplicam às partes envolvidas no litígio.

A sentença que defere a injunção teria, portanto, efeitos constitutivos-mandamentais, estando acompanhada das medidas necessárias à satisfação do direito constitucional do autor, caso a inércia do poder público permanecesse, como aponta Rafael Figueiredo Bezerra (2010). Logo, percebemos, neste trecho da ementa do MI nº 283/DF, a existência de três providências tomadas pelo Judiciário no sentido de atender a finalidade desse instituto:

(...) a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, do ADCT, comunicando o Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) caso ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, passa o impetrante a gozar da faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem.

Note-se que ao órgão do Judiciário não foi dado o poder de criar normas, de legislar positivamente, mas sim de possibilitar o acesso do indivíduo ao seu direito previsto pela Constituição e prejudicado em face da inobservância de um dever de legislar, também determinado pela Carta Magna.

3.3. Terceira fase: O retorno à posição não concretista

Em agosto de 1992, foi julgado o Mandado de Injunção nº 369/DF, sob a relatoria do ministro Néri da Silveira. Neste, o STF manifestou um posicionamento não concretista. Na ocasião, apenas foi reconhecida a mora do Congresso Nacional por conta da não regulamentação do direito ao aviso prévio, constante no artigo 7º, XXI da Constituição Federal.

A sentença proferida teve caráter meramente declaratório, já que não se fixou prazo para que o legislador editasse a norma regulamentadora, muito menos tomou-se qualquer providência no sentido de viabilizar a eficácia do direito constitucionalmente previsto e não exercido por conta da ausência normativa. Percebe-se que houve uma retomada do entendimento firmado com o julgamento do Mandado de Injunção nº 107/DF, realizado em 1989.

3.4. Quarta fase: A retomada do posicionamento concretista individual

Por meio do julgamento do MI nº 721/DF o STF, em 2007, decidiu pelo retorno à corrente concretista individual adotada em 1991. Sob a relatoria do

ministro Marco Aurélio, o mandado versava acerca do direito do servidor público à aposentadoria especial, quando a sua atividade fosse realizada em condições especiais, conforme o dito, e não regulado, no artigo 40, § 4º da Constituição Federal, em razão da inércia legislativa, como lecionou Pedro Lenza (2014).

Nesta ocasião, o Supremo não só declarou a mora do legislador como deferiu, à impetrante, o direito à dita aposentadoria especial, adotando o sistema do Regime Geral de Previdência Social, conforme os ditames do artigo 57 da lei nº 8.213/1991.

3.5. Quinta fase: A consagração da corrente concretista geral

Ainda no ano de 2007, o Supremo decidiu acerca dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep), isso com o intuito de garantir aos servidores públicos filiados a esses sindicatos o direito de greve, que havia sido previsto no artigo 37, VII, da CF/88, mas não existia lei regulamentadora que viabilizasse o seu exercício.

O STF, modificando, drasticamente, a sua posição, por unanimidade, adotou a teoria concretista geral. Nesse sentido julgou procedente os mandados e, para além da declaração da mora legislativa, determinou a aplicação da lei de greve do setor privado, lei nº 7.783/1989, enquanto uma norma específica não fosse editada para regulamentar esse direito. Os efeitos da decisão, no entanto, se estenderam a todo o funcionalismo público, não se limitando às partes impetrantes, observando-se, efetivamente, a essencialidade da atividade como fator de mitigação dessa regra.

O ministro Ricardo Lewandowski, naquela ocasião, manifestou-se contrário à atribuição de eficácia erga omnes ao Mandado de Injunção, como vemos a seguir, num trecho de seu voto:

(...) Ademais, ao emprestar-se eficácia erga omnes à tal decisão, como se pretende, penso que esta Suprema Corte estaria intrometendo-se, de forma indevida, na esfera de competência que a Carta Magna reserva com exclusividade aos representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto.

Em seu voto, no MI nº 670/ES, ele tenta demonstrar que, ao proferir uma sentença com esses efeitos, o Tribunal estaria violando o princípio da separação dos poderes.

4. A importância da decisão constitutiva em sede de Mandado de Injunção para a concretização das intenções constitucionais

Ao falarmos da efetividade das normas constitucionais, é mister que façamos distinção entre eficácia jurídica e efetividade (eficácia social). No primeiro caso, conforme ditou Rafael Bezerra (2010), essa eficácia consiste na força jurídica suficiente, que uma norma detém, para impor a sua posição hierárquica sobre as demais. Ao tratarmos de efetividade normativa ou eficácia social, referimo-nos à realização dos efeitos da norma constitucional no caso concreto.

Nesse processo de busca pela efetividade das intenções constitucionais, almeja-se também amparar e viabilizar a força normativa da Constituição. Esta foi brilhantemente conceituada por Konrad Hesse (1991, p. 15):

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela (...)

A partir disso temos que a Constituição, mesmo que de forma mais ou menos limitada, contém sempre uma força própria capaz de motivar e ordenar a vida do Estado e da sociedade, como bem salientou Ingo Sarlet (2016). Ainda segundo ele, destacamos dois mecanismos de amparo àquela citada força, são eles: a atuação dos agentes do Judiciário como agentes políticos (fator externo à Constituição), comprometidos com a concretização da vontade constitucional, e as próprias garantias previstas no texto da Carta Magna, com ênfase no Mandado de Injunção.

A adoção da teoria concretista, no sentido de assegurar o exercício dos direitos previstos constitucionalmente, em face da inércia do legislador, segue como uma forma garantir a máxima eficácia e a supremacia da Constituição. Num caminho diverso tínhamos o entendimento superado do STF, que previa uma simples declaração da mora legislativa, que em nada modificava a situação do impetrante, tornando em letra morta os dispositivos da Lei Maior.

Considerações finais

Como visto, o Mandado de Injunção é um instituto genuinamente brasileiro, portanto, há que se considerar as intenções do legislador constituinte ao criá-

lo, quais sejam suprir a falta de norma regulamentadora no sentido de dar concretude aos direitos constitucionalmente previstos e tuteláveis pelo mesmo instituto.

Vale ressaltar que o órgão julgador, ao fixar prazo para que o legislador edite a lei faltante, bem como ao estabelecer condições para o exercício do direito não estaria usurpando a competência do Poder Legislativo, mas exercendo uma atribuição que lhe foi conferida pela própria Lei Maior, através do mandado de injunção e da função típica do Judiciário que lhe conferiu, qual seja, a incumbência de viabilizar o direito no caso concreto.

Com a evolução do seu entendimento, o Supremo Tribunal Federal passou de uma posição que simplesmente esvaziava o instituto, ao determinar que os efeitos da decisão seriam meramente declaratórios, equiparados aos da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, para um posicionamento que contempla os objetivos do Mandado de Injunção.

A mudança do posicionamento do STF possibilitou ao juiz o estabelecimento de medidas constitutivas frente à omissão legislativa e à necessidade de amparo à força normativa da Constituição, bem como à máxima eficácia das suas normas e à supremacia do Texto Maior, tendo em vista a lesividade da mora legislativa em relação ao seu poder-dever de elaborar leis. Logo, percebe-se que os efeitos positivos não foram sentidos apenas pelas partes impetrantes.

Neste sentido, vale ressaltar que não resta desrespeitado o princípio da Separação dos Poderes, uma vez que, como abordado, ele foi adotado no Brasil de forma atenuada, prevendo, a própria Constituição, a existência de funções predominantes e atípicas para cada poder como maneira de controle mútuo desses órgãos. O dito “sistema de freios e contrapesos”, para nós, se realiza, também, por meio de uma decisão constitutiva em sede de mandado de injunção, tendo em vista a omissão inconstitucional do órgão legiferante.

Referências

ARISTÓTELES. **Política**. 1ª ed. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002

BEZERRA, Rafael Figueiredo. **Tutela judicial efetiva via Mandado de Injunção**. Olinda, PE: Livro Rápido, 2010

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2014

- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1998
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2014
- LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994
- MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31º ed. São Paulo: Atlas, 2015
- QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: Teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 1999
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016

DERECHO COMERCIAL - FINANCIERO

Arbitragem comercial internacional privada no Mercosul*

Débora Medeiros Peixoto¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. **1.** Breve esboço histórico: A regulamentação da arbitragem no Mercosul. **2.** O papel da arbitragem no contexto do comércio internacional. **3.** A execução das sentenças arbitrais no Mercosul. **4.** A crítica: Sobre a necessária intervenção do poder judiciário. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: Os métodos alternativos de solução de conflitos, com destaque para arbitragem – objeto da presente pesquisa – vêm ganhando cada vez mais destaque na prática comercial internacional. Não é para menos! A crise no sistema de justiça tem grande parcela de culpa, quer pela excessiva judicialização das relações sociais, quer pela ineficiência funcional do sistema, fato é que o Judiciário já não atende ao dinamismo que o comércio internacional, e mesmo o comércio interno, demanda. Assim sendo, como resposta às necessidades mercadológicas, a arbitragem surge como método de solução de conflito apto a conferir rapidez, liberdade e confidencialidade. Alto lá! Há, ainda, que se refletir bastante sobre este procedimento no que diz

* Recibido: 20 setiembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV.

deborapeixoto@live.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Vitória – FDV. Mestre em Direito Internacional e Direito Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola da Sociologia Política de São Paulo, vinculado à FDV. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Marítimo e Portuário da FDV. E-mail: mfqobregon@yahoo.com.br.

respeito execução destas sentenças no MERCOSUL. Sem dúvidas, pensar em novos métodos – mormente a arbitragem – é um grande passo, mas longe de ser a panacea para o déficit do nosso sistema de justiça. Nota-se que o reconhecimento e execução destas sentenças entre os Estados-Membros do MERCOSUL representa, em verdade, a antítese do que se compreende por eficiência e celeridade nos tempos atuais. Para tanto, as leituras de João Bosco Lee (2002) e Marco Aurélio Gastaldi Buzzi (2015), entre outros autores, irão servir de subsídio para a construção teórica do tema.

Palavras-chaves: arbitragem; comércio internacional; sentença arbitral; mercado comum do sul.

International commercial arbitration private in Mercosur

Abstract: The alternative methods of conflict resolution, with emphasis on arbitration – the object of this research – have been gaining increasing prominence in international commercial practice, and there's a good reason for that. The crisis in the justice system has a great deal of blame, both for the excessive judicialization of social relations and for the functional inefficiency of the system. The fact is that the Judiciary no longer responds to the dynamism that international trade, and even internal commerce, demands. Thus, in response to market needs, arbitration arises as a method of conflict resolution capable of conferring speed, freedom and confidentiality. Hold on! There is also a great deal of reflection on this procedure regarding the enforcement of these judgments in MERCOSUR. Undoubtedly, thinking of new methods - especially arbitration - is a big step, but far from being the panacea for the deficit of our justice system. It should be noted that the recognition and enforcement of these judgments among MERCOSUR Member States is, in fact, the antithesis of what is understood by efficiency and speed in the current times. For that, the readings of João Bosco Lee (2002) and Marco Aurélio Gastaldi Buzzi (2015), among other authors, will subsidize the theoretical construction of the theme.

Key-words: arbitration; international trade; arbitration award common southern market.

INTRODUÇÃO

A formação do bloco econômico do Mercado Comum do Sul (ou MERCOSUL) entre o Brasil, a Argentina, o Uruguai e o Paraguai, por meio do Tratado de Assunção, em 1991³, promoveu o incremento das relações comerciais entre empresas sediadas nos Estados-Membros.

Tem-se que em razão destas relações comerciais, por via oblíqua, a potencialidade de conflitos também aumentou, de maneira que no ano seguinte ao Tratado de Assunção, em 27 de junho de 1992, a fim de se obter maior segurança jurídica e destinar tratamento equitativo aos cidadãos residentes e domiciliados nos países membros do Mercosul, foi celebrado em Las Leñas, na Argentina, o Protocolo de Cooperação e de Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa.

O mencionado Protocolo dispõe entre outras coisas sobre a regulamentação da circulação de sentenças arbitrais no Mercosul, notadamente no que diz respeito ao reconhecimento e execução destas.

Em sendo assim, sob a abordagem alternativa aos métodos de resolução de controvérsia tradicionalmente utilizados, com destaque para a arbitragem no contexto do comércio internacional, força motriz da presente pesquisa, critica-se a necessária intervenção do Poder Judiciário para a produção de efeitos jurídicos nas sentenças arbitrais privadas proferidas no âmbito do Mercosul.

Ademais, nota-se a defasagem do Protocolo em estabelecer procedimentos extremamente burocráticos, alheios aos recursos tecnológicos existentes, tal como a necessidade da Autoridade Central e Carta Rogatória na homologação das sentenças arbitrais entre países do Mercosul.

Atente-se ainda, para a necessidade de se recorrer ao Judiciário no caso da necessidade de medida cautelar por qualquer das partes, ainda que se opte cláusula compromissória⁴ em contrato privado.

Neste sentido, compreende-se à proeminente necessidade da evolução legislativa no tema da arbitragem a fim de solucionar os problemas aqui relatados, ou ao menos mitigá-los.

³ O ingresso da Venezuela deu-se no ano de 2012. O formato original do bloco econômico compunha apenas os quatro países mencionados.

⁴ A cláusula compromissória é convenção na qual “as partes submetem à arbitragem os futuros litígios de um contrato” (LEE, 2012, p. 50).

No primeiro capítulo será feita abordagem histórica sobre a regulamentação na arbitragem no Mercosul; no segundo capítulo se discutirá sobre o papel da arbitragem no contexto do comércio internacional; o terceiro capítulo irá dispor sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras no Mercosul; por fim, será feita crítica, no último capítulo, sobre a necessária intervenção do Poder Judiciário.

1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO: A REGULAMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM NO MERCOSUL

No ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem é prevista como método de solução de controvérsia desde as Ordenações Filipinas (Livro III, Título III, XVI e XVII). Ato contínuo, na Constituição do Império (Art. 160) havia previsão sobre a execução de sentenças arbitrais sem a necessidade de recurso, se assim fosse convencionado pelas partes (LEE, p. 44, 2012).

A regulamentação do procedimento arbitral ocorreu em 1850, no Código de Comércio, que dispunha da arbitragem como método obrigatório de solução de controvérsias. Esta obrigatoriedade, contudo, alguns anos depois, foi revogada pelo art. 3º da Lei 1350/66 (LEE, p. 44, 2012).

Até que a Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9.307/96) fosse promulgada, este método foi sub-aproveitado, de modo que o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras pela Suprema Corte⁵ exigia o duplo *exequatur*⁶ (LEE, p. 44, 2012).

Sob a perspectiva internacional, no Mercosul, a primeira manifestação, ainda que tímida, no sentido de “fazer prevalecer a arbitragem como método de solução de controvérsias privadas entre os operadores econômicos dos Estados-Membros”, ocorreu no Protocolo de Buenos Aires, em 05 de agosto de 1994 (LEE, 2012, p. 321).

Após a isso, no Brasil, surgiu projeto, mediante a iniciativa do setor privado – especificamente a Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP) – proposto às Autoridades do Mercosul. Este projeto convergia no seguinte sentido: “encorajar as práticas de arbitragem e de conciliação no respectivo setor privado das partes contratantes” (FRUTOS-PETERSON *apud* LEE, 2012, p. 322).

⁵ Atualmente a homologação das sentenças arbitrais alienígenas é feita pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

⁶ O sistema do duplo *exequatur* refere-se à necessidade da sentença arbitral passar pelo crivo do judiciário do seu país de origem e, após, a homologação no território brasileiro.

Certamente, já naquela época, o setor privado já clamava pela abordagem alternativa aos métodos de solução de conflitos tradicionalmente utilizados, razão esta que surgiu projeto para fomento de práticas alternativas de resolução de controvérsias.

Outro projeto, “foi elaborado sob a coordenação dos Ministros da Justiça dos países do Mercosul, da Bolívia e do Chile”, que, em primeiro plano, não foi aprovado na íntegra. No entanto, após alterações, o mencionado projeto foi em todo o seu teor aprovado, passando a ser conhecido por Acordo de Buenos Aires (LEE, 2012, p. 322).

Sobre os objetivos do acordo, dispôs-se o seguinte:

Oferecer ao setor privado dos Estados-Membros do Mercosul métodos alternativos de resolução de controvérsias sobrevividos no quadro dos contratos dos contratos comerciais internacionais celebrados entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado; uniformizar a organização internacional nos Estados-Membros, a fim de contribuir com a expansão do comércio regional internacional: promover e favorecer a solução extrajudicial de controvérsias, por via da arbitragem no Mercosul, como sendo uma prática conforme as particularidades das transações internacionais. (LEE, 2012, p. 322-323).

Há, contudo, que se esclarecer que o Acordo de Buenos Aires só vige no Brasil e na Argentina. E isso porque, como condição de vigência deste instrumento (Art. 26, I), estabeleceu-se a necessidade de ratificação pelos países aderentes, tendo só o Brasil e Argentina feito a ratificação.

Assim como foi exposto, apesar de existir alguns instrumentos jurídicos (Acordos, Protocolos, Leis) vigentes no Mercosul, tem-se a necessidade de políticas viabilizando a utilização da arbitragem, notadamente no que diz respeito ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais.

2 O PAPEL DA ARBITRAGEM NO CONTEXTO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

O sistema multiportas de acesso à justiça está em voga não só em âmbito acadêmico, mas fora deste, no comércio interno brasileiro e, ainda, internacional⁷.

No contexto do sistema multiportas, a arbitragem tem ganhado destaque como método apto a conferir celeridade, liberdade e confidencialidade. Em

⁷ Segundo pesquisa do autor RECHSTEINER (p. 16-17, 2001): “[...] estima-se que cerca de 90% dos contratos internacionais de comércio contêm uma cláusula arbitral. Em contratos internacionais referentes à construção de complexos industriais e projetos de construção similares, o índice de cláusulas arbitrais inseridas nestes contratos, atinge a cerca de 100%”.

nosso sentir, a ênfase na arbitragem está associada à decadência do Poder Judiciário, notadamente no que diz respeito ao Brasil.

E isso porque, o Poder Judiciário não tem correspondido às expectativas do mercado internacional no que diz respeito à morosidade no trâmite dos processos – o que, por vezes, provoca o perecimento do direito material que funda a controvérsia. Sob o mesmo entendimento:

[...] em função da demora verificada, as partes temem que a prestação jurisdicional, quando oferecida, já não assegure a efetiva composição do prejuízo sofrido com a lesão de seu direito, esvaziando-o consideravelmente (PASCHOAL, 1991, p. 01).

Atente-se, ainda, que a falta de flexibilidade na escolha da legislação aplicável ao caso concreto é fator que dificulta a escolha da via judicial como método de solução de conflitos. A própria Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Lei 4.567/1942), estabelece que na relação jurídica de direito privado, aplica-se a lei do foro competente para o julgamento da demanda.

Ademais, tratando-se de litígios privados internacionais, a escolha do processamento pela via judicial culminaria em efeitos restritos ao país que prolatou a sentença – em virtude do princípio da soberania no direito internacional⁸. Sob esta mesma compreensão do tema:

Cada país estabelece seu poder jurisdicional dentro de seu próprio território e nos limites postos pelo direito internacional, de modo que, atualmente, exceto nos casos em que se convencionar a solução dos conflitos privados pela via da arbitragem, será sempre um tribunal nacional que decidirá o litígio de caráter internacional. Haverá, evidentemente, casos em que as decisões proferidas em tribunais nacionais não apresentarão aptidão para garantir a efetivação dos interesses tutelados, fazendo-se necessário que parte ou a totalidade dos feitos práticos da sentença sejam produzidos em outros sistemas jurídicos. Ocorre que a jurisdição, como função do Estado, é ato de soberania e, por isso, adstringe-se aos seus limites territoriais (SAMPAIO, p. 10, 2012).

Deve-se, no entanto, antes mesmo de discorrer sobre o papel da arbitragem no contexto do mercado internacional, conceituá-la, da forma que se faz a seguir:

[...] instituto jurídico segundo o que as partes, entre as quais existe uma controvérsia, decidem que sua resolução não venha pela participação de juízes togados, senão pela atuação de árbitros, que decidirão a pendência segundo a lei e o procedimento escolhido por elas (PUCCI, p. 27, 1997).

⁸ Sob este contexto, a soberania pode ser conceituada: “o poder do Estado em relação às pessoas e coisas dentro do seu território, isto é, nos limites da sua jurisdição” (LITRENTO, 2001, P. 116).

[...] a ordem jurídica a reconhece como meio de solução de litígios de direito privado; a sua finalidade é a solução definitiva destes litígios; a sua base é uma convenção de arbitragem válida, celebrada entre as partes, prestes a se sujeitar a um procedimento arbitral, cuja escolha lhes cumpre em primeiro lugar; e os efeitos jurídicos das decisões arbitrais são similares àqueles dos tribunais estatais (RECHSTEINER, p. 17, 2001).

Neste viés, a arbitragem é método de solução de conflitos privado, que pode ser escolhido pelas partes antes ou depois de ter surgido à controvérsia. Também estabelecido por meio de convenção privada, o(s) árbitro(s), responsáveis por conduzir a resolução do caso, bem como as leis que serão aplicadas. Atente-se ainda para a possibilidade de solucionar o litígio por equidade.

Assim, parece-nos que a arbitragem é método democrático de solução de controvérsias, além de estar aliado com o dinamismo que o mercado internacional demanda. É neste mesmo sentido que Figueira Jr. (p. 115, 1999) discorre:

[...] as exigências do mundo contemporâneo não são mais as dos nossos avós e muito menos as da Roma antiga, donde a justificativa de buscar-se incessantemente mecanismos diversificados e hábeis à solução dos conflitos fora do sistema judicial tradicional, rompendo-se definitivamente com a quebra do monopólio estatal da jurisdição.

Logo, nota-se que a arbitragem é realidade irreversível no contexto do comércio internacional, bem como tem se mostrado adequada para solução das controvérsias desta natureza. Registra-se que, ainda que se reconheça o avanço no plano jurídico-cultural promovido pela arbitragem, deve-se ter o olhar crítico voltado para a execução das sentenças arbitrais no MERCOSUL.

2 A EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS INTERNACIONAIS NO MERCOSUL

O Tratado de Assunção assinado em 26 de março de 1991 prevê, em seu artigo 1º, a harmonização da legislação de Direito dos países-membros (dentre eles: Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai) com o fito de fortalecer o processo de integração do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

De igual modo, os países integrantes do MERCOSUL, de forma conjunta, também optaram por uma espécie de mecanismo de circulação de sentenças arbitrais, mormente no que se refere à regulamentação da execução destas sentenças.

Neste sentido é que, em 27 de junho de 1992, foi estabelecido o Protocolo de Cooperação e de Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial,

Trabalhista e Administrativa, em Las Leñas, na Argentina, que dispõe o sobre o reconhecimento e execução de sentenças/laudos arbitrais⁹.

A existência deste Protocolo tem finalidade de não só promover, mas também intensificar, a cooperação jurisdicional dos países-membros do Mercado Comum do Sul. Trata-se do que poderíamos chamar de Ato Concertado de Jurisdição Internacional – semelhante ao que o Código de Processo Civil Brasileiro, no art. 69, dispõe ao tratar da assistência e cooperação entre juízos no próprio território brasileiro.

Esta expressão é de adequada utilização, pois retrata a harmoniosa cooperação jurisdicional internacional na regulamentação da circulação de sentenças arbitrais entre os países-membros do MERCOSUL que se pretende obter com o Protocolo.

Assevera-se que não é inédita a tentativa de cooperação entre países estrangeiros, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado sobre cooperação jurisdicional internacional e os tratados bilaterais sobre cooperação judiciária acordados entre Brasil, Uruguai e Argentina já anunciavam ideias bastante parecidas.

Sem sombras de dúvidas, um dos mais caros objetivos do Protocolo, senão o mais, é a segurança jurídica – no que diz respeito à execução das sentenças arbitrais internacionais no MERCOSUL.

Sobre a segurança jurídica, inclusive, comenta Gonzalez Pedrouzo (p. 415, 1996) que o Protocolo “*sería una forma de unificar las normas que se aplicam a nível del Mercosur., evitando aí la multiplicación de textos que se aplican simultaneamente em la subregión*”¹⁰.

Neste sentido, afere-se o grau de importância do Protocolo na promoção da segurança jurídica e, por conseguinte, no tratamento equitativo dos cidadãos residentes e domiciliados nos Estados-Membros.

2.1 PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO MERCOSUL

⁹ O *supramencionado* Protocolo foi ratificado pelos quatro Estados-membros do Mercosul – Argentina, Lei 24578 de 25.10.95, publicada no Diário Oficial em 27.11.95; Brasil, Decreto 2.067, de 12.11.96, publicada no Diário Oficial em 13.11.96; Paraguai, Lei 270/93, de 12.07.95, publicada no Diário Oficial em 16.03.96; Uruguai, Lei 16.971, de 15.06.98, publicada no Diário Oficial em 02.07.98.

¹⁰ Seria uma forma de unificar as normas que se aplicam ao nível do Mercosul, evitando a multiplicação de textos aplicados simultaneamente na sub-região (Tradução nossa).

A parte interessada a ter reconhecida e executada sentença arbitral em outro país do MERCOSUL pode:

(I) encaminhar a demanda de homologação diretamente à autoridade judiciária para solicitar o *exequatur*; (II) ou requerer ao tribunal competente onde a sentença arbitral foi proferida, para que este assegure o andamento da demanda de reconhecimento e o *exequatur*. (LEE, p. 317, 2002).

Nos termos do artigo 19 do Protocolo, a carta rogatória é instrumento apto a efetivar o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais. E isso porque, é por meio dela que a autoridade judiciária efetua a demanda do *exequatur*¹¹ à autoridade judiciária competente do país de acolhimento da sentença (LEE, p. 317, 2002).

A carta rogatória¹², além de estar na língua da autoridade do país-membro requerente, deve acompanhar a tradução na língua da autoridade requerida, nos termos do artigo 10 do Protocolo.

O protocolo ainda prevê, em seu artigo 19, que a carta rogatória deve ser levada à autoridade judiciária do país-membro requerido por meio da Autoridade Central – sendo esta, no caso do Brasil, o Ministro da Justiça. Na opinião de João Bosco Lee (p.318, 2002), é este trabalho – “de receber e transmitir as demandas de cooperação jurisdicional” – realizado pela Autoridade Central que “diminui a complexidade e lentidão dos procedimentos tradicionais”.

Ousamos, contudo, divergir. Ao nosso sentir, o Protocolo, apesar de ter trazido grandes avanços no que diz respeito à arbitragem comercial em âmbito internacional – além, é claro, da promoção e respeito à segurança jurídica nos limites territoriais do MERCOSUL – é demasiadamente burocrático ao demandar necessariamente a Autoridade Central no trâmite do reconhecimento e execução das sentenças arbitrais, sobretudo por meio de carta rogatória.

Necessário, portanto, readequá-lo as inovações tecnológicas já existentes, desburocratizando-o – sob pena de a Arbitragem ser preterida frente a outros métodos de solução de conflitos no MERCOSUL.

O Protocolo dos anos 90, já se encontra ultrapassado para os anseios atuais do mercado. Sob este caminho, pensamos que a presença física da Autoridade Central e da Carta Rogatória poderiam ser facilmente

¹¹ Trata-se da homologação da sentença estrangeira para que ela esteja apta a produzir efeitos jurídicos no país em que homologada.

¹² A carta rogatória é instrumento jurídico internacional que visa o cumprimento de ato judicial em outro País.

substituídas, respectivamente, pela assinatura e carta rogatória eletrônicas, sendo realizadas por meio da criação de um sistema integrado para homologação destas sentenças entre os Estados-Partes do MERCOSUL.

Ante ao exposto, parece-nos que a criação de um sistema integrado estaria aliado aos próprios objetivos do Protocolo de Las Leñas e, em última análise, do próprio Tratado de Assunção – além de promover a celeridade que as relações comerciais demandam.

3 A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ARBITRAGEM

Assim como foi exposto, há uma relação de dependência necessária da arbitragem com o Judiciário no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, tal fato pode ser explicado pela ausência de poder coercitivo do árbitro. Neste mesmo sentido:

A arbitragem [...], embora se assemelhe à função jurisdicional, não é atividade exercida pelo ente político estatal, detentor exclusivo do poder de império, mas privada e, por esta razão, carecem os árbitros e tribunais arbitrais de coercibilidade, ou seja, do poder de efetivarem os seus atos decisórios – a execução das sentenças arbitrais no âmbito dos países adeptos do civil law está a cargo único do Poder Judiciário (BUZZI, p. 14, 2013)

O poder coercitivo é monopólio estatal da jurisdição – porém, já houve discussões em Portugal, sobre possibilidade de delegá-lo a árbitros para fomentar a utilização do procedimento arbitral. Comentando esta hipótese, o ministro Marco Aurélio Buzzi (p. 16, 2013):

A ideia em Portugal, de se atribuir aos Tribunais Arbitrais competência e força coercitiva para executarem as suas decisões, foi defendida pelo I Ciclo de Conferências, realizado pela Associação Portuguesa de Direito de Consumo, sob o tema “Da arbitragem nos litígios de consumo”, cujo pensamento se apoiou no art. 14 da Lei Portuguesa do Consumidor n.º 24, de 31 de julho de 1996.

Outro ponto é que a concessão das cautelares na arbitragem é feita com o auxílio do Poder Judiciário – justamente, em razão da ausência de coercibilidade do procedimento arbitral.

Neste viés, o Poder Judiciário, assim como nas sentenças estrangeiras, não pode modificar o teor meritório da decisão do árbitro. Contudo, se inconstitucional ou manifestamente ilegal, pode o juiz togado afastá-la. Sob este entendimento:

O juiz togado não tem competência para modificar a medida cautelar proferida pelo árbitro, porém, exercendo o seu poder de controle, pode deixar

de determinar o seu cumprimento se entender que é ilegal ou inconstitucional, casos em que deverá fundamentar a sua decisão (BUZZI, p. 21, 2013).

Em nosso sentir, a intervenção do Poder Judiciário na arbitragem deve ser mínima. Conferir a possibilidade ao juiz togado de afastar a decisão do árbitro, deferindo ou indeferindo medida cautelar, pode ser temerário. E isso porque, o texto constitucional e a legislação dependem do exercício hermenêutico do intérprete – possibilitando, inclusive, que dois intérpretes cheguem a resultados diferentes.

Além do mais, no Brasil, as decisões cautelares estrangeiras – da mesma maneira que as sentenças arbitrais – devem passar pelo processo de homologação judicial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nem sempre a celeridade do procedimento arbitral é capaz de evitar o perecimento do direito material pleiteado por uma das partes. Nestas hipóteses, faz-se necessário demandar por medidas cautelares, a fim de que se implemente providências até o julgamento definitivo da causa. Assegurando-se, então, o provimento futuro efetivo.

Por vezes, a celeridade inerente ao procedimento arbitral não é suficiente para tutelar adequadamente o direito material pleiteado pela parte, o que torna necessária a concessão de medidas de urgência pelo árbitro. O objetivo de tais medidas é impedir a ocorrência de dano ou prejuízo irreparável a quem pleiteia o direito em virtude da demora da composição arbitral (BUZZI, p. 19-20, 2013).

Contudo, a necessidade de homologação judicial das decisões arbitrais estrangeiras cautelares, no Brasil, não parece ser procedimento compatível com a natureza deste instrumento. E isso porque, o procedimento de homologação, por vezes, pode demorar mais que o esperado.

Possível, contudo, no Brasil, que o juiz togado – que tenha jurisdição sobre o local onde se pretende o efeito da medida cautelar –, antes mesmo da constituição do tribunal arbitral ou da nomeação do árbitro, possa analisar o pedido cautelar, sem que isso implique em renúncia à convenção de arbitragem (JÚDICE *apud* BUZZI, p. 20, 2013).

Nota-se, portanto, que, embora o Brasil venha fomentando a prática da arbitragem no comércio internacional, aderindo a certos instrumentos, como o Protocolo de Las Leñas, ainda é insuficiente.

O procedimento de homologação judicial, mormente das decisões cautelares, desestimula a procura pela arbitragem. Certamente, é preciso pensar em outros caminhos para o incentivo da prática da arbitragem, ainda que com os problemas identificados, não só no Brasil, mas no Mercosul.

Embora, tenha-se levantado a discussão sobre a possibilidade de se atribuir poder coercitivo aos atos decisórios da arbitragem, tem prevalecido o entendimento que, se assim fosse, estaríamos criando uma nova justiça estatal.

A opção pelo atual modelo de arbitragem resulta do consenso legislativo das respectivas nações e a sua transformação em uma nova justiça estatal também haverá de resultar, se for o caso, de um prudente período de maturação, incumbindo aos estudiosos e aos operadores de direito zelarem para que não ocorra o esvaziamento deste método alternativo que é à jurisdição (BUZZI, p. 18, 2013).

Há quem diga que atribuir poder coercitivo à arbitragem culminaria na perda da principal característica dos métodos autocompositivos, qual seja: a voluntariedade.

[...] caso os atos decisórios da arbitragem fossem dotados de coercibilidade, ela estaria fadada à perda de uma das suas principais características: a voluntariedade, o que desconstituiria a sua própria legitimidade, face à ausência do menor consenso de vontades entre as partes, derruindo, por conseguinte, a sua premissa de constituição.

Neste sentido, a arbitragem pressupõe a aceitação voluntária das partes e, em caso do não cumprimento espontâneo da decisão arbitral, o conflito terá de ser transportado para o Poder Judiciário. E isso, pois, o Poder Judiciário é o único que detém o monopólio do uso da força de modo legítimo.

A realização de actos de execução implica a intromissão em direitos fundamentais do executado através da prática de actos de autoridade, pelo que, na expressão de Rosemberg, Gaul e Schilken, constitui a forma mais intensa de realização de justiça. Detendo o Estado o monopólio do uso da força de modo legítimo, qualquer actividade que implique o seu uso só pode ser exercida ou pelo Estado ou por alguém, mesmo que sujeito privado, por sua delegação. Esta delegação não existe no caso dos tribunais arbitrais pelo que não pode admitir-se que pratiquem actos de coerção, seja em tutela cautelar, seja em tutela definitiva (SILVA, 2018).

Tem-se, portanto, que o juiz arbitral age em auxílio com o Poder Judiciário no que diz respeito às medidas cautelares. Ademais, entendemos que, embora prevaleça a posição de que não é possível atribuir poder coercitivo aos atos decisórios da arbitragem, faz-se necessário instrumentos que facilitem a circulação destas decisões no Mercosul, tendo em vista o Protocolo de Las Leñas ser notadamente insuficiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa foi iniciada, desde sua introdução, com a construção de um objetivo geral, como fio-condutor, servindo de força motriz e combustível teórico para o desenvolvimento do presente estudo.

Inicialmente, traçou-se a seguinte pretensão investigativa: a regulamentação da circulação de sentenças arbitrais no Mercosul, mormente no que diz respeito ao reconhecimento e execução destas sentenças.

Verificou-se que a arbitragem, no Brasil, está tipificada no ordenamento jurídico desde as Ordenações Filipinas. Apesar disto, este método alternativo de soluções de controvérsias tem sido por muito tempo sub-aproveitado, na medida em que sentenças estrangeiras deveriam passar pelo sistema de duplo *exequatur* para produzirem efeitos.

Com a pressão do setor da indústria privada brasileira, bem como a constatação de que o judiciário já não atendia as demandas com a mesma celeridade que o dinamismo que o comércio internacional demanda, as autoridades do Mercosul reuniram-se na intenção de estabelecer convenção sobre a arbitragem internacional.

A intenção do bloco econômico do Mercosul, já na Convenção de Buenos Aires, era de fomentar a utilização da arbitragem e, principalmente estabelecer regramento para a circulação e execução de sentenças no contexto do bloco econômico. Até mesmo porque, desde o Tratado de Assunção em 1991, em que se criou o Mercado comum do Sul, as relações econômicas entre os países-membros se intensificaram.

Certamente, conforme foi apontado ao longo desta pesquisa, a arbitragem representa avanço no plano jurídico-cultural do Mercosul, entretanto, apesar de de Convenções e Protocolos entre os Estados-Partes, que versem a respeito deste método, tem-se que ainda se está longe de um sistema ideal de circulação de sentenças privadas no Mercado Comum do Sul.

Há, portanto, ainda muito o que se fazer a respeito. Sem dúvidas, é urgente a atualização e desburocratização destes instrumentos. Apontou-se, neste contexto, a desnecessidade de todo o procedimento de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira se realizar por meio da carta rogatória e a presença de Autoridade Central. Identificou-se, ainda, que as inovações tecnológicas têm que ser utilizadas a nosso favor, substituindo métodos arcaicos e demorados como a citada carta rogatória.

Notou-se que a intervenção do judiciário é necessária para o reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras. Ainda mais porque, o poder coercitivo é monopólio estatal de jurisdição.

Compreendeu-se que, embora a hipótese já tenha sido defendida por alguns, não parece razoável conceder poder coercitivo a arbitragem sob pena de criar uma nova jurisdição estatal, além de descaracterizar a principal característica dos métodos autocompositivos: a voluntariedade.

Assim, conclui-se que é urgente a necessidade de fomentar a utilização deste método no comércio internacional privado, facilitando, no que for possível, dentro do contexto do Mercosul, a circulação das sentenças arbitrais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 6.891 de 02 de julho de 2009 - Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6891.htm> , acesso em 20.08.2018

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução de Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 09 de setembro de 2018.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. A Arbitragem na União Européia, nos Estados Unidos da América e no Mercosul. In: IPEJA – Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídicos Avançados, 2015. Disponível em <<http://ipeja.com.br/content/uploads/2015/05/A-Arbitragem-na-Uni%C3%A3o-Europ%C3%A9ia-nos-Estados-Unidos-da-Am%C3%A9rica-e-no-Mercosul-Marco-Aur%C3%A9lio-Gastaldi-Buzzi-.pdf>>. Acesso em 20/08/2018.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução:** análise crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996. 2.ed. São Paulo: Editora RT, 2002.

LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul.** Curitiba, Juruá, 2002.

PEDROUZO, Carmem González. El Arbitraje Internacional privado em el MERCOSUR. In: **Revista Uruguaya de Derecho Procesal**, nº 3, 1996.

PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países no Mercosul:** análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem. São Paulo: LTr, 1997.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova Lei 9.307/96: teoria e prática.** 2.ed. São Paulo: Editora RT, 2001.

SAMPAIO, Carlos Alberto Vilela. **Reconhecimento da Sentença e do Laudo Arbitral Estrangeiro.** Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2012.

SILVA, Paula Costa. **A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras.** Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=64444&ida=64475. Acesso em: 09 de setembro de 2018.

LITRENTO, Oliveiros. **Curso de direito internacional público.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PASCHOAL, Luiz Maurício Machado. **Arbitragem Comercial Internacional.** In: Biblioteca digital da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DERECHO PENAL

Da escrava branca ao Protocolo de Palermo perspectiva acerca do tráfico de pessoas*

Jacqueline Alberto Formigoni¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. **1.** O que é tráfico de pessoas. **2.** Caso concreto envolvendo tráfico internacional de pessoas - Operação “Fada Madrinha” **3.** Tráfico internacional de pessoas e o ordenamento jurídico internacional. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente artigo visa fazer um resgate histórico sobre o tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, sendo que essa análise foi motivada pela intensificação do fenômeno a partir da globalização mas, que lança suas origens há

* Recibido: 20 setiembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Graduando da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Pós – Graduada em Políticas Públicas na Faculdade Metodista do Espírito Santo, Graduada em Serviço Social pela Faculdade Metodista do Espírito Santo.
jacque_formigoni@hotmail.com
- ² Doutor em Direito. Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. (Currículo Lattes, Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/6834122814752614>)
mfqobregon@yahoo.com.br

muitos séculos. Visa-se demonstrar também que o combate ao tráfico de pessoas ocorreu pela primeira vez a nível internacional na Conferência de Paris em 1902, que ficou denominada por Protocolo de Paris, de 1904, e obtinha como principal intenção a repressão ao tráfico de pessoas, combatendo o tráfico de mulheres brancas. Será retratado que a persistência do problema ao longo da história mundial levou a Organização das Nações Unidas (ONU) a dar ensejo ao Protocolo de Palermo, em 2000, sendo esses documentos a base bibliográfica desse estudo que se coloca à nortear os Estados com novas diretrizes para o combate dessa atividade degradante, a qual viola direitos humanos.

Palavras-chave: Tráfico, pessoas, exploração sexual.

From white straw to the Palermo Protocol perspective on trafficking in persons

Abstract: This article aims to make a historical rescue on the international trafficking of persons for the purpose of sexual exploitation, and this analysis was motivated by the intensification of the phenomenon from the globalization, but that launches its origins many centuries ago. It also aims to demonstrate that the fight against trafficking in persons occurred for the first time at the international level at the Paris Conference in 1902, which was designated by the Paris Protocol of 1904 and had as its main intention the repression of trafficking in persons, the trafficking of white women. It will be portrayed that the persistence of the problem throughout world history led the United Nations (UN) to give rise to the Palermo Protocol in 2000, these documents being the bibliographic basis of this study which guides the States with new guidelines to combat this degrading activity, the which violates human rights.

Key-words: Traffic, people, sexual exploitation.

INTRODUÇÃO

A execução desse trabalho científico sobre o do tráfico pessoas se dará a partir da percepção de que tal prática ocorre desde a Antiguidade Clássica, na Grécia e, posteriormente, em Roma. Sendo que as primeiras manifestações daquela época se davam com o fim de obter prisioneiros de guerra para serem utilizados na mão de obra escravagista, as crueldades dessas práticas se perpetuaram ao longo dos séculos chegando a afetarem a vida milhões de seres humanos em todo mundo na atualidade.

Ademais, o tráfico de pessoas é recorrente no Brasil, e coloca em cheque os direitos humanos de milhares de vítimas espalhadas em todo o território nacional, podendo ocorrer inclusive entre um estado da Federação e outro, sem a necessidade de que se envolva a ida das vítimas para territórios estrangeiros.

A prática criminosa da qual iremos tratar nessa análise se define em colocar a vida de pessoas em situação de vulnerabilidade, além cercear liberdades e ferir a diversos direitos humanos e, o combate a ela através dos meios de defesa da vida é o cerne desse estudo.

A ideia é buscar dispositivos legais que para combater as atrocidades cometidas que se estabelecem através de um comércio assustador, que aponta números exorbitantes: 32 bilhões de dólares sendo movimentados por ano (CARVALHO, 2016).

Em face à essas dificuldades, no enfrentamento da exploração de pessoas a partir por essas velhas e crescente práticas criminosas, em 1902, a Conferência de Paris em 1902, que ficou denominada por Protocolo de Paris, de 1904, no decurso de quase um século após a criação desse dispositivo, e dessa vez pela reunião de líderes das principais potências mundiais da Organização das Nações Unidas (ONU) a dar ensejo ao Protocolo de Palermo, em 2000, que se coloca à nortear os Estados com novas diretrizes para o combate dessa atividade degradante, a qual viola direitos humanos.

Diante do exposto, este artigo objetiva a análise do papel da mencionada Organização na solução dos conflitos envolvendo o Tráfico Internacional de pessoas.

O primeiro capítulo discorrerá sobre a definição do que é o Tráfico de Pessoas ao passo que, no segundo será exposto um caso em que incidiu a prática dessa conduta delituosa, sendo que o terceiro capítulo abordará os dispositivos legais internacionais englobando o Protocolo de Palermo que

visa estabelecer diretrizes aos Estados para que esses desacelerem o aumento do número de casos de tráfico de pessoas, seguido das considerações finais.

1. O QUE É TRÁFICO DE PESSOAS

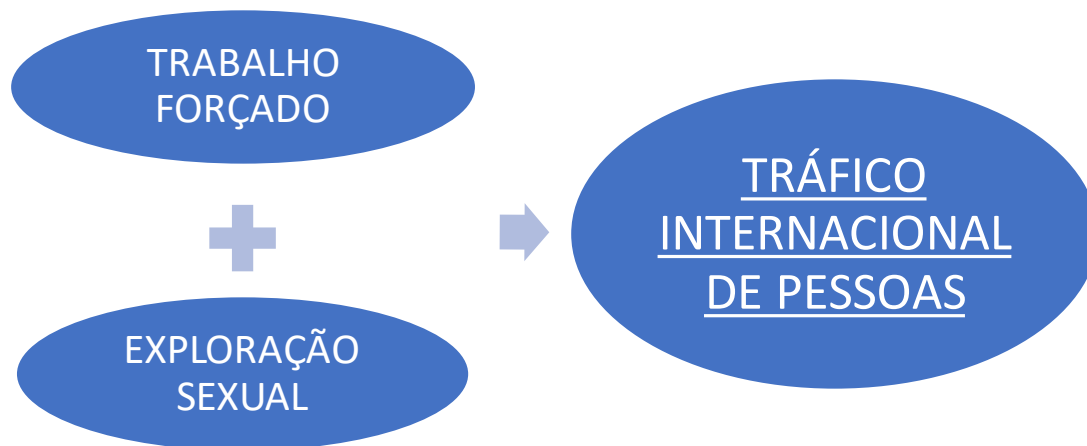
O Tráfico Internacional de Pessoas causa sofrimento, ruptura de indivíduos, cerceamento de liberdades, fere à Direitos humanos independente de sexo, idade, etnia.

Desse modo, faz-se importante refutar seus conceitos básicos e contexto histórico do tema na qual passa a aduzir Medeiros³ :

O tráfico internacional de pessoas é parte de uma organização criminosa transnacional, que explora homens, mulheres e crianças, para o exercício de atividades imorais e desumanas, análogas à escravidão.

Assim, observa-se que o Tráfico Internacional de Pessoas trata-se de atividade degradante, a qual viola diversos direitos consagrados pelo Estado Democrático de Direito, com destaque para a dignidade da pessoa humana.

Cumprir registrar que o tráfico de pessoas possui duas bifurcações básicas, vejamos:



Por meio do anagrama, é possível vislumbrar as duas bifurcações mais comuns ligadas ao Tráfico de Pessoas, no caso, a exploração sexual e o trabalho forçado. Estas, válido mencionar, não se limitam a um tipo específico de pessoas; abrangem: crianças, adultos e idosos.

Vale salientar que o Tráfico Internacional de Pessoas é uma prática antiga, que ocorria, por exemplo, em tempos de guerra. Todavia, nos dias de hoje, a repercussão gerada é muito maior, haja vista a difusão de meios midiáticos e a evolução nos direitos da pessoa humana de um modo geral.

³ Medeiros. Maria Alice de Brito Silva.

<https://alicebsm.jusbrasil.com.br/artigos/383893203/trafico-internacional-de-pessoas>

Imperativo esclarecer ainda que tráfico de pessoas difere de contrabando de pessoas. Conforme estipula o site da UNODC³⁴:

O Contrabando de Migrantes é um crime que envolve a obtenção de benefício financeiro ou material pela entrada ilegal de uma pessoa num Estado no qual essa pessoa não seja natural ou residente.

TRÁFICO DE PESSOAS E CONTRABANDO DE IMIGRANTES

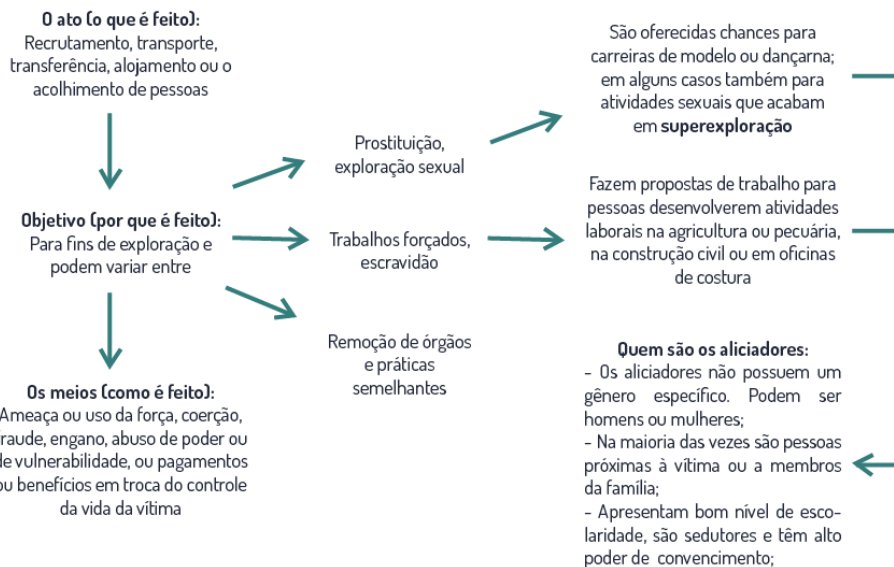
	TRÁFICO DE HUMANOS	CONTRABANDO DE IMIGRANTES
CONSENTIMENTO	O consentimento da vítima de tráfico é irrelevante para que a ação seja caracterizada como tráfico ou exploração;	Mesmo em condições perigosas e degradantes, envolve o conhecimento e o consentimento da pessoa contrabandeada;
EXPLORAÇÃO	Após a chegada, envolve a exploração da vítima pelos traficantes, para obtenção de algum benefício ou lucro;	O contrabando termina com a chegada do migrante em seu destino;
CARÁTER	Pode ocorrer tanto internacionalmente quanto dentro do próprio país;	É sempre transnacional, ou seja, entre países;



Dessa forma, fica claro que o contrabando de pessoas visa o lucro com a entrada e saída das pessoas, e não com o que estas venham a fazer num determinado local, que é o caso do tráfico de pessoas.

⁴ UNODC. <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html>

ELEMENTOS DO TRÁFICO DE PESSOAS



O primeiro elemento do tráfico de pessoas é o aliciamento, no qual pessoas em estado de vulnerabilidade - socioeconômica, em regra - são aliciadas por pessoas que oferecem oportunidades aparentemente excelentes (carteira assinada, transporte e alojamento pagos etc.).

A vítima que está sendo aliciada muitas vezes necessita de melhores condições de vida, fato que a deixa mais sujeita ao discurso sedutor do aliciador.

Nesse sentido, a tabela abaixo demonstra claramente que o índice de pobreza mostra-se diretamente proporcional às rotas de tráfico de pessoas no Brasil. Ou seja, quanto maior o índice de pobreza do local, mais sujeitas estão as pessoas deste local a se tornarem vítimas do tráfico internacional.

REGIÃO	NÚMERO DE ROTAS	ÍNDICES DE POBREZA
NORTE	76	43,2%
NORDESTE	69	45,8%
SUDESTE	35	23,0%
CENTRO-OESTE	33	24,8%
SUL	28	20,1%



Quando chegam ao local, percebem a realidade, na qual o trabalho e as condições de vida são extremamente degradantes (água não potável, jornadas exaustivas, maus tratos, violências físicas, etc.). São, então, explorados. Em regra, os homens para trabalhos forçados e as mulheres para atividades sexuais.

No local, o tomador do trabalho retém os documentos da pessoa, alegando que possui dívidas como o transporte, instrumentos de trabalho, roupas e alimentação. Os salários, baixíssimos, são insuficientes para quitar as dívidas, as quais aumentam gradativamente.

Diante disso, um ciclo interminável se instaura, impedindo a vítima de se libertar. Quando, eventualmente, conseguem fugir, muitas vezes não recebem o tratamento devido por parte das autoridades, haja vista que, majoritariamente, encontram-se sem seus documentos e, por isso, as autoridades não dão a devida importância ou credibilidade para suas histórias.

TIPO	CARACTERÍSTICAS	ATIVIDADES
<p>País de origem: África do Sul, Albânia, Argentina, Brasil, Colômbia, Cuba, El Salvador, Etiópia, Honduras, Filipinas, Gana, Mali, Marrocos, México, Nepal Nigéria, Peru, Polônia, República Dominicana, República Tcheca, Rússia, Suriname, Tailândia, Ucrânia, Uruguai, Venezuela</p>	<p>Seja pela pobreza, dificuldade de acesso às políticas públicas, às oportunidades de trabalho, desrespeito aos princípios humanos ou pela violência urbana, parte da população não encontra perspectivas de sobrevivência digna e/ou segura</p>	<p>O aliciamento ocorre por meio de promessas de emprego na indústria do sexo ou em outras áreas, como trabalho doméstico, de dançarinas ou modelos. As redes de tráfico de pessoas, por vezes, camuflam-se em agências de emprego ou de casamento</p>
<p>País de trânsito: Brasil, Canadá, Suriname, Guianas</p>	<p>Em geral, são países que dispõem de fronteiras secas, nas quais a fiscalização é precária por distintas razões, como extensão das divisas, reduzido quadro de fiscais, ineficiência e corrupção nos órgãos de fiscalização</p>	<p>Rota de passagem para alcançar o destino, podendo haver ou não bases de apoio, como locais de hospedagem</p>
<p>País de destino: Alemanha, Arábia Saudita, Bélgica, Brasil, Canadá, Costa do Marfim, Dinamarca, Espanha, EUA, Grécia, Holanda, Israel, Itália, Japão, Kuwait, Líbia, Noruega, Nigéria, Paraguai, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça, Suriname, Tailândia, Turquia.</p>	<p>Historicamente são países desenvolvidos. Entretanto, países em desenvolvimento têm, cada vez mais, se tornado localidades de destino, especialmente para o trabalho e o casamento forçado. Crianças e adolescentes são raptados para servirem como soldados em guerrilhas, no tráfico de drogas e para adoção ilegal</p>	<p>Local onde haverá a exploração</p>



1.1 Estatísticas datadas de 2017:

De acordo com o Jornal O Globo⁵, em 2017, o Ministério Público Federal expôs que havia no Brasil 225 casos de tráfico de pessoas sendo investigados, com os destinos mais prováveis para as vítimas serem a exploração sexual, os trabalhos forçados, casamentos forçados, produção de pornografia, remoção de órgãos, adoção ilegal, exploração da mendicância e até mesmo a formação de “milícias infantis” para atuar em conflitos armados, ou seja, as utilizados como forma de armamento por aqueles que os demandam.

Segundo o Ministério dos Direitos Humanos, foram recebidas 698 denúncias da ocorrência de tráfico humano ao longo dos anos: 26 pessoas em 2011; 105 pessoas em 2012; 218 pessoas em 2013; 122 pessoas em 2014; 121 pessoas em 2015; 106 pessoas em 2016.

⁵ Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-tem-225-casos-de-traffic-de-pessoas- sendo-investigados-aponta-mpf-21629978#ixzz5Rs8CfHY9>>. Acesso em 22. Set. 2018.

O Ministério, ainda, aponta estatísticas relacionadas ao perfil de grande parte das vítimas, sendo dentre elas 45% são mulheres e 21% homens, enquanto o restante não tem o sexo informado. Dentre as vítimas, não foi possível saber informações completas sobre a cor das pessoas traficadas: dentro do possível, 15% são pretos e pardos, e 12% são brancos. Por faixa etária, 37% têm de 8 a 17 anos e 34% de 0 a 7 anos, ou seja, as crianças e adolescentes são os mais requisitados ao crime, de acordo com a análise do Ministério dos Direitos Humanos.

2. CASO CONCRETO ENVOLVENDO TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS - OPERAÇÃO “FADA MADRINHA”

No dia 09 de agosto de 2018, cerca de 18 pessoas que encontravam-se em regime de escravidão no estado de Goiás foram resgatadas pela operação de investigação da Polícia Federal denominada de “Operação Fada Madrinha”, em que essas pessoas são vítimas de um esquema de tráfico internacional de pessoas.

As vítimas eram todos jovens transexuais, que foram enganadas mediante a promessas pela internet de procedimentos cirúrgicos faciais e corporais para se tornarem transexuais, além da promessa de que as vítimas participariam de concursos de beleza que ocorreriam na Itália, mas acabavam sendo reduzidas à condição análoga a de escravo, sendo exploradas sexualmente em uma casa localizada em Franca, no estado de São Paulo.

Convém mencionar que foi descoberto que os próprios investigados realizavam os procedimentos cirúrgicos prometidos às vítimas na própria casa localizada em Franca, aplicando silicone industrial nas vítimas para modelagem dos quadris, boca e mamas.

A operação começou no final de 2017, quando vários moradores vizinhos da casa em Franca realizaram denúncia, o que levou a polícia a agir e vários transexuais delatam o esquema criminoso na delegacia. Durante o depoimento das vítimas, o Ministério Público do Trabalho identificou que uma transexual já tinha sido enviada para a Itália.

Dentro dessa problemática surge a necessidade da compreensão acerca dos esforços internacionais ao longo da história, para coibirem a prática de tal crime.

3. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

A prática do tráfico internacional de pessoas, como exposto acima, abarca, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, os trabalhos ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos de pessoas, e lamentavelmente é recorrente no Brasil e no mundo atingindo à liberdades e violando direitos humanos fundamentais, de modo em que esse “comércio”

E nesse aspecto cabe esclarecer que os primeiros esforços traçados historicamente com o intuito da proteção aos seres humanos vítimas do tráfico de pessoas em 1902, insurgia relacionada ao tráfico de seres humanos mas, que nas décadas seguintes não ganhou grande expressividade, por não Lazzuri⁹ esclarece que um dos fatores da pouca expressividade fora:

Permaneceu esquecida durante o período da Guerra Fria, muito em virtude da pouca relevância que possuía o tema, comparativamente ao esquema estratégico desenvolvido nesse contexto. Dessa maneira, insignificantes esforços internacionais foram empreendidos relativamente ao tema, percebendo-se um vácuo de ações sobre o assunto no panorama internacional.

Nesse sentido, dentro do âmbito legislativo internacional, destaca-se a Proteção à mulher branca que ainda segundo Lazzuri¹⁰ foi

O primeiro registro que se tem é a Conferência de Paris em 1902, que tinha como principal objetivo a repressão ao tráfico de pessoas, a princípio apenas no combate ao tráfico de mulheres brancas, o documento ficou conhecido como Protocolo de Paris, em 1904.

Importa dizer que o referido Protocolo, estabeleceu a necessidade de deslocamento de fronteiras nacionais para a caracterização de crime, assim como pontilhou a importância da adoção de medidas de investigação e proteção a essas mulheres, como a fiscalização nos portos e estações buscando impedir tais práticas.

Evoluindo cronologicamente e percebendo que a problemática persistia, após o decurso de quase 100 anos, em 2000 a Organização das Nações Unidas (ONU) criou um comitê intergovernamental e através do Protocolo de Palermo definiu tráfico de pessoas como:

⁹ Lazzuri, Milena Sabatini. Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16147 > Acesso em: 10 de set. 2018.

¹⁰ Lazzuri, Milena Sabatini. Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16147 > Acesso em: 10 de set. 2018.

O recrutamento, o transporte, a transparência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo-se à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre a outra para fins de exploração.¹¹

Então, como destacado acima, no ano de 2000, foi apresentada na cidade de Palermo, Itália, a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional internacionalmente conhecida como a Convenção de Palermo que tem objetivo principal de prevenir e combater delitos transnacionais cometidos por grupos organizados.

Esta Convenção foi complementada por dois protocolos, sendo que um deles trata do contrabando de migrantes e o outro sobre o tráfico de pessoas que foram discutidos e negociados em encontros de um comitê especial intergovernamental em Viena, com a participação de mais de cem Estados.

O Protocolo de Palermo proporcionou uma maior abrangência nesta questão ao reconhecer que todo e qualquer ser humano pode ser uma vítima do tráfico de pessoas. De acordo com o Protocolo o reconhecimento das vítimas será realizado mediante

(...) a interpretação da polícia, do ministério público, e do judiciário, permitindo a incidência de outro Protocolo, relativo à migração ilegal, que não considera o migrante como vítima”. (CASTILHO, 2007, p. 11)¹².

Desse modo, a definição de tráfico de pessoas está ratificada do Protocolo das Nações Unidas contra o crime organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição ao Tráfico de Pessoas, mais conhecido como Protocolo de Palermo.

Nessa linha, o decreto traz em seu preâmbulo que uma ação eficaz para prevenir e combater o tráfico de pessoas, em especial as mulheres crianças, exige por parte dos países uma abordagem global e internacional, que inclua medidas destinadas a prevenir esse tráfico, punir os traficantes e proteger

¹¹ PROTOCOLO DE PALERMO. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças disponível em: <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf>> acesso em 10 de set. De 2018.

¹² CASTILHO, E. W. V. de. Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. In: OLIVEIRA, M. P. P. (Coord.). *Política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas*. Brasília: 2007. p. 10-15.

suas vítimas, designadamente protegendo seus direitos fundamentais, internacionalmente reconhecidos.

O Protocolo de Palermo surgiu com o objetivo de combater as quadrilhas de traficantes de pessoas e proteger os traficados. É o que traz em seu preâmbulo:

Os Estados Parte desse Protocolo, declarando que uma ação eficaz para prevenir e combater o tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, exige por parte dos países de origem, de trânsito e de destino uma abordagem global e internacional, que inclua medidas destinadas a prevenir esse tráfico, punir, os traficantes e proteger as vítimas desse tráfico, designadamente protegendo os direitos fundamentais, internacionalmente reconhecidos.¹³.

A importância de tal protocolo se dá no sentido de que ele, elaborando leis e atendendo aos ditames e às necessidades apontadas pelo instrumento internacional.

Nessa seara, a linha histórica dos acordos, protocolos, pactos e declarações internacionais dentro da temática relacionadas ao tema e que também acabam pelo cerceamento de liberdades e lesão à direitos fundamentais.

Isso porque, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional ou Protocolo de Palermo de 2000 foi o primeiro documento a tratar desse tema que apresenta um conceito de tráfico de pessoas.

O Brasil assinou o Protocolo de Palermo ano de 2002 e promulgou um decreto presidencial, no governo Lula (nº 5.107, em 12 de março de 2004)¹⁴, tornando-o lei ordinária federal, que ratificou o referido Protocolo no Brasil. Tais atos passaram a proibir:

[...] a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, os trabalhos ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos” (BRASIL, 2004).

O mesmo decreto em seu artigo 3º, abaixo transcrito, traz a definição do que se perfaz como tráfico de pessoas para fins sexuais.

a) [...] o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso de força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à

¹³ PROTOCOLO DE PALERMO. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças disponível em: <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf>> acesso em 10 de set. De 2018.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 5.107, em 12 de março de 2004.

situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, os trabalhos ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a remoção de órgãos.

b) o consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea ‘a’ do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos da alínea ‘a’;

c) o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão consideradas “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea ‘a’ do presente Artigo;

d) o termo “criança” significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

Assim, o disposto no Protocolo buscou discutir o contexto do tráfico de pessoas, trazendo definições e analisando os objetivos e determinações do Protocolo de Palermo considerado que o conceito de crime internacional. Neste sentido, aduz Cretella Neto (2008, p. 59-61)¹⁵:

Crimes internacional *stricto sensu* são diretamente sancionáveis com base no Direito Internacional; já outros crimes internacionais são punidos com fundamento em legislação nacional. Nesses últimos casos, que a doutrina denomina condutas de criminalidade internacional indireta, o Direito Internacional, especialmente por meio de convenções, simplesmente obriga os Estados a declararem criminosos certos delitos. [...] O que torna um crime “internacional” é, por conseguinte, seu vínculo específico com a comunidade internacional, e esse vínculo ou é estabelecido por um ataque a um “interesse” internacional ou pela natureza transfronteiriço do delito, o que, em regra, faz necessário que se desenvolvam ações inter-estatais de cooperação, defendidas por unanimidade na doutrina, inclusive pelo fato de repousarem sobre a essência do Direito Internacional.

Nessa mesma linha, vê-se que o tráfico de pessoas é um crime internacional, sendo que o Brasil se obriga a criminalizá-lo a partir do momento em que é signatário ao Protocolo de Palermo, que determina esta conduta dos Estados Parte.

Assim, é notório que o tráfico de pessoas é um problema mundial persistente que é motivado pela ilusão que as pessoas traficadas têm em relação a uma melhora na vida financeira, e a esperança de conseguir ajudar a família.

¹⁵ CRETELLA NETO, José. Curso de Direito Internacional Penal. Ijuí: Ed. Ijuí, 2008.

E mesmo com tantos Tratados e Convenções o problema não foi sanado e assim, lamentavelmente se agrava cada vez mais.

CONCLUSÃO

Pelas razões expostas acerca do tráfico de pessoas, observa-se, então, que houve avanços consideráveis na questão de definir o tráfico de pessoas em nível internacional. O grande desafio, porém, é o enfrentamento desta questão uma vez que desde o início do século XXI o ordenamento internacional revela a consolidação gradual de inúmeras conquistas na área de direitos humanos e proteção aos direitos individuais. Entretanto, não parece que esse processo, fruto de conquistas históricas desde o século XVIII, esteja inibindo ataques constantes à integridade da pessoa humana.

Há, dessa forma, uma distância nítida entre a legislação e a aplicabilidade da mesma, problema que se acentua quando consideramos a facilidade de comunicações e transporte que presenciamos hoje em nível global.

Sendo que, embora haja inúmeros acordos e protocolos internacionais no Brasil, o fenômeno é muito mais recente e apenas a Constituição de 1988 vai codificar não só todas as gerações de direitos humanos, bem como incorporar a definição da ONU de tráfico humano e criar legislação específica sobre o tráfico de crianças, jovens e mulheres, principalmente.

Por último, importa dizer que tanto em âmbito nacional quanto mundial, não há uma estrutura que lhe permita combater efetivamente o tráfico, em especial de mulheres. Principalmente porque as redes do tráfico são verdadeiras “teias”, de uma organização intrincada, que surpreende pela facilidade com que atuam e a extensão que englobam.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 5.107**, em 12 de março de 2004.

CASTILHO, E. W. V. de. **Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo**. In: OLIVEIRA, M. P. P. (Coord.). Política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Brasília: 2007. p. 10-15.

CRETELLA NETO, **José**. **Curso de Direito Internacional Penal**. Ijuí: Ed. Ijuí, 2008.

LAZZURI, Milena Sabatini. **Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16147 > Acesso em: 10 de set. 2018.

MEDEIROS. Disponível em <

<https://alicebsm.jusbrasil.com.br/artigos/383893203/trafico-internacional-de-pessoas>>. Acesso em de set. 2018.

PROTOCOLO DE PALERMO. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças Disponível em:
< <http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf>> Acesso em 10 de set. de 2018.

UNODC. <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-depessoas/index.html>

DERECHO PROCESAL CIVIL

La adhesión a la apelación: tratamiento jurisprudencial^{*1}

Edwin Ricardo Corrales Melgarejo²

Sumario: Introducción. **1.** Origen y Evolución. **2.** Legislación Comparada. **3.** Legislación Peruana. **4.** La Doctrina. **5.** La Jurisprudencia. **6.** Nuestra opinión sobre la Casación N° 1430-2016 Lima. - Consideraciones finales. - Referencia bibliográfica.

Resumen: En el presente artículo, se hace una revisión del tratamiento de esta figura procesal, en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia, advirtiéndose que ha sido una constante en el tiempo, la controversia entre la posición que le reconoce autonomía y aquella que la considera subordinada a los límites establecidos en la apelación que le dio lugar. Se expone que existen suficientes razones para reconocer que la adhesión a la apelación no debe estar limitada a los agravios formulados en el recurso de apelación; pues, en tanto no haya vencido el plazo para adherirse a la apelación de la contraria, no se habría generado cosa juzgada respecto de ninguna de las partes procesales en cuanto a la resolución objeto de impugnación en todos sus extremos.

Palabras clave: Apelación, adhesión a la apelación, cosa juzgada, autonomía de la adhesión a la apelación.

* Recibido: 22 febrero 2019 | Aceptado: 08 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Artículo publicado en la Revista Actualidad Civil de Enero del 2019 N° 55, editado por Instituto Pacifico, pp. 233 – 259. En la presente edición se han introducido algunos cambios de revisión.

² Juez Superior Titular, Presidente de la 2da. Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Junín. Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal, e integrante del Equipo de Trabajo de la Comisión de Reforma del Código Procesal Civil del Poder Judicial.

INTRODUCCIÓN: No obstante que la institución procesal de la Adhesión a la Apelación es de larga data, en nuestro medio, aún persiste la discusión si su efectividad se limita a los agravios que sustentan el recurso al que se adhiere o su pretensión impugnatoria es autónoma e ilimitada. Por lo que será objeto de este artículo brindar luces al respecto y presentar nuestra posición, a propósito de la Casación N° 1430-2016 LIMA³.

1. ORIGEN y EVOLUCIÓN

De la bibliografía consultada, apreciamos que VILLA⁴, OTINIANO⁵, los Jueces CRUZ⁶ y LAMA⁷ se remiten a la investigación de LORETO⁸, a fin de presentar la evolución de esta institución procesal desde sus bases romanísticas a la modernidad, y que en resumen identifican su antecedente primero en la Constitución *Amplioem*, pues, antes de ella *la sentencia sólo podía reformarse a favor del apelante, y fue transformado sustancialmente por Justiniano en virtud de la constitución antes citada. Por ella se permitió reformar el fallo recurrido en contra del apelante, aun cuando el apelado hubiese dejado transcurrir el término para apelar por su parte, siempre que*

³ El texto íntegro de esta casación está al final en ANEXO.

⁴ VILLA GARCÍA, Javier. El recurso de adhesión a la apelación. En: PRIORI POSADA, Giovanni. *Coor. El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución.* Palestra: Lima, 2015. p. 439.

⁵ OTINIANO CAMPOS, Gabriel Ernesto. Autonomía de la adhesión a la apelación. Un debate aún espinoso. *Gaceta Civil & procesal civil.* N° 12 Junio 2014, p. 245 y ss.

⁶ CRUZ LEZCANO, Carlos. El Recurso de Adhesión en el Código Procesal Civil Peruano: Una aproximación al tema. *Revista Oficial del Poder Judicial* 2/1 2008, p. 207

⁷ LAMA MORE, Héctor. La Adhesión a la apelación: autónoma o dependiente. Alcances de este medio de impugnación. *DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA* N° 72. LIMA: Gaceta Jurídica, Set. 2004.

⁸ LORETO Luis. Profesor de la Universidad Central de Venezuela y Vocal de la Corte Suprema de Justicia. “Adhesión a la apelación (contribución a la teoría de los recursos en materia civil)”. Artículo publicado en la Revista Jurídica “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”. Nueva Serie Año VIII N° 24 –Septiembre a Diciembre- 1975. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Primera Edición. 1979. México. Pag. 661-669 Ficha bibliográfica presentada en la Nota 10 por el Juez LAMA. Consultado 03/01/19 en: <file:///C:/Users/PJUDICIAL/Downloads/1140-1400-1-PB%20(1).pdf>

*el juez encontrase la reforma de la sentencia ajustada “a las leyes y a la justicia”*⁹

Sucedió que dicho emperador bizantino le dio un giro publicista al privatista recurso de apelación de ese entonces, centrado en la idea de protección igualitaria tanto del apelante y apelado, y que la ausencia de éste no implicaba el desconocimiento de sus derechos pese a que se reforme en peor la sentencia impugnada, en cuyo contexto histórico procesal aparece la adhesión a la apelación como una manifestación tuitiva de las partes sin discriminar quién apeló primero. El canon justiniano regló así: [...] *mandamos, que una vez que el apelante haya comparecido en el juicio y expuesto las causas de su apelación, tenga facultad también su adversario, si quisiese oponer algo a lo juzgado, estando presente, para hacerlo y para obtener el auxilio del juez [...]*¹⁰

Posteriormente, entrada la edad media, los autores coinciden en señalar que esta apertura proteccionista de las partes del proceso en la impugnación resolutive decayó, dividiéndose las opiniones sobre su utilidad, y ante ello es de suponer que retornó la regla de limitar la *refomatio in peius* a favor del apelante, con la excepción del *beneficium adhaesiones* y que según LORETO fue adoptado por el derecho europeo continental entrada la modernidad e incorporado también en los códigos procesales de nuestro continente.

2. LEGISLACIÓN COMPARADA

Ambos autores CRUZ y LAMA analizan la norma procesal en Italia y España que regula la adhesión a la apelación, en razón a que arman la controversia de la autonomía o dependencia de este recurso en relación a los agravios del apelante. En el caso italiano es dependiente, a saber: [*L]a apelación principal, que se interpone por cualquiera de las partes dentro del plazo previsto en la ley. La apelación incidental, que se interpone por el apelado, vencido el plazo para apelar, pero que sólo puede contener materias o puntos que se encuentren en la apelación principal.*¹¹

En cuanto, a la autonomía del caso español, LAMA citando a MONTERO AROCA comenta el artículo 461.1 de la Ley procesal civil N° 1/2000 del 7 de enero, a saber:

el carácter autónomo de la impugnación que formula el apelado, pues sostiene que la impugnación presentada por el apelado contra la resolución apelada

⁹ Ob. Cit. p. 664.

¹⁰ Código de Justiniano Libro III, 1, 13.

¹¹ CRUZ Ob. Cit. p. 208.

respecto de lo que ésta le resulte desfavorable, convierte al apelado en apelante. Se trata en realidad de dos recursos que tienen sustantividad propia –apelación e impugnación de la resolución apelada-, de modo que el segundo, indica el profesor valenciano, no depende del primero, no de una “adhesión” a éste, lo que supone, refiere, que la extinción de uno, por ejemplo por desistimiento, no implica la extinción del otro, que debe seguir su curso.¹²

Por su parte, OTINIANO¹³ aporta sobre la autonomía de la Adhesión a la Apelación en Chile indicando que: *El Código Procesal Civil chileno, también acoge una regulación semejante, al permitir que el apelado pueda pedir la reforma de la sentencia apelada en todo aquello que estime gravoso a sus intereses.*¹⁴ Pese a que no tenga relación con los agravios de la parte apelante. VARELA comentando su artículo 216, refiere que: *no hay diferencias de fondo entre apelar de una sentencia o adherirse a la misma. En ambos casos la enmienda que se solicite del fallo puede ser íntegra o parcial.*¹⁵ Vale decir, que en Chile impera la adhesión a la apelación autónoma y plena.

Sin embargo, el artículo 227.1 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica¹⁶, repite el error de no definir si el recurso es autónomo o dependiente, como es de apreciarse cuando norma que: *El Tribunal que conoce del recurso de apelación no podrá modificar el contenido de la resolución impugnada en perjuicio de la parte apelante, salvo que la contraria también hubiere recurrido en forma principal o adhesiva.*

Finalmente, VÉSCOVI, realiza un apretado resumen de la legislación comparada en América y algunos países europeos sobre la regulación procesal de la Adhesión a la Apelación, veamos:

En el Derecho Uruguayo, si bien en general se ha reconocido, sin embargo, en el Proyecto Couture, como en el de la Ley de Abreviación de los Juicios de 1965, fue suprimido, aunque en definitiva la ley lo mantuvo en la apelación de las sentencias definitivas. La ley vigente (14.851) lo mantiene, inclusive en la apelación de las interlocutorias. En cambio, no se incluye en la ley

¹² LAMA Ob. Cit. p. 7.

¹³ OTINIANO, Ob. Cit. p. 249.

¹⁴ Artículo 216.- Puede el apelado adherirse a la apelación en la forma y oportunidad que se expresa en el artículo siguiente. Adherirse a la apelación es pedir la reforma de la sentencia apelada en la parte en que la estime gravosa el apelado.

¹⁵ VARELA AGUIRRE, Jaime. ¿APELACIÓN O ADHESIÓN A LA APELACIÓN? p. 2. Consultado 04/01/2019 En: <<https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/96a7fe5d-208e-4e7d-8d63-0c3b9024929c/18.pdf?MOD=AJPERES>>

¹⁶ En: <[http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4226/CodigoProcesal Civil paraIberoamerica. Pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4226/CodigoProcesal%20Civil%20paraIberoamerica.Pdf?sequence=1&isAllowed=y)>

laboral. Pero sí en el Código del Proceso Penal, tanto para las interlocutorias (art. 252) como para las definitivas (art. 253).

En el Derecho comparado la cuestión es bastante variable. El instituto existe en los códigos de Francia, Alemania, Italia y España. También en varios de Latinoamérica, tanto en algunos de los más antiguos (como en el del Uruguay, art. 661), como en los intermedios (Perú, art. 1091), y aun en los más modernos: Guatemala (art. 606), Brasil (art. 500), Colombia (art. 353), Cuba (art. 604). También se admite en Venezuela (art. 299), Costa Rica (art. 887), Ecuador (art. 358), Méjico (art. 690).

Las opiniones divididas de la doctrina han determinado que en el nuevo Código de la Nación Argentina (1967-1981) fuera suprimida, por entenderlo un instituto "caído en desuso", derogando la norma de la ley 50, que lo había incorporado al Código, mientras que el legislador brasileño de 1973 lo incorporó al nuevo Código, lo que le significa el beneplácito de la más ilustrada doctrina.¹⁷

3. LEGISLACIÓN PERUANA

El antecedente normativo de la Adhesión a la Apelación, es el artículo 1666 del Código de Enjuiciamientos en materia Civil de 1852, pero limitado al colitigante del que apeló, posteriormente, se incluyó en el artículo 1091 del Código de Procedimientos Civiles de 1912, cuya regulación deficiente no permitió un uso debido, por lo mismo que no tuvo un mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial, así lo afirman al unísono los autores citados.

En cambio, con el Código Procesal Civil (CPC) vigente, su desarrollo normativo es mucho más logrado, sin embargo, quedó pendiente definir su naturaleza autónoma o dependiente, lo que causó jurisprudencia contradictoria. Las principales reglas que lo regulan son:

- *La apelación o adhesión que no acompañe el recibo de la tasa serán declaradas inadmisibles. [Art. 376°]*
- *El Juez superior no puede modificar la impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido. El desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión. [Art. 370°]*
- *Al contestar el traslado de la apelación de la sentencia, la otra parte podrá adherirse al recurso fundamentando sus agravios. [Art. 373°]*
- *El plazo para apelar de un auto con efecto suspensivo es de tres días, este plazo también es para adherirse. [Art. 376°]*

¹⁷ VÉSCOVI, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios. p. 351. En: <https://www.academia.edu/31590320/Enrique_V%C3%A9scovi_Los_recursos_judiciales_y_dem%C3%A1s_medios_impugnatorios_>

Por último, cabe advertir que el proyecto del nuevo CPC publicado mediante Resolución Ministerial N° 0070-2018-JUS¹⁸, ha excluido la Adhesión a la Apelación, según es de apreciarse de sus artículos 355 y ss., desconociéndose las razones, lo que pone en debate la continuidad o no de este instituto procesal en sede nacional.

4. LA DOCTRINA

4.1 Definición

El Juez DURAND conceptualiza la Adhesión a la Apelación así: *es la institución procesal, en cuya virtud la parte que no apeló de una determinada resolución judicial que tiene el carácter de auto o sentencia, que le es agravante en cierta forma, se aúna a la apelación formulada por su parte contraria, con el objeto de conseguir de órgano jurisdiccional superior, una decisión favorable a sus intereses, en la parte no amparada.*¹⁹

Sobre este recurso, VÉSCOVI define que: *Es una posibilidad que se da a quien no ha usado determinado medio impugnativo para beneficiarse de él a consecuencia de la recurrencia de su adversario, introduciendo, a su vez, su impugnación sobre la base de los agravios que también a él le causa la providencia.*²⁰

La Casación N° 1430-2016-Lima²¹, ensaya la definición siguiente:

Décimo Cuarto.- Que, la figura procesal de la adhesión a la apelación es aquel instituto que tiene lugar cuando se expide una resolución judicial que produce agravios a ambas partes, por lo que planteado y concedido el recurso de apelación correspondiente, la otra parte o su representante puede adherirse a él, solicitando al igual que el apelante que se modifique o revoque la resolución cuestionada en lo que resulte agravante o perjudicial para el adherente y en base a la propia fundamentación del último o, inclusive, a la invocada por el apelante²².

Para nosotros, el recurso de adhesión a la apelación, llamado también apelación incidental, tiene por finalidad que todo aquel que no se propone apelar, lo haga en cuanto la parte contraria apele, cuya utilidad procesal radica en posibilitar que las partes consientan la sentencia de primer grado,

¹⁸ En: <<https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2018/04/LP-Proyecto-de-reforma-al-Codigo-Procesal-Civil.pdf>>

¹⁹ DURAND PIMENTEL, Ramiro. Medios Impugnatorios. Ed. New Service SAC, p. 52.

²⁰ VÉSCOVI, Ob. Cit. p. 350.

²¹ El texto íntegro de esta casación está al final en ANEXO.

²² Casación N° 1056-2003-Camana. 27 de agosto del 2003. Fundamento Jurídico: Segundo

restaurando la paz en justicia entre estas. De no suceder ello, se reactiva el derecho del apelado de interponer su impugnación a consecuencia de la apelación efectuada por su contraria, gozando la Adhesión a la apelación de cierta autonomía ya que no le afecta el desistimiento de su recurso que realice el primer apelante.

4.2 Naturaleza jurídica, elementos y filosofía

La Adhesión a la Apelación fue creada por una cuestión de **política procesal**²³, con el objeto de desahogar a las partes en conflicto, y darles la oportunidad honrosa de consentir la sentencia de primera instancia, pese a que no les beneficiaba plenamente, y con lo que obtienen en primer grado dan por bien superada la controversia, evitando costos adicionales en la instancia superior y sede casatoria. Sin embargo, si una de ellas apelara y, por tanto, apuesta por la continuidad del conflicto, la otra con igual derecho podrá adherirse a la apelación, es decir, el ordenamiento procesal a la vez que posibilita que las partes consientan la sentencia, también, les preserva su interés de impugnación simultánea o sucesivamente, en este último caso mediante la adhesión a la apelación, sobre el cual ARIANO discierne:

La explicación que suele darse a la existencia de la figura de la adhesión a la apelación del contrario, está en el plano del interés: la parte parcialmente vencida estaría dispuesta a consentir el contenido desfavorable de lo decidido (de allí que no se apele en vía principal) a condición de la otra también consienta; la apelación del contrario le “reactiva” el interés en obtener una sentencia para sí más favorable.²⁴

Para VÉSCOVI la Adhesión a la Apelación es un recurso impugnatorio de la misma naturaleza jurídica que el de la apelación primera, vale decir, esta institución procesal no significa una apelación principal y otra secundaria o subordinada, sino son dos recursos con plenitud de impugnación en todos los extremos de la sentencia recurrida sean por el apelante o apelado, a saber:

la adhesión tiene cierta dependencia del principal; dicho de otra manera, tiene, también, cierta autonomía. Puesto que por un lado depende de aquél, si no se apela no hay adhesión, la oportunidad para adherirse es cuando se contesta el traslado de la apelación, puesto que la mayoría de los sistemas admiten que, aunque haya vencido el plazo para la contraparte, al recurrir una de ellas, se abre para la otra un nuevo plazo, al contestar el traslado. Al punto que se dice,

²³ El Juez CRUZ es de igual opinión, sobre la naturaleza de política procesal de la Adhesión a la Apelación, veamos: “Pensamos más bien que la amplitud o alcances que se otorga en cada país a la adhesión a la apelación aparece vinculada, en primer término, a razones de política procesal, [...]” CRUZ, Ob. Cit. p. 210.

²⁴ ARIANO DEHO, Eugenia. Sobre los poderes del juez de apelación. Revista de la Maestría en Derecho Procesal. PUCP. Vol. 3 N° 1 (2009) p. 7. En: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2071>>

con razón, que si lo que se hace es apelar con posterioridad al otro, no hay una verdadera adhesión; no hay apelante y adherente, hay primer y segundo apelante, lo cual, inclusive, determina una diferencia en el procedimiento (infra, n° 11.3). Por otro lado, el recurso (adhesión) tiene cierta autonomía, no se refiere, como ya lo dijimos, a los puntos traídos a la segunda instancia por el apelante, sino que plantea nuevos puntos (en esto consiste su propia esencia), esto es, reclama respecto de los perjuicios que a él (adherente) causó la sentencia. Es, entonces, una apelación diferente, sobre la cual se da traslado, generalmente, al apelante, como de los agravios de éste se da traslado a la contraparte. Hay entonces dos recursos, dos expresiones de agravios sus contestaciones y diversos objetos propuestos al tribunal superior.²⁵

En cuanto a los **elementos del recurso de adhesión** a la apelación, son:

1. El traslado del recurso de apelación interpuesto por la contraria a la parte que no apeló en la vía principal;
2. Interés de impugnación del adherente en mejorar lo resuelto por la recurrida, reactivado al perderse la oportunidad de consentir la resolución por ambas partes;
3. Inexistencia del recurso de apelación del adherente en la vía principal;
4. El agravio causado por la resolución impugnada, aun cuando sea en un extremo no apelado por su contraparte.

Por último, su **filosofía** práctica o su utilidad como política de brindar un mejor servicio en la impartición de justicia como oportunidad procesal para animar a las partes a consentir la sentencia de primer grado, nos lo proporciona LORETO al citar a BIANCHI, antes bien, critica el sistema de la *adhesio* subordinada a la apelación, que prohibía al adherente impugnar extremos no cuestionados por el primer apelante, a saber:

Tal sistema, si se mantuviese en su rigidez absoluta, obligaría necesariamente a cada parte que se siente agraviada por el fallo a interponer apelación principal dentro del término perentorio establecido para ello, dejando sin protección alguna al litigante perdidoso que no se alzó oportunamente. La fundamentación filosófica y política de la adhesión a la apelación contraria se halla, precisamente, en esta actitud pacífica del litigante perdidoso y en la igualdad que ella procura. “La parte que no apela del fallo, dice un jurisconsulto chileno, y se conforma con él no obstante que no le es del todo favorable, lo hace por creer, quizás, preferible terminar de una vez el litigio; pero se ha entendido que lo hace bajo la implícita condición de que su contendor no apele tampoco y se avenga también a cumplir la sentencia. Si así ocurre se evitan las partes la nueva discusión de la segunda instancia con sus consiguientes gastos, o zozobras y trabajos. Pero desde el momento que

²⁵ VÉSCOVI, Ob. Cit. pp. 352 y 353.

el contrario se alza contra el fallo de primera instancia y renueva la litis, resulta fallida la implícita condición a que nos hemos referido. Se ha abierto la nueva discusión por obra de uno de los contrincantes y es equitativo permitir al otro, aun cuando ya no esté en tiempo de formular apelación principal, que aproveche la nueva etapa del juicio, así como los desembolsos y molestias que demanda la segunda instancia, requiriendo por su parte la reforma de la sentencia apelada en cuanto a él lo agravie...uno y otro litigante tienen por lo tanto, interés en no ir a la segunda instancia para mantener lo que ya han logrado en primera, y para deducir apelación tomarán muy en cuenta el peligro que corren de perder lo ya obtenido, temor que contribuirá a evitar apelaciones infundadas. La ley quiere restablecer en todos sus derechos a la parte que se ha sometido voluntariamente a la decisión por la cual fue en parte condenada, desde el instante en que el adversario la obliga a reanudar la lucha”²⁶. [...].²⁷

4.3 Recurso autónomo o dependiente

En el país, los autores se dividen, por un lado quienes postulan que la Adhesión a la Apelación es un recurso sucesivo, excepcional, autónomo y pleno del apelado frente al apelante, y por el otro, que está restringido, limitado, subordinado o depende de los agravios propuestos por el primer impugnante.

A tal punto que OTINIANO los clasifica en: i) sistema de la *adhesio* autónoma de la apelación; y, ii) sistema de la *adhesio* subordinada a la apelación²⁸, que nosotros catalogamos al primero como **tesis autonomista** y su antípoda: la tesis **restriccionista**.

En el **primer grupo** enarbolando la **tesis autonomista** tenemos a LAMA, OTINIANO y LEDESMA, el primero de ellos concluye que:

4.- La adhesión a la apelación, en nuestro sistema procesal puede producir, en caso de ser amparada, la *reformatio in peius* contra el apelante. Por ello, en virtud de la adhesión, quien hace uso de ella, obtiene un poder de impugnación similar al que tendría si hubiere apelado. Puede incluirse, por tal razón, como fundamento de la adhesión materias distintas a las que fueron objeto de la apelación, siempre que causen agravio al que hace uso de la adhesión.²⁹

Por su parte, OTINIANO, apuntala esta posición, destacando su carácter autónomo:

²⁶ Bianchi, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, 1934, N° 5, p.18 y s. Esta es la fundamentación clásica [...]

²⁷ LORETO, Luis. Ob. Cit. p. 678.

²⁸ OTINIANO. Ob. Cit. pp. 248 y 249.

²⁹ LAMA, Ob. Cit.

[...] si ponemos atención en los artículos 370 al 373 del Código Procesal Civil, no podríamos coincidir con el profesor Cruz Lezcano, pues más allá de los merecidos y ricos fundamentos que se exponen en torno a la defensa del sistema que conceptúa a la *adhesio* como un instituto procesal absolutamente excepcional y subordinado a la apelación; claro es que, no es la concepción acogida por nuestro ordenamiento procesal [...] pues claramente se ha establecido que la adhesión exceptúa la aplicación del principio de *reformatio in peius* y que además, el desistimiento de la apelación, no afecta a la adhesión, lo cual no hace sino reafirmar el carácter autónomo que adquiere la adhesión tan luego es interpuesta.³⁰

Finalmente, LEDESMA alude que:

3. En esta etapa se permite adherirse al recurso, pero fundamentando sus agravios, de los que se conferirá traslado al apelante por diez días. La adhesión es una especie de recurrencia condicionada, pues requiere que la vía impugnativa haya sido abierta con antelación por la otra parte.

Existen argumentos a favor y en contra de la adhesión. Los detractores sostienen que quien se considera perjudicado debe apelar y no esperar la apelación del otro; los partidarios de la adhesión sostienen que quien no usó de la apelación, no lo hace solamente por considerar la sentencia justa y beneficiosa, sino también a veces por el deseo de concluir el litigio y no exponer el negocio a nuevas contingencias, ahorrándose gastos y molestias.

La adhesión es catalogada con cierta dependencia del principal y también con cierta autonomía. La dependencia permite que si no se apela no hay adhesión; la oportunidad para adherirse es cuando se contesta el traslado de la apelación. Aunque se haya vencido el plazo para la contraparte, al recurrir una de ellas, se abre para la otra un nuevo plazo, al contestar el traslado.

La adhesión no se refiere a los puntos traídos a la segunda instancia por el apelante, sino que plantea nuevos puntos, esto es, reclama respecto de los agravios que a él, como adherente, causó la sentencia. Hay por tanto dos recursos, dos expresiones de agravios y sus contestaciones.

El carácter dependiente de la adhesión se ve trastocado con el desistimiento de la apelación, el mismo que no afecta a la adhesión, en atención a su autonomía.³¹

En el **segundo grupo**, se aúnan tras la **tesis restriccionista CRUZ, ARIANO, VILLA y MONTROYA**. Así el primero fundamenta su postura alegando que: *la adhesión a la apelación debería suponer la posibilidad del apelado de contradecir, en segunda instancia, solo los artículos apelados, a fin de evitar mayores gravámenes o afectaciones a sus derechos, pero, en*

³⁰ OTINIANO. Ob. Cit. p. 251.

³¹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Vol. I. (2008) Lima: Gaceta Jurídica, p. 189 y 190.

*modo alguno, debería implicar que éste recupere todas sus facultades impugnatorias como si recién apelara.*³²

También, ARIANO luego de presentarnos un ejemplo, concluye lo siguiente:

[...] el demandado estaría dispuesto a pagar 90 (pese a que considera que el juez ha errado en el cómputo de lo debido por capital), siempre que los intereses se hagan correr desde la notificación de la demanda; pero apelada la sentencia por el demandante en el extremo referido al momento del cómputo de los intereses, le «reactiva» el interés en hacer valer el que deba de menos, en particular porque él alegó (y probó) en primera instancia haber hecho pagos parciales aceptados por el acreedor, pagos que fueron imputados (no del todo correctamente) en la sentencia conforme a las reglas del art. 1257 CC. El demandado con la adhesión a la apelación del actor, extiende así el ámbito del conocimiento del juez *ad quem* al *quantum* debido por capital, que de otra forma no podría ya ser apreciado. [...] Respecto a la adhesión a la apelación del contrario, en la praxis se ha presentado una duda: ¿tiene algún límite objetivo? ¿La adhesión tiene que estar referida al extremo apelado o por lo menos (como en el ejemplo) debe tener directa conexión con él? La duda es pertinente, porque cuando no se apela una sentencia queda consentida, por lo que de tener varios extremos o partes, las no impugnadas quedarían firmes. **De allí que parecería sensato interpretar que el apelado sólo pudiera adherirse a la apelación de su contraparte en cuanto a lo desfavorable del extremo impugnado y no de otros.**³³

Para VILLA la corrección de esta tesis se fundamenta en que:

[...] el recurso de adhesión a la apelación faculta al *ad quem* a resolver agravando la situación del apelante respecto de aquel o aquellos extremos que fueron objeto del recurso de apelación. No lo faculta a pronunciarse respecto de aquellos otros extremos que no fueron objeto del recurso de apelación por cuanto, al no haber sido estos impugnados oportunamente quedaron consentidos y adquirieron la calidad de cosa juzgada. A través de un ejemplo podre explicar con mayor claridad los argumentos que sustentan mi posición.

Supongamos que A, demandante, interpone una demanda contra B pretendiendo la resolución del contrato por incumplimiento del demandado y, adicionalmente, el pago de una indemnización de S/ 100,000.00 soles. Posteriormente, se emite la sentencia de primer grado que declaró fundada la resolución del contrato y fundada, en parte, la indemnización ordenándose el pago de S/ 20,000.00 nuevos soles.

El demandante apeló la sentencia únicamente del extremo que ordenó el pago de los S/. 20,000.00 soles de daños y perjuicios por cuanto los consideró diminutos. Posteriormente, ante el *ad quem*, el demandado se adhirió a la apelación impugnando, también, el extremo de la sentencia referido a los daños y perjuicios porque los consideró excesivos y no probados.

³² CRUZ. Ob. Cit. pp. 201 y 202.

³³ Lo destacado en negritas es nuestro. Ob. Cit. p. 8.

En este caso el *ad quem* al resolver el recurso y la adhesión al recurso podrá revocar la apelada y declarar infundada la pretensión de daños y perjuicios. Con ello, agravará, la posición del apelante sin afectar la cosa juzgada.

El demandado no podrá adherirse al recurso de apelación impugnando el extremo de la sentencia que había declarado resuelto el contrato por cuanto, en el momento que deba formular su adhesión, el extremo de la sentencia que pretende impugnar, que declaró fundada la resolución del contrato habría quedado consentida y, por ende, adquirido la calidad de cosa juzgada.

Por último, MONTOYA al comentar la Cas. N° 4915-2008-Lima, considera que: *El recurso de adhesión [...] queda limitado para la parte que deja transcurrir el plazo de apelación quien verá precluir los extremos consentidos dejando que la resolución adquiera firmeza en cuanto aquellos, pudiendo únicamente tentar la “reforma en peor” en perjuicio del recurrente sobre los asuntos que este propone.*³⁴

5. LA JURISPRUDENCIA

Las divergencias doctrinarias sobre el particular, también repercutió en los tribunales. Al respecto, OTINIANO cita la Cas. N° 1066-2006 LIMA³⁵ y concluye que: *Como se podrá advertir, para nuestra Corte Suprema no es acogida la concepción limitada de la adhesión a la apelación sino el carácter autónomo, criterio que como hemos visto, es el más acorde con la interpretación sistemática de nuestro Código Procesal Civil*³⁶. De igual modo, ARIANO en su nota 21 desarrolla dicha jurisprudencia emblemática de los que defienden la autonomía de la Adhesión a la Apelación, a saber:

En el caso se había demandado la declaración de nulidad de un contrato, cancelación de asientos registrales e indemnización. Además se había demandado como «alternativa» la anulación del contrato. En primera instancia el juez había declarado fundada la demanda en cuanto a la declaración de nulidad y cancelación de asientos, improcedente la «alternativa» de anulación e infundada la demanda indemnizatoria. Solo el demandante apeló oportunamente respecto del extremo indemnizatorio. Ante el *ad quem* el demandado se adhiere a la apelación impugnando los extremos relativos a la declaración de nulidad y cancelación de asientos. La sentencia de apelación confirma la apelada y «no por omisión, sino por actuación deliberada» (así, en el considerando octavo de la sentencia de casación) no se

³⁴ MONTOYA CASTILLO, Carlos Franco. LA SUBORDINACIÓN DEL RECURSO DE ADHESIÓN A LOS EXTREMOS RECURRIDOS EN LA APELACIÓN. Actualidad Jurídica. Tomo 213 (Agosto 2011) pp. 99-104. En: <<http://www.gacetajuridica.com.pe/sumario-gace/VerDetSum.php?tRowsS=24&idSum=TOM0000011>>

³⁵ Emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02/10/2007, p. 20746.

³⁶ OTINIANO, Ob. Cit. p. 254.

pronuncia sobre lo impugnado por el apelado en cuanto «la adhesión debe limitarse a lo que se impugna en el recurso al cual se adhiere» (id.). La Suprema, como ha indicado en el texto, rechaza esta concepción limitada en cuanto **«la ley concede mediante la adhesión una nueva oportunidad a la parte que ha sido vencida parcialmente o que ha vencido parcialmente, que no apeló de la sentencia del a quo pero su parte contraria sí, de cuestionar también la sentencia apelada en los extremos que la agravian y que lógicamente difieren de los del impugnante; lo que significa que la Sala Revisora está en la obligación de pronunciarse no solo de los agravios expuestos por el impugnante sino también los introducidos por el adherente»**, por lo que estimó el recurso y dispuso que la Sala Superior emita nuevo fallo.³⁷

Cabe agregar los fundamentos destacados de tal emblemática sentencia, a parte de la considerativa sexta citada por ARIANO, y que da inicio a la corriente jurisprudencial autonomista, a saber:

Cuarto.- Que en relación al agravio b), sobre la deliberada omisión de la Sala Revisora de pronunciarse sobre su recurso de adhesión a la apelación, debe señalarse en principio que la adhesión [...]: “[...] corresponde cuando la litis es divisible, esto es, que hay varias pretensiones planteadas o resueltas por la sentencia recurrida y aparece rechazada alguna del apelado que, por ese motivo, también se asocia (se adhiere) a la apelación. Quiere decir, entonces, que la adhesión al recurso (en el caso, a la apelación) amplía el objeto del proceso en la segunda instancia, pues a los puntos que propone el apelante se agregan los que propone el apelado” (Enrique Véscovi. “Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnatorios en Iberoamérica” Ediciones Depalma. Buenos Aires, Mil Novecientos noventiocho, páginas ciento setentitrés, ciento setenticuatro); [...]

Quinto.- Que, el ordenamiento procesal civil no regula el concepto de la adhesión ni los alcances y objetivos de la misma, pero tampoco la limita, estableciendo simplemente en su artículo trescientos sesentisiete la posibilidad de ejercerla con motivo de la interposición del recurso de apelación dentro de los procesos de Conocimiento y Abreviado, así como los requisitos para la concesión de la adhesión; estableciendo también taxativamente en su artículo trescientos setentitrés, in fine, en concordancia con su artículo trescientos cuarentitrés, que: “El desistimiento del recurso de apelación no afecta la adhesión”; disposición del cual se puede interpretar en forma indubitable que la adhesión si bien está sujeta a la existencia de una apelación, ella no deja de ser autónoma y por tanto no es una repetición o eco de los agravios expuestos por la parte apelante sino contiene distintos y opuestos a ellos;

No obstante lo anterior, tres años más tarde a dicho criterio jurisprudencial autonomista le salió al paso la Casación N° 4915-2008-Lima del 10 de agosto

³⁷ Lo destacado y subrayado es nuestro. ARIANO, Ob. Cit. p 9.

de 2010, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema³⁸, que postula la tesis restrictivista, a saber:

Quinto.- [...] en el Diccionario de la Lengua española en línea (Word Rererence.com) refiriéndose al concepto de adhesión se señala que “es la unión a una idea o causa y defensa que se hace de ellas” y en Derecho se conceptualiza la adhesión a la apelación como “la facultad del recurrido que no apeló de adherirse a la recurrencia de su adversario”³⁹, ello a decir de Casarino se entiende “(...) el fallo de primera instancia agravia en parte al que se adhiere y que este prima facie se contentó con él, pero que posteriormente, al ver que su contrario ha apelado, desea también que dicho fallo sea enmendado en aquella parte o partes o sus pretensiones, ya que lo contrario significaría amparar una actitud negligente de la parte vencida de poder cuestionar la sentencia pese a haber dejado transcurrir el plazo para apelar de la misma”.

Sexto.- [...] efectuándose un análisis sistemático de las normas procesales que regulan el medio impugnatorio de apelación y adhesión se concluye que si bien ambos institutos comparten diversas características para su admisibilidad y procedencia tal como lo regula el acotado artículo 367 del Código Procesal Civil no son coincidentes, pues es evidente que habiendo vencido el plazo para interponer la apelación en aplicación del principio *reformatio in peius*, recogido en la primera parte del artículo 370⁴⁰ del Código Procesal Civil, el Juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante y en el caso en particular si bien doña Francisca Gudelia Rivas Sagastizabal se adhirió al recurso de apelación, tal adhesión por su propia naturaleza implica que la parte que no apeló se adhiere a la recurrencia de su adversario, en cuanto le es desfavorable, situación que no se configura en autos, en cuanto al indicado extremo de la sentencia, pues como se ha anotado precedentemente “lo contrario significa(rí)a amparar una actitud negligente de la parte vencida de poder cuestionar la sentencia pese a haber dejado transcurrir el plazo para apelar de la misma” y sin perderse de vista que nuestro ordenamiento procesal civil es de carácter preclusivo el mismo que va desarrollándose por etapas y en virtud del cual no es posible retrotraer el proceso a una etapa anterior que fue superada.

En la Corte Superior de Justicia de Arequipa se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Distrital Civil 2018, que adoptó por mayoría dicho criterio restrictivo, solo por un voto de diferencia, según nos informa el juez civil

³⁸ Publicada el 01/08/2011 en el Diario Oficial El Peruano.

³⁹ PÉREZ VICES, Álvaro. “Recurso de Casación en materia civil, penal y de trabajo” Librería Americana, Edic. Leo, Bogota, 1946, p. 11, citado Bravo Melgar, Sidney. “Medios Impugnatorios”, p. 25.

⁴⁰ El juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido. [...]

Carlos Polanco, lo que denota que las opiniones están divididas, y que resulta ilustrativo repasar sus fundamentos, veamos:

TEMA N° 3

LA COMPETENCIA DEL SUPERIOR DERIVADA DE LA ADMISIÓN DE UN RECURSO DE ADHESION A LA APELACION

La competencia del superior derivada de la admisión de un recurso de adhesión a la apelación, comprende revisar ¿solo lo que fue objeto de apelación? o ¿se puede revisar extremos que no han sido apelados pero si impugnados en el recurso de adhesión?

Primera ponencia

La competencia del superior derivada de la admisión de un recurso de adhesión a la apelación, comprende revisar extremos que incluso no fueron objeto de apelación pero si impugnados en el recurso de adhesión.

Segunda ponencia ganadora por mayoría

La competencia del superior derivada de la admisión de un recurso de adhesión a la apelación, no comprende revisar extremos que no fueron objeto de apelación aun cuando sean impugnados en el recurso de adhesión.

Fundamentos

Primera ponencia: [...] Que, Chiovenda Giuseppe señala que la apelación incidental sirve principalmente a todo aquel que no se propone apelar sino en cuanto el contrario apele; sin embargo indica, que ello no excluye que pueda servirse de esta forma de apelación aquel que, de todos modos, hubiese también apelado por su parte. Señala que si bien la validez de esta depende que la apelación principal hubiese sido interpuesta dentro del plazo, sin embargo no depende de la voluntad del apelante, es decir, la validez de la apelación incidental no es afectada por la renuncia que realice el apelante de su recurso. La mejor doctrina procesal sobre esta materia, señala que es posible con la impugnación del apelado, agravar la situación del apelante al ampliarse el ámbito del conocimiento por el Superior siendo posible en tal caso la aplicación de la *reformatio in peius*. Montero Aroca reafirma el carácter autónomo de la impugnación que formula el apelado, pues sostiene que la impugnación presentada por el apelado contra la resolución apelada, respecto de los que de esta le resulte desfavorable, convierte al apelado en apelante. Es indudable entonces que el Código Procesal Civil peruano prevé el recurso de adhesión a la apelación con carácter autónomo, pues su existencia solo depende de que se haya interpuesto apelación, de tal forma entonces que el Superior puede revisar la resolución apelada -auto o sentencia-, también por el hecho de haber sido impugnada por quien no apeló, para que la misma se revise en lo que le agravia tal como se desprende del párrafo *in fine* del artículo 373° concordante con el artículo 370° del citado Código adjetivo. El que impugna la resolución que fue objeto de apelación vía adhesión ¿podría o no incluir como fundamento de su recurso, puntos o extremos de la sentencia que le sean desfavorables y que no fueron materia de apelación? consideramos que con la impugnación del apelado, es posible

agravar la situación del apelante al ampliarse el ámbito del conocimiento por el Superior, siendo posible en tal caso la aplicación de la *reformatio in peius*, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 370° del Código Procesal Civil.

Segunda ponencia: El que se adhiere al recurso de apelación se circunscribe a la apelación interpuesta y admitida a trámite, no puede apelar sobre otros aspectos de la sentencia porque el plazo para impugnar la sentencia ya venció y no puede a través de la institución de la adhesión violentar la cosa juzgada de la decisión y la preclusión del proceso en cuanto al ejercicio del derecho de impugnación. Si se procede de otra manera, no solo se transgrede el *Principio de Cosa Juzgada* y el de *Preclusión Procesal*, sino que también se puede transgredir el *Principio de Reforma in Peius*, pues, es a consecuencia de la apelación del demandante que el Superior en grado asume competencia y la cual no puede resolverse de modo alguno en perjuicio del impugnante; si se permite la adhesión por cuestiones diferentes, la competencia se extendería a aspectos que pueden perjudicar al único impugnante.⁴¹

Finalmente, tenemos la Casación N° 1430-2016 Lima del 21 de marzo de 2018, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, que retoma la postura autonomista, y que será objeto de análisis en el acápite siguiente.

6. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA CASACIÓN N° 1430-2016 LIMA

Sorprendentemente, la Casación en comentario recuperó el criterio jurisprudencial autonomista que había inaugurado la Casación N° 1066-2006 LIMA, pues, como se ha visto en el acápite precedente, la postura restrictivista, dependiente y subordinada de la Adhesión a la Apelación venía ganando terreno en los órganos jurisdiccionales debido a que la Casación N° 4915-2008-Lima, era la más reciente.

Ahora bien, pasemos a analizar sus fundamentos, para cuyo efecto citamos sus considerativas centrales:

Décimo Cuarto.- Que, la figura procesal de la adhesión a la apelación es aquel instituto que tiene lugar cuando se expide una resolución judicial que produce agravios a ambas partes, por lo que planteado y concedido el recurso de apelación correspondiente, la otra parte o su representante puede adherirse a él, solicitando al igual que el apelante que se modifique o revoque la resolución cuestionada en lo que resulte agravante o perjudicial para el

⁴¹ Dejamos constancia que este tema no aparece en el Pleno Distrital Civil de Arequipa 2018, que se registra en el Portal Web del PJ, sin embargo, el Juez Civil Dr. Carlos Polanco nos afirma que si se habría tratado. En:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/as_plenos_jurisdiccionales_2018/as_plenos_jurisdiccionales_distritales/cij_d_pleno_distrital_civil_arequipa>

adherente y en base a la propia fundamentación del último o, inclusive, a la invocada por el apelante⁴².

Décimo Sexto.- Que, según se razona de lo antes expuesto, el recurso de adhesión viene a ser un recurso dependiente del recurso de apelación en la medida que la adhesión a la apelación solo podrá ser factible de interponerse cuando el plazo para impugnar la sentencia de primera instancia se le hubiere vencido a una de las partes y, no obstante ello tendrá la posibilidad de cuestionar la sentencia recurrida en cuanto le fuere perjudicial, en ese entendido, los argumentos del recurso de apelación como los argumentos del recurso de adhesión a la apelación, deberán ser materia de análisis por el *Ad Quem* al momento de emitir el respectivo pronunciamiento de fondo.

En este proceso, se trató de una demanda de nulidad de actos jurídicos, que fue declarada infundada parcialmente en primera instancia. En este caso, uno de los demandados apela del extremo que declaró fundada la demanda respecto del acto jurídico que participó, permitiendo que los demandantes se adhieran a la apelación, impugnando extremos distintos que resultaron infundados sobre la pretensión de nulidad de otros actos jurídicos que involucraban a codemandados diferentes del apelante.

Ello no obstante, la sala superior asumió competencia sobre ambas apelaciones y se pronunció sobre todos los agravios sin limitarlos a los propuestos por el primer recurrente, revocando la apelada y declarando fundada la demanda, en lo que pretendían los demandantes según su autónoma pretensión impugnatoria de su recurso de adhesión a la apelación.

Precisamente, por este pronunciamiento plenario del superior, los demandados interpusieron recurso de casación alegando infracción al principio de la autoridad de la cosa juzgada que prevé el artículo 123.2 y último párrafo del CPC⁴³, puesto que los demandantes al no apelar la sentencia habrían consentido, ya que la adhesión a la apelación sólo serviría para impugnar el extremo que también recurrió el apelante y no otros.

Sin embargo, la Sala suprema desestima tal causal de infracción normativa, retomando la tesis autonomista al redefinir esta institución procesal en la acotada considerativa décimo cuarta, al establecer que la Adhesión a la

⁴² Casación N° 1056-2003-Camana. 27 de agosto del 2003. Fundamento Jurídico: Segundo

⁴³ Artículo 123.- Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

[...]

2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

[...]

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407.

Apelación opera no sólo en relación a los agravios propuestos por el apelante, sino también basado en la propia fundamentación del adherente en lo que resulte agravante o perjudicial los extremos de la resolución materia del grado, pese a que no fueran apelados por su contraparte.

Opinamos que dicha Casación, debió utilizar toda la carga argumentativa que se conoce en pro de la tesis autonomista, pues lo dicho hasta ahora solo muestra una tímida fundamentación a favor de esta postura jurisprudencial.

Por otro lado, pareciera que los jueces supremos conscientes de ello, recurren a reforzar su posición adicionando una razón procedimental, esto es, que al consentir las partes la procedencia del recurso adhesivo, habilitaba la competencia del superior en grado para conocer plenamente ambos recursos, así discernió dicha Casación en la considerativa siguiente:

Décimo Sétimo.- En el presente caso, [...] los demandantes formularon recurso de adhesión a la apelación [...], siendo declarada procedente [...], abriendo con ello la posibilidad legal para que el *Ad Quem* emitiera pronunciamiento sobre los extremos de la sentencia que declaraba infundada la demanda de los accionantes [...], por cuyas razones, no se advierte la infracción normativa denunciada en este extremo desde que dicha Sala Superior se encontraba legalmente facultada para revisar los extremos de la sentencia de primera instancia [...] dado los alcances de la adhesión que fuera estimada procedente.

Sin embargo, lamentablemente, la deficiencia regulativa en nuestros códigos y la incompreensión de la sabiduría del instituto procesal bajo análisis, ha ocasionado jurisprudencia contradictoria, restándole eficacia, a tal punto que ahora el proyecto de nuevo CPC no lo considera relevante. LORETO pese a divulgar la filosofía y los fundamentos que justifican su existencia⁴⁴, ya advertía que:

Tal cosa sucede entre nosotros con el instituto de la adhesión a la apelación, que acogió rudimentariamente ha sido considerado por la doctrina nacional

⁴⁴ El principio de la economía de los juicios recomienda obtener en el proceso el mayor resultado práctico con el mínimo empleo de actividades jurisdiccionales, y, el político, la más pronta terminación de los litigios, en beneficio de la paz social y de la causa pública. Los intereses que se discuten o realizan en el proceso, aconsejan aceptar un compromiso entre la justicia y la certeza de los derechos controvertidos. La posibilidad de que el litigante perdidoso pueda mejorar en la instancia superior la condición desfavorable en que le ha colocado la sentencia, le impulsa a apelar de ella; la posibilidad de ver esa posición confirmada o aún desmejorada, le mueve, en cambio, a obtemperar a su dispositivo. El juego de esos motivos determinantes contrapuestos funcionan como causa psicológica de excitación y de freno en el sistema del recurso de apelación, favoreciendo los últimos el estado de ánimo del litigante que, en parte perdidoso, esté dispuesto a acatar el fallo, para el supuesto de que la parte contraria resuelva también obedecer. Todas estas razones han llevado a los legisladores modernos a mantener el instituto de la adhesión a la apelación dentro de los sistemas de los recursos. (LORETO, Ob. Cit. p. 679)

como un órgano atrofiado en el sistema del proceso civil, casi inútil y en vías de desaparecer. Aun cuando en la obra de los comentaristas patrios más eminentes de las leyes del proceso civil [...], encontramos una enseñanza clara y definida con apoyo en las fuentes históricas y en la tradición ilustrada, sin embargo, la concepción que se tiene generalmente de esa institución se halla desorientada y confundida, debido a la falta de precisión dogmática, a peculiaridades estructurales de nuestro proceso y a la influencia falaz y perniciosa que han ejercido enseñanzas exóticas que explican instituciones diferentes.⁴⁵

Finalmente, debemos anotar que la institución en comento es muy antigua como se ha revelado en el primer acápite, de ahí que existe jurisprudencia comparada del siglo decimonónico, apreciamos:

Sentencia del Tribunal Supremo de España (Jurisprudencia Civil, 1866, IV, p. 47), en la cual se dice: “Considerando que si bien, según la ley 14, Tít. 23 partida 3^a, en el caso de que uno de los litigantes se hubiese alzado de una parte de la sentencia valdrá el juicio cuando en las otras de que no se alzara, no puede esto tener lugar cuando el apelado se adhiere a la apelación, porque equiparado por este medio el apelante en virtud del principio de igualdad que entre las partes puede existir, tiene también el derecho de pedir y tener a su vez la reforma de fallo en todos los extremos que le son perjudiciales.”⁴⁶

CONSIDERACIONES FINALES

La *ratio* de la Adhesión a la Apelación como política es establecer en el *iter* procesal una válvula de escape para estimular a las partes a consentir la sentencia de primer grado, y con ello, la paz en justicia vuelva a relacionar a las partes, lo que satisface también el principio de economía procesal, ahorrando a éstas y al Estado costos adicionales de haber continuado el conflicto en segunda instancia y en sede casatoria.

Sin embargo, ello no sería plenamente posible si no se adopta la tesis autonomista, según la cual el sistema procesal crea una excepción a los principios de la autoridad de la cosa juzgada, *reformatio in peius* y preclusión, a fin de dar cabida a la Adhesión a la Apelación autónoma y plenaria.

Pues, si el ordenamiento adjetivo no ha previsto tales excepciones, la Adhesión a la Apelación no cumpliría su finalidad de desahogar el conflicto, ya que las partes se verían obligadas a apelar de la sentencia, aun cuando las contentaba en cierto grado, porque de no hacerlo se verían aherrojadas a subordinar su adhesión a la apelación a los agravios del apelante principal, y en su lugar sea una virtud dar sitio al consentimiento de la sentencia, por el

⁴⁵ LORETO, Ob. Cit. p. 663.

⁴⁶ LORETO. Ob. Cit. p. 672, Nota N° 13.

contrario, se convertiría en un castigo para el justiciable que en ello se espera. Así, la Adhesión a la Apelación restrictiva atiza el conflicto en lugar de ayudar a su extinción.

En consecuencia, si convenimos que esta política procesal resulta útil para facilitar el consentimiento por las partes de la sentencia de primer grado, entonces, exceptuemos a la Adhesión a la Apelación de los alcances de los principios procesales que pudieran restarle efectividad, y considerar que una sentencia de primer grado no logra firmeza en lo no apelado por la parte impugnante, hasta que venza el plazo de la interposición del recurso de la adhesión a la apelación que pudiera incoar la parte apelada, de manera que no precluye su derecho de impugnación y ésta aun pueda impugnar la sentencia *in toto* que le sea perjudicial, esto es, en los extremos resolutivos y considerativos no apelados por el primer impugnante, ampliando la competencia del superior en grado en cuanto a la *reformatio in peius*, vale decir, que la sentencia recurrida podrá reformarse en perjuicio de ambas partes apelantes, sin importar que sean primer apelante o segundo por adhesión.

Sin embargo, se debe reconocer que la deficiencia regulativa en nuestros códigos y la incompreensión de la sabiduría del instituto procesal bajo análisis, ha ocasionado jurisprudencia contradictoria.

Esperamos, pues, que el legislador estime la importancia de la Adhesión de la Apelación, como política procesal en la pacificación de los ciudadanos y personas jurídicas comprendidas en procesos judiciales, levantando una valla infranqueable en el escalamiento del conflicto judicial, esta vez, si protegida por la autoridad de la cosa juzgada; y, si una de las partes reanuda la batalla judicial en segunda instancia, la igualdad de armas en la impugnación se garantice al justiciable que no apeló en la esperanza que ambas partes capitulen consintiendo la sentencia de primera instancia; finalmente, abogamos para que la Comisión Reformadora reconsidere la inclusión de esta institución procesal en el proyecto del nuevo CPC, precisando su carácter autónomo, excepcional y plenario.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

CRUZ LEZCANO, Carlos. “El Recurso de Adhesión en el Código Procesal Civil Peruano: Una aproximación al tema”, en **Revista Oficial del Poder Judicial** 2/1 2008.

DURAND PIMENTEL, Ramiro. **Medios Impugnatorios**. Ed. New Service SAC., no aparece lugar y fecha de publicación.

- LAMA MORE, Héctor. “La Adhesión a la apelación: autónoma o dependiente. Alcances de este medio de impugnación” en **DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA** N° 72. LIMA: Gaceta Jurídica, Set. 2004.
- LORETO Luis. “Adhesión a la apelación (contribución a la teoría de los recursos en materia civil)”. Artículo publicado en la Revista Jurídica **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. Nueva Serie Año VIII N° 24 –Septiembre a Diciembre- 1975. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. En: <file:///C:/Users/PJUDICIAL/Downloads/1140-1400-1-PB%20(1).pdf>
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. **Comentarios al Código Procesal Civil**. Vol. I. (2008) Lima: Gaceta Jurídica,
- OTINIANO CAMPOS, Gabriel Ernesto. “Autonomía de la adhesión a la apelación. Un debate aún espinoso” en **Gaceta Civil & Procesal Civil**. N° 12 Junio 2014.
- PRIORI POSADA, Giovanni. Coor. “El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación” en **Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución**. Lima: Palestra, 2015.
- VÉSCOVI, Enrique. “Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios” en:
<https://www.academia.edu/31590320/Enrique_V%C3%A9scovi_Los_recursos_judiciales_y_dem%C3%A1s_medios_impugnatorios_>

ANEXO

CASACIÓN N.º 1430-2016 LIMA

(Publicado en el diario oficial “El Peruano” con fecha 30 de octubre del 2018.)

Sumilla: La adhesión a la apelación, es limitada a los agravios que sustentan el recurso al que se adhiere.

Lima, veintiuno de marzo de dos mil dieciocho.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número mil cuatrocientos treinta – dos mil dieciséis, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Se trata del recurso de casación interpuesto por los demandados José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez a fojas mil doscientos setenta y tres, contra la Sentencia de Vista, de fecha veintinueve de octubre de dos mil quince, de fojas mil ciento ochenta y seis, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; que revoca la sentencia apelada de fecha doce de junio de dos mil catorce, en el extremo que declaró infundada la demanda, y reformando la recurrida declara nula: i) La compraventa contenida en la Escritura Pública de fecha tres de abril de dos mil siete, celebrada por Rosa Elvira Mantilla Paredes de Savage (como vendedora) con José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez (como compradores), y ordenan la cancelación registral de su respectiva inscripción; y ii) La compraventa contenida en la Minuta de fecha siete de mayo de dos mil siete, celebrada por José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez (como vendedores) con Luis Enrique Olascoaga Angulo (como comprador), y ordenan la cancelación del respectivo bloqueo registral.

II. CAUSALES POR LAS QUE SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN

Mediante resolución de fecha veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete, de fojas ciento treinta del cuadernillo de casación formado en este Supremo Tribunal, se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por los demandados José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez por las causales de: 1) La infracción normativa del artículo 123 inciso 2 y último párrafo del Código Procesal Civil, alegándose que: i) En el presente caso únicamente el demandado César Francisco Torres Kruger interpuso recurso de apelación contra la sentencia y solo respecto al extremo que declaraba fundada en parte la demanda, y en consecuencia nulo el acto jurídico de compraventa contenido en la Escritura Pública de fecha dieciséis de marzo de dos mil ocho, en consecuencia, cuando los demandantes formularon el recurso de adhesión a esta apelación, no pudieron introducir otras materias para que se discutan en

el Tribunal de alzada, pues había precluido su derecho para hacerlo, debiendo circunscribirse la discusión en segunda instancia sobre el extremo introducido por el apelante César Francisco Torres Kruger; ii) La Sala Superior ha revocado un extremo que quedó firme al haber sido rechazada la apelación por la Resolución número 02, de fecha diecisiete de noviembre de dos mil catorce; 2) La infracción normativa de los artículos 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, 50 inciso 6 y 122 incisos 3 y 4 del Código Procesal Civil, argumentándose que: La Sala Superior ha analizado de manera insuficiente el argumento de los demandantes contenido en el escrito de adhesión, referente a que no ha existido buena fe en las adquisiciones del predio por parte de los recurrentes y por Luis Enrique Olascoaga Angulo, pues tenían pleno conocimiento de que el título de la vendedora Rosa Elvira Mantilla Paredes de Savage tenía origen delictivo, y por lo tanto carecía de toda validez legal, ya que no ha explicado por qué no corresponde aplicar el artículo 2014 del Código Civil.

III. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE

El tema en debate radica en determinar si la Sentencia de Vista ha afectado el debido proceso y el derecho a la debida motivación de las resoluciones, al haber revocado el extremo en el que se declaró infundada la demanda y reformándolo declarar fundada la demanda y nullos diversos actos jurídicos; en relación al recurso de adhesión interpuesto por Ítalo Alegría Navarro y Rosa América Vidal Aurelio de Alegría.

IV. ANÁLISIS

PRIMERO. Que, previamente a la absolución del recurso de casación *sub examine*, es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. En tal sentido, se advierte que, mediante escrito de fojas cuarenta y cuatro, Ítalo Alegría Navarro y Rosa América Vidal Aurelio de Alegría interponen como pretensión principal lo siguiente: 1) La nulidad de acto jurídico contenido en la escritura pública de compraventa de fecha dieciséis de marzo de dos mil siete, celebrado ante el Notario Público de Lima doctor Cesar Torres Kruger otorgado por los referidos demandantes a favor de Rosa Elvira Mantilla Paredes de Savage, respecto del predio constituido por el Lote de Terreno número 14, de la Manzana “D”, con frente a la Calle 5, Urbanización “Las Viñas de La Molina”, Distrito de La Molina, Provincia y Departamento de Lima; 2) La nulidad del acto jurídico de compraventa contenido en la Escritura Pública, de fecha tres de abril de dos mil siete, celebrado ante el Notario Público de Lima doctor Alfredo Zambrano Rodríguez, por la cual Rosa Elvira Mantilla Paredes de Savage aparentemente vende el mismo lote de terreno a favor de José del Carmen Rodríguez Rosas y a su cónyuge Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez por el precio de veinticinco mil dólares americanos (US\$25 000.00); y 3) La nulidad del contrato de compraventa que celebran la sociedad conyugal conformada por José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez en calidad de vendedores y Luis Enrique Olascoaga Angulo en calidad de comprador, de fecha nueve de mayo de dos mil siete, ante Notario de Lima doctor Alfredo Zambrano Rodríguez. Como pretensión accesoria solicitan la cancelación de los asientos registrales en los que se encuentran inscritos los referidos títulos de propiedad. Invoca las causales de falta de manifestación de la voluntad, fin ilícito, no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad y por ser un acto contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres contenido en los incisos 1), 4), 6) y 8) del artículo 219 del Código Civil. Sostienen como fundamentos fácticos de su demanda lo siguiente: a) Han adquirido la propiedad del referido inmueble mediante

Escritura Pública de fecha diez de julio de mil novecientos noventa y siete, encontrándose inscrita dicha transferencia en el asiento C-2 de la Ficha número 256052, continuada en la Partida número 45100391 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima. b) Han tomado conocimiento que su terreno se encontraba en venta a través de tercera persona, por lo que ante este hecho y puesto que jamás pusieron en venta su terreno, recurrieron al Registro de la Propiedad Inmueble de Lima verificando que los accionantes aparecían vendiendo su predio a la codemandada Rosa Elvira Mantilla Paredes de Savage por la suma de treinta mil soles (S/30 000.00) según Escritura Pública de fecha dieciséis de marzo de dos mil siete, quien pocos días después procede a vender el mismo predio a favor de José del Carmen Rodríguez Rosas y su cónyuge Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez mediante Escritura Pública de fecha tres de abril de dos mil siete, por el precio de veinticinco mil dólares americanos (US\$25000.00), y finalmente también a pocos días de esta última venta, estos últimos vendieron el mismo predio a Luis Enrique Olascoaga Angulo; c) Que, al apersonarse a la Notaría del doctor César Francisco Torres Kruger, donde aparentemente se había celebrado la escritura de fecha dieciséis de marzo de dos mil siete, pudieron comprobar que tanto en la minuta como en la escritura, las firmas de los accionantes habían sido falsificadas, d) Que el lote de terreno materia de la litis siempre estuvo en posesión de los demandantes, no habiéndose producido la entrega del bien a los supuestos compradores.

SEGUNDO. Que, habiéndose admitido a trámite la demanda, los codemandados Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez y José del Carmen Rodríguez Rosas mediante escrito de fojas doscientos veintisiete proceden a absolver la acción incoada señalando lo siguiente: Que cuando adquirieron el terreno *sub* materia a Rosa Mantilla Paredes de Savage, no aparecía anotado en la partida registral respectiva ninguna circunstancia que haga presumir que ésta, en complicidad con otras personas, había suplantado la identidad de los actores. Asimismo, refieren desconocer la existencia de fraude dado que sus actos se realizaron de buena fe y amparados en el hecho que en el registro aparecía esta como propietaria del terreno.

TERCERO. Asimismo, mediante escrito de fojas trescientos veinticuatro, el codemandado Luis Enrique Olascoaga Angulo procede a contestar la demanda refiriendo esencialmente que la transferencia a su favor del predio *sub* materia fue realizada por quienes en ese momento eran los legítimos propietarios, José del Carmen Rodríguez Rosas y su cónyuge Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez, siendo que inmediatamente después de la adquisición del terreno procedió a tomar posesión del mismo, realizando los trámites correspondientes ante la Municipalidad Distrital de La Molina y que al verificar la veracidad de lo alegado por el propietario en ese entonces, se percató que efectivamente el bien se encontraba a nombre del mismo, por lo que procedió a realizar el bloqueo registral con la finalidad de salvaguardar la futura inscripción registral al momento de la formalización de la compraventa; agrega que desde que se le transfirió el terreno, mantiene la posesión del mismo, el cual viene ejerciendo de manera pública, pacífica, continua y sobre todo de buena fe.

CUARTO. Tramitado el proceso conforme a su naturaleza, en rebeldía de la codemandada Rosa Elvira Mantilla Paredes de Savage, el Décimo Sexto Juzgado Civil de Lima, mediante sentencia de primera instancia, de fecha doce de junio de dos mil catorce declara fundada en parte la demanda incoada. Como fundamentos de su decisión el juez de la causa sostiene lo siguiente: i) Del testimonio de Escritura Pública de

compraventa de fecha diez de julio de mil novecientos noventa y siete, otorgado ante el Notario Público de Lima doctor Oscar Leyton Zárata, se acredita que la Constructora La Pradera Sociedad Anónima transfiere a favor de los accionantes Ítalo Alegría Navarro y Rosa Vidal Aurelio de Alegría el lote de terreno número 14 de la Manzana “D”, de la Urbanización “Las Viñas de La Molina”, habiéndose pactado como precio de venta la suma de dieciséis mil intis (I/16 000.00), pagados al contado a la firma de la minuta, encontrándose dicha Escritura Pública inscrita con fecha veinticinco de julio de mil novecientos noventa y siete, en el asiento 2-C) de la Ficha Registral número 256052 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima; ii) De las copias certificadas del Dictamen Pericial Dactiloscópico número 447-2011, consistente en las impresiones dactilares de los demandantes Ítalo Alegría Navarro y Rosa América Vidal Aurelio de Alegría sobre el Contrato de Compraventa de fecha veintiuno de febrero de dos mil siete, se determina que las impresiones dactilares atribuidas a los referidos accionantes no provienen de su puño y letra; de lo que se razona que no ha existido manifestación de voluntad en la celebración de la respectiva Escritura Pública por parte de los supuestos vendedores Ítalo Alegría Navarro y Rosa América Vidal Aurelio de Alegría, encontrándose destinada la falsificación de firmas para un fin ilícito que en este caso era la de sustraer el bien *sub judice* de la esfera patrimonial de los propietarios indicados; por lo que dicha Escritura Pública adolece de nulidad absoluta; siendo además amparable la pretensión accesoria consistente en la cancelación del asiento registral correspondiente a la referida Escritura Pública; iii) Que del testimonio de Escritura Pública de fecha tres de abril de dos mil siete, en virtud del cual Rosa Elvira Mantilla Paredes de Savage da en venta real y enajenación perpetua a favor de José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez el bien inmueble *sub litis*, el *ad quo* establece que no se acredita que los referidos compradores hayan tenido conocimiento de la nulidad del contrato de compra venta de su transferente Rosa Elvira Mantilla Paredes al haber adquirido el bien de quien tenía título inscrito en los Registros Públicos por lo que procede a aplicar el Principio Registral previsto en el artículo 2014 del Código Civil; iv) Asimismo, de la minuta de compraventa de fecha cuatro de mayo de dos mil siete, en virtud de la cual la sociedad conyugal conformada por José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez dan en venta real y enajenación perpetua el bien *sub materia* a favor de Luis Enrique Olascoaga Angulo, no se llega a establecer que el referido comprador haya tenido conocimiento de la invalidez del contrato de compraventa o título de propiedad correspondiente a Rosa Elvira Mantilla Paredes de Savage, habiendo adquirido el bien de quien tenía título inscrito en los Registros Públicos en aplicación del Principio Registral previsto en el artículo 2014 del Código Civil.

QUINTO. Que, contra la sentencia de primera instancia el codemandado César Francisco Torres Kruger interpuso recurso de apelación, en el extremo que se declaró infundada la demanda, alegando principalmente que: a) los actos jurídicos posteriores a la venta declarada nula por la sentencia apelada, también son nulos por no ser de aplicación el artículo 2014 del Código Civil; y b) ha cumplido con allanarse a la demanda, lo cual fue declarado improcedente y confirmado por la Sala Superior sin perjuicio de tenerse presente su conducta procesal al momento de expedir el fallo definitivo; sin embargo, no se tuvo presente el fundamento de su contestación y posición a lo largo del proceso, referido a la suplantación de identidad realizada en la Escritura Pública que extendió y que ha sido declarada nula en la sentencia apelada; suplantación que lo indujo a error por el actuar malicioso de los comparecientes, por lo que se encuentra exento de responsabilidad acorde al artículo 55 de la Ley del Notariado y el artículo 1971 del Código

Civil. Mediante escrito de fojas mil ciento setenta y cuatro, los demandantes Ítalo Alegría Navarro y Rosa América Vidal Aurelio formularon recurso de adhesión al recurso de apelación interpuesto por el demandado César Francisco Torres Kruger, el cual fue declarado procedente mediante auto de fojas mil doscientos tres.

SEXTO. Que, apelada la sentencia de primera instancia, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución de vista, de fecha veintinueve de octubre de dos mil quince, revoca la sentencia apelada, en el extremo que declaró infundada la demanda, y reformando la recurrida declara nula la compraventa contenida en la Escritura Pública de fecha tres de abril de dos mil siete, celebrada por Rosa Elvira Mantilla Paredes de Savage con José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez, y ordenan la cancelación registral de su respectiva inscripción, así como la compraventa contenida en la Minuta de fecha siete de mayo de dos mil siete, celebrada por José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez con Luis Enrique Olascoaga Angulo, ordenando la cancelación del respectivo bloqueo registral. De los fundamentos fácticos de dicha resolución se advierte lo siguiente: i) De las impresiones dactilares atribuidas a Ítalo Alegría Navarro y Rosa América Vidal Aurelio de Alegría, en la compraventa cuya escritura pública data del dieciséis de marzo de dos mil siete, se verifica que no les corresponden, de lo que se razona que aquéllos no prestaron su declaración de voluntad como parte vendedora, por lo que se encuentra incurso en el supuesto regulado en el inciso 1) del artículo 219 del Código Civil; consecuentemente, la pretensión accesoria de cancelación registral, resulta, también fundada; ii) En cuanto a la nulidad del acto jurídico de compraventa contenido en la Escritura Pública de fecha tres de abril de dos mil siete, celebrado por Rosa Elvira Mantilla Paredes de Savage a favor de José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez, con relación al precitado inmueble, así como la compraventa efectuada por estos últimos a favor de Luis Enrique Olascoaga Angulo, mediante minuta del nueve de mayo de dos mil siete, se verifica que ambos actos jurídicos adolecen de causal de nulidad por cuanto en la compraventa a favor de José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez, no se hace referencia alguna a quién ejerce la posesión del inmueble objeto de transferencia, además, en la contestación de la demanda, los demandados, José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez, omiten hacer referencia sobre la posesión del inmueble al momento que lo adquirieron, de otro lado, existe un lapso de tiempo de solo catorce (14) días entre la fecha en que se suscribió la Escritura Pública del contrato de compraventa a favor de la demandada Rosa Elvira Mantilla Paredes de Savage y la minuta de compraventa a favor de José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez; iii) El precio pactado por la compraventa del referido inmueble no resulta razonable, atendiendo al valor promedio de venta que se obtiene, de acuerdo a los usos comerciales, por un inmueble ubicado en la Urbanización Las Viñas de La Molina; iv) En cuanto al último adquirente, Luis Enrique Olascoaga Angulo, no se acredita que haya cancelado o desembolsado, parte del precio de la compraventa treinta mil dólares americanos (US\$30000.00), pues, si bien, en la minuta en cuestión se hace referencia a dos cheques de gerencia, éstos, ni sus copias, han sido presentados en el presente proceso; v) Existe un lapso de tiempo de solo treinta y seis (36) días entre la fecha en que se suscribió la Escritura Pública del contrato de compraventa a favor de José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez y la minuta de compraventa a favor de Luis Enrique Olascoaga Angulo; vi) El demandado, Luis Enrique

Olascoaga Angulo, a la fecha de la adquisición del inmueble *sub litis* contaba con veintiún años (21) aproximadamente, no habiendo acreditado contar con los recursos económicos para solventar dicha adquisición.

SÉTIMO. Que, el recurso de casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el artículo 384 del Código Procesal Civil.

OCTAVO. Respecto a la causal de infracción normativa, según Rafael de Pina “El recurso de casación ha de fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes, a la falta de competencia etc.; los motivos de la casación por quebrantamiento de forma afectan [...] a infracciones en el procedimiento”⁴⁷. En ese sentido, se entiende que la causal de infracción normativa supone una violación a la ley, la que puede presentarse en la forma o en el fondo⁴⁸.

NOVENO. En conclusión, el recurso de casación es un medio impugnatorio de carácter excepcional, cuya concesión y presupuestos de admisión y procedencia están vinculados a los “fines esenciales” para los cuales se ha previsto, esto es, la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia, como lo señala el numeral antes anotado; siendo así, sus decisiones en el sistema jurídico del país tienen efectos multiplicadores y a su vez, permiten la estabilidad jurídica y el desarrollo de la nación, de allí la importancia de sus decisiones.

DÉCIMO. Las infracciones normativas denunciadas aluden a hechos que en suma resultarían ser atentatorios del Debido Proceso, el cual se encuentra protegido en el artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución Política; esta disposición constitucional consagra como principio rector de la función jurisdiccional, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la observancia del Debido Proceso; el cual, conforme a la interpretación que reiteradamente ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, exige fundamentalmente que todo proceso o procedimiento sea desarrollado de tal forma que su tramitación garantice a las personas involucradas en él las condiciones necesarias para defender adecuadamente y dentro de un plazo razonable los derechos u obligaciones sujetos a consideración⁴⁹.

UNDÉCIMO. Uno de los principales componentes del Derecho al Debido Proceso se encuentra constituido por el denominado Derecho a la Motivación, consagrado por el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, por el cual se garantiza a las partes involucradas en la controversia el acceso a una respuesta del juzgador que se encuentre adecuadamente sustentada en argumentos que justifiquen lógicamente y razonablemente, en base a los hechos acreditados en el proceso y al derecho aplicable al

⁴⁷ De Pina, Rafael, Principios de derecho procesal civil, México: Ediciones Jurídicas Hispano Americana, 1940, p. 222.

⁴⁸ Escobar Fornos, Iván, Introducción al proceso, Bogotá: Editorial Temis, 1990, p. 241.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-9/87, “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia”, párr. 28.

caso, la decisión adoptada, y que, además, resulten congruentes con las pretensiones y alegaciones esgrimidas por aquellas dentro de la controversia.

DÉCIMO SEGUNDO. Este derecho no solo tiene relevancia en el ámbito del interés particular correspondiente a las partes involucradas en la litis, sino que también juega un papel esencial en la idoneidad del sistema de justicia en su conjunto, pues no debe olvidarse que una razonable motivación de las resoluciones constituye una de las garantías del proceso judicial, directamente vinculada con la vigilancia pública de la función jurisdiccional, por la cual se hace posible conocer y controlar las razones por las cuales el juez ha decidido una controversia en un sentido determinado; implicando, en ese sentido, un elemento limitativo de los supuestos de arbitrariedad. Razón por la cual, su vigencia específica en los distintos tipos de procesos ha sido desarrollada por diversas normas de carácter legal, como los artículos 50 inciso 6, 121 y 122 incisos 3 y 4 del Código Procesal Civil y el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigen que las decisiones del juez cuenten con una exposición ordenada y precisa que justifique lo decidido.

DÉCIMO TERCERO. Que los recurrentes denuncian primeramente la infracción normativa procesal del artículo 123 inciso 2, último párrafo, del Código Procesal Civil, señalando que quien interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia fue el codemandado Cesar Francisco Torres Kruger en el extremo que declaraba fundada en parte la demanda de Nulidad de Acto Jurídico, siendo así, al haber interpuesto los demandantes recurso de adhesión a dicha apelación, no podían introducir otras materias ante la Sala Superior dado que había precluido su derecho para hacerlo, por lo que según refieren, la discusión en segunda instancia debió circunscribirse al extremo introducido por el citado apelante.

DÉCIMO CUARTO. Que la figura procesal de la adhesión a la apelación es aquel instituto que tiene lugar cuando se expide una resolución judicial que produce agravios a ambas partes, por lo que planteado y concedido el recurso de apelación correspondiente, la otra parte o su representante puede adherirse a él, solicitando al igual que el apelante que se modifique o revoque la resolución cuestionada en lo que resulte agraviante o perjudicial para el adherente y en base a la propia fundamentación del último o, inclusive, a la invocada por el apelante⁵⁰.

DÉCIMO QUINTO. En cuanto a los alcances del recurso de adhesión, el jurista Enrique Vescovi⁵¹, indica que “es una posibilidad que se da a quien no ha usado determinado medio impugnativo para beneficiarse de él a consecuencia de la recurrencia de su adversario, introduciendo su impugnación sobre la base de los agravios que también a él le causa la resolución”.

DÉCIMO SEXTO. Que, según se razona de lo antes expuesto, el recurso de adhesión viene a ser un recurso dependiente del recurso de apelación en la medida que la adhesión a la apelación solo podrá ser factible de interponerse cuando el plazo para impugnar la sentencia de primera instancia se le hubiere vencido a una de las partes y, no obstante ello tendrá la posibilidad de cuestionar la sentencia recurrida en cuanto le fuere perjudicial, en ese entendido, los argumentos del recurso de apelación como los argumentos del

⁵⁰ Casación N.º 1056-2003-Camaná, 27 de agosto del 2003, fundamento jurídico segundo.

⁵¹ Vescovi, Enrique, Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica, Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 177.

recurso de adhesión a la apelación, deberán ser materia de análisis por el *ad quem* al momento de emitir el respectivo pronunciamiento de fondo.

DÉCIMO SÉTIMO. En el presente caso, se advierte, en efecto, que los demandantes formularon recurso de adhesión a la apelación interpuesta por el demandado César Francisco Torres Kruger, contra la sentencia de primera instancia en los extremos que declaraba infundada la demanda sobre Nulidad de Acto Jurídico, siendo declarada procedente dicha adhesión mediante resolución, de fecha treinta de enero de dos mil quince (fojas mil doscientos tres a mil doscientos cuatro), abriendo con ello la posibilidad legal para que el Ad Quem emitiera pronunciamiento sobre los extremos de la sentencia que declaraba infundada la demanda de los accionantes, como en efecto así sucedió; advirtiéndose que la instancia de mérito ha amparado el principal agravio expuesto por el apelante, referido a la inaplicación del artículo 2014 del Código Civil; por cuyas razones, no se advierte la infracción normativa denunciada en este extremo desde que dicha Sala Superior se encontraba legalmente facultada para revisar los extremos de la sentencia de primera instancia declarada infundada dado los alcances de la adhesión que fuera estimada procedente.

DÉCIMO OCTAVO. Que, de otro lado, los recurrentes denuncian la infracción normativa de los artículos 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, 50 inciso 6 y 122 incisos 3 y 4 del Código Procesal Civil, refiriendo que la Sala Superior ha analizado de manera insuficiente el argumento de los accionantes contenido en el escrito de adhesión consistente en la ausencia de buena fe en las adquisiciones del predio *sub litis*, por parte de los demandados.

DÉCIMO NOVENO. Que la exigencia de Motivación de las Resoluciones Judiciales constituye una garantía constitucional, consagrada en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, el cual asegura la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, resguardando a los particulares y a la colectividad de las decisiones arbitrarias de los jueces, quienes de este modo no pueden ampararse en imprecisiones subjetivas, ni decidir las causas a capricho, sino que están obligados a enunciar las pruebas en que sostienen sus juicios y a valorarlas racionalmente; en tal sentido, la falta de motivación no puede consistir, simplemente, en que el juzgador no exponga la línea de razonamiento que lo determina a decidir la controversia, sino también en no ponderar los elementos introducidos en el proceso de acuerdo con el sistema legal, es decir, no justificar suficientemente la parte resolutive de la sentencia a fin de legitimarla.

VIGÉSIMO. Que, del análisis de la sentencia de vista impugnada en casación, no se aprecia en modo alguno insuficiencia argumentativa por parte de la Sala Superior en relación a la inexistencia de buena fe en los demandados, toda vez examinada la decisión adoptada por la Sala Revisora se aprecia que la misma expresa las razones de hecho y de derecho suficientes que han apoyado la decisión finalmente acogida en cuanto a dicho extremo. En efecto, la Sala de Mérito sobre la base de la prueba actuada y los hechos debidamente acreditados, ha concluido que los demandados se encontraban en posibilidad razonable de conocer que los demandantes eran los poseedores del inmueble *sub litis*, así como el título que estos últimos venían ostentando, por lo que el Principio de Buena Fe Registral invocada por los demandados en atención del artículo 2014 del Código Civil, no resultaba a favor de los demandados.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, de lo antes señalado, se llega a concluir que el razonamiento de la Sentencia de Vista se encuentra debidamente fundamentada al haber explicado de manera coherente en relación con el asunto materia de controversia las razones por las que revoca la sentencia de primera instancia en los extremos que declaraba infundada la demanda de nulidad de acto jurídico, habiendo refutado los argumentos planteados por los demandados, sobre la base de una valoración conjunta y razonada de las pruebas presentadas por las partes procesales, de lo que se razona que la causal por infracción normativa procesal declarada procedente debe desestimarse al no advertirse transgresión a las normas del debido proceso y motivación de las resoluciones.

V. DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, no corresponde amparar el recurso de casación conforme a lo señalado por el artículo 397 del Código Procesal Civil; por lo que declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por los demandados José del Carmen Rodríguez Rosas y Doris Victoria Sánchez Rosales de Rodríguez a fojas mil doscientos setenta y tres; **NO CASARON** la Sentencia de Vista, de fecha veintinueve de octubre de dos mil quince, de fojas mil ciento ochenta y seis, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por la Sucesión de Ítalo Alegría Navarro y otra contra Rosa Elvira Mantilla Paredes de Savage y otros, sobre Nulidad de Acto Jurídico, y los devolvieron. Ponente señor De la Barra Barrera, juez supremo.

SS. ROMERO DÍAZ, CABELLO MATAMALA, ORDÓÑEZ ALCÁNTARA, DE LA BARRA BARRERA, CÉSPEDES CABALA.

DERECHO PROCESAL PENAL

Traumatologia forense: a importância do estudo das lesões para o direito*

Anderson Hélcio Florentino¹

Diogo Severino Ramos da Silva²

Sumário: Introdução. 1. Apreciação da perícia nos processos. 2. Traumas, lesões e seus instrumentos. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O presente artigo científico busca trazer uma contemplação acerca do estudo das lesões de acordo com a traumatologia forense. Buscando realizar estudos dos aspectos médicos das lesões que são causadas por agentes causadores dos traumatismos, bem como efetuar a devida ligação entre os diferentes ramos do direito. Como fontes de referências teóricas, foram utilizados artigos de periódicos, além de dados eletrônicos capturados no Google Acadêmico e Scielo, bem como em livros que tratam do tema. De modo que no desdobramento da explicação, serão avaliados alguns estudos sobre requisitos legais da perícia, sendo abordado pelo Direito do Trabalho, pelo Direito Penal e pelo Direito Civil, de maneira a verificar o objetivo da prova técnica de acordo com os Códigos apresentados.

Palavras Chave: Lesões, Perícia, Prova Técnica, Traumatologia.

* Recibido: 04 diciembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Acadêmico do 8º período do Curso de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife - Recife.

anderson.hf2@hotmail.com

² Professor de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife - Recife. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Pernambuco (OAB/PE 33.717).

diogoramos.adv@gmail.com

Abstract: The present scientific article seeks to bring a contemplation about the study of the lesions according to the forensic traumatology. Seeking to carry out studies of the medical aspects of the lesions caused by the causative agents of the lesions, as well as to make the proper connection between the different branches of the law. So that in the unfolding of the explanation, some studies on legal requirements of the expertise will be evaluated, being approached by Labor Law, Criminal Law and Civil Law, in order to verify the objective of the technical test according to the Codes presented.

Keywords: Injuries, Expertise, Technical Test, Traumatology.

INTRODUÇÃO

O nosso ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de que seja realizada perícia para que se objetive a devida verdade do fato ocorrido, buscando apresentar o mínimo da influência humana e sim ter a prova técnica e objetiva, como uma verdade real sobre o fato ocorrido.

A elaboração de pericias na competência trabalhista tem como finalidade essencial para o convencimento do magistrado quanto à veracidade ou não do fato alegado para melhor determinar sua decisão de acordo com o que está sendo discutido, seja como o ambiente de trabalho como um local de insalubridade ou periculosidade onde o empregado busca no judiciário uma melhor condição de trabalho ou até mesmo um dano causado a sua saúde em virtude do fato em lide discutido, onde o perito irá determinar se foi ou não acometido pelo trabalho ou já havia uma doença preexistente.

No âmbito do Direito Penal, se faz mais necessário, em crimes que deixam vestígios, a vista disto, a criminalística buscará a ordem cronológica dos fatos do delito para que seja realizada a análise no local onde o crime fora acometido e nos indivíduos em que nele se encontravam, tornando assim chave essencial para demonstrar veracidade do fato comprovando ou existência ou inexistência assim estabelecendo mecanismos para o livre convencimento do magistrado ou júri.

No campo de atuação Cível, a tanatologia quando envolvida com o direito é chamada de Tanatologia Forense, porém não se deve pensar que esta se resume ao que diz o Código Penal, sendo amplamente explorada; uma situação que bem retrata isto é a possibilidade de um acidente no qual se dá o óbito a ambos os cônjuges, fazendo-se necessário um estudo do perito legista sobre a situação para determinar qual chegou a óbito primeiro, o que pode mudar todo o curso de uma sucessão de herança.

Art. 8º Se dois ou mais indivíduos faleceram na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos com orientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.

O artigo acima do Código Civil de 2002 trata sobre a comoriência, fazendo possível sua presunção caso o perito não consiga chegar a uma resposta sobre qual dos com orientes faleceu primeiro.

Por ser um campo amplo, existem diversos códigos e leis legislando sobre a prova e a perícia, faz-se necessário citar alguns para melhor esclarecimento sobre o assunto e sua devida importância. No âmbito do Código de Processo

Penal, legislando sobre a prova pericial do legista cita-se o Caput do artigo 160 e os artigos 164 e 165.

Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados.

Art. 164. Os cadáveres serão sempre fotografados na posição em que forem encontrados, bem como, na medida do possível, todas as lesões externas e vestígios deixados no local do crime.

Art. 165. Para representar as lesões encontradas no cadáver, os peritos, quando possível, juntarão ao laudo do exame provas fotográficas, esquemas ou desenhos, devidamente rubricados.

O caput do artigo 160 do Código de Processo Penal, que foi citado acima explana sobre o laudo pericial, o qual deve conter as respostas dos seguintes quesitos formulados: o histórico do ocorrido, a identificação do corpo, a tanatognose, o exame externo, o exame interno, a discussão sobre, a conclusão e resposta a outras possíveis questões.

1. APRECIÇÃO DA PERICIA NO PROCESSO

De início, “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito*” (art. 5º, XXXV, CF/1988), e também “*juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico*” (art. 140, CPC). De modo que, a lide em questão tratada nos mais diferentes ramos do direito, será estabelecida a todos os meios legais para resolução do conflito, assegurando-se contraditório e a ampla defesa, vale salientar que é viabilizada aos conflitantes a produção das provas que se fizerem necessárias. Destacando a prova pericial, que se dará mediante a nomeação de perito de acordo com a matéria discutida o juiz será assistido pelo perito ou órgão competente. O Código de Processo Civil em seu Artigo 156, dispõe que:

Art. 156, § 1º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado (BRASIL, 2015).

Impossibilitando a limitação apenas as pessoas físicas, mas abrangendo também a órgãos técnicos ou científicos, permitindo ao juiz a escolha daquele que possua a capacidade especializada para tal perícia.

Ao ser nomeado o perito, será fixado um prazo de 05 (cinco) dias para que o perito apresente seus honorários, comprovações de especializações, currículo; no entanto as partes deverão se manifestar pleiteando quaisquer reduções de valores quando estes forem abusivos, bem como a substituição do perito caso haja falta de conhecimento técnico específico na área de atuação da perícia, lembrando que é facultado as partes que poderão realizar

a indicação perito que irá efetuar a perícia de acordo com o Art. 471, Seção X, do Código de Processo Civil, que dispõe da Prova Pericial,

Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que:

I - sejam plenamente capazes;

II - a causa possa ser resolvida por auto composição (BRASIL, 2015).

No momento em que as partes optarem por escolherem seu perito, a realização da perícia será feita em data e local antecipadamente agendados, tendo um prazo a ser cumprido por determinação do próprio magistrado, assim deverão os assistentes técnicos das partes. A perícia em concordância das partes possuirá todos os seus efeitos, do mesmo modo em caso do perito *expert* fosse nomeado pelo próprio magistrado.

A prova pericial nos casos em que a parte é beneficiária da justiça gratuita a aptidão pericial poderá ser realizada por servidor do Poder Judiciário ou por Órgão Público Conveniado.

Art. 95. § 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:

I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado (BRASIL, 2015).

A realização do trabalho pericial deverá ser concluída no prazo determinado pelo magistrado, tendo a possibilidade da prorrogação do prazo, por motivo justificado o juiz poderá conceder-lhe, por uma vez, prorrogação pela metade do prazo originalmente fixado conforme o artigo 476 Código De Processo Civil.

As partes serão notificadas com antecedência mínima de 05 (cinco) dias, garantindo aos assistentes técnicos total acesso e acompanhamento dos trabalhos realizados pelo perito oficial, também é facultado ao perito a utilização “de todos os meios necessários”, podendo ter obtenção de informações, solicitando documentos em poder das partes, ouvida de testemunhas que presenciaram o ocorrido, elaborar planilhas para melhor compreensão do laudo pericial e outros elementos necessários para esclarecimento pleno do objeto ou local periciado. Conforme o artigo 743, parágrafo 3º da Lei 13.105/2015, “para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários (...)” (BRASIL, 2015).

O perito deverá expor o objeto da perícia, explicando de modo claro todos os elementos, inclusive apontando os que foram periciados de modo mais

relevante, buscando detalhar o modo como desenvolveu o trabalho, permitindo que o magistrado, Ministério Público e as partes possam compreender o que fora concluído pelo perito. Apresentando as respostas apontadas pelo juiz, pelo Ministério Público e pelas partes, devendo apresentá-las de modo que não são permitidas respostas conclusivas como: “SIM” ou “NÃO”, são negadas as respostas sem a devida fundamentação, não sendo permitida também ao perito a manifestação pessoal que sobrepuje o que está sendo examinado.

Mesmo havendo divergências entre as partes ao magistrado e Ministério Público, é facultada a parte intimar seu perito ou assistente técnico para a audiência de instrução e julgamento, onde responderão as questões apresentadas, com antecedência mínima de 20(vinte) dias para protocolar laudo e 10 (dez) dias para intimação do perito ou assistente técnico, para audiência conforme o art. 477 do Código Civil,

Art. 477. O perito protocolará o laudo em juízo, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

§3- Se ainda houver necessidade de esclarecimentos, a parte requererá ao juiz que mande intimar o perito ou o assistente técnico a comparecer à audiência de instrução e julgamento, formulando, desde logo, as perguntas, sob forma de quesitos.

§ 4- O perito ou o assistente técnico será intimado por meio eletrônico, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência da audiência (BRASIL, 2015).

2. TRAUMAS LESÕES E SEUS INSTRUMENTOS

A perícia é um meio de prova com base científica, onde se faz necessário para avaliação do fato quando este produz vestígios, sendo deixados e encontrados no local onde o exame de corpo de delito colhe a materialidade do que ocorrera na íntegra no local periciado, onde a prova possui uma maior robustez para o magistrado quando a inviolabilidade do que foi colhido é assegurada no local de determinado crime.

A ciência forense busca as informações acerca das circunstâncias da morte, baseando-se em dados de exame necrópsico, para estabelecer: a identificação, o mecanismo da morte, a causa da morte, o diagnóstico médico-legal (acidente, suicídio, homicídio ou morte de causa natural), ocorre que nem sempre é possível estabelecer a identificação do cadáver, devido às dificuldades que se colocam ao médico responsável pela autópsia, a exemplo dos casos em que os cadáveres são encontrados em avançado estado de decomposição, ou que não são procurados pelos familiares ou pelas forças policiais. Apesar da experiência dos médicos que fazem a autópsia, a dificuldade de recursos aos meios auxiliares de diagnóstico adequados ao

caso em estudo, haverá sempre mortes em que não é possível esclarecer a sua causa, tendo que se concluir, por morte de causa indeterminada.

Este mecanismo de estudo utiliza como ferramenta uma espécie de calendário na qual cita os principais sinais que aparecerem no cadáver e em quanto tempo, tornando assim possível supor o tempo decorrido desde o falecimento. É usada normalmente em casos nos quais se suspeita da causa da morte do de cujus, podendo ser utilizada como meio de prova pericial, na forma de necropsia ou tanatoscópica, servindo como prova pericial em possibilidade de homicídio, ou até mesmo suicídio do indivíduo.

Os agentes causadores de lesões são divididos em:

a) *AGENTES DE ORDEM MECÂNICA:*

São agentes que atuam por energia mecânica, essa energia modifica o estado de um corpo produzindo lesões em todo ou em parte do outro corpo. Agindo por contato direto sobre a superfície atingida de modo externo ou interno, atuando por: somente pressão; pressão e deslizamento; choque, com ou sem deslizamento. Causando então três tipos de lesões simples:

1) *Punctória:* Instrumento atua por pressão em ponto afastando as fibras do tecido, podendo ser causado por agentes físicos de abertura pouco estreita como pregos, alfinetes, garfos, etc. Obs.: Pode ter trajetória retilínea, predominando a profundidade (comprimento) sobre o diâmetro. Termina em fundo seco (lesão penetrante). Podendo ser também transfixante (com orifício de entrada e saída).

Figura 1 – Lesão punctória produzida em hospital por agulha de grosso calibre



Fonte: malthus.com.br

2) *Incisa:* Produzida por ação deslizante com certa pressão por objeto de gume afiado, seus agentes causadores são navalhas, bisturi, linha de cerol,

estilhaços de vidro, etc.Obs.: Sendo subdividida em Esgorjamento; Degolamento; Decaptação; Evisceração; e Lesões de defesa.

Figura 2 – Ferida pérfuro-incisa



Fonte: malthus.com.br

3) *Contusa*: O agente contundente força a epiderme de encontro à derme e está de encontro ao osso. A epiderme é arrancada e as fibras da derme deslocadas. Obs.: As lesões podem se dá de modo ativo quando o instrumento é projetado contra a vítima; de modo passivo quando a vítima vai ao encontro do objeto e de modo misto quando ambos estão em movimentação.

Figura 3 – Lesão contusa produzida por “tijolada”



Fonte: malthus.com.br

Quando esses modos de ação se combinam e a lesão passa a ser chamada de mista podendo ser catalogadas em:

- **Pérfurocortantes:**(facas, canivetes, punhais, etc.);
- **Cortocontundente:** (machado, enxada, facão, etc.);
- **Pérfurocontundente:** (PAF-projetil de arma de fogo, ponta de ferro, ponteira de um guarda chuva);
- **Lácerocotundente:** (acidentes com trem ou automóveis).

b) AGENTES DE ORDEM FÍSICA:

Anteriormente podemos observar as energias de ordem mecânica que em sua modalidade de ação é capaz de alterar o estado físico dos corpos resultando em um dano corporal, dano à saúde ou até mesmo a morte. Já as energias de ordem física são mais comuns, como: temperatura, eletricidade, pressão atmosférica, luz e som.

- **Calor:** possui contato direto com a pele causando queimaduras, irradiação solar desidratação.
- **Queimaduras:** São lesões produzidas através de agentes físicos com temperatura elevada de ações como: chama; calor irradiante; gases superaquecidos; líquidos escaldantes, etc. Subdividindo-se em:

Primeiro grau: onde apenas a epiderme é afetada, mantendo a epiderme em vermelho vivo.

Segundo grau: possui formação de bolhas que suspendem a epiderme, produzindo um líquido amarelo-claro transparente.

Terceiro grau: formam-se manchas de cor castanha, ou cinza amarelada, indicando a morte da derme permitindo a fixação de cicatrizes proeminentes.

Quarto grau: ocorre a carbonização do plano ósseo sendo este parcial ou total, desidratando e assim ocorrendo a redução do volume do cadáver.

- **Insolação:** decorre de ação da temperatura do calor ambiental em local aberto.

- **Intermação:** tem maior incidência em lugares mal arejados, confinados ou pouco abertos, sem a necessária ventilação, surgindo de forma acidental.
- **Frio:** também chamada de “geladura ou úlcera de frio” esta modalidade de queimadura é mais comum em regiões do corpo onde não possui proteção sob a ação de temperaturas negativas.
- **Pressão:** os principais resultados das alterações da pressão são as baropatias, aumento e diminuição da pressão causando rarefação do ar em grandes altitudes e o aumento da pressão em casos de mergulhadores devido a rápida subida a superfície lhe causando embolia gasosa.
- **Eletricidade:** são lesões que se ocasionam pelo efeito de corrente ou descarga elétrica dividindo-se em duas modalidades sendo elas:

Eletricidade natural: na qual age letalmente sobre o ser humano denominando-se “fulminação; quando está provoca apenas lesão corporal chama-se “fulguração” e também com aspecto arboriforme, “sinal de lichtenberg”

Eletricidade artificial ou industrial: pode ser proposital em casos de eletrocussão de condenados, ou por modo acidental a eletroplessão. A lesão mais comum denomina-se de marca elétrica de jellineck, os efeitos da lesão se devem à intensidade da amperagem da corrente.

- **Veneno:** o emprego de determinada substancia que causa dano a integridade do indivíduo ou cause-lhe a morte, podendo ser por medicamento ou veneno conceituando-se intimamente na dose que é ministrada. Podendo ser por meio de medicamentos; produtos químicos; planta toxica e animais. Seu ciclo toxicológico é iniciado pela absorção seja por via oral ou administrado, ocorrendo assim à distribuição da substancia pelos tecidos, e instalando-se no órgão onde irá agir, daí o organismo age contra os venenos transformando-os em derivados menos tóxicos, por fim a eliminação causando-lhe a morte ou a eliminação das substancias no caso de auxílio médico adequado.

Por fim tratamos da lesão corporal “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”.

- *Ofensa à integridade física* possui um dano como: escoriações – equimoses- feridas incisivas- fraturas- cicatrizes.
- *Ofensa à saúde* possuem perturbações funcionais como: funções vegetativas – motricidade – atividade sexual – psiquismo.

Com fulcro no capítulo II do Código Penal artigo 129 podemos classificar as lesões em:

- Leves com pena prevista de até 1 (um) ano.
 - Ofender a integridade corporal ou a saúde
- Lesões graves com pena prevista de até 5 (cinco) anos.
 - Incapacidade para ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias.
 - Perigo de vida.
 - Debilidade permanente de um membro, sentido ou função.
 - Aceleração do parto.
- Lesões gravíssimas com pena prevista de até 8 (oito) anos.
 - Incapacidade permanente para o trabalho.
 - Enfermidade incurável.
 - Perda ou inutilização de membro, sentido ou função.
 - Deformidade permanente.
 - Aborto.
- E lesões seguidas de morte com pena prevista de até 12 (doze) anos.
 - Morte.

CONCLUSÃO

Consoante análise dos capítulos anteriores, a realidade indica que o juiz pode proferir a sentença com base na perícia, repercutindo na economia, na produtividade, na sociedade em geral, corroborando intensamente nos mais diferentes ramos do direito, objetivando desta forma que a participação do perito no âmbito judiciário é elemento de conquista de direitos, permitindo ao magistrado determinar corretamente a medida da justiça na análise do caso concreto.

Através das perícias o legislador preocupa-se cada vez mais em estabelecer parâmetros lógicos nas avaliações por meio de prova onde se instrui o processo. De modo que se torna viável para todos os acompanhamentos do perito ou médico legista ao decorrer do caso concreto para que se possa determinar uma celeridade judicial baseando não apenas na legislação atual como também em um parecer técnico especializado. No Brasil existe a possibilidade de um indivíduo pleitear um perito no decorrer do processo de forma voluntária, de maneira que a própria parte, através da ação voluntária busca-se um meio de prova técnica eficaz que possa ser de execução ou cumprimento de sentença, necessitando o mínimo possível da intervenção humana no decorrer do processo. Desta forma, conforme exposto no decorrer do presente artigo, o magistrado não está obrigado a proferir sua decisão com base no laudo técnico que o perito desenvolveu, porém a sua não vinculação deverá ser demonstrada por parâmetros lógicos e técnicos do caso concreto.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 out. 1941. Seção 1, p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.
- CORAINI, Sara. A Importância da Prova Pericial no Processo Penal. 2016. **In: Jusbrasil**. Disponível em: <<https://saracoraini.jusbrasil.com.br/artigos/418314346/a-importancia-da-prova-pericial-no-processo-penal>>. Acesso em: 17 out. 2018.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.
- GALVÃO, Malthus Fonseca. Ferida perfuro-incisa. **In: Malthus.com.br**. Disponível em: <http://www.malthus.com.br/mg_imagem_catalogo.asp?id=77>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- GALVÃO, Malthus Fonseca. Lesão contusa produzida por “tijolada”. **In: Malthus.com.br**. Disponível em:

<http://www.malthus.com.br/mg_imagem_zoom.asp?id=1695#set>.
Acesso em: 15 nov. 2018.

GALVÃO, Malthus Fonseca. Lesão punctóriaproduzida em hospital por agulha de grosso calibre. **In: Malthus.com.br**. Disponível em: <http://www.malthus.com.br/mg_imagem_zoom.asp?id=1389#set>. Acesso em: 15 nov. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

SILVEIRA, Victor Malzoni. Prova Pericial e os Exames do Processo Penal. 2017. **In: Jusbrasil**. Disponível em: <<https://victormack.jusbrasil.com.br/artigos/469068023/prova-pericial-e-os-exames-do-processo-penal>>. Acesso em: 15 out. 2018.

**Extradição de brasileiro nato:
uma análise sobre a sua possibilidade à luz da recente decisão
proferida pelo STF no caso EUA *versus* Cláudia Cristina Sobral***

Brenda Tonussi Lima¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução – 1. Direito à nacionalidade – 2. O procedimento de extradição pela legislação brasileira – 3. A recente decisão do STF no caso Cláudia Sobral e a possibilidade da extradição de brasileiros natos – Considerações Finais – Referências

Resumo: O presente artigo promoverá uma análise sobre a real possibilidade da concessão da extradição de brasileiros natos, ainda que presente vedação constitucional para a ocorrência de tal fato, diante de uma recente e polêmica decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso do pedido de extradição formulado pelos Estados Unidos da América ao Estado Brasileiro. Nesse prisma, abordará sobre o processo de extradição no país, o que se entende por nacionalidade, de que modo ela se vincula aos processos de extradição e se faz essencial para a compreensão do caso objeto desse estudo. Com os resultados e

* Recibido: 20 setiembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Discente de Direito da Faculdade de Direito de Vitória.

brendatonussi@gmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Especialista em Direito Internacional pela FESP/SP – Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Professor de Direito Internacional na FDV. Advogado.

mfqobregon@yahoo.com.br

conclusões, procura -se demonstrar se de fato é possível que a justiça brasileira conceda a extradição passiva de uma brasileira nata. Para isso, serão utilizados autores como Pedro Lenza, Valério Mazzuolli e Francisco Rezek.

Palavras-chave: Nacionalidade; Extradição; Brasileiro nato; Supremo Tribunal Federal; Perda da nacionalidade; Direito Constitucional; Voluntariedade.

Abstract: This article will promote an analysis of the real possibility of granting the extradition of born Brazilians, even though there is a constitutional seal for the occurrence of this fact, in the face of a recent and controversial decision handed down by the Federal Supreme Court in the case of the extradition request made by United States of America to the Brazilian State. In this regard, it will address the extradition process in the country, which is understood by nationality, in what way it is linked to the extradition processes and becomes essential for the understanding of the case object of this study. With the results and conclusions, it is tried to demonstrate if in fact it is possible that the Brazilian justice grants the passive extradition of a Brazilian cream. For this, authors such as Pedro Lenza, Valério Mazzuolli and Francisco Rezek will be used.

Keywords: Nationality; Naturalization; Extradition; Native Brazilian; Federal Court of Justice; Loss of nationality; Constitutional right; Voluntariness.

INTRODUÇÃO

A extradição é um mecanismo polêmico que sempre tende a fragilizar a manutenção harmoniosa das relações internacionais. Isso porque tal processo se refere às situações em que um Estado depende da Justiça do outro para promover a aplicação das sanções previstas no seu ordenamento jurídico aos nacionais condenados ou acusados de praticarem crimes.

No Brasil, uma recente polêmica se insurgiu relacionada a tal temática, tendo em vista uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que supostamente concedeu a possibilidade de extradição de brasileiros natos.

Tal entendimento tem gerado intenso debate no universo jurídico, em decorrência especial da veiculação midiática que afirma que o Tribunal decidiu pela extradição da brasileira nata Cláudia Cristina Sobral, não obstante a previsão constitucional que veda tal processo.

Diante desse contexto, o presente artigo terá como foco a análise quanto a real possibilidade da extradição de brasileiros natos diante ao que prevê o nosso ordenamento jurídico, considerando a mais atual decisão proferida pelo Supremo.

Por consequência, este estudo realizará uma abordagem sobre o que consiste a nacionalidade, de que forma ela é adquirida, se há hipóteses de perda da mesma, e qual a relação deste tema com o processo de extradição em discussão.

Nesse sentido, se preocupará também em explicar como se dá o processo de extradição em âmbito nacional, no que ele consiste, de que forma ele ocorre e quando este se faz possível.

Relacionando ambos os conceitos anteriores, o artigo versará sobre a problemática trazida pela decisão já mencionada com a intenção de obter, ao final do presente estudo, uma possível resposta quanto à possibilidade ou não da concessão da extradição de brasileiros natos pelo país.

Com o objetivo de alcançar o escopo principal desse artigo, utilizar-se-á o método indutivo, haja vista que buscará a partir da observação de fenômenos particulares, estabelecer uma conclusão mais geral. Assim, acerca desse

método, os autores Orides Mezzaroba e Cláudia Servilha Monteiro³ afirmam:

De acordo com o método indutivo, as conclusões não devem ser buscadas aprioristicamente: elas deverão sempre resultar da observação de repetidos fenômenos que confirmem uma resposta para o problema.

Desse modo, para o presente estudo, é indispensável trazer a abordagem de estudiosos e seus respectivos entendimentos em face ao tema trabalhado. Evidencia-se, assim, que serão utilizados autores, como Pedro Lenza, Valério Mazzuolli e Francisco Rezek

1 O DIREITO À NACIONALIDADE

Considerada um direito humano fundamental pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a nacionalidade consiste, nas palavras de Pedro Lenza⁴:

No vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a determinado Estado, fazendo com que este indivíduo passe a integrar o povo desse Estado e, por consequência, desfrute de direitos e submeta-se a obrigações.

É direito de todo ser humano adquirir uma nacionalidade, além de poder alterá-la e não ser arbitrariamente privado da mesma, razão pela qual a Lei de Migrações (Lei nº 13.445/2017) aduz amparo aos apátridas, permitindo a realização de procedimento simplificado de naturalização, vez que casos de apatridia são considerados violações aos direitos humanos.

Apesar do referido direito consistir em ato de soberania estatal, por intermédio do qual o Estado visa proteger seus nacionais contra arbitrariedades externas, este não pode se valer de tal regalia para cometer excessos, considerando que os direitos humanos devem ser observados no plano de direito interno e internacional.

Desse modo, dada a relevância da manutenção das relações interestatais, tanto para a defesa nacional, quanto para o desenvolvimento político, social e econômico, são cabíveis, desde que respeitados os direitos fundamentais, a tomada de medidas de retirada compulsória, como a extradição, a entrega para julgamento perante o Tribunal Penal Internacional, a expulsão e a deportação, sendo que o presente estudo terá como foco o procedimento de extradição.

³ MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.63.

⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

Ressalta-se que as medidas descritas não correspondem a restrição ou perda da soberania estatal, mas sim a atos que visam manter as relações internacionais de forma compatível com a própria proteção dos interesses nacionais, sendo utilizadas, a exemplo, para evitar a impunidade de criminosos que se valham do atual intenso fluxo de pessoas e da relativização das fronteiras físicas para cometer delitos.

A concessão da nacionalidade consiste em um ato soberano do Estado, podendo ser classificada como primário ou secundária.

Tomando por base os dizeres de Layza Montenegro⁵, a nacionalidade primária ou originária é aquela adquirida pelo nascimento, de forma natural, que confere ao indivíduo o *status* de brasileiro nato. Esse *status* pode ser adquirido por dois critérios distintos: o critério *jus sanguinis* (sanguíneo), quando a pessoa adquire a nacionalidade através dos seus ascendentes; ou pelo critério *jus solis* (territorial), quando a pessoa é considerada nacional porque nasceu no território do país.

A constituição brasileira, em seu artigo 12, adotou ambos os critérios para atribuição do *status* de brasileiro nato, o que ficou conhecido como critério misto.

A nacionalidade secundária ou derivada, por sua vez, refere-se àquela posterior ao nascimento, vinculada ao exercício da vontade de estrangeiros e apátridas, que acarreta no processo de naturalização.

Esse procedimento deverá seguir as regras da Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), bem como as normas de direito interno do país. Com isso, a naturalização poderá ser concedida quando preenchidas as exigências legais, correspondendo a naturalização ordinária; ou quando o estrangeiro residir no Brasil por mais de 15 anos ininterruptos e não tenha nenhuma condenação criminal, tratando-se da naturalização extraordinária, a qual não pode ser negada pelo Estado, caso já preenchidos os requisitos para sua concessão.

De acordo com as disposições da Lei de Migração tem-se ainda a naturalização especial, que ocorre nas seguintes situações: quando o estrangeiro for cônjuge ou companheiro, há mais de 5 (cinco) anos, de integrante do Serviço Exterior Brasileiro em atividade ou de pessoa a serviço do Estado brasileiro no exterior; ou que seja ou tenha sido empregado em missão diplomática ou em repartição consular do Brasil por mais de dez anos

⁵ MONTENEGRO, Layza Eliza Mendes. **Extradição de brasileiro nato**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 mar. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590445&seo=1>>. Acesso em: 11 set. 2018.

ininterruptos; ou provisória, concedida ao migrante criança ou adolescente que tenha fixado residência em território nacional antes de completar dez anos de idade.

Consoante previsão expressa na Constituição Federal, é vedada a distinção entre brasileiros natos e naturalizados, sendo excepcionalmente permitidas as diferenças estabelecidas pelo próprio texto constitucional, como ocupações de cargos específicos destinadas apenas aos brasileiros natos e a impossibilidade de extradição destes.

Destaca-se, em contrapartida, que a perda da nacionalidade também abarca os brasileiros natos, os quais podem assim deixar de serem considerados quando violam regras dispostas previamente no ordenamento jurídico.

No caso da legislação brasileira, a perda da nacionalidade pode ocorrer de duas formas distintas, consoante previsão constitucional.

A primeira delas, nomeada de perda-sanção, ocorre nos casos em que brasileiro naturalizado comete ato nocivo ao interesse nacional, obtendo o cancelamento da naturalização por sentença judicial, devendo ser exercido o contraditório e a ampla defesa. Em tais casos não é cabível novo processo de naturalização, sendo possível a requisição da nacionalidade apenas por ação rescisória.

Já a perda-mudança corresponde aos casos de aquisição de nacionalidade distinta, aplicável aos brasileiros natos e naturalizados, através de procedimento administrativo de responsabilidade do Ministério da Justiça, cuja efetivação se dá por decreto presidencial. Esses casos não podem ser entrelaçados aos casos de nacionalidade originária reconhecida por lei estrangeira ou quando há imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis (§4º, art.12, CF).

2 O PROCEDIMENTO DE EXTRADIÇÃO PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

De plano inicial, como foco do presente estudo, dá-se a necessidade de compreender o que vem a ser extradição e de que modo esse procedimento se realiza de acordo com as previsões legais do sistema brasileiro e internacional.

Segundo Valério Mazzuolli⁶, a extradição é:

O ato pelo qual um Estado entrega à justiça repressiva de outro, a pedido deste, indivíduo neste último processado ou condenado criminalmente e lá refugiado, para que possa aí ser julgado ou cumprir a pena que lhe foi imposte.

Extradição é, portanto, uma medida de cooperação jurídica penal internacional entre Estados, por meio da qual se solicita (extradição ativa) ou concede (extradição passiva) a entrega de um indivíduo, acusado ou condenado por um ato criminoso, à Justiça do Estado que o reclama, vez que o delito fora cometido em seu território.

A extradição pode ser solicitada tanto para o cumprimento da condenação criminal definitiva, possuindo, assim, fins executórios, quanto para promover a instrução processual penal em curso a que responde o extraditando, possuindo caráter instrutório.

Considerando o disposto, o delito praticado pelo sujeito que promove a abertura do processo de extradição deve ter obrigatoriamente natureza penal, não sendo admissível o pedido de extradição calcado no cometimento de crimes fiscais ou civis.

Para análise do pedido é imprescindível que o país solicitante tenha em seu arcabouço jurídico, procedimentos e diplomas legais necessários e capazes de julgar e/ou executar as sanções impostas ao extraditando.

Destaca-se que os pedidos de extradição não devem ser confundidos com outras formas de retirada de pessoa do território, como casos de expulsão ou deportação, conforme já anteriormente dito. De forma distinta destes, a extradição possui como particularidade a demanda proposta por um Estado a outro.

Ademais, cumpre mencionar que para que haja extradição não é imprescindível que o Brasil tenha tratado internacional com o país solicitante. Ainda que inexistente acordo de extradição entre ambos, tal demanda pode ser concedida pautada em outros fundamentos jurídicos como o princípio da reciprocidade, conforme entendimento já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sobre o alegado, declara Francisco Rezek⁷ que “extradição não pressupõe relações diplomáticas entre os Estados envolvidos, e sim, um concurso de

⁶ MAZUOLLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**, 9ª ed, ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁷ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 12. Ed. rev. E atual – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 237.

vontades e o reconhecimento do interesse recíproco de ambos os países na defesa mundial contra o crime”.

Nessa seara, cumpre mencionar que, caso haja tratado entre os países, o processo de extradição seguirá os ditames deste e não será admissível recusa infundada pelo Estado solicitado, considerando o compromisso de honra anteriormente firmado. Já quando invocada a promessa de reciprocidade, esta pode ser ou não acolhida pelo governo brasileiro, sendo a extradição regida pelas próprias normas internadas do país.

Não obstante ao declarado, a observância das normas internas do país demandado e das normas de direito internacional é sempre inafastável, tendo em vista que a soberania dos países deve ser assegurada, bem como que tratados internacionais não criam direitos, apenas traçam caminhos para a efetivação destes.

No caso da jurisdição brasileira, esta limita as possibilidades de extradição quanto a natureza do delito e quanto à pessoa, conforme previsão expressa no art.5º, LI, da Constituição Federal Brasileira.

Segundo o mencionado artigo nenhum brasileiro será extraditado, salvo quando naturalizado, apenas quanto aos crimes comuns, se cometidos antes da efetiva naturalização, ou caso comprovado envolvimento no tráfico ilícitos de drogas ou entorpecentes, mediante o que dispõe a lei.

Nesse viés, verifica-se existente a possibilidade de extradição de brasileiro naturalizado, exclusivamente quando diante das hipóteses previstas em lei, tais como o cometimento de crime comum antes da naturalização.

Seguindo a sequência do supramencionado diploma legal, é clara a proibição de ser o estrangeiro extraditado por crime político ou de opinião (art. 5º, LII, da CRFB/88), bem como a vedação da extradição passiva dos brasileiros natos.

A competência para processar e julgar ordinariamente a extradição, quando solicitada por Estado estrangeiro, é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, consoante ao conteúdo do art.102, I, da Constituição Federal.

O processo de extradição se inicia pelo pedido feito por vias diplomáticas do Estado requerente ao Estado requerido. Antes desse pedido ser encaminhado para julgamento perante o Supremo, é de responsabilidade do Ministério da Justiça verificar se foram preenchimentos todos os pressupostos de admissibilidade da solicitação, de acordo com a Lei de Migração (Lei nº13.445/2017) atualmente em vigor.

Preenchidos os requisitos, o processo é encaminhado ao STF. Caso não preenchidos, o Ministério da Justiça deve proceder o arquivamento de forma fundamentada, o que não impede a elaboração de novo pedido.

Todo o processo deve ser acompanhado pelo Procuradoria-Geral da República, devendo o extraditando ficar à disposição da justiça do país solicitado, sendo cabível a Prisão Preventiva para Extradicação. Valendo destacar que são assegurados o exercício do contraditório e da ampla defesa, além de acompanhamento por advogado ao extraditando.

Julgado procedente o pedido de extradição, o extraditando terá o prazo de 60 dias para ser retirado do território nacional. Não respeitado este prazo, o indivíduo tem direito de ser posto em liberdade.

Se a extradição não for concedida não serão aceitos novos pedidos fundados no mesmo fato.

Cumprir mencionar que, de acordo com o “sistema de contenciosidade limitada” aplicado pelo país, o qual considera que aos tribunais nacionais não compete analisar as provas que motivaram o pedido de extradição pelo cometimento de ilícito criminal no estrangeiro, ao Supremo não recai a competência para apreciar os fatos que fundamentam o pedido ou o mérito da pretensão deduzida pelo Estado solicitante, bem como é vedado reexame ou rediscussão do mérito do litígio pela justiça brasileira.

De forma excepcional, observando o que dispõe o art. 82 da Lei de Migração, é assegurado ao Supremo analisar questões relativas a: prescrição penal; a observação do princípio da dupla tipicidade ou incriminação recíproca, vez que a extradição só será possível diante de fato antijurídico e típico assim considera no país requerente e no país requerido; ao fato, se este constitui crime político ou de opinião; a imposição por lei nacional de pena inferior ou superior a 2 (dois anos) ao crime; ao benefício de refúgio ou asilo territorial, entre outros.

Valioso declarar que a extradição não poderá ser concedida quando já houver sentença transitada em julgado pelo mesmo fato em que se pautou o pedido, vez que deve ser aplicada a vedação do *bis in idem*.

Por fim, cabe revelar que, segundo a Súmula 421 do STF, a fixação de residência e construção de família pelo estrangeiro em território nacional não caracteriza motivo suficiente que impeça a concessão da extradição.

3 A RECENTE DECISÃO DO STF NO CASO CLÁUDIA SOBRAL E A POSSIBILIDADE DA EXTRADIÇÃO DE BRASILEIROS NATOS

Recentemente, mais precisamente no ano de 2017, um polêmico caso veio à tona no Brasil, o qual trouxe consigo o questionamento quanto a possibilidade da extradição de brasileiros natos, fato vedado pela constituição do país, após decisão tomada pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal que supostamente “concedeu a extradição de uma brasileira nata, pela primeira vez na história”.

Tal decisão foi proferida no caso do pedido de extradição feito pelos Estados Unidos da América ao Estado Brasileiro em face da nacional Cláudia Cristina Sobral, com base no tratado de Extradição celebrado entre os respectivos Estados soberanos e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 55.750, de 11 de fevereiro de 1965, sob a alegação de que a mesma era, na verdade, cidadã americana e respondia a processo de investigação movido pela corte americana pela prática do crime de homicídio contra o próprio marido, ex-piloto da Força Área americana, no dia 12 de março de 2007.

Em decorrência do ocorrido, haja vista que Cláudia se encontrava em território brasileiro desde o dia posterior a ocorrência do delito, considerada cidadã foragida pela Justiça Americana e com pedido de extradição em aberto, em 2013 foi editada uma portaria pelo Ministério da Justiça, nº 2.465, que tinha como objetivo declarar a perda da nacionalidade da brasileira por aquisição de nacionalidade estrangeira, para que fosse possível ser analisada a solicitação de extradição.

Conforme já mencionado nos tópicos anteriores, por previsão expressa na Constituição Federal e na Lei de Migrações, a perda da nacionalidade pode se dar em relação aos brasileiros natos e naturalizados, enquanto a extradição passiva (quando a entrega do indivíduo é feita pelo Brasil) de brasileiros natos é absolutamente proibida.

As hipóteses de perda da nacionalidade brasileira estão elencadas no art. 12, §4º da CF, sendo elas:

Art. 12, § 4º – Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I – tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II – adquirir outra nacionalidade, salvo no casos:

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis;

A referida portaria do Ministério de Justiça foi fundamentada na hipótese no inciso II do supramencionado artigo, a qual prevê a possibilidade de perda da nacionalidade brasileira pela aquisição de outra nacionalidade, desde que não verificado o enquadramento do caso nas exceções prevista na lei (alíneas).

Com relação à Cláudia, o Ministério alegou que a perda de sua nacionalidade deveria ser reconhecida porque está havia adquirido voluntariamente a cidadania americana no ano de 1999, 9 anos após mudar-se para o país, mesmo já possuindo o *green card*, que tem natureza de visto permanente e garante *direito de trabalho e de permanência*.

A defesa da nacional impetrou mandado de segurança, n° 33.864, contra o procedimento administrativo movido pelo Ministério da Justiça alegando, em suma, que o caso se enquadrava na hipótese do art.12, II, “b”, da CF, vez que a naturalização da brasileira como cidadã americana teria sido uma imposição do país para que ela permanecesse residindo e morando no local, bem como que a extradição fazia-se impossível diante do direito constitucional da nacional de não ser extraditada enquanto brasileira nata, razão pela qual o processo foi encaminhado para julgamento pelo Supremo.

Todavia, o entendimento do Ministério da Justiça foi mantido pelo STF, que entendeu que o ato de cassação da nacionalidade da brasileira era legítimo, pois seguiu todos os ditames legais, decretando, por consequente, a perda da nacionalidade e a extradição de Cláudia, pois o crime de homicídio se insere entre aqueles que autorizam a extradição entre os Estados Unidos e o Brasil, na forma do art. II. 1, do Tratado celebrado entre as partes.

*O tribunal definiu que a brasileira optou voluntariamente pela nacionalidade americana sem necessidade para tal, vez que já possuía o *green card*, razão pela qual não podia ser enquadrada nas hipóteses “a” ou “b”, previstas no inciso II do artigo em discussão, pois não houve imposição para permanência ou exercício de direitos em outro país, e nem reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira, sendo que nesses casos não ocorre a perda da nacionalidade brasileira mesmo com a aquisição de outra nacionalidade.*

Entendeu-se que, com a obtenção da nacionalidade estrangeira, Cláudia renunciou a nacionalidade brasileira, porque segundo as normas do Estado americano, com o ato voluntário e por ter jurado bandeira, ela assumiu lealdade, renunciou e abjurou fidelidade a qualquer outro Estado ou soberania.

Com a decretação da perda da nacionalidade, o que fez com que Cláudia deixasse de ser considerada brasileira nata, mesmo tendo nascido no Brasil, não havia mais impeditivo constitucional que afastasse a possibilidade de análise do pedido de extradição formulado pelos Estados Unidos, o qual julgado procedente pelo Jurisdição brasileira.

Destaca-se que diversos juristas questionaram tal entendimento afirmando que a vedação constitucional em debate não admite novas interpretações, motivo pelo qual a decisão seria revoltante por consistir em clara violação direta dos preceitos constitucionais.

Cumprir mencionar que a decisão não foi unânime, tendo prevalecido o voto do ministro-relator Luís Roberto Barroso, que foi acompanhado pelo ministro Luiz Fux e pela ministra Rosa Weber, restando vencidos os votos dos ministros Marco Aurélio e Edson Fachin.

No entanto, pelo exposto, verificou-se que não houve extradição de brasileira nata, vez que se trata de direito indisponível previsto na Constituição Federal, sendo totalmente vedada a concessão da referida extradição passiva, não podendo o Estado Brasileiro entregar um brasileiro nato a outro Estado.

A extradição de Cláudia foi possível porque esta deixou de ser brasileira, não havendo que se falar devida a incidência da vedação à extradição.

Apesar do ocorrido, ficou determinado pela decisão que para o deferimento do pedido, o Estado americano teria que assumir o compromisso de assegurar a detração, além de não aplicar sanções interdidas pelo direito brasileiro, restando proibida, portanto, a pena de morte, a prisão perpétua, bem como restando a prisão restrita ao prazo máximo de 30 anos, de acordo com o que prevê regulamente interno brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio desse estudo, foi possível concluir que o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no caso analisado, não pode ser interpretado como permissão da concepção de extradição de brasileiros natos. Essa hipótese continua sendo entendida como cláusula inviolável por abarcar direito indisponível, prevista no art.12 da Constituição Federal.

O que ocorreu foi a determinação da perda da nacionalidade da brasileira Cláudia Sobral por aquisição voluntária da nacionalidade americana, sem que tal processo fosse necessário para garantir a sua permanência e o seu trabalho nos Estados Unidos, situação está que permite a decretação da

referida perda, conforme previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

Como Cláudia deixou de ser considerada brasileira, não havia que se falar em ser devida a incidência da vedação à extradição. Dessa forma, foi possível que a Jurisdição brasileira analisasse o pedido de extradição realizado pelo Estado Americano.

Verificado que foram preenchidos todos os pressupostos e requisitos de admissibilidade do pedido, o Estado Brasileiro permitiu a extradição de Cláudia, o que não pode ser considerado como caso de extradição de brasileiro nato porque Cláudia já não mais poderia ser assim considerada após a perda de sua nacionalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CURIA, Luiz Roberto (dir). **Vade Mecum acadêmico**. 14 – São Paulo: Saraiva, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZUOLLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**, 9ª ed, ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.63.

MONTENEGRO, Layza Eliza Mendes. **Extradição de brasileiro nato**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 mar. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590445&seo=1> . Acesso em: 11 set. 2018.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 12. Ed. rev. E atual – São Paulo: Saraiva, 2010.

CRIMINOLOGÍA

Los grafitis en la legislación española*

Jorge Armas Pérez¹

Sumario: Introducción. **I.** El Código penal y los grafitis. **II.** La Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana y los grafitis. – A modo de conclusión. – Bibliografía.

Resumen: La historia de los grafitis en España se remonta a principios de los años 80. Desde entonces, esa minoría de escritores urbanos se fue convirtiendo paulatinamente en un problema para los ayuntamientos de las grandes ciudades. El motivo son las cada vez más frecuentes quejas que emitían los vecinos debido a las pintadas que encontraban en los muros y, en general, en el mobiliario urbano de sus comunidades. Este hecho obligó a las administraciones a legislar y regular la práctica de esta actividad. A lo largo de este artículo diseccionaré la normativa que ha regulado el grafiti en nuestro país desde sus inicios hasta la actualidad, haciendo mención especial al pintor menor de edad.

Palabras clave: Criminología, grafiti, Código penal, Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, control social.

WHAT DOES SPANISH LEGISLATION SAY ABOUT GRAFFITIS?

Summary: Introduction. **I.** The Penal Code and graffiti. **II.** The Organic Law on Citizen Security and graffiti. – In conclusion. – Bibliography.

* Recibido: 16 enero 2019 | Aceptado: 12 febrero 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Criminólogo. España.
crimiarmas@gmail.com

Abstract: The history of graffiti in Spain dates back to the early 80's. Since then, that minority of urban writers has gradually become a problem for the city councils of large cities. The reason is the increasingly frequent complaints made by neighbors because of the graffiti they found on the walls and other street furniture in their communities. This fact forced the administrations to legislate and regulate the practice of this activity. Throughout this article I will dissect the regulations that have regulated graffiti in our country from its beginnings to the present, making special mention to the minor painter.

Keywords: Criminology, graffiti, Penal Code, Organic Law of Citizen Security.

INTRODUCCIÓN

Conocer el **marco legal** en el que se enmarca la situación jurídica y administrativa que legisla actualmente la realización de un grafiti sin autorización en nuestro país es la base para conocer cómo se percibe esta actividad por los principales organismos. Además, tener una noción de cómo ha evolucionado este marco legal a lo largo de la historia del grafiti en nuestro país también nos da una idea de cómo ha ido cambiando el sentimiento social ante las pintadas urbanas. Porque, a fin de cuentas, la regulación jurídica responde a cómo la sociedad ha configurado su forma de vida.

La principal herramienta de control social formal en el ámbito de la delincuencia juvenil en España es la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORRPM). Ya que según recoge en su artículo 1.1 y 1.2 respectivamente: “[...] se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código penal o las leyes penales especiales” y “También [...] a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el artículo 4 de la misma”².

Como, en definitiva, se imputan los delitos del Código penal (en adelante: CP) me centraré en su última modificación a nivel jurídico y en la nueva Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante: LOSC) a nivel administrativo ya que considero que son las que más aplicación pueden tener desde que entraron en vigor en el 2015.

I. EL CÓDIGO PENAL Y LOS GRAFITIS

Antes de explicar las consecuencias penales que la pintada de un grafiti en la vía pública sin el debido permiso puede acarrear es fundamental esclarecer qué considera la jurisprudencia al respecto. Para ello, a continuación, expondré algunos casos, en mi opinión, representativos de jurisprudencia en materia de grafitis.

El punto de partida donde se llegó a un acuerdo sobre la denominación penal de un grafiti se produjo el 25 de mayo de 2007. Es la primera vez en España que se acuerda la consideración del grafiti. En concreto, los magistrados recogieron en el punto doce del acta de dicha reunión que: “12º. El

² Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*.

deslucimiento de bienes (realización de *graffitis* sobre bienes inmuebles y muebles)”. La duda inicial que venía afectando a varias sentencias judiciales radicaba en que si las pintadas eran consideradas como un delito o falta de daños según su daño producido o tan solo deberían ser consideradas como un mero deslucimiento del bien, siendo, por tanto, una falta, según el artículo 626 CP, si afecta a los bienes inmuebles, y atípico si afecta a bienes muebles. Tras la discusión se acordó por mayoría de veintiún votos a favor y cuatro abstenciones lo siguiente:

“[...] cuando la acción encaminada a restaurar el estado de los bienes sobre los que se realizaron los dibujos o *graffitis* no sobrepasara la mera “limpieza” estaríamos ante un mero deslucimiento, sancionable si recae sobre bienes inmuebles conforme al antiguo art. 626 de CP y atípico si recae sobre bienes muebles. Si la retirada de las pinturas generara un menoscabo o deterioro del objeto o exigiera su reposición, el hecho integrará un delito o falta de daños”³.

Es decir, que esta sentencia establece que para que un grafiti llegue a considerarse como un delito o falta de daños debe darse un menoscabo o deterioro real cuando se lleve a cabo su limpieza o una reposición del objeto si no se puede restaurar. Por tanto, con el mero deslucimiento del objeto, aunque suponga un costo elevado, no podrá ser delito. Considero acertada la unificación de criterios obtenida por los magistrados al considerarse un tema de actualidad que genera controversia ya que, en ocasiones, socialmente se tiende a criminalizar más el simple hecho de realizar una pintada en un espacio prohibido antes que valorar los posibles daños ocasionados.

A continuación, voy a describir tres ejemplos de jurisprudencia aplicada al mundo del grafiti. El primer ejemplo que quiero detallar, siguiendo el criterio del acuerdo anterior, es la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de León 2/2009, de 7 de enero⁴ que exculpa a tres menores acusados de delito de daños por valor de 6.156,35 € al pintar los laterales de dos vagones de trenes. El Tribunal se apoya en hasta seis Sentencias de Audiencias Provinciales anteriores al acuerdo de 2007 para zanjar que es un comportamiento atípico sobre bienes muebles y, por tanto, no procede aplicar el artículo 626 del CP.

Otro ejemplo de jurisprudencia es la SAP de Burgos 201/2012, de 2 de mayo⁵ en la que se acusa a un menor por un delito continuado de daños y una falta continuada de deslucimiento de inmuebles al atribuírsele todos los grafitis encontrados en diversos establecimientos comerciales y vehículos realizados a lo largo de casi un año. El menor usó dos técnicas para estampar su rúbrica:

³ GARCÍA CALDERÓN, 2015: 764.

⁴ SAP de Burgos (Tribunal), 201/2012, de 2 de mayo.

⁵ SAP de León (Tribunal), 2/2009, de 7 de enero.

pintura en spray o un objeto para rayar las lunas de los comercios afectados. En este caso la sentencia eliminó cuatro pintadas realizadas en los portales de una comunidad de vecinos al no existir denuncia que pudiese concretar la fecha de los hechos. Pero del resto de acusaciones, el menor sí tuvo que responder legalmente ya que existían denuncias por parte de los propietarios. En esta sentencia se puede inferir la importancia de recabar información sobre las mismas pintadas para poder imputar el perjuicio total causado según el artículo 74 CP⁶. Estas acciones motivan la pena superior en uno o dos grados si el hecho es grave y perjudica a una generalidad de personas como es el caso.

Por último, reflejo un ejemplo de lo que puede derivar una simple pintada realizada sin permiso. Se trata de la STS 195/2016, de 3 de febrero⁷. En este caso, el protagonista es un joven que, tras ser sorprendido realizando un grafiti en la pared de un edificio, procede a huir del lugar de los hechos. Mientras el chico estaba siendo identificado por la policía, dos mujeres salieron a increpar a los agentes por esta actuación. Finalmente, una de ellas fue condenada por un delito de resistencia y una falta de lesiones. Al joven se le impuso una falta de deslucimiento de bienes inmuebles de dominio privado, prevista y penada en el artículo 626 del CP. Debido a que estos acontecimientos acaecieron previa reforma del CP, el joven solo tuvo que cumplir una pena de localización permanente de dos días en su domicilio. En conclusión, salvo que haya violencia física o verbal el mero hecho de realizar una pintada en un espacio público sin el debido permiso no conllevaba una pena demasiado gravosa.

En resumen, con estos tres ejemplos se puede comprobar que los delitos más comunes sobre los grafitis realizados sin permiso hasta la fecha han sido por faltas por deslucimiento de bienes muebles o inmuebles. Del mismo modo, si las pintadas se realizan de forma continuada en el tiempo por un mismo autor, pudiendo documentar su autoría, éstas pueden motivar un delito de daños continuado que agrava la sanción si no prescribe el hecho. Por último, se puede concluir que una acción violenta relacionada con una pintada puede conllevar a un delito de resistencia a una persona ajena al hecho. Es decir, que en la legislación previa a la reforma del año 2015 siempre se alude a la distinción entre deslucimiento o deterioro. También se establecen las diferencias entre si las pintadas se realizan sobre bienes muebles o inmuebles para poder sancionar por falta del artículo 626 CP.

⁶ 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.

⁷ STS, Sala de lo Penal 1 (Pleno), 195/2016, de 3 de febrero.

Por otro lado, GIRALDO PÉREZ, inspector del Cuerpo Nacional de Policía, señala que las denuncias más frecuentes que vienen aparejadas a la acción de una pintada ilegal son los delitos por daños; calumnias e injurias; amenazas y coacciones; y apología del terrorismo.⁸ Con esto se puede concluir que la pintada de un grafiti acarrea delitos que superan la simple sanción administrativa si su contenido alude a lo expuesto anteriormente.

Posteriormente, con la última reforma del CP del año 2015, las sentencias encontradas de diferentes Audiencias Provinciales siguen desestimando los delitos de daños producidos por grafitis. En primer lugar, por no poder otorgar la autoría de las pintadas como recogen las sentencias de la SAP Guipúzcoa (Sección 3ª), 63/2016, de 22 julio⁹, donde se pretendía acusar de la realización de todas las pintadas encontradas en los vagones donde estaban realizando las propias, o la SAP Lugo (Sección 2ª), 215/2016, de 30 noviembre¹⁰, donde no se puede acreditar la participación de los tres acusados en las pintadas de unos vagones. En segundo lugar, por seguir entendiendo que los grafitis realizados en los vagones de tren siguen siendo meros deslucimientos del bien y no daños como así lo recoge la SAP Toledo (Sección 1ª), 184/2016, de 14 diciembre¹¹. Por último, por desaparecer las faltas que se venían imponiendo por deslucimiento de bienes.

Quisiera destacar la SAP de León 922/2016, de 20 de diciembre¹², ya que la parte apelante RENFE OPERADORA considera que se debe estimar la fijación de la suma de reparación según el apoyo del apartado trigésimo primero del preámbulo de la Ley Orgánica (LO) 1/2015, de 30 de marzo, donde sí puede tener cabida este modelo delictivo. Textualmente dice así:

“Desaparecen las faltas consistentes en el deslucimiento de bienes muebles e inmuebles del artículo 626, así como la causación de daños de escasa entidad en bienes de valor cultural, que pueden reconducirse al delito de daños u otras figuras delictivas cuando revistan cierta entidad, o acudir a un resarcimiento civil; en el caso de bienes de dominio público, también puede acudir a la sanción administrativa”¹³.

Vista la alegación, los magistrados entienden que hasta que no exista una sólida jurisprudencia en este sentido es preferible considerar la despenalización de conductas que no se encuentren específicamente

⁸ GIRALDO PÉREZ, 2016: 80.

⁹ SAP de Guipúzcoa (Sección), 63/2016, de 22 julio.

¹⁰ SAP de Lugo (Sección 2ª), 215/2016, de 30 noviembre.

¹¹ SAP de Toledo (Sección 1ª), 184/2016, de 14 diciembre.

¹² SAP de León, 922/2016, de 20 de diciembre.

¹³ 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*.

sancionadas en el CP y que se haga cargo el procedimiento administrativo sancionador.

También se alega que no puede presumir que estas conductas deban reconducirse al delito de daños sin una fórmula expresa reflejada en el artículo 263 CP, ya que entienden que con la gran reforma producida en el Código se habría incluido por el legislador si tal fuera la intención del mismo.

Por otro lado, desde mi punto de vista, si la jurisprudencia futura confirma la tendencia de considerar las pintadas como delito del artículo 263.1 CP esta conducta se vería agravada considerablemente. Con el sistema anterior se penaba con una localización permanente de dos a seis días o de tres a nueve días de trabajos en beneficio de la comunidad, mientras que con la nueva consideración la pena sería de los tres hasta los veinticuatro meses de multa.

Además, con la reforma, el escritor de grafiti podrá ser detenido para ponerlo a disposición judicial y puede generar los temidos antecedentes penales por la comisión de un delito. Normalmente, la jurisprudencia previa a la reforma y, de momento, la actual siguen considerando las pintadas sobre bienes muebles como un hecho atípico y rara vez se han tratado como delito de daños.

Por ese motivo y con la supresión de faltas en la reforma del CP en la actualidad se han convertido en sanciones administrativas. Ahora muchos grafitis podrán ser denunciados por las ordenanzas de limpieza de los diferentes ayuntamientos. Esto me parece lógico ya que son ellos los que normalmente se hacen cargo de los gastos de mantenimiento de la limpieza de paredes y mobiliario urbano que en su mayoría son propiedad de los ayuntamientos. Para los consistorios que no dispongan de dichas ordenanzas, el Estado ha creado una normativa de referencia, más actual para los tiempos que corren con la controvertida Ley, apodada por la ciudadanía como “Ley mordaza”. Esta Ley dota a las Delegaciones de Gobierno de las herramientas necesarias para que dichas sanciones no queden impunes si se puede identificar al autor.

II. LA LEY ORGÁNICA DE SEGURIDAD CIUDADANA Y LOS GRAFITIS

En primer lugar, me gustaría reflejar las consecuencias administrativas que el deslucimiento del bien ajeno supone para esta LOSC. En su artículo 37, la LOSC recoge las infracciones leves. En concreto, en el punto trece se dice literalmente: “Los daños o el deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de bienes muebles o inmuebles privados

en la vía pública, cuando no constituyan infracción penal”¹⁴. Además, una infracción leve prescribe al año de ser cometida y su cuantía monetaria varía entre los cien y los seiscientos euros. Claramente, se puede comprobar que, en comparación con las antiguas sanciones de faltas por daños, ha aumentado el tiempo de prescripción en seis meses más y la sanción económica se ha multiplicado por siete.

Por otro lado, me parece muy importante que en el punto tercero del preámbulo de la Ley se establezca la creación de un Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana. Con este registro se podrá hacer un adecuado seguimiento de los ciudadanos reincidentes y, en concreto, de los escritores. Hasta la fecha, muchos infractores de pequeñas faltas se beneficiaban de un sistema obsoleto de la Administración de Justicia que no llevaba un registro adecuado de las faltas cometidas. En numerosas ocasiones la Administración ha sido criticada por ello ya que se propuso realizar este registro en el año 2003. Nuevamente fue criticada en la reforma del CP del año 2010 al paliar la falta de este registro agravando las sanciones por delitos que hasta la fecha eran menores¹⁵. Con la última reforma de 2015 han desaparecido las faltas del CP y con ellas los problemas que venían surgiendo por la falta de un registro. Personalmente, opino que con la actual reforma la Justicia ha sido la gran beneficiada al quitarse varios lastres que venía arrastrando desde hace tiempo: el registro de faltas y los juicios por faltas que colapsaban el Sistema Judicial. Por otro lado, el delincuente ha sido el gran perjudicado ya que se incrementa el tiempo de prescripción, la sanción económica y la posibilidad de ser denunciado por reincidencia.

Debido a que no he encontrado datos sobre la LOSC aplicable al grafiti, me gustaría resaltar varias noticias posteriores a la puesta en marcha de la Ley para comprobar el uso que diferentes autoridades hacen contra los grafitis. Un primer ejemplo es una noticia en la que se denuncia a dos menores de catorce y quince años de edad que pintaron un autobús y dos paredes cercanas a sus domicilios en Navarra un viernes por la noche. El artículo hace hincapié en que el ayuntamiento podrá reclamar los daños por la vía civil de los gastos generados por la limpieza del deslucimiento de las fachadas¹⁶.

Otro ejemplo es la noticia en la que una joven de dieciocho años y dos varones de veintiún y veintidós años fueron sorprendidos realizando grafitis a media tarde de un sábado. Otro varón de veinticuatro años también fue sorprendido en días posteriores siendo su conducta reincidente en Menorca.

¹⁴ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, *de protección de la seguridad ciudadana*.

¹⁵ CEBERIO, 2012.

¹⁶ POLICÍA FORAL, 2016.

Una pintada la realizó un jueves sobre las nueve de la noche y otra el sábado siguiente sobre las cinco de la madrugada¹⁷.

El tercer ejemplo, es una noticia en la que se resaltan las veintisiete pintadas que se le otorgaron a otro menor en Murcia a raíz de sorprenderle realizando su firma personal *in fraganti*. No se proporciona información relevante de los horarios¹⁸.

Por último, quiero exponer una noticia donde el polémico rapero Pablo Hasél, condenado a dos años de prisión por un delito de enaltecimiento del terrorismo por sus canciones, se le identificó por la realización de varios grafitis que acusaban al alcalde de la ciudad de Lérida de corrupto. Fue denunciado por la LOSC por afear varias fachadas un miércoles de madrugada. Como una de ellas la realizó en un edificio catalogado, propiedad del obispado, deberá responder penalmente por los daños ocasionados¹⁹.

A MODO DE CONCLUSIÓN

En conclusión, me gustaría dejar patente la transformación que ha sufrido la legislación y los medios de control social formal en relación con el grafiti. En primer lugar, la legislación ha experimentado numerosos vaivenes en la consideración como hecho delictivo a las pintadas urbanas. En un principio el CP lo tildaba como falta de daños solamente en bienes inmuebles y, en la actualidad, prácticamente ha sido despenalizado dando un mayor peso a la sanción administrativa.

Aunque la jurisprudencia sobre el grafiti confirma lo expresado en el párrafo anterior, lo cierto es que la nueva reforma refleja que el deslucimiento de bienes muebles e inmuebles puede reconducirse al delito de daños u otras figuras delictivas cuando revista cierta entidad. De esta manera, si el grafiti se llega a considerar como un delito leve de daños, la sanción resulta más gravosa para el infractor que en reformas previas. Esto se debe a que no está regulado específicamente para las conductas del grafiti, por lo que quedan márgenes para actuar en los casos de mayor entidad.

En segundo lugar, este cambio en la percepción penal ha sido posible gracias a que los medios de control social han experimentado un avance positivo en su percepción social. Es decir, cada vez son más las instituciones que usan el grafiti y el grafiti-mural como medio de identidad entre su municipio y sus vecinos. Como una muestra de este cambio, adjunto en este trabajo una web

¹⁷ MENORCA AL DÍA, 2017.

¹⁸ E.P., 2017.

¹⁹ CONGOSTRINA, 2016.

con treinta y cuatro ejemplos de ciudades que incorporaran el grafiti como una parte emblemática de su mobiliario urbano²⁰.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA CALDERÓN, J. M. (2015). *Los delitos sobre Patrimonio Histórico Español. Los daños dolosos a los bienes culturales*. En García Calderón, J.M. (DYKINSON, S.L.) *Estudios sobre el Código penal reformado*. Madrid ES: Editorial DYKINSON, S. L.

GIRALDO PÉREZ, S. (2016). *Actuaciones policiales en el ámbito de la Ley de Seguridad Ciudadana*. Sevilla, ES: PUNTO ROJO LIBROS, S. L.

NOTICIAS

CEBERIO, M. (8 de abril de 2012). ¿Registro de reincidentes o endurecimiento penal? El País. Recuperado de http://politica.elpais.com/politica/2012/04/08/actualidad/1333839852_105282.html [Consultado 4 de abril de 2017]

CONGOSTRINA, A. L. (7 de abril de 2016) Denunciado el rapero Hasél por ‘graffitear’ contra Àngel Ros. El País. Recuperado de http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/04/06/catalunya/1459972882_451056.html [Acceso 4 de abril de 2017].

E.P. (30 de marzo de 2017) Ponen 27 denuncias a un menor por hacer grafitis. La opinión de Murcia. Recuperado de <http://www.laopiniondemurcia.es/murcia/2017/03/30/ponen-27-denuncias-menor-grafitis/817918.html> [Acceso 4 de abril de 2017].

MENORCA AL DÍA, (17 de febrero de 2017). La Policía Local de Ciutadella identifica a cuatro personas en una campaña contra las pintadas en zonas públicas. Menorcaaldía.com. Recuperado de <http://menorcaaldia.com/2017/02/15/la-policia-local-de-ciutadella-identifica-a-cuatro-personas-en-una-campana-contra-las-pintadas-en-zonas-publicas/> [Acceso 4 de abril de 2017].

POLICÍA FORAL, (2016). *Denunciados dos menores en Huarte por hacer grafitis en la “villavesa”*. [online] Recuperado de <https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/93AABDFE-7C90-4897-9AAA-1B8A35DA5164/366133/resumfinde.pdf> [Acceso 4 de abril de 2017].

²⁰ <http://www.estovalelapena.com/listas/ciudades-grafiti-arte-callejero-140835618357819399>

LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Boletín Oficial del Estado 11, de 13 de enero de 2000.

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*. Boletín Oficial del Estado, 77 de 31 de marzo de 2015.

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, *de protección de la seguridad ciudadana*. Boletín Oficial del Estado, 77 de 31 de marzo de 2015.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal 1 (Pleno). [online www.poderjudicial.es] Sentencia núm. 195/2016, de 3 de febrero [Acceso 2 de abril de 2017]

Audiencia Provincial de León (Tribunal). [online www.poderjudicial.es] Sentencia núm. 2/2009, de 7 de enero [Acceso 2 de abril de 2017].

Audiencia Provincial de Burgos (Tribunal). [online www.poderjudicial.es] Sentencia núm. 201/2012, de 2 de mayo [Acceso 2 de abril de 2017].

Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección). [online www.poderjudicial.es] Sentencia núm. 63/2016, de 22 julio [Acceso 2 de abril de 2017].

Audiencia Provincial de Lugo (Sección 2ª). [online www.poderjudicial.es] Sentencia núm. 215/2016, de 30 noviembre [Acceso 2 de abril de 2017].

Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª). [online www.poderjudicial.es] Sentencia núm. 184/2016, de 14 diciembre [Acceso 2 de abril de 2017].

Audiencia Provincial de León. [online www.poderjudicial.es] Sentencia núm. 922/2016, de 20 de diciembre [Acceso 2 de abril de 2017].

VARIOS

Los principios del Derecho Internacional Ambiental: evolución y aplicación en la Sentencia stc-4360 del 2018 de la Corte Suprema de Justicia colombiana*

Adrian Esteban Narváez Moncayo ¹

Sumario: Introducción; **1.** La naturaleza jurídica de los principios como presupuesto orientador del derecho ambiental internacional; **2.** El caso de la sentencia STC4360-2018 de la Corte Suprema de Justicia colombiana: Observancia de principios y derechos fundamentales. **2.1** Presupuestos Jurídico-Fácticos de la Sentencia. **2.2.** Algunas consideraciones de la CSJ en el caso. **2.3.** Principios del DIA involucrados y decisión final. – Conclusiones. – Referencias bibliográficas.

Resumen: El presente trabajo pretende mostrar cómo los principios del Derecho Internacional Ambiental han evolucionado a través de diferentes documentos normativos de carácter internacional y como ellos se han constituido en el tiempo en presupuestos orientadores de la rama del derecho ambiental sirviendo como fundamento para la construcción del sistema jurídico interno de diferentes Estados. En ese contexto y para muestra de esa inclusión y evolución normativa, se consideran los elementos fácticos y jurídicos de la sentencia STC-4370 del año 2018 de la Corte Suprema de Justicia colombiana en la cual se salvaguarda el derecho a gozar de un ambiente sano como elemento indispensable para la protección de prerrogativas fundamentales como vida y salud. De esta manera el Estado colombiano, eleva, jurisprudencialmente el mentado derecho a la

* Recibido: 15 enero 2019 | Aceptado: 14 febrero 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Abogado de la Universidad Mariana de San Juan de Pasto. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.
adriancho1616@hotmail.com

categoría de fundamental, a través de la figura de conexidad jurídica, demostrando que la legislación ambiental colombiana ha sido construida, a partir de la receptividad de instrumentos jurídicos de carácter internacional con miras a una vocación proteccionista del ecosistema global, siendo aplicadas localmente en su ordenamiento jurídico interno.

Palabras clave: Principios del Derecho Internacional Ambiental, Medio ambiente sano, ordenamiento jurídico interno.

THE PRINCIPLES OF INTERNATIONAL
ENVIRONMENTAL LAW: EVOLUTION AND
APPLICATION IN JUDGMENT STC-4360 OF 2018 OF THE
SUPREME COURT OF COLOMBIAN JUSTICE

Abstract: This paper aims to show how the principles of International Environmental Law have evolved through different normative documents of an international character. As well as how these principles have been constituted over time, in guiding budgets of the branch of environmental law, and serving as a foundation for the construction of the legal system in different states. In that context, and in order to show this inclusion and normative evolution, the factual and legal elements of the STC-4370 judgment of 2018 of the Colombian Supreme Court of Justice are considered, in which the right to a healthy environment is safeguarded. An indispensable element for the protection of fundamental prerogatives such as life and health. In this way, the Colombian State raises jurisprudentially. The right to the category of fundamental, through the figure of legal connection, demonstrating that Colombian environmental legislation has been constructed, based on the receptivity of international legal instruments with a protectionist vocation of the global ecosystem, it is being applied locally in its internal legal order.

Keywords: Principles of International Environmental Law, Healthy Environment, internal legal order.

INTRODUCCIÓN

Como es sabido el derecho ambiental surge por una preocupación universal, raíz de una toma de conciencia en los temas ecológicos, los cuales han sido bastante maximizados en los últimos tiempos. La comunidad internacional, claro, ha jugado un papel fundamental en el desarrollo de esta importante temática y de hecho ha tomado la delantera en el establecimiento de ciertos mecanismos para la protección del imperante recurso ambiental en cualquiera de sus formas.

Producto de esas reuniones, han surgido consensos de carácter internacional, que de algún modo reflejan la conciencia en ciertos estándares eticos² o, por lo menos, un primer diagnóstico a determinados problemas en el área. De esta manera, han surgido categorías jurídicas de vital importancia, a través de las cuales se han fundamentado ramas autónomas del derecho que de algún modo han orientado la actividad hermeneutica, traducendose esto, en el desarrollo de derechos ambientales estatales y en la adopción continua de ciertos tratados y convenciones internacionales. Este es el caso de los principios del Derecho Internacional Ambiental que han orientado jurídicamente esta rama específica del derecho.

Como marco histórico inicial de ese protagonismo, se debe considerar a la Conferencia de las Naciones sobre el Medio Humano, realizada en Estocolmo en el año 1972, donde 113 Estados adoptaron un plan de acción que dio origen a una de Declaración contenedora de 26 principios con carácter de norma jurídica internacional, cuyo objeto fue entre otros, el de inspirar gobiernos a preservar y mejorar el medio ambiente humano.

Otra de las reuniones más destacadas a nivel internacional es la Declaración sobre Desarrollo y Medio Ambiente, que tuvo lugar en Río de Janeiro en el año 1992. En su conclusión, 176 Estados por libre consentimiento adoptan la denominada "Declaración de Río". Desde entonces, han venido ocurriendo varias reuniones donde la comunidad internacional ha discutido y homologado nuevos principios y reglas referentes a este tema de carácter global. Así, este tipo de instrumentos jurídicos se han tornado en documentos referenciales dentro de la comunidad internacional donde los Estados

² Es en este sentido que cobran significación los derechos humanos, pues como bien dice LOPERENA ROTA, "se han convertido en un conjunto de convicciones ético-políticas generalmente admitido por todos los países, en el mínimo común denominador civilizatorio del presente momento histórico" LOPERENA ROTA, Demetrio. El derecho a un medio ambiente adecuado. Civitas-IVAP, Madrid. 1996.

miembros de las Naciones Unidas comenzaron a legislar sobre este tema en cada uno de sus ordenamientos jurídicos internos.

El Estado colombiano no es la excepción, pues, a través de vasta jurisprudencia nacional, órganos como la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia como el mayor órgano de la jurisdicción ordinaria en Colombia, han considerado tales manifestaciones provenientes de los consensos internacionales.

En sentencia del año 2018, la Corte Suprema de Justicia, decide favorablemente acción de tutela interpuesta por diversas personas naturales en contra de la Presidencia de la República, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales, y las Gobernaciones de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Putumayo y Vaupés, frente al incremento desmedido de la deforestación en la Amazonía colombiana trayendo como consecuencia la vulneración de derechos supra legales como vida y salud en conexidad con el derecho a gozar de un medio ambiente sano.

La mencionada acción llega a instancia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) de Colombia invocando la protección de derechos fundamentales, individuales y colectivos, teniendo como fundamento jurídico la carta Política de 1991, así como también los instrumentos jurídicos internacionales adoptados por el Estado.

En la decisión la CSJ ordena medidas a las entidades accionadas, de la siguiente forma: a la Presidencia de la República, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se le ordena la formulación de un plan de acción que contrarreste la tasa de deforestación en la Amazonía, y para que construya un pacto intergeneracional por la vida de la Amazonía colombiana. Por otra parte, se les ordena a municipios a que actualicen los planes de ordenamiento territorial y que contemplen un plan de acción de reducción cero de la deforestación. A la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía y otras entidades, les ordena la elaboración de un plan de acción que solucione los problemas de deforestación.

De esta manera, todas las acciones ordenadas por el mencionado órgano jurisdiccional encaminaron a los querellados a propender e incrementar acciones para mitigar la deforestación y así garantizar la protección del derecho a gozar de un medio ambiente sano y por ende los demás derechos fundamentales devengados del mismo.

Vislumbrando por una parte, que el papel que han jugado las autoridades ambientales en Colombia ha sido frágil frente al contexto ambiental del Estado y por otra, y contraposición a la anterior, el avance de la legislación ambiental colombiana a partir del reconocimiento y observancia de los instrumentos jurídicos internacionales ambientales, así como también la tendencia hacia la protección cada vez más efectiva del medio ambiente por medio de la aplicación local del derecho de medio ambiente.

1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS COMO PRESUPUESTO ORIENTADOR DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

Como se destaca en la introducción, la naturaleza universal de los principios que encabezan el Derecho Internacional Ambiental (DIA), corresponde a una naturaleza propia de esta rama del derecho, que, por una parte, no está condicionada a todas las características del Derecho internacional Público, y que, por otra, se ha perfilado cada vez más, como un área autónoma del derecho. En ese sentido el DIA es un área específica en la que los Estados han elaborado una particular e “innovadora ingeniería legal”. (CASSESE, 2005).

Entonces, el derecho ambiental en general, puede ser comprendido como un nuevo aparato jurídico, cuyo bien protegido es el ambiente en que vivimos, comprendido a partir de su sentido estricto, englobando solamente la biosfera y sus ecosistemas.³

Así, a diferencia de lo que ocurre en muchas otras ramas del derecho, los principios del DIA aparecen en el mismo origen de este, es decir, una de las más sobresalientes manifestaciones del DIA, surge a partir de una declaración de principios⁴ que no nacen a la vida jurídica como simples abstracciones del derecho, sino que son producto de verdaderas necesidades con la urgencia de una legislación que las atienda, es en ese sentido como se puede observar la fuerza jurídica con la cual se manifiesta el DIA en un comienzo: Un listado de principios.

³ En consideración de este concepto estricto de medio ambiente, como bien jurídico tutelado por el Derecho Ambiental, es posible tomar como base el argumento emitido por el profesor Gomes Canotilho, según el cual: “[...] aunque con la conciencia de que por algunas veces será necesario alargar tal noción, englobando en ella ciertos «componentes ambientales humanos» para llevar la tutela ambiental a sus últimas consecuencias y para evitar los desvíos a la unidad del sistema jurídico, se tomará por base de que el núcleo del Derecho Ambiental se sitúa en los elementos naturales.” (CANOTILHO, 1988, p. 24, Traducción nuestra).

⁴ La declaración mencionada corresponde a la Declaración de Estocolmo de 1972.

Al respecto de los principios Schwarzenberger (1965) dice que de manera general los “principios del derecho internacional”, tienen la capacidad de dar lugar a normas específicas o pueden ser los productos de inducción de normas específicas y que estos corresponden a abstracciones con un carácter no obligatorio de normas jurídicas de derecho internacional más o menos cercanas, que pretenden ser obligatorias dentro de sus límites normativos.

De tal manera que los principios del DIA se constituyen en categorías de suma importancia dentro del ámbito jurídico del derecho ambiental, tanto que es posible decir que sobre ellos se fundamenta la ideología de esta rama autónoma del derecho y que son ellos quienes orientan la actividad hermenéutica. Es decir, los principios del DIA, juegan un papel vital en la interpretación de las normas jurídicas del Derecho Internacional Ambiental, ya que son guía de esta actividad. En mención de esta vocación norteadora u orientadora de los “principios del derecho internacional en general”, el profesor Antônio Bandeira Mello, ha mencionado que:

Violar un principio es mucho más grave que transgredir una norma. La desatención al principio implica ofensa no sólo a un específico mandamiento obligatorio, sino a todo sistema de comandos. Es la más grave forma de ilegalidad o inconstitucionalidad, conforme al escalón del principio alcanzado, porque representa insurgencia contra todo el sistema, subversión de sus valores fundamentales. (MELO, 1995, p. 230, Traducción del autor).⁵

Sin embargo, atribuir que la designación de una norma o documento como un “principio de derecho internacional” y que este implique obligatoriedad, es algo no aplicable para este tipo de principios, ya que tal designación no define su fuerza legal.

Tal afirmación porque, lastimosamente los principios del DIA, nacen inicialmente a la vida jurídica con una variedad de aplicaciones y ejecuciones diferentes a una norma jurídica que defina obligaciones de manera clara y específica. Frente a lo anterior, se ha pronunciado el internacionalista Kiss (1989, p. 349), cuando dice que las declaraciones de principios emanadas de conferencias internacionales, difieren de normas vinculantes, por no prever estas, acciones específicas para ser emprendidas, ni fijan líneas generales que deben seguir los Estados a que ellas se destinan.

⁵ Texto en idioma original: Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais. (MELO, 1995, p. 230).

En contraste, otra característica de los principios del DIA como orientadores de esta rama del derecho es la naturaleza “*Transnacional*”⁶ que ellos poseen y tal característica parece tener una buena respuesta al fundamento del por qué crear una declaración internacional contenedora de principios que llegue a generar efectos globales o por lo menos amplios en el ámbito internacional. Precisamente tal aspecto ya ha sido destacado por autores como el profesor español Demetrio Loperenta Rota, el cual afirma que el Derecho Ambiental tiene una vocación altamente planetaria, y al respecto agrega lo siguiente:

En la actualidad, la organización, la sociedad humana en Estados pretendidamente soberanos, hace que el ámbito de aplicación más frecuente de las normas jurídicas sea en el interior de sus fronteras. Esto no sirve para el Derecho ambiental, ya que el objeto sobre el que se proyecta es insusceptible de someterse a las caprichosas líneas fronterizas que hemos trazado (...) la protección de la biosfera, por sus rasgos de unidad e interrelación de las partes, no admite este esquema. El Derecho que lo protege, tampoco: necesita herramientas comunes a todos los ciudadanos y países. (LOPERENTA ROTA, 1988, p. 27-9).

Sobre ese aspecto, resulta de gran relevancia destacar lo mencionado por el profesor Demetrio Loperenta Rota (1998), cuando manifiesta que, así como en el Derecho Internacional consuetudinario frente la incondicional obligatoriedad de sus normas, independientemente de su recepción por parte de los países, también se debería aplicar al Derecho Ambiental, por tratarse de un bien jurídico de suma relevancia global.

En ese orden de ideas, debe destacarse también que tal factor de transnacionalidad propia de los principios del DIA, a su vez, trae consigo una característica que se manifiesta en la amplia difusión de sus fuentes. Es decir, estas declaraciones internacionales contenedoras de principios, se han convertido en fuentes de derecho, incluso con características propias del

⁶ Autores como Cruz (2011), defienden que el Derecho Ambiental: “Es la mayor expresión de Solidaridad que corresponde a la era de la cooperación internacional, la cual debe manifestarse a nivel de todo lo que constituye el patrimonio común de la humanidad”, siendo que esta estrategia planetaria o globalizada de cooperación y de Solidaridad se consolide en un “Verdadero Estado Transnacional Ambiental”, donde será posible garantizar un futuro con más justicia y sostenibilidad.” (CRUZ, 2011, p. 156).

inciso c del artículo 38⁷ del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁸, de donde los Estados han creado las diversas ramificaciones de su derecho ambiental interno.

Los cierto es que el Derecho Internacional Ambiental no encuentra sus principales principios en un único instrumento jurídico internacional, pues estos, han ido evolucionando y a partir de ellos ha esbozado una amplia gama de fuentes que van desde tratados internacionales, documentos institucionales, doctrina, jurisprudencia internacional, llegando a convertirse hasta en leyes Estatales internas de ámbito nacional. Veamos.

2. EL CASO DE LA SENTENCIA STC4360-2018 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA: OBSERVANCIA DE PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1 Presupuestos Jurídico-Fácticos de la Sentencia

En fecha de cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), mediante radicación n° 11001-22-03-000-2018-00319-01, se decide la impugnación interpuesta frente a la sentencia de 12 de febrero de 2018, dictada por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá⁹, dentro de la tutela instaurada por Andrea Lozano Barragán, Victoria Alexandra Arenas Sánchez, José Daniel y Félix Jeffry Rodríguez Peña, entre otros, en contra de la Presidencia de la República, los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Agricultura y Desarrollo Rural, la Unidad Administrativa Especial de

⁷Artículo 38 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...]c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; [...]. ESTATUTO CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas Adopción: 26 de junio de 1945. Disponible en: <<https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>>. Acceso en 26 de octubre de 2018.

⁸ El mentado artículo 38 del ECIJ, frente al estudio de las normativas internacionales ambientales, no solamente señala cuales son las fuentes indicadas que este órgano considera al aplicar derecho, sino que también, la CIJ se constituye en el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, organización que posee 192 Estados miembros, es decir, una vasta comunidad de Estados en el planeta.

⁹ Según artículo 19 de la ley 270 de 1996 los Tribunales Superiores son entes judiciales creados por Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en Colombia, destinados para el cumplimiento de las funciones que determine la ley procesal en cada distrito judicial en Colombia. COLOMBIA. Ley 270 de 07 de marzo de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. Bogotá, D.C., 07 marzo de 1996. Disponible en: <<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/2045451/LEY+270+DE+1996+PDF.pdf/4c73d5bb-2321-4ea8-852f-beec9faf31a5?version=1.1>>. Acceso en 31 de octubre de 2018.

Parques Nacionales Naturales y las Gobernaciones de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Putumayo y Vaupés, por el incremento de la deforestación en la Amazonía colombiana.

Los promotores solicitan la protección de los derechos “supralegales”, donde se destacan, “gozar de un ambiente sano”, vida y salud. Además de que sostienen como base de sus reclamos lo siguiente (fls. 1205 a 1226)¹⁰:

Como primera medida, los promotores se identifican como:

(...) un grupo de 25 niños, niñas, adolescentes y jóvenes adultos (...) entre 7 y 25 años de edad, que viv[en] en ciudades que hacen parte de la lista de ciudades de mayor riesgo por cambio climático. (...) [Con] una esperanza de vida de 78 años en promedio (75 años para los hombres y 80 para las mujeres), motivo por el cual espera[n] desarrollar [su] vida adulta entre los años 2041 – 2070 y [su] vejez desde el año 2071 en adelante. En esos períodos de tiempo, según los escenarios de cambio climático presentados por el Ideam, se espera que la temperatura promedio en Colombia aumente 1, 6° C y 2, 14° C, respectivamente (...). (COLOMBIA, CSJ).

Aseguran que la deforestación en la Amazonía colombiana tiene consecuencias no solo sobre esa región sino también sobre los ecosistemas del resto del territorio patrio y que tal acaecimiento es propiciado porque los convocados en la acción no han adoptado medidas para esa eventualidad y que, además, ello tiene consecuencias gravísimas para sus lugares de residencia, modificando negativamente sus condiciones de vida y violentando directamente su derecho a “gozar de un ambiente sano”.

Predican hacer parte de la generación futura que enfrentará los efectos del cambio climático en los períodos de 2014-2070 y 2071-2100. En la opinión de los accionantes el ruego, es idóneo para la protección de las garantías invocadas, para lo cual invocan numerosos precedentes judiciales de la corte constitucional colombiana, asegurando que cumplen con los criterios jurisprudenciales que justifican su petición.

Los promotores, resaltan principalmente el hecho del Estado Colombiano, haber adquirido compromisos tanto nacionales como internacionales, a

¹⁰ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia (CSJ). Sentencia STC4360-2018. Accionantes: Andrea Lozano Barragán, Victoria Alexandra Arenas Sánchez, José Daniel y Félix Jeffrey Rodríguez Peña, (otros). Accionados: Presidencia de la República, los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Agricultura y Desarrollo Rural, la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales y las Gobernaciones de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Putumayo y Vaupés, (otros). Magistrado ponente: Luis Armando Tolosa Villanoba. Bogotá, D.C., 04 abril de 2018. **Lex:** Jurisprudencia de CSJ, Bogotá, abril 2018. Disponible en: <http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_c947ae53aeb447bd91e8e9a315311ac5> Acceso en 02 de noviembre de 2018.

través del Acuerdo de París¹¹ y la Ley 1753 de 2015¹², y otros tratados internacionales ratificados por Colombia, con el fin de cumplir objetivos de reducción de la deforestación y la emisión de gases efecto invernadero en el contexto de cambio climático global.

Resulta de gran importancia, observar como en toda la argumentación de la referida acción se predicen situaciones fácticas y jurídicas, tendientes a la protección del medio ambiente, como presupuesto vital para la protección de derechos fundamentales constitucionalmente establecidos en Colombia, no solo en la Carta constitucional, sino también en todo el andamiaje jurídico medio ambiental constituido por el Estado colombiano. Como consecuencia de ello, en la Acción se justifica la fidelidad a una serie de principios del DIA, en pro de la protección de la presente generación, así como también de las generaciones futuras.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en una primera instancia, desestimó el resguardo de los derechos invocados, entre otros, al inferir en (fls. 1526 a 1536)¹³ que:

(...) [N]o es este excepcional remedio constitucional el mecanismo procedente para impartir las órdenes que aquí son objeto de petición, pues para tal fin obra consagrada dentro de la ley, la acción popular, medio judicial en el caso particular refulge idóneo no solo para amparar el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, sino también para garantizar los derechos fundamentales de los que se reclama protección (...).

(...) Ahora, lo hasta aquí expuesto no constituye la única razón de la subsidiariedad, sino que dos motivos adicionales vienen a sumar a dicha conclusión, el primero tiene que ver con que la mayor idoneidad no se ve menguada por el apremio de las medidas que se reclaman a este tribunal, ni tampoco por la necesidad de adopción de medidas complejas y, el segundo, en que el perjuicio irremediable que se acusa no obra acreditado (...) (COLOMBIA, CSJ).

Ante el rechazo en primera instancia de la señalada Acción, se procede a la impugnación de tal decisión, ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia¹⁴, la cual revoca la sentencia en donde se rechazaba la Acción de

¹¹ Aprobado en Colombia mediante Ley 1844 de 2017.

¹² Por la cual se expide en Colombia el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.

¹³ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia (CSJ). *op. cit*

¹⁴ El artículo 234 C.P. de la Constitución Política de Colombia referencia la importancia del tribunal, quien revocó la decisión del presente asunto. "**ARTÍCULO 234°: La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria** y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley. Esta dividirá la Corte en Salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno." (Negrilla del autor). COLOMBIA. Constitución Política de

Tutela con derechos ius fundamentales invocados y justifica entre otras cosas, lo siguiente.¹⁵

2.2 Algunas consideraciones de la CSJ en el caso.

Como primero la CSJ, ha considerado en la referida sentencia, que la Acci3n de Tutela es el mecanismo id3neo para la protecci3n de los derechos invocados y que, aunque esta no proceda por regla general al amparo de los derechos e intereses colectivos, pues la misma se concibi3o como mecanismo de protecci3n de prerrogativas fundamentales, es procedente para el asunto en menc3n.

Esto porque, la jurisprudencia constitucional colombiana, ha establecido la procedencia del instrumento, cuando la vulneraci3n de intereses grupales, infringe, consecuentemente, con intereses individuales.¹⁶ Así pues, la CSJ, ha hecho hincapi3 en la figura de conexidad jurídica, en donde se observa que la violaci3n de derechos colectivos a uno u otros de tipo primario, fundamental e individual, ocasionan consecuentemente la afectaci3n de los segundos.

En segundo lugar y considerando lo anterior, la CSJ, manifiesta que la protecci3n al medio ambiente, apareja intrínsecamente la salvaguarda de garantías de carácter individual y supralegal, adquiriendo por conexidad el carácter de fundamental, tornando procedente el ruego de los promotores.¹⁷ Y adiciona la Corte que, para efectos del asunto en controversia, el derecho a gozar de un ambiente sano es fundamental para la protecci3n de otras prerrogativas de carácter fundamental como, la vida y la salud. Así tambi3n lo ha manifestado la CSJ, por ejemplo, en sentencia como la STC 7630 de nueve (9) de junio de 2016.

En virtud de lo anterior, la Corte colombiana, considera que los derechos de carácter individual y fundamental se encuentran ligados sustancialmente y

Colombia, 04 de julio de 1991. Disponible en:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>> Acceso en 02 de noviembre de 2018.

¹⁵ Conviene manifestar que son vastos los presupuestos considerados por la CSJ en esta sentencia y que, para efecto y consideraci3n del desarrollo temático de este artículo, se hará 3nfasis en aquellos relacionados con los principios ambientales y su relaci3n con los derechos fundamentales como presupuesto fundamental de las decisiones tomadas por el mencionado 3rgano.

¹⁶ Ver entre otras, las Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana T-1451 de 2000, SU-116 de 2001, T-288 de 2007, T-659 de 2007 y T-601 de 2017.

¹⁷ V3ase tambi3n, Sentencia T-362 de 2014. COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-362 de 2014. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-362-14.htm>>. Acceso en 07 de noviembre de 2018.

determinados por el entorno y el ecosistema y que, sin ambiente sano, los sujetos de derecho y los *seres sintientes* en general, no podrían sobrevivir para el resguardo de esos derechos y mucho menos los de las generaciones futuras. Tampoco se podría, dice la Corte, garantizar la existencia de la familia, la sociedad o el propio Estado.

Así mismo, la CSJ ha reconocido que el deterioro creciente del medio ambiente es atentado grave para la vida actual y venidera, así como también su protección se constituye en elemento crucial para la salvaguardia de todos los otros derechos fundamentales. Por lo tanto, en el presente caso la CSJ admite la procedencia excepcional de la Acción de tutela para resolver de fondo la problemática planteada, considerando que se reúnen los presupuestos fácticos para ello, por la conexidad del ambiente con los derechos iusfundamentales.

Otro aspecto relevante mencionado por la CSJ en la presente sentencia corresponde al hecho de que por múltiples causas simultáneas, derivadas, conexas o aisladas que impactan el ecosistema negativamente, las cuestiones ambientales ocupan hoy día, un lugar preponderante en la agenda internacional, no solo de científicos e investigadores, sino también de políticos, de la gente en común y, como no podía ser distinto de los jueces y abogados, pues, el bien jurídicamente protegido es de suma importancia y con efectos planetarios.

No podía desconocer la Corte, que paulatinamente se ha desarrollado una conciencia de la obligación de cambiar los comportamientos de la humanidad y que por ende han surgido movimientos favorables a una nueva ideología de sociedad “ecocéntrica antrópica”, que supere la desmedida “homensura”¹⁸ “autista” antropocentrismo; que tome en suma consideración y como ideal de progreso, al medio ambiente y la noción efectiva de desarrollo sostenible.

En vista de lo antelado, el órgano Jurisdiccional, reconoce que en el ámbito internacional ha surgido numerosa normatividad, hard y soft law, que constituye de hecho un orden ecológico mundial y que sirve de presupuesto orientador para las legislaciones patrias, encaminadas a la protección de los derechos subjetivos de las personas de las generaciones presentes y futuras.

Entre los instrumentos jurídicos más destacables para la CSJ, se encuentran entre otros, la Declaración de Estocolmo de 1972, a través de la cual; dice la corte, se introdujo en la agenda política global la dimensión ambiental,

¹⁸ PROTÁGORAS DE ABDERA: “El hombre es la medida de todas las cosas, de las que existen en cuanto existen y de las que no son en cuanto son”. CALVO T. De los Sofistas a Platón: Política y Pensamiento. Madrid: Cincel. 1986.

entendiéndola como condicionante del modelo tradicional de crecimiento econmico y del uso de los recursos naturales, reconociendo también que a través de este instrumento jurídico se fijaron aquellos 26 principios orientadores del DIA y, adicionalmente se creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

Otra conferencia destacada por la CSJ en la sentencia, es la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Medio Ambiente desarrollo realizada en Río de Janeiro en 1992: concertada entre otras cosas con el objetivo de:

“(...) elaborar estrategias y medidas para detener e invertir los efectos de la degradación ambiental en el contexto de los esfuerzos dirigidos a promover un desarrollo sostenible y ambientalmente equilibrado, realizados tanto en el plano internacional como nacional (...)”¹⁹

También considera la Corte, el importante papel de la Convención de París de 2015, como gran avance en el área ambiental, especialmente en la promoción de cooperación regional e internacional, incluyendo a la sociedad civil y el sector privado, donde por primera vez se establecieron medidas vinculantes para mitigar el cambio climático donde se exigieron a los países compromisos concretos para tales efectos.

No es posible desconocer el articulado constitucional colombiano de la Carta Política de 1991 frente al asunto y la CSJ suscita entre otros los más destacados, los artículos 79 y 80:

[...]

Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Artículo 80. El Estado planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas. [...] (COLOMBIA, 1991).

Sobre la naturaleza jurídica de estos derechos ha manifestado a su vez la Corte Constitucional que son de estirpe fundamental y colectiva. Por lo que

¹⁹ BARREIRA. Ana. Medio ambiente y Derecho Internacional: Una guía práctica. Ed. Caja Madrid. 2007. Pág. 5. Disponible en:<
http://www.iidma.org/attachments/Publicaciones/OSMedio_LibroDerecho.pdf>. Acceso en 10 de noviembre de 2018.

se insiste en las consideraciones de la CSJ, al entender al medio ambiente sano como necesario para la protección de prerrogativas supralegales como la vida, la salud e inclusive dignidad humana.

1.3 Principios del DIA involucrados y decisión final

La anterior realidad, contrastada con los principios, jurídicos ambientales de precaución, equidad intergeneracional y solidaridad; advierte lo siguiente:

En cuanto a la precaución no cabe duda que según el IDEAM²⁰, el aumento de las emisiones de gases efecto invernadero, provocado por la deforestación de la selva amazónica, genera un verdadero incremento de la temperatura en el país, además de generar una serie de daños que según certeza científica serían irremediables para garantizar un medio ambiente sano en Colombia, información sustentada, en detalle por los estudios realizados por el IDEAM, la Cancillería, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible y el PNUD, entre otros.²¹

En referencia al criterio de equidad intergeneracional, resulta evidente su transgresión, en tanto que el pronóstico del incremento de la temperatura, siendo las futuras generaciones, entre ellos los infantes que interpusieron la Acción, las que serán directamente afectadas, a menos que las presentes reduzcan a cero, la tasa de deforestación.

El principio de solidaridad, en el presente asunto, se encuentra determinado por el deber y corresponsabilidad del Estado colombiano, en detener las consecuencias que provocan la emisión del gas efecto invernadero provocada por la masiva reducción boscosa de la Amazonía, siendo primordial adoptar medidas de mitigación inmediatas y efectivas para garantizar el derecho al bienestar ambiental, así como también a los tutelantes y demás personas que habitan y comparten el territorio amazónico, no sólo nacional, sino en el extranjero.

Ante tal contexto, resulta evidenciable que pese a existir numerosos compromisos internacionales, normatividad y jurisprudencia local sobre la materia, el Estado colombiano, aún encuentra dificultades para combatir eficientemente la problemática de la deforestación en la Amazonía.

La anterior realidad, además de violentar las regulaciones de la carta ambiental patria, y los instrumentos internacionales que integran el orden

²⁰ IDEAM, PNUD, DNP, MADS, Cancillería. Nuevos escenarios de cambio climático para Colombia 2011-2100. 2015. Disponible en: <
http://documentacion.ideam.gov.co/openbiblio/bvirtual/022964/documento_nacional_departamental.pdf. > Acceso en 14 de enero de 2019.

²¹ Ibidem.

público ecológico mundial, constituye un grave desconocimiento de obligaciones internacionales adquiridas por el Estado, en donde Colombia, entre otras, se comprometió a reducir la deforestación en la Amazonía colombiana.

De esta manera la CSJ, resalta la obligación de las autoridades a responder eficazmente a los eventos propios de la problemática en cuestión. Evidenciando al mismo tiempo que el problema ambiental se ha intensificado grandemente, vislumbrando la ineficiencia de las medidas gubernamentales adoptadas para hacer frente al mismo, quebrantando garantías iusfundamentales conectadas con el derecho a garantizar un medio ambiente sano.

De tal forma que las autoridades tuteladas, no están cumpliendo con sus funciones de evaluar, controlar y monitorear los recursos naturales, ni de tomar medidas e imponer sanciones en caso de que se presente una violación de normas de protección ambiental.

En ese sentido, la CSJ, revoca la sentencia de fecha y lugar, anteriormente mencionados y otorga la salvaguarda de los derechos invocados. Ordena a su vez a los accionados, realizar una serie de actuaciones a corto, mediano y largo plazo que contrarresten la tasa de deforestación en la Amazonía, con el fin de hacer frente a los efectos del cambio climático y proteger los derechos fundamentales de los convocantes, evidenciando también, la preocupación por parte del Estado en combatir las falencias en la falta de atención a los documentos internacionales proteccionistas del medio ambiente como parte de la evolución e inclusión normativa en Colombia frente a los principios del DIA.

CONCLUSIONES

La definición y alcances de los principios del Derecho Internacional Ambiental permanecen hoy en día abiertos. Algunos de ellos han evolucionado en un periodo corto de tiempo y bajo contextos diferenciados. En ese sentido, resulta evidente vislumbrar que la práctica estatal en Colombia, ha evolucionado a partir del reconocimiento de tales principios, ya que su tendencia jurisdiccional, ha sido el apartarse de nociones vagas y genéricas para caminar a definiciones de conductas requeridas a los Estados y por lo tanto, exigibles dentro del territorio nacional. De esa manera, el carácter universal y transnacional del derecho ambiental y la naturaleza de los principios del DIA, representan pasos pioneros en pro de una conciencia ecológica global aplicada en contextos locales.

El proceso iniciado en el Declaración de Estocolmo 1972 marcó el advenimiento en los países miembros de las Naciones Unidas de toda una

estructura jurídica e institucional que progresivamente fue desarrollándose a través de otros documentos jurídicos internacionales, como por ejemplo Río 1992 y París 2015. Estas, trajeron consigo avances importantes para la construcción y legislación de políticas ambientales en los Estados. Y como es de notar en este trabajo en particular, estos procesos, impactaron de forma relevante el marco legal y jurisdiccional ambiental del Estado colombiano.

En el derecho constitucional colombiano, el medio ambiente sano aún se reconoce como un derecho colectivo y no fundamental, pero a través de la figura de conexidad jurídica, órganos jurisdiccionales como la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, han reconocido a través de diversas sentencias el carácter supralegal del mismo, demostrando que la legislación ambiental colombiana ha sido construida también, a partir de la observancia y acogimiento de instrumentos jurídicos de carácter internacional con miras a una vocación más proteccionista del ecosistema global.

La sentencia STC-4360 de la Corte Suprema de Justicia refleja que el rol que desempeñan las autoridades ambientales en Colombia, aún es frágil ante el contexto estatal, indicando la necesidad de adoptar medidas dirigidas a la efectiva conservación del medio ambiente. En virtud de ello, el ideal de protección de este derecho de tal relevancia, será que, en Colombia, el mecanismo directo en su defensa, se dé, sin la necesidad de recurrir a factores de conexidad por la violación de derechos fundamentales, ya que como lo manifestó la CSJ en reiteradas ocasiones, sin un medio ambiente sano, sería imposible garantizar la efectividad de otros derechos de carácter primario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARREIRA. Ana. **Medio ambiente y Derecho Internacional: Una guía práctica**. Ed. Caja Madrid. 2007. Pág. 5. Disponible en:< http://www.iidma.org/attachments/Publicaciones/OSMedio_LibroDer echo.pdf>. Acceso en 10 de noviembre de 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

CALVO Tomás. **De los Sofistas a Platón: Política y Pensamiento**. Madrid: Cincel. 1986.

CASSESE, Antonio. **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia de 1991, 04 de julio de 1991. Disponible en:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>> Acceso en 02 de noviembre de 2018.

COLOMBIA. Ley 270 de 07 de marzo de 1996. **Estatutaria de la Administración de Justicia**. Bogotá, D.C., 07 marzo de 1996. Disponible en:

<<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/2045451/LEY+270+DE+1996+PDF.pdf/4c73d5bb-2321-4ea8-852f-beec9faf31a5?version=1.1>>. Acceso en 31 de octubre de 2018.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC4360-2018.

Accionantes: Andrea Lozano Barragán, Victoria Alexandra Arenas Sánchez, José Daniel y Félix Jeffry Rodríguez Peña, (otros).

Accionados: Presidencia de la República, los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Agricultura y Desarrollo Rural, la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales y las Gobernaciones de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Putumayo y Vaupés, (otros). Magistrado ponente: Luis Armando Tolosa Villanoba. Bogotá, D.C., 04 abril de 2018. **Lex:** Jurisprudencia de CSJ, Bogotá, abril 2018. Disponible en:

<http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_c947ae53aeb447bd91e8e9a315311ac5> Acceso en 02 de noviembre de 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-362 de 2014. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-362-14.htm>>. Acceso en 07 de noviembre de 2018.

CRUZ, Paulo Márcio. **Pensar globalmente e agir localmente: o estado transnacional ambiental em Ulrich Beck**. In: CRUZ, Paulo Márcio. *Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e Estado no Século XXI*. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí, 2011.

ESTATUTO CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. **Anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas**, Adopción: 26 de junio de 1945. Disponible en: <<https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>>. Acceso en 26 de octubre de 2018.

IDEAM, PNUD, DNP, MADS, Cancillería. **Nuevos escenarios de cambio climático para Colombia 2011-2100**. 2015. Disponible en: <http://documentacion.ideam.gov.co/openbiblio/bvirtual/022964/documento_nacional_departamental.pdf>. Acceso en 14 de enero de 2019.

KISS, Alexandre-Charles. **Droit International de L'Environnement**. Paris, Editions. A. Pedone, 1989.

- LOPERENA ROTA, Demetrio. **El derecho a un medio ambiente adecuado**. Madrid: Civitas-IVAP, 1996.
- LOPERENA ROTA, Demetrio. **Los principios del derecho ambiental**. Madrid: Civitas, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). **Declaración de Estocolmo Sobre el medio Ambiente Humano**. 1972. Disponible en: <<https://www.dipublico.org/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf>>. Acceso en 29 de octubre de 2018.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). **Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente**. Disponible en: <<https://www.un.org/ruleoflaw/es/un-and-the-rule-of-law/united-nations-environment-programme/>>. Acceso en 30 de octubre de 2018.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). **Carta Mundial de la Naturaleza**. 28 de octubre de 1982. Disponible en: <<http://docplayer.es/21236110-Res-ag-37-7-del-28-10-82-la-asamblea-general.html>>. Acceso en 30 de octubre de 2018.
- ORGANIZACIÓN DE LA NACIONES UNIDAS (ONU). **Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro**. 13 de junio de 1992. Disponible en: <http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_S.PDF>. Acceso en 29 de octubre de 2018.
- SAND, Philippe. **Principles of international environmental law**. Vol I. Manchester University Press. Inglaterra, 1995.
- SCHWARZENBERGER, Georg, **The Inductive Approach to International Law**, Londres, 1965.

A ascensão dos partidos políticos de extrema direita na Europa: os possíveis reflexos desse fenômeno para União Europeia *

Fernanda Araujo Mota Santos¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregón²

Sumário: Introdução. **1.** Breve análise histórica da ascensão dos partidos de extrema direita na Europa; **2.** Fatores que contribuíram para a atual ascensão da extrema direita na Europa; **2.1.** a recessão econômica; **2.2.** a intensificação dos fluxos migratórios e a crise dos refugiados; **3.** As tendências ultranacionalistas, protecionistas e euroceticistas da extrema direita e suas possíveis consequências à União Europeia; 4. Panorama atual; - Considerações finais; - Referências.

Resumo: O presente estudo lança uma análise acerca do atual cenário político europeu, a fim de compreender as causas e consequências do fenômeno de ascensão dos partidos políticos de extrema direita no continente, principalmente no que diz respeito à coesão do bloco da União Europeia, para tanto, busca-se

* Recibido: 20 setiembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Acadêmica do curso de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. fernanda.mota96@gmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. mfqobregon@yahoo.com.br

compreender a relação entre a crise econômica global de 2008, bem como a crise dos refugiados e a crescente tendência ultranacionalista e euroceticista evidenciada em grande parte dos países europeus. Como base teórica, foram utilizados artigos científicos, teses, monografias, bem como notícias e informações advindas de renomados veículos de comunicação brasileiros e europeus, tal escolha se deu em virtude da dinamicidade do tema ora estudado.

Palavras-chave: Extrema direita; União Europeia; euroceticismo; ultranacionalismo; cenário político.

**The ascension of right extreme political parties in Europe:
the possible reflections of that phenomenon for a European
Union**

Abstract: The present study analyzes the current European political landscape in order to understand the causes and consequences of the phenomenon of the rise of the far right political parties in the continent, especially as regards the cohesion of the European Union bloc. , seeks to understand the relation between the global economic crisis of 2008, as well as the refugee crisis and the growing ultranationalist and euroscepticism tendency evident in most European countries. As a theoretical basis, scientific articles, theses, monographs, as well as news from renowned Brazilian and European media were used, this choice was made due to the dynamicity of the subject studied here.

Keywords: Extreme right; European Union; euroceticism; ultranationalism; political scenery.

INTRODUÇÃO

O presente estudo se atém ao fenômeno de ascensão da extrema direita europeia sob um viés contemporâneo, de modo a analisar as características fundamentais destas organizações políticas mais radicais, para assim mensurar as possíveis consequências ao bloco da União Europeia.

O primeiro capítulo se debruça a realizar uma análise história acerca do processo de ascensão da extrema direita ao Poder nos países europeus. Tal análise se inicia no período entre guerras, posteriormente ao pós-guerra, até chegar aos dias atuais, considerado por especialistas, como o auge da extrema direita desde o fim da Segunda Guerra Mundial.

Já no segundo capítulo, passo a análise dos principais fatores que contribuíram para a popularização dos ideais ultranacionalistas e eurocéticos no continente europeu, quais sejam, os reflexos da crise econômica global de 2008, bem como o intenso influxo migratório que a Europa vem suportando, denominada crise dos refugiados.

O terceiro capítulo, por sua vez, objetiva tecer algumas considerações conceituais sobre o bloco da União Europeia, bem como suas características e valores, para assim mensurar os possíveis impactos que as doutrinas eurocéticas e ultranacionalistas, amplamente apregoadas pela extrema direita, podem causar ao bloco.

Por fim, o quarto e último capítulo versa sobre o panorama político atual dos países da União Europeia, e o faz, com base na análise das últimas eleições havidas no continente. Panorama este que aponta para um considerável crescimento dos partidos políticos de extrema direita. Os países analisados foram: Holanda, Alemanha, Áustria, Hungria e França.

1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA ASCENSÃO DOS PARTIDOS DE EXTREMA DIREITA NA EUROPA.

No período entre guerras (1919 a 1939) emergiu na Europa a crença nos governos totalitários, frente às crises do liberalismo e do sistema capitalista. Concomitantemente, emergiam também os ideais socialistas e comunistas, bem como, o fortalecimento dos sindicatos e os movimentos de extrema-esquerda, a exemplo da revolução bolchevique (1917). Criando assim, um evidente antagonismo que se perpetuaria até o final do século XX.

Ante a descrença da sociedade pós Primeira Guerra Mundial, surge um terreno fértil para os ideais antiparlamentaristas, racistas e de extremo

nacionalismo, exteriorizados através de governos totalitaristas e populistas. Como é o caso do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães (Partido Nazista) na Alemanha, e o Partido Nacional Fascista na Itália. Contudo, se no início tais partidos eram tidos como marginalizados e buscavam ascender ao poder através de golpes e do uso da força, com o passar dos anos tiveram apoio crescente da classe média.

Ademais, com a acentuação das agitações operárias e o declínio da organização estatal vigente, os partidos de extrema direita se mostraram como uma alternativa capaz de combater a “ameaça vermelha” e restabelecer a ordem social, razão pela qual os detentores do capital passaram a financiar tais organizações de direita, o que por sua vez, propiciou que Hitler ascendesse ao poder na Alemanha, e Mussolini ascendesse ao Poder na Itália, ambos, por vias legais. Ou seja, o medo é o elemento fomentador da ascensão da extrema direita ao poder.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o surgimento de um mundo polarizado, a geopolítica da Europa passou por radicais mudanças, os ideais da extrema direita que outrora eclodiram o maior conflito da história, e deram margem às mais diversas atrocidades cometidas contra a humanidade, sucumbiram ao final da guerra e deram lugar a novos ideais, entretanto, importante destacar, que tal vertente política não desaparecera por completo, mesmo com o declínio do nazi-fascismo no pós-guerra³.

Por volta de 1980, observa-se novamente um latente amadurecimento dos ideais de extrema direita na Europa, a exemplo de países como a França, que após um período de recessão econômica fomentada pela crise do Petróleo de 1973, passou a reavaliar sua política de imigração e considerar o repatriamento como principal alternativa a elucidação de seus problemas sociais, cenário no qual o *Front National* (FN), liderado por Jean-Marie Le Pen, classificado como partido político de extrema-direita, nacionalista e conservador, atingiu um repentino *status* de força política consistente, bem como difundiu-se por todo território nacional francês, conquistando, assim, nas eleições de julho de 1984, 2 milhões de votos, sustentando slogans como “defesa da nação francesa contra invasão estrangeira”⁴ ou ainda “franceses antes de tudo”⁵.

³ BRANDALISE, Carla. **Europes des Patries: Histórico da Extrema Direita Européia**. Disponível em: <<http://132.248.9.34/hevila/CENAIInternacional/2005/vol7/no1/3.pdf> >. Acesso em: 09 set. 2018. p. 52.

⁴ Ibid., p. 70

⁵ Ibid., p. 70

Outros países europeus como Bélgica, Áustria e Itália, ainda que com suas particularidades resguardadas, também seguiram esta tendência, através da qual, os partidos de extrema-direita *Vlaams Blok*, *Freiheitliche Partei Österreichs* (FPO) e a *Allianza Nazionale* (antigo Movimento Social Italiano-Direita Nacional - MSI) respectivamente, mantinham suas bases lastreadas no conservadorismo, populismo, euroceticismo e no nacionalismo exacerbado. Com isso, adotaram um discurso xenófobo, que por sua vez, retratava o imigrante como novo inimigo da nação, e nesse sentido apregoava a formula “imigração/desemprego/insegurança”⁶.

Nessa perspectiva, aduz Brandalise:

A extrema-direita mostrou-se atenta e capaz de instrumentalizar tais tensões sociopolíticas em favor de seu futuro político. Em meio a distúrbios de representação política, quando o sistema em vigor não se mostrava apto a sustentar um bom funcionamento das instituições democráticas, ela [a extrema direita] revivia ressentimentos e ódios.⁷

Contudo, foi em 2017, que constatou-se, através do resultado das eleições de países europeus como França, Áustria, Alemanha e Holanda, o auge desse fenômeno. Nesse sentido, aduz Cas Mudde: “A extrema direita na Europa é hoje mais popular do que nunca, desde 1945”.⁸

Antes de se ater as possíveis consequências que a propagação do discurso da extrema direita pode vir a causar à sociedade contemporânea, principalmente no que tange ao bloco da União Europeia, importante compreender as causas que ensejaram este fenômeno.

2 FATORES QUE CONTRIBUÍRAM PARA A ATUAL ASCENSÃO DA EXTREMA DIREITA NA EUROPA.

Sabe-se que as plataformas políticas dos partidos de extrema direita se baseiam, inicialmente, no populismo, nacionalismo, euroceticismo, com considerável destaque aos discursos anti-imigração.

Diante disso, a fim de compreender o recente fenômeno de ascensão dos partidos de extrema-direita no continente europeu, o presente capítulo se debruça a analisar os principais fatores que fomentaram tal fenômeno, quais

⁶ Ibid., p. 65

⁷ BRANDALISE, Carla. **Europes des Patries: Histórico da Extrema Direita Européia**. Disponível em: < <http://132.248.9.34/hevila/CENAIInternacional/2005/vol7/no1/3.pdf> >. Acesso em: 09 set. 2018. p. 52.

⁸ AFP. Em 2017, o auge da extrema direita na Europa. **Carta Capital**. 30 dez. 2017. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/internacional/em-2017-o-auge-da-extrema-direita-na-europa> >. Acesso em: 09 set. 2018.

sejam: a recessão econômica europeia; e a crescente crise imigratória enfrentada pela Europa com a chegada de milhares de refugiados ao continente.

2.1 A recessão econômica

Em meados de 2015, o mundo passava por um período de estagnação econômica sem precedentes desde o fim da Segunda Guerra Mundial, em decorrência da crise econômica global que se iniciara em 2008. Um dos efeitos desta crise é o impacto causado na renda familiar dos indivíduos pertencentes às maiores economias do mundo.

Neste diapasão, aduzem as pesquisas realizadas pelo McKinsey Global Institute, vejamos:

Em 25 das maiores economias do mundo, a maior parte das famílias não melhorou de vida entre 2005 e 2014. O estudo, chamado “Mais pobres que os pais?”, constatou que entre 65% e 70% dos domicílios dos países analisados teve queda ou estagnação de sua renda no período. Entre 1983 e 2005 apenas 2% dos domicílios não teve aumento na renda.⁹

Entretanto, além dos evidentes impactos econômicos e financeiros gerados por esta estagnação, também são latentes os reflexos deste fenômeno na política, uma vez que a estagnação da renda mundial representa uma grave ameaça aos modelos de democracia e cooperação internacional. A falta de esperança e expectativas no porvir, alimentam um sistema pautado no medo, que em contrapartida, respondem às aflições populares com frases e *slogans* de efeito, porém extremamente simplórios, bem como, apregoando formulas nacionalistas e protecionistas, ou seja, postura típica da extrema direita.

De acordo com essa linha de raciocínio, assevera Zúquete:

Uma das forças motrizes da ideologia da extrema-direita é a ideia de *declínio*, seja da nação, ou, cada vez mais, da Europa. Num contexto em que existe a percepção de que os sinais irreversíveis da decadência” estão por todo o lado, os líderes de extrema-direita retratam os seus grupos como os últimos defensores” das suas comunidades perseguidas, cuja identidade cultural, autenticidade, e independência se encontram ameaçadas pelas forças nacionais e globais.¹⁰

⁹ CASTRO, José Roberto. Qual a relação entre a estagnação da renda e a ascensão de políticas nacionalistas na economia. *Nexo*. 31 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/31/Qual-a-rela%C3%A7%C3%A3o-entre-a-estagna%C3%A7%C3%A3o-da-renda-e-a-ascens%C3%A3o-de-pol%C3%ADticas-nacionalistas-na-economia>>. Acesso em: 09 set. 2018.

¹⁰ ZÚQUETE, José Pedro. *Novos tempos, novos ventos? A extrema-direita europeia e o Islão*. 2011. 25 f. Artigo. (ICS, Universidade de Lisboa) Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/aso/n201/n201a03.pdf>> Acesso em: 09 set. 2018. p. 672.

Além da crise de proporções globais que se iniciara em 2008, a União Europeia, em 2011, enfrentou um período de recessão econômica motivada por fatores internos, quais sejam: o endividamento público elevado, a exemplo dos PIIGS (Portugal, Irlanda, Itália, Grécia, Espanha), e conseqüentemente, a falta de coordenação política do bloco para resolver tais questões.

Outro fator de grande relevância que afeta a ordem econômica e social dos países europeus, deriva das transformações na estrutura econômica dos países desenvolvidos, através da qual fazem desaparecer gradualmente os empregos que exigem menor grau de instrução, o que acentua a distância entre o topo e a base da pirâmide social¹¹.

Dentre as conseqüências desta crise, é válido mencionar a escassez de crédito, a fuga de capitais investidores, o aumento do desemprego, a queda no PIB e o descontentamento popular com as políticas de austeridade impostas.

Contudo, as ações tomadas pela União Europeia, mais especificamente, França e Alemanha, para superarem tal crise econômica, dentre as quais destaca-se a definição de um pacto fiscal, o qual visava garantir o equilíbrio das contas públicas, sistema este, com a previsão de medidas sancionatórias aos países que desrespeitassem o pacto, bem como, a participação do FMI, surtiram efeitos positivos na economia, que atualmente é encarada com otimismo, pois aponta sinais de crescimento.

2.2 A intensificação dos fluxos migratórios e a crise dos refugiados

O intenso fluxo imigratório rumo ao continente europeu é um fenômeno progressivo, que se justifica por fatores como guerras civis e conflitos internos, a exemplo da Guerra da Síria, bem como em razão das condições miseráveis que alguns países emergentes vêm suportando, ou seja, trata-se de um elevado número de pessoas carentes de proteção internacional e migrantes econômicos, situação está denominada pela União Europeia como “crise migratória e de refugiados sem precedentes”¹².

¹¹ CHARLEAUX, João Paulo APUD POGGIO, Carlos Gustavo. Por que a extrema direita cresce no mundo, segundo este estudioso. *Nexo*. 29 set. 2017. Disponível em: < <https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2017/09/29/Por-que-a-extrema-direita-cresce-no-mundo-segundo-este-estudioso> >. Acesso em: 09 set. 2018.

¹² PIÇARRA, Nuno. **A União Europeia e “a crise migratória e de refugiados sem precedentes”**: crônica breve de uma ruptura do sistema europeu comum de asilo. 2015. 40 f. Artigo. (Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa). Disponível em: < <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v3n2/v3n2a01.pdf> >. Acesso em: 09 set. 2018.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados acredita que em 2014, um total de 280 mil¹³ imigrantes desembarcou na costa europeia, principalmente pela Itália e Grécia, através de arriscadas travessias pelo Mar Mediterrâneo. Já em 2015 contabiliza-se que mais de um milhão de imigrantes¹⁴ adentram ao continente europeu. Atualmente, contabiliza-se que ao todo, mais de 3,2 milhões de refugiados solicitam a proteção internacional da União Europeia desde 2015.¹⁵

Diante do fluxo imigratório desenfreado e seus possíveis reflexos sociais e econômicos para os países que recebem estes imigrantes, os governos têm adotado posturas diversas. A Alemanha, inicialmente, abriu suas fronteiras aos refugiados, ocasião na qual recebeu cerca de 890 mil de solicitações de refúgio¹⁶, o que rendeu a Chanceler Angela Merkel, duras críticas quanto a sua política de imigração.

Em contrapartida à posição adotada pela Alemanha, países como Áustria, República Tcheca, Eslováquia, Hungria e Eslovênia adotaram controles mais rígidos de suas fronteiras, sendo que os dois últimos chegaram a erguer barreiras físicas para impedir a entrada de imigrantes ilegais em seus territórios, em descompasso com o acordo de Schengen, que por sua vez, permite a livre circulação de pessoas no território dos países signatários.

Além disso, a política anti-imigrante adotada por Viktor Orban, primeiro ministro da Hungria, implementada desde 2015, já sofrera diversas críticas por parte da União Europeia, que recentemente impetrou um recurso perante seu Tribunal de Justiça com intuito de impugnar a legislação húngara no que se refere ao procedimento de asilo e acolhimento de imigrantes.

Posição esta adotada, que viola uma série de obrigações previstas na *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*¹⁷, bem como prejudica o plano de distribuição de solicitações de asilos pela Europa, com a finalidade

¹³ AFP. Conheça os principais episódios da crise migratória na Europa. **G1**. 24 jun. 2018. Disponível em: < <https://g1.globo.com/mundo/noticia/conheca-os-principais-episodios-da-crise-migratoria-na-europa.ghtml> >. Acesso em 09 set. 2018.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ União Europeia. **A União Europeia, o que é e o que faz?** Luxemburgo, Serviço das Publicações da União Europeia. Disponível em: < <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/715cfcc8-fa70-11e7-b8f5-01aa75ed71a1>>. Acesso em: 09 set. 2018, p. 13.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ DUCOURTIEUX, Cécile. La Commission européenne met en cause la politique antimigrants de la Hongrie. *Le Monde*. 20 jun. 2018. Disponível em: < https://www.lemonde.fr/europe/article/2018/07/20/la-commission-europeenne-met-en-cause-la-politique-antimigrants-de-la-hongrie_5334032_3214.html >. Acesso em: 09 set. 2018.

de amenizar a situação de países como Itália e Grécia. Apesar de radicais, as medidas do primeiro ministro húngaro encontram aceitação perante a opinião pública.

Inclusive, por toda Europa é possível identificar uma intensa oposição por parte dos cidadãos europeus em relação a constante entrada de imigrantes no continente, o que se demonstra através de exemplos notórios, como o protesto de grupos de extrema direita em Chemnitz, Alemanha, contra a política de migração do país, razão pela qual responsabilizam a chanceler Angela Merkel por crimes cometidos por estrangeiros na Alemanha, visto que concedeu asilo para mais de um milhão de refugiados¹⁸. Tal tensão fomentada tem garantido bons resultados ao AfD (Alternativa para a Alemanha), partido de extrema direita Alemão que vem ganhando destaque no cenário político atual.

Ou seja, é diante deste cenário preocupante que a extrema-direita vem ganhando popularidade ao propor políticas imigratórias mais rígidas ou até mesmo intolerantes à imigração em massa, ecoando para tanto, antigos discursos nacionalistas, que exaltam a supremacia europeia e a “preferência nacional”¹⁹. Com isso, almejam erguer-se propondo um projeto cuja base está fixada em um novo pacto solidária que gravita em torno da nação e do nacionalismo, tudo isso, em detrimento dos sistemas políticos tradicionais, representado pelos partidos políticos mais moderados.

Nesse sentido, pontua Brandalise:

Não existe, efetivamente, um fator único de explicação para o intermitente sucesso da extrema direita. Talvez, no entanto, o “medo” possa sintetizar a questão fundamental que congrega seu público base.²⁰

Mas ao contrário do que se presume, o fenômeno da imigração em massa é um antigo impasse na política europeia, que teve seu primórdio no pós Segunda Guerra Mundial, período de reconstrução e desenvolvimento na economia europeia, no qual os países europeus faziam largo uso de mão de obra imigrante, contudo, foi apenas em 1973²¹, com a crise econômica do petróleo e as consequências advindas desta crise, que os governos passaram

¹⁸Polícia encerra protesto de extrema direita anti-imigração no leste da Alemanha. G1. 01 set. 2018. Disponível em: < <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/01/manifestantes-pro-e-contra-estrangeiros-protestam-no-leste-da-alemanha.ghtml>>. Acesso em: 09 set. 2018.

¹⁹ BRANDALISE, Carla. **Europes des Patries: Histórico da Extrema Direita Européia**. Disponível em: <<http://132.248.9.34/hevila/CENAIInternacional/2005/vol7/no1/3.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018. p. 53

²⁰ Ibid. p. 24.

²¹ Ibid., p. 20.

a reavaliar suas políticas de imigração, no sentido de impulsionar o retorno dos imigrantes aos seus países de origem.

Outra característica fundamental ostentada pela extrema direita europeia e o sentimento anti-muçulmano, gravado na expressão “islamofobia”, que segundo CAMUS “assinalou a emergência do Islão como o novo inimigo no imaginário da extrema-direita”²², uma vez que, na ideologia dos grupos radicais tal ameaça surge ante a incompatibilidade do Islã com a cultura europeia. Situação esta, que ao fim, cominaria no “espectro de uma Europa mulçumana”²³.

Contudo, as posições reacionárias e xenófobas prosperam na Europa em razão de um importante fator: o processo de transição demográfica dos países desenvolvidos, qual seja, a combinação da baixa taxa de natalidade, em contra partida ao alto índice de imigração. Aos poucos, tal processo tende a transformar “maiorias”, no caso, cidadãos europeus, em “minorias” e vice-versa, o que gera o sentimento de perda de laços identitários de ordem nacional e cultural, ou seja, tem-se assim, um fértil terreno para conceber o estrangeiro como um inimigo.

Para melhor ilustrar esta questão, aponta-se o seguinte entendimento de Griffen, ex-líder do Partido Nacional Britânico:

O que está em causa é a sobrevivência da Europa, por causa da imigração massiva ininterrupta e da elevada taxa de nascimento dos muçulmanos, aliada à nossa taxa suicidamente baixa.²⁴

Por fim, destaca-se que diante de todo impacto que a imigração em massa tem ocasionado ao continente europeu, a União Europeia enfrenta um grande desafio ao tentar amenizar os efeitos desta crise, com base essencialmente, no princípio da solidariedade entre os estados-membros. Ou seja, na contramão da crescente tendência nacionalista, xenófoba e euroceticista impulsionada pelos movimentos e partidos de extrema-direita.

3 AS TENDÊNCIAS ULTRANACIONALISTAS, PROTECIONISTAS E EUROCETICISTAS DA EXTREMA DIREITA E SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS À UNIÃO

²² CAMUS. Jean. Yves. Apud. ZÚQUETE, José Pedro. **Novos tempos, novos ventos? A extrema-direita europeia e o Islão**. 2011. 25 f. Artigo. (ICS, Universidade de Lisboa) Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/aso/n201/n201a03.pdf> > Acesso em: 09 set. 2018. p. 654.

²³ ZÚQUETE, José Pedro. **Novos tempos, novos ventos? A extrema-direita europeia e o Islão**. 2011. 25 f. Artigo. (ICS, Universidade de Lisboa) Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/aso/n201/n201a03.pdf> > Acesso em: 09 set. 2018. P. 654.

²⁴ Ibid., p. 672.

EUROPEIA.

Antes de adentrar ao tema central do presente estudo, necessário se faz tecer algumas considerações conceituais acerca da União Europeia, tendo em vista que o presente artigo busca mensurar os impactos que o fenômeno da ascensão da extrema-direita pode causar ao sistema comunitário e econômico de integração de maior destaque no mundo contemporâneo.

A União Europeia consiste em um bloco, composto por 28 estados-membros²⁵ (países soberanos), cuja principal característica é a interação econômica, monetária e política, constituindo assim, um exitoso modelo de sistema de integração regional, por meio do qual, seus membros coordenam políticas econômicas entre si, a fim de constituir um mercado único. Ou seja, é evidente o pacto de cooperação existente nesta organização.

Mas para que tal sistema de integração regional tenha obtido êxito, os estados-membros, apesar de soberanos, congregaram parte de sua soberania, em determinadas matérias e questões, dentre as quais faz-se necessário a cooperação e o trabalho mútuo, de tal modo que, na prática delegam parte de seu poder decisório as instituições comuns do bloco, visando assegurar que decisões de interesse comum sejam tomadas democraticamente. Dentre essas instituições, destaca-se o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu e a Comissão Europeia.²⁶

Passando a analisar um viés histórico, a União Europeia foi idealizada num contexto pós Segunda Guerra Mundial, com a pretensão de tornar os países interdependentes e superar desavenças outrora havidas.

Inicialmente o Tratado de Paris deu origem à comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Ceca). Posteriormente, em 1957²⁷, foi assinado o Tratado de Roma, instaurando o mercado comum entre os países signatários, criando assim, a Comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atômica. Com a evolução do bloco novas instituições foram criadas, mas em 1992²⁸ o Tratado de Maastricht fundou a União Europeia nos moldes atualmente conhecidos.

²⁵ União Europeia. **A União Europeia, o que é e o que faz?** Luxemburgo, Serviço das Publicações da União Europeia. Disponível em: < <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/715cfcc8-fa70-11e7-b8f5-01aa75ed71a1>>. Acesso em: 09 set. 2018, p. 8.

²⁶ Ibid.

²⁷ União Europeia. Disponível em: < https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_pt> . Acesso em: 09 set. 2018.

²⁸ União Europeia. Disponível em: < https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_pt> . Acesso em: 09 set. 2018.

Nesse sentido, esclarece a União Europeia em seu sítio oficial:

O que começou por ser uma união meramente económica [sic] evoluiu para uma organização com uma vasta gama de [domínios de intervenção](#), desde o clima, o ambiente e a saúde até às relações externas e a segurança, passando pela justiça e a migração.²⁹

Assim emergiu o sistema de integração regional, cujos pilares, fixados no Tratado de Lisboa e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, dizem respeito aos valores da Dignidade humana, da liberdade, da democracia e dos Direitos Humanos. Ademais, dentre os objetivos da União Europeia, válido destacar: o favorecimento “do desenvolvimento sustentável, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, uma economia de mercado altamente competitiva, com pleno emprego e progresso social, e a proteção do ambiente”³⁰, bem como “reforçar a coesão económica, social e territorial e a solidariedade entre os países da UE”.³¹ A própria coesão territorial europeia já pressupõe um pacto solidário entre os estados-membros:

A coesão territorial corresponde à ideia de uma solidariedade que se exprime entre os territórios da União Europeia através da implantação da política regional que visa à diminuição das disparidades, diferenças e de desequilíbrios entre os Estados e as regiões europeias a fim de permitir a realização do mercado interno e a melhoria da qualidade de vida de todos os cidadãos europeus.³²

Entretanto, apesar de todos os avanços econômicos, políticos e sociais alcançados num contexto da União Europeia, atualmente, diante de questões como a recessão econômica de 2008, acompanhada pelas políticas de austeridade, somado ainda ao aumento nos índices de desemprego, bem como à crise migratória, paira um sentimento de insatisfação com sistema de integração regional europeu. Sentimento este, que fomenta o questionamento dos governos, bem como da opinião pública acerca da permanência no bloco. Tal fenômeno consiste no euroceticismo.

Talvez o exemplo mais notório da insatisfação com o bloco da União Europeia, seja dos britânicos, que por meio de um referendo, realizado em

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² ELISSALDE, Bernard; SANTAMARIA, Frédéric. Apud. RÜCKERT, Aldomar A.; ALBANUS, Adriana Pilar F. **A política de coesão territorial da União Europeia: tendências recentes em cenário de crise e desemprego**. 2016. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/confins/11098>> . Acesso em 09 set. 2018.

23 de junho de 2016³³, votaram pela saída do Reino Unido da União Europeia, processo este de retirada denominado Brexit.

O Euroceticismo, hoje difundido pela Europa, surgiu em meados dos anos 80 no Reino Unido, e representa a desconfiança e a descrença em relação ao projeto de integração da União Europeia. Não se trata de um fenômeno homogêneo, pode ser observado em duas modalidades, ou seja, há os que se opõem ao atual modelo de integração europeia, e propõem profundas mudanças nesse sentido, e há também, posições mais radicais, totalmente céticas em relação à integração.

Destarte, o euroceticismo não é uma doutrina política exclusiva da extrema direita, até por que também é amplamente difundida nos ideais da extrema esquerda europeia, mas tem sido uma marcante característica aliada às organizações políticas mais radicais, por meio da qual, conseguem atrair um notório eleitorado.

Nessa sequência, trago a elucidativa passagem de Ivars:

No fundo, o euroceticismo é apenas uma das várias formas de populismo. Nem todos os partidos populistas radicais são eurocéticos, contudo, a ideologia mais radical está frequentemente associada a posições mais antieuropeístas.³⁴

Ademais, não é apenas o ideal euroceticista, reforçado pela extrema-direita, que põe em cheque a estabilidade da União Europeia, pois as tendências nacionalistas e protecionistas embutidas em grande parte dessas organizações políticas populistas, também vão de encontro aos objetivos do bloco, principalmente os que dizem respeito à coesão econômica, social e territorial, bem como a solidariedade entre os países membros, e o respeito à diversidade cultural presente na União Europeia.

O nacionalismo exacerbado, por sua vez, lastreado na exaltação étnica nacional, afasta um importante elemento de legitimação da União Europeia, a construção de uma identidade europeia, concepção esta relacionada

³³ IADOLI, Rafael. Como uma decisão da Justiça impõe obstáculos ao Brexit. **Nexo**. 04 nov 2016. Disponível em: < <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/11/04/Como-uma-decis%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a-imp%C3%B5e-obst%C3%A1culos-ao-Brexit>>. Acesso em 09 set. 2018.

³⁴ COLLIGNON; SERRANO; ROODUIJN; HOOGHE apud IVARS, Jose Luis Figueira de Souza Ferreira. **O Impacto das Determinantes Econômicas e Sociais na Percentagem de Voto Obtida pelos Partidos Populistas Radicais**. 2017. 74f. Dissertação de Mestrado (Universidade do Minho). Disponível em: < <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/49513/1/Jos%C3%A9%20Lu%C3%ADs%20Figueira%20de%20Sousa%20Ferreira%20Ivars.pdf>> . Acesso em: 09 set. 2018. p. 6.

intrinsecamente com o senso de pertencimento³⁵ entre a população europeia, no sentido de compartilharem mesmos valores, direitos e instituições.

No mais, a inclinação protecionista observada em boa parte das organizações políticas de extrema direita diverge da dinâmica do mercado comum proposta pelo bloco, cujos pilares estão fixados na livre concorrência, na integração capitalista europeia, bem como na matriz neoliberal. Ou seja, é crucial para o bom desempenho econômico do bloco, que os estados-membros coordenem políticas econômicas entre si, considerando para tanto, a capacidade produtiva de cada um.

Ante o processo de saída do Reino Unido do bloco, bem como a dissonância havida entre o discurso eurocético e ultranacionalista que cada vez mais se populariza na Europa, em detrimento à estável continuidade da União Europeia, França e Alemanha, atualmente as maiores forças econômicas e políticas do bloco, laçam um projeto de refundação, por meio do qual anseiam a recuperação do bloco, a fim de evitar que outros estados-membros sigam o exemplo do Reino Unido, e deixem a União Europeia, pois isto representaria a sucumbência de um exitoso sistema de integração regional.

4. BREVE ANÁLISE DO PANORAMA ATUAL

Por fim, não obstante, com intuito de contextualizar o que já fora anteriormente exposto, necessário se faz tecer uma breve análise sobre o panorama político atual da Europa, levando em consideração para tanto, os resultados eleitorais mais recentes.

O fenômeno de ascensão da extrema direita no continente europeu não é homogêneo, pois se dá de forma mais evidente em determinados países, a exemplo da Hungria, enquanto em outros, o discurso e a aceitação dos grupos mais radicais de direita no cenário político é quase irrisória, caso de Espanha e Portugal³⁶.

Ademais, sabe-se que as próprias organizações políticas de extrema direita não são homogêneas, pois guardam consideráveis variações entre si, muitas vezes, em razão dos diferentes contextos históricos, sociais e culturais nos

³⁵ SOARES, Ana Carolina Campera de Rezende. **O Euroceticismo Contemporâneo e suas implicações para a União Europeia**. 2017. Disponível em: <<https://pucminasconjuntura.wordpress.com/2017/05/15/o-euroceticismo-contemporaneo-e-suas-implicacoes-para-a-uniao-europeia/>>. Acesso em: 09 set. 2018.

³⁶ LÖWY, Michael. Dez teses sobre a ascensão da extrema direita europeia. **Folha de São Paulo**. 15 jun 2014. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2014/06/1469890-dez-teses-sobre-a-ascensao-da-extrema-direita-europeia.shtml>>. Acesso em: 09 set 2018.

quais os países europeus estão inseridos, apesar disso, existem determinadas características compartilhadas por boa parte da extrema direita contemporânea: o ultranacionalismo e a xenofobia.

Passando a análise do caso concreto, tem-se inicialmente as eleições holandesas realizadas em 15 de março de 2017, marcadas pelo protagonismo de três partidos políticos, o Partido Popular pela Liberdade e Democracia (VVD), o Partido para a Liberdade (PVV), e o Apelo Democrata Cristão (CDA), dentre os quais, o PVV representado pela figura do ultranacionalista Geert Wilders, cujas principais propostas consistiam em deixar a União Europeia, bem como fechar as fronteiras de seu país, alcançou 13,1%³⁷ dos votos, ficando atrás somente do VDD com 21,3% dos votos.

Na Alemanha a chanceler Angela Merkel caminha para seu quarto mandato consecutivo, todavia, pela primeira vez desde o pós-guerra um partido ideologicamente de extrema direita conseguiu adentrar a Câmara Baixa, ao receber 12,6%³⁸ dos votos nas eleições alemãs de setembro de 2017. Trata-se do Afd (Alternativa para a Alemanha), um partido eurocético, populista, ultranacionalista, e por consequência, anti-imigração, que teve um aumento significativo em sua popularidade a partir de 2015, à medida que influxo de refugiados na Alemanha aumentou.

Na Áustria, o já mencionado FPÖ, obteve seu resultado mais satisfatório em décadas, no qual recebeu 26% dos votos e governará num acordo de coalizão juntamente com os conservadores. Já na Hungria, o ultranacionalista Viktor Orbán foi reeleito ao seu terceiro mandato consecutivo como primeiro ministro, com destaque a sua postura antibloco e anti-imigração, por meio da qual promoveu o fechamento das fronteiras húngaras alegando assim, preservar valores cristãos e nacionais.

Outro exemplo notório é o caso da França, uma vez que o Frente Nacional (FN) conseguiu chegar ao segundo turno das eleições presidenciais de 2017. Com a retirada do Reino Unido do bloco, França e Alemanha representam as maiores economias, e também, os maiores impulsionadores da União Europeia, contudo a candidata à presidência Marine Le Pen, filha e sucessora do controverso Jean-Marie Le Pen (fundador do frente nacional), tinha como

³⁷ SOARES, Ana Carolina Campera de Rezende. **O Euroceticismo Contemporâneo e suas implicações para a União Europeia**. 2017. Disponível em: < <https://pucminasconjuntura.wordpress.com/2017/05/15/o-euroceticismo-contemporaneo-e-suas-implicacoes-para-a-uniao-europeia/>>. Acesso em: 09 set. 2018.

³⁸ CHARLEAUX, João Paulo. Qual o tamanho e os contornos da extrema direita alemã. **Nexo**. 23 abr 2017. Disponível em: < <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/09/09/Qual-o-tamanho-e-os-contornos-da-extrema-direita-alem%C3%A3>>. Acesso em: 09 set 2018.

principais propostas de campanha a retirada da França da zona do euro, adotando para tanto, o franco como moeda oficial do país, além convocar um referendo para avaliar a permanência da França no bloco da União Europeia.³⁹

O discurso ultranacionalista de Le Pen gira em torno da restauração da identidade francesa, contra a imigração e o multiculturalismo. Foi assim que o Frente Nacional conquistou nas eleições regionais de 2015, 28% dos votos, e sua líder Marine Le Pen obteve a surpreendente porcentagem de 34%⁴⁰ dos votos no segundo turno das eleições presidenciais francesas, ao final derrotada por Emmanuel Macron.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É nítido que Europa vivência um momento crucial em sua política interna. A ascensão da extrema direita no continente, não é um fenômeno isolado, pois pode ser observado simultaneamente em diferentes partes do mundo. As causas que fomentaram tal fenômeno também não podem ser reduzidas a formulas simplórias, pois refletem problemáticas antigas e também contemporâneas a serem enfrentadas pelos países europeus. Ou seja, acredita-se que contribuem para este fenômeno desde as raízes históricas, afixadas no ultranacionalismo, no populismo e autoritarismo, bem como os fatores econômicos, desencadeados pelas repercussões da crise econômica global de 2008, e ainda, a crise migratória, caracterizada pelo ávido influxo migratório rumo ao continente europeu.

É neste conturbado cenário que a extrema direita emerge, mas para tanto, lança mão de seu mais eficaz propulsor: o medo. É medo do desemprego, da insegurança, da perda identitária, que fomentam os discursos ultranacionalismo e euroceticistas. E estes, por sua vez, provocam um enorme desequilíbrio ao sistema de integração regional pautado no ideal de cooperação e solidariedade entre seus membros.

Conclui-se que estas novas tendências laçam um importante desafio a conservação da União Europeia nos moldes em que foi proposta no Tratado de Maastricht, mas, além disso, também desafiam os modelos de sociedades

³⁹ CHARLEAUX, João Paulo. Quais as conclusões sobre o resultado do 1º turno da eleição francesa. **Nexo**. 23 abr 2017. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/04/23/Quais-as-conclus%C3%B5es-sobre-o-resultado-do-1%C2%BA-turno-da-elei%C3%A7%C3%A3o-francesa>>. Acesso em: 09 set 2018.

⁴⁰ PIMENTEL, Matheus. Quais as vitórias e derrotas recentes da extrema direita na Europa. **Nexo**. 10 abr 2018. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2018/04/10/Quais-as-vit%C3%B3rias-e-derrotas-recentes-da-extrema-direita-na-Europa>>. Acesso em: 09 set 2018.

democráticas e liberais contemporâneas. Por fim, também impulsionam a uma profunda reflexão acerca dos Direitos Humanos, em tempos em que se propaga o ódio como ferramenta política para ascender ao Poder.

Referências

- AFP. Em 2017, o auge da extrema direita na Europa. **Carta Capital**. 30 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/internacional/em-2017-o-auge-da-extrema-direita-na-europa>>. Acesso em: 09 set. 2018.
- AFP. Conheça os principais episódios da crise migratória na Europa. **G1**. 24 jun. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/conheca-os-principais-episodios-da-crise-migratoria-na-europa.ghtml>>. Acesso em 09 set. 2018.
- BRANDALISE, Carla. **Europes des Patries: Histórico da Extrema Direita Européia**. Disponível em: <<http://132.248.9.34/hevila/CENAIInternacional/2005/vol7/no1/3.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.
- CASTRO, José Roberto. Qual a relação entre a estagnação da renda e a ascensão de políticas nacionalistas na economia. **Nexo**. 31 jul. 2016. . Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/31/Qual-a-rela%C3%A7%C3%A3o-entre-a-estagna%C3%A7%C3%A3o-da-renda-e-a-ascens%C3%A3o-de-pol%C3%ADticas-nacionalistas-na-economia>>. Acesso em: 09 set. 2018.
- CHARLEAUX, João Paulo. Por que a extrema direita cresce no mundo, segundo este estudioso. **Nexo**. 29 set. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2017/09/29/Por-que-a-extrema-direita-cresce-no-mundo-segundo-este-estudioso>>. Acesso em: 09 set. 2018.
- CHARLEAUX, João Paulo. Quais as conclusões sobre o resultado do 1º turno da eleição francesa. **Nexo**. 23 abr 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/04/23/Quais-as-conclus%C3%B5es-sobre-o-resultado-do-1%C2%BA-turno-da-elei%C3%A7%C3%A3o-francesa>>. Acesso em: 09 set 2018.
- CHARLEAUX, João Paulo. Como Alemanha e França tentam refundar a União Europeia. **Nexo**. 23 abr 2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/04/23/Como-Alemanha-e-Fran%C3%A7a-tentam-refundar-a-Uni%C3%A3o-Europeia>>. Acesso em: 09 set 2018.

- CHARLEAUX, João Paulo. Qual o tamanho e os contornos da extrema direita alemã. **Nexo**. 23 abr 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/09/09/Qual-o-tamanho-e-os-contornos-da-extrema-direita-alem%C3%A3>>. Acesso em: 09 set 2018.
- DUCOURTIEUX, Cécile. La Commission européenne met en cause la politique antimigrants de la Hongrie. **Le Monde**. 20 jun. 2018. Disponível em: <https://www.lemonde.fr/europe/article/2018/07/20/la-commission-europeenne-met-en-cause-la-politique-antimigrants-de-la-hongrie_5334032_3214.html>. Acesso em: 09 set. 2018.
- HOBSBAWM, Eric J. **A era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- IADOLI, Rafael. Como uma decisão da Justiça impõe obstáculos ao Brexit. **Nexo**. 04 nov 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/11/04/Como-uma-decis%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a-imp%C3%B5e-obst%C3%A1culos-ao-Brexit>>. Acesso em 09 set 2018.
- IADOLI, Rafael. União Europeia: o maior projeto de integração regional em seus piores momentos. **Nexo**. 03 mar 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2017/03/03/Uni%C3%A3o-Europeia-o-maior-projeto-de-integra%C3%A7%C3%A3o-regional-em-seus-piores-momentos>>. Acesso em 09 set 2018.
- IVARS, Jose Luis Figueira de Souza Ferreira. **O Impacto das Determinantes Económicas e Sociais na Percentagem de Voto Obtida pelos Partidos Populistas Radicais**. 2017. 74f. Dissertação de Mestrado (Universidade do Minho). Disponível em: <<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/49513/1/Jos%C3%A9%20Lu%C3%ADs%20Figueira%20de%20Sousa%20Ferreira%20Ivars.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.
- LÖWY, Michael. Dez teses sobre a ascensão da extrema direita europeia. **Folha de São Paulo**. 15 jun 2014. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2014/06/1469890-dez-teses-sobre-a-ascensao-da-extrema-direita-europeia.shtml>>. Acesso em: 09 set 2018.
- PIÇARRA, Nuno. **A União Europeia e “a crise migratória e de refugiados sem precedentes”**: crônica breve de uma ruptura do sistema europeu comum de asilo. 2015. 40 f. Artigo. (Faculdade de

Direito da Universidade Nova de Lisboa). Disponível em: <
<http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v3n2/v3n2a01.pdf> >. Acesso em:
09 set. 2018.

PIMENTEL, Matheus. Quais as vitórias e derrotas recentes da extrema direita na Europa. Nexo. 10 abr 2018. Disponível em:
<<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/04/10/Quais-as-vit%C3%B3rias-e-derrotas-recentes-da-extrema-direita-na-Europa>>. Acesso em: 09 set 2018.

RÜCKERT, Aldomar A.; ALBANUS, Adriana Pilar F. **A política de coesão territorial da União Europeia: tendências recentes em cenário de crise e desemprego.** 2016. Disponível em: <
<https://journals.openedition.org/confins/11098>> . Acesso em 09 set. 2018.

SOARES, Ana Carolina Campera de Rezende. **O Euroceticismo Contemporâneo e suas implicações para a União Europeia.** 2017. Disponível em: <
<https://pucminasconjuntura.wordpress.com/2017/05/15/o-euroceticismo-contemporaneo-e-suas-implicacoes-para-a-uniao-europeia/>>. Acesso em: 09 set. 2018

UNIÃO EUROPEIA. **A União Europeia, o que é e o que faz?** Luxemburgo, Serviço das Publicações da União Europeia. Disponível em: < <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/715cfcc8-fa70-11e7-b8f5-01aa75ed71a1>>. Acesso em: 09 set. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: < https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_pt> . Acesso em: 09 set. 2018.

ZÚQUETE, José Pedro. **Novos tempos, novos ventos? A extrema-direita europeia e o Islão.** 2011. 25 f. Artigo. (ICS, Universidade de Lisboa) Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/aso/n201/n201a03.pdf>> Acesso em: 09 set. 2018.

**A crise dos refugiados na Europa:
uma análise da aptidão do direito em contribuir com a recepção e
inserção social dos refugiados, assim como de sua dependência em
relação à vontade política ***

Matheus de Abreu Acerbi¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. **1** A crise dos refugiados na Europa. **1.1** Motivos da crise dos refugiados na Europa. **1.2** Problemas relacionados. **2** Análise das disposições normativas relacionadas à temática do direito dos refugiados. **2.1** Da condição de “refugiado” e dos direitos decorrentes do mesmo. **2.2** Da dignidade humana dos refugiados. **2.3** Da dependência do direito dos refugiados em relação à vontade política dos governantes. **3** Casos de destaque. **3.1** Alemanha. **3.2** Áustria. **3.3** Itália. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O escopo do presente trabalho diz respeito à elucidação do contexto de crise em várias nações do território europeu em decorrência da chegada massiva de refugiados em tais

* Recibido: 20 setiembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória.
matheusacerbi@hotmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória- FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontífice Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória-FDV, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória- FDV.
mfqobregon@yahoo.com.br

localidades, abordando desde o conjunto normativo internacional favorável à defesa desses refugiados, até a dependência desses, quanto à sua efetivação, em relação à vontade política dos governantes europeus. Nesse sentido, faz-se uso do disposto na Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados”, de 1951, assim como do conteúdo de obras produzidas por autores como Luiz Antônio Rizzatto Nunes e Ingo Wolfgang Sarlet, objetivando a explicitação dos direitos dos refugiados. Ao final, realiza-se explanação das objeções políticas à consolidação prática desses direitos, utilizando-se ainda de situações exemplificativas de realce.

Palavras-chave: Crise dos refugiados na Europa; Conjunto normativo internacional de defesa dos refugiados; Dependência em relação à vontade política dos governantes; casos exemplificativos.

Abstract: The scope of the present work concerns the elucidation of the crisis context in several nations of the European territory as a result of the massive arrival of refugees in these localities, ranging from the international normative set favorable to the defense of these refugees, to their dependence on their the political will of the European rulers. In this sense, use is made of the provisions of the 1951 United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, as well as the content of works produced by authors such as Luiz Antônio Rizzatto Nunes and Ingo Wolfgang Sarlet, with a view to explaining the rights of refugees . In the end, an explanation of the political objections is made to the practical consolidation of these rights, using exemplary situations of enhancement.

Keywords: Crisis of refugees in Europe; International normative set of refugee defense; Dependence on the political will of the rulers; examples.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo a realização de explanação da atual situação de crise pela qual passam determinadas nações do continente europeu, nessa última década, em decorrência da chegada, em massa, de refugiados, sobretudo sírios ou cidadãos de países do norte africano.

Nesse contexto, inicialmente, realizar-se-á análise geral do cenário envolvido na crise supracitada, com a utilização de dados numéricos que facilitam a compreensão da mesma, bem como com a realização de observações superficiais acerca das causas e consequências (do ponto de vista das discussões jurídicas suscitadas) do fenômeno em questão.

Dando continuidade, serão debatidas, de forma mais aprofundada em relação às observações citadas no parágrafo anterior, as razões pelas quais são realizados esses movimentos migratórios em direção ao continente europeu, assim como os problemas diretamente relacionados aos mesmos, tanto para os indivíduos realizadores dessa jornada à Europa, quanto para os países destinatários.

Já em outro tópico, apresentar-se-ão as disposições normativas envolvidas na temática dos direitos dos refugiados, com destaque para a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados”, de 1951, e realizar-se-á debate referente à dependência dos mesmos, quanto à sua aplicação na prática, em relação à vontade política de governantes europeus.

Por fim, serão averiguados determinados casos exemplificativos de países europeus cuja situação envolvendo a chegada de refugiados ganhou destaque no contexto de crise internacional, de forma a melhor elucidar a crise dos refugiados na Europa na prática.

Ao primeiro capítulo do presente trabalho, abordar-se-á os motivos da crise dos refugiados da Europa, mencionando as causas geradoras dos movimentos migratórios destinados ao continente europeu causadores da mesma, assim como ressaltando as dificuldades de assimilação desse grande contingente de refugiados pelas nações às quais eles se destinam.

Além disso, far-se-á também no primeiro capítulo, mas no tópico 1.2, análise dos problemas que surgem como consequência dos movimentos migratórios citados no tópico anterior, com destaque para as mortes durante a travessia, o fortalecimento de ideais xenófobos e as ameaças de terrorismo.

Ao segundo capítulo, por sua vez, será realizada uma discussão relativa as disposições normativas relacionadas à temática dos direitos dos refugiados, apontando, inclusive, os requisitos para o preenchimento dos pressupostos vinculados à condição de refugiado, assim como ressaltando a importância de se atentar para a preservação de sua dignidade e indicando a dependência dos mesmos em relação à vontade política dos governantes europeus.

Dando continuidade, já no capítulo 3 deste artigo serão trazidos casos de destaque que vêm a auxiliar na elucidação da crise dos refugiados em determinadas nações específicas e de destaque no continente europeu, quais sejam a Alemanha, a Áustria, e a Itália.

Por fim, ao capítulo 4, realizar-se-ão as considerações finais acerca da atual situação da crise já citada e dos indivíduos e nações relacionadas a esse cenário.

1. A CRISE DOS REFUGIADOS NA EUROPA

O segundo decênio do século XXI tem sido marcado por um fenômeno de cunho, predominantemente, sócio-político, de grande impacto na sociedade europeia, qual seja, uma onda de migrações irregulares de povos muçulmanos para o continente europeu, impulsionados por motivos diversos conforme será explicitado no tópico seguinte desse artigo.

Levando-se em consideração dados fornecidos pela Organização Internacional de Migração (OIM), quase 51 mil migrantes irregulares entraram na Europa pelo mar até a data de 15 de julho do presente ano, número esse que, embora alto, representa uma redução em relação ao que se viu nos mesmos períodos de anos anteriores, já que, em 2017, essa quantia alcançou um total de quase 110 mil pessoas, enquanto que, em 2016, tal número quase alcançou o cômputo de 242 mil migrantes irregulares.³

Em tal contexto, impelidos pelo sonho de obter condições dignas de vida, deixando para trás problemas como guerras, conflitos internos, perseguições políticas e violações de direitos (em especial dos chamados “direitos fundamentais da pessoa humana”, quais sejam àqueles inerentes à dignidade e à sadia qualidade de vida), tais povos supracitados arriscam-se em travessias marítimas de alto risco (através de diferentes rotas, conforme será explicitado mais adiante) em prol do alcance do território europeu.

Entretanto, mesmo para aqueles que conseguem superar os riscos do trajeto, as dificuldades não se findam, isso porque, já no continente europeu, têm de

³ Disponível em: <https://nacoesunidas.org/espanha-supera-italia-e-grecia-e-se-torna-principal-entrada-de-migrantes-pelo-mediterraneo/> Acesso em 27/08/18

atravessar determinados países em busca do alcance de seu destino final, que diz respeito aos países com economia próspera e melhor qualidade de vida (a exemplo da Alemanha e da Áustria), sendo esse caminho nem sempre marcado pela cordialidade, mas sim dotado de aspectos como a xenofobia e racismo por parte das populações locais, além de outras providências austeras adotadas pelos governos dessas nações, como a concentração desses refugiados em determinados locais semelhantes a verdadeiras prisões, e a realização de deportações.

Exsurge ainda, nessa conjuntura, o debate jurídico acerca da existência ou não de uma obrigatoriedade de recepção desses refugiados pelas nações europeias às quais eles se destinam. Ou seja, discute-se o conteúdo normativo vigente para averiguar e determinar os deveres dessas nações para com tais migrantes irregulares, assim como sua eficácia quando contrapostos pela má vontade de seus governos.

Enfim, diferentes são os desafios daqueles que procuram alcançar uma melhoria em sua qualidade de vida lançando-se em uma jornada que apresenta como destino final as nações europeias de maior destaque em termos sociais e econômicos. Nesse sentido, o presente artigo objetiva dissecar a crise dos refugiados na Europa, explicitando suas causas, características, consequências e envolvidos, assim como realizar também uma explanação dos documentos normativos vigentes acerca da temática envolvida, visando uma melhor delimitação das responsabilidades (se existentes) das nações europeias para com os refugiados, e da sua relação de dependência em relação à vontade política de seus governantes.

1.1 MOTIVOS DA CRISE DOS REFUGIADOS NA EUROPA

Diferentes são os as razões pelas quais a crise dos refugiados na Europa foi instaurada. Conforme já mencionado no tópico anterior, tais motivos englobam guerras, conflitos internos, perseguições políticas, violações de direitos, dentre outros. Contudo, dois desses motivos têm uma maior influência no fenômeno aqui analisado e merecem destaque.

Primeiramente, ressalta-se como causa impactante para a crise supramencionada os conflitos internos e o terrorismo existente em determinadas nações da África e do Oriente Médio. Contexto esse no qual destacam-se, dentre tais conflitos internos e práticas terroristas, a guerra civil que se desenrola em território sírio e as ações promovidas pelo chamado “Estado Islâmico”, atuante em grande parte dessa nação (Síria).

Impulsionada a partir dos protestos da chamada “Primavera Árabe”, assim denominado um período caracterizado por um conjunto de movimentos

revolucionários populares contrários a determinados governos ditatoriais do mundo árabe (dentre os quais o governo sírio) e em prol da democracia e da recuperação econômica dessas nações, a Guerra Civil Síria diz respeito a um conflito civil envolvendo as forças favoráveis à manutenção do governo de Bashar Al-Assad e as forças de oposição, essas últimas que, além de combater as tropas de Assad, combatem também umas às outras.

Nesse cenário, cabe destacar como aspecto deflagrador de uma situação ainda mais caótica na região as ofensivas desenfreadas do grupo terrorista Estado Islâmico, não apenas em território sírio, como também em território iraquiano, tomando cidades em busca do alcance de uma supremacia na região.

Sendo assim, diante dessa realidade de grande belicosidade, tornou-se inevitável o desenvolvimento de uma grave instabilidade política na região, instabilidade essa que, em conjunto com as ofensivas contra civis e violações de direitos humanos, fomentou movimentos migratórios em massa das populações locais em direção ao território europeu.

Em segundo lugar, outro motivo de influência impactante no fenômeno migratório vinculado à matéria do presente trabalho diz respeito à negativa e às dificuldades de outros países predominantemente muçulmanos em receber os refugiados provenientes desses territórios em conflito, sobretudo a Arábia Saudita e a Turquia.

Tais nações, num primeiro momento, eram o destino de uma parcela significativa de sírios e outros povos árabes que fugiam dos infortúnios decorrentes dos conflitos existentes em suas terras natais. Entretanto, a elevada quantidade de imigrantes irregulares fez com que essas nações passassem a restringir a entrada de novos imigrantes, inclusive prevendo sua incapacidade em acolher e instalar de maneira adequada esses refugiados.

Por conseguinte, os migrantes irregulares que antes deslocavam-se em direção a essas outras nações árabes passaram a alterar seu destino, tomando como novo rumo o território europeu.

1.2 PROBLEMAS RELACIONADOS

A jornada a ser efetivada por aqueles que integram essa onda de migrações irregulares de povos muçulmanos para o continente europeu, característica do atual cenário global, vincula-se ao enfrentamento de diversas adversidades, quais sejam: o perigo das travessias marítimas realizadas, a xenofobia, as divergências culturais, as dificuldades de assimilação e de integração dessa massa de refugiados pelos Estados europeus aos quais eles

se destinam, e, por fim, as ameaças de terrorismo. Por assim ser, discorrer-se-á, a seguir, acerca desses empecilhos, a fim de melhor elucidá-los.

De início, há de se falar das dificuldades referentes ao procedimento da travessia em direção ao continente europeu, realizado, em sua plena maioria, pelo mar Mediterrâneo, e a partir de três rotas, quais sejam: rota do mediterrâneo ocidental, cujo destino é a Espanha; rota do mediterrâneo oriental, cujo destino são as ilhas da Grécia; e, por fim, a rota do mediterrâneo central, cujo destino é a Itália.⁴

Nesse contexto, o problema reside na maneira pela qual esses migrantes realizam essa travessia, já que tais procedimentos de passagem pelo mar Mediterrâneo são realizados em embarcações precárias, sem qualquer estrutura para a realização do trajeto, e completamente abarrotadas de pessoas (número muito maior que aquele adequado à embarcação).

Assim sendo, recorrentes se tornam os acidentes envolvendo essas embarcações, a exemplo de naufrágios, quase sempre relacionados ao excesso de pessoas nas embarcações, ou mesmo situações nas quais essas embarcações se “perdem” e ficam à deriva no oceano.

Dando continuidade à explanação dos problemas relacionados à crise dos refugiados na Europa, num segundo momento, falar-se-á aqui acerca da xenofobia, por parte das populações locais dos países europeus em relação aos refugiados.

Isso porque, com o crescente número de refugiados adentrando o território europeu, a aversão dos locais em relação aos mesmos também cresce, motivada por fatores como o temor referente a uma diminuição na oferta de emprego e a própria intolerância racial e religiosa, assim como a repulsa àquilo que é “diferente”.

Ou seja, as divergências culturais, sociais e religiosas vêm a motivar comportamentos repulsivos das populações europeias face àqueles que buscam adentrar o território de suas nações, comportamentos esses que se traduzem em ações caracterizadas pela incomplacência, como agressões físicas e verbais, protestos, etc.⁵

Em terceiro lugar, um outro contratempo relacionado aos movimentos migratórios aqui examinados diz respeito às dificuldades de assimilação e de

⁴ Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/aumento-de-refugiados-provoca-grave-crise-humanitaria-entenda/>

⁵ Disponível em:

https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150908_abrigo_refugiados_alemanha_rb

integração dessa massa de refugiados pelos Estados europeus aos quais eles se destinam, muito em razão do despreparo de determinadas nações para receber e integrar esses refugiados em suas respectivas sociedades.

Nesse sentido, as nações europeias destinatárias desses movimentos migratórios por vezes observam essa massa de refugiados que alcançam seu território como um verdadeiro fardo, haja vista a necessidade de uma mobilização governamental voltada à sua habilitação e consequente inserção no mercado de trabalho.

Por fim, dando fechamento ao presente tópico, relativo às problemáticas relacionadas à crise dos refugiados na Europa, não se poderia deixar de mencionar o aumento da ameaça relativa às práticas terroristas nesse continente, em decorrência dessa inserção, muitas vezes descontrolada, de povos muçulmanos. Isso porque, não são raras as vezes que refugiados jovens alcançam o território europeu carregando consigo ideais de grupos terroristas, ideais esses que se afloram quando motivados por comportamentos xenófobos, podendo levar tais indivíduos a se aliarem a grupos terroristas e a realizarem atos a eles relacionados.

2. ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS RELACIONADAS À TEMÁTICA DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS

2.1 DA CONDIÇÃO DE “REFUGIADO” E DOS DIREITOS DECORRENTES DA MESMA

Conforme explicita o disposto no tópico “motivos da crise dos refugiados na Europa”, a maioria esmagadora dos povos muçulmanos que realiza o movimento migratório em direção à Europa gerador da crise discutida pelo presente artigo o faz motivada pelos conflitos internos e terrorismo existentes em suas nações de origem.

Sendo assim, levando-se em consideração o disposto na chamada “Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados”, documento datado de 1951 e destinado, basicamente, à regulamentação e resolução das problemáticas envolvendo refugiados após o período da Segunda Guerra Mundial, tais povos adequam-se à condição de “refugiados”, termo esse definido pela convenção supracitada, em seu artigo primeiro, como sendo aquele utilizado para dizer respeito à pessoa que

temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha

sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele”.⁶

Ou seja, evidencia-se, conforme análise do artigo acima explanado, que o termo correto para tratamento dos indivíduos envolvidos nesses movimentos migratórios em direção à Europa é o termo “refugiado”, haja vista o fato de tais movimentos serem motivados pelo temor decorrente dos fatores já citados ao início do presente tópico, quais sejam, conflitos internos e ameaças de terrorismo.

Nesse contexto, configurando-se, conforme as disposições acima, a condição de “refugiados” a esses sujeitos, aos mesmos passa-se a aplicar as disposições normativas de caráter protetivo previstas na Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, estabelecadora de padrões básicos para o tratamento de refugiados, a partir de seus 46 artigos, sem, no entanto, impor limites para que os Estados possam desenvolver esse tratamento.⁷

2. 2 DA DIGNIDADE HUMANA DOS REFUGIADOS

Sob uma ótica mais ampla, é fundamental a observação de que, na condição não apenas de refugiados, mas de seres humanos, esses indivíduos são dotados do chamado direito à “dignidade da pessoa humana”, instituto esse que, em âmbito nacional, é, atualmente, um dos grandes pilares da atividade hermenêutica constitucional, já que, inegavelmente, é instrumento de destaque no desenvolvimento de atividades hermenêuticas relacionadas ao conteúdo da Magna Carta, conforme afirma Rizzatto Nunes:

[...] é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. [...] É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete. [...] ⁸

Nesse sentido, para facilitar a visualização do conceito de “dignidade humana, urge a adequação daquele trazido por Ingo Wolfgang Sarlet, autor este que, embora tenha explanado entendimento no sentido de que seria impossível a formalização de uma definição única de dignidade humana,

⁶ CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS (1951). Disponível em:< http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf> Acesso em 30/08/2018.

⁷ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). Disponível em: < <http://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/> >. Acesso em: 30. ago. 2018.

⁸ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência. Editora Saraiva: São Paulo, 2002.

aplicada de forma universal, em razão da existência de valores diversos em cada sociedade e o constante aperfeiçoamento e desenvolvimento conceitual do termo⁹, veio a desenvolver a seguinte ideia:

[...] Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos [...].¹⁰

Por assim ser, a dignidade da pessoa humana, sob uma ótica jurídica trazida pelo autor acima, apresenta-se como um elemento constituinte e intrínseco do ser humano, atribuindo-lhe direitos e deveres, inclusive relacionados à limitação da atuação estatal em face dessa pessoa (buscando evitar que a mesma possa vir a se tornar abusiva e autoritária), ao mesmo tempo em que lhe garante um mínimo existencial para o indivíduo viver plenamente.

Enfim, a dignidade humana, basicamente, diz respeito a uma norma fundamental encaminhadora da atividade hermenêutica jurídico-constitucional e ligada ao entendimento de que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.¹¹

Entretanto, é importante ressaltar o fato de que o princípio aqui discutido apenas recentemente (ao final do século passado) veio a adquirir tal status princípio lógico, tendo sido, anteriormente, suprimido por diferentes tipos constitucionais. Sendo assim, pode-se identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana.¹²

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang, Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹¹ BLECKMANN, Albert. Staatsrecht II-Die Grundrechte.4.ed.Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1997.

¹² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência. Editora Saraiva: São Paulo, 2002.

Quanto à realidade acima citada, cabe lembrar a experiência nazista como aspecto essencial para a ocorrência de uma alteração de paradigma quanto ao tratamento oferecido à temática da dignidade humana, já que veio a provocar, no cenário internacional, um entendimento de imprescindibilidade do dever de proteção e preservação da dignidade, tendo em vista as atrocidades realizadas pelo governo alemão durante o período nazista, marcado pela ausência da devida proteção à dignidade humana.

Dessa forma, por fim, a concessão do caráter de princípio fundamental à dignidade da pessoa humana representa uma vitória recente na proteção de direitos fundamentais, seja em cenário nacional ou internacional, devendo ser, tal princípio, levado em consideração na análise jurídica da situação daqueles envolvidos na crise dos refugiados na Europa.

2.3 DA DEPENDÊNCIA DO DIREITO DOS REFUGIADOS EM RELAÇÃO À VONTADE POLÍTICA DOS GOVERNANTES EUROPEUS

Muito embora a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados venha a trazer, expressamente, uma série de direitos percebidos em decorrência da condição de “refugiado”, a exemplo daqueles previstos em seus artigos 3º e 4º (relativos, respectivamente, ao direito de não discriminação em razão de raça, religião ou país de origem, e ao direito à liberdade religiosa), na prática, é inegável a existência de uma significativa dependência da efetivação desses direitos em relação à vontade política dos governantes das nações às quais os refugiados se destinam.

Isso porque, mesmo as nações que se submetem ao cumprimento das disposições expressas da convenção citada no parágrafo anterior, nem sempre apresentam condições estruturais para, diante de uma chegada em massa de refugiados, garantir a todos os direitos nela previstos.

Nesse contexto, tais nações têm adotado diferentes modelos de políticas relativas às crises advindas do intenso fluxo de refugiados que vêm a alcançar seus respectivos territórios, algumas delas favoráveis aos mesmos, relacionadas a um ideal de “boas vindas”, e outras nem tanto, inclusive restringindo a sua entrada.

Dessa forma, objetivando uma melhor explanação dessa realidade de distintos tratamentos a depender da nação destinatária dos refugiados, tratar-se-á, no seguinte tópico, acerca de algumas situações específicas envolvendo determinadas nações de destaque.

3. CASOS DE DESTAQUE

3.1 ALEMANHA

Apresentando-se, atualmente, como uma das maiores potências do continente europeu, dotada de uma economia sólida e de uma liderança incontestável dentro da União Europeia, a Alemanha tornou-se, assim que se deflagrou a “Primavera Árabe” e, posteriormente, os conflitos internos sobretudo na Síria e no Iraque (locais onde o chamado “Estado Islâmico” se postou e desenvolveu a maioria de suas ações), um dos principais destinos àqueles que se arriscam nas perigosas travessias marítimas relacionadas aos movimentos migratórios desencadeadores da crise dos refugiados na Europa.

Em tal contexto, tendo em mente a força de sua economia, esse país veio a adotar políticas voltadas ao recebimento e integração de refugiados, inclusive deixando de aplicar, por um determinado momento, no ano de 2015, a intitulada Regulação ou Convenção de Dublin, permitindo que refugiados sírios registrassem seus pedidos de asilo em território alemão, independentemente do país pelo qual tenham alcançado o continente (contrariando, assim, a Regulação supracitada, haja vista o fato de que a mesma exige que tais registros sejam feitos no país pelo qual o refugiado alcança a Europa).

Entretanto, deve-se ressaltar que a adoção dessas políticas de cunho mais receptivo e acolhedor por parte das autoridades alemãs não agradou, de forma unânime, a população desse país, impulsionando o crescimento de um ideal xenófobo no país, juntamente ao fortalecimento da extrema direita no país, que por sua vez fez uso de dados estatísticos relacionando o incremento do número de refugiados ao aumento do número de crimes e à diminuição do número de empregos na Alemanha.

Enfim, a Alemanha permanece sendo um destino aclamado por aqueles que ainda continuam a alcançar à Europa na condição de refugiados, contudo, com o fortalecimento da extrema direita no país (favorável a adoção de medidas mais restritivas ao acolhimento daqueles e impulsionada pelo fortalecimento do ideal xenófobo supramencionado), as previsões apontam para a construção de uma nação cada vez menos receptiva aos refugiados.

3.2 ÁUSTRIA

Localizada na Europa Central e dotada de uma economia forte, com um PIB (Produto Interno Bruto) elevado e alto padrão de vida, fator esse comprovado pelo seu excelente IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), a Áustria veio a representar, assim como a Alemanha, um dos destinos mais almejados

pelos refugiados que buscam deixar para trás, a partir do alcance da Europa, os conflitos internos e o terrorismo existente em determinadas nações da África e do Oriente Médio.

Nesse contexto, num primeiro momento, o país austríaco adotou uma política de “boas-vindas” a esses refugiados, assim como ocorreu na Alemanha, abrindo suas fronteiras aos mesmos e buscando a realização de políticas voltadas ao seu acolhimento e integração social.

Entretanto, tal política acolhedora veio a perder força e, atualmente, a Áustria é caracterizada pela adoção de medidas restritivas à entrada de refugiados no país, inclusive com o estabelecimento de cota máxima para essa entrada e com a construção de cercas quilométricas em determinadas parcelas de suas fronteiras.

3.3 ITÁLIA

Localizada na região centro-sul da Europa, ao Norte do continente africano, a Itália apresenta-se como destino da principal rota daqueles que buscam atravessar o Mediterrâneo em direção à Europa, qual seja a rota do mediterrâneo central.

Dividida entre o dever de receber e acolher adequadamente esses refugiados que alcançam suas terras e o reconhecimento de sua incapacidade ou até mesmo má vontade governamental para fazê-lo, o país se encontra numa posição de defesa da necessidade de uma realocação, planejada pela União Europeia, dos refugiados que lá chegam, para as demais nações do continente, impedindo que o país italiano venha a arcar sozinho com o grande contingente de indivíduos que, conforme citado anteriormente, fazem a rota do mediterrâneo central.

Nesse contexto, assim como ocorre em solo alemão e austríaco, é evidente o fortalecimento da ideologia de extrema direita na Itália, impulsionada pelo crescimento de convicções xenófobas dentre os nativos do país. Por essa razão, a tendência é que esse país venha adotar, por meio de seu governo, políticas limitadoras à entrada desenfreada de refugiados, ou até mesmo voltadas à sua transferência para outras nações do continente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O continente europeu tem vivido, ao longo da presente década, uma situação de crise relativa à chegada em massa de refugiados, mais especificamente provenientes do Oriente Médio e do norte da África, ao seu território. Impulsionados pelos mais diferentes fatores (sobretudo os conflitos internos existentes em suas nações de origem, em razão dos quais há um verdadeiro

cerceamento de direitos essenciais), esses indivíduos deslocam-se ao velho continente em busca da consolidação de uma vida digna para si e para suas famílias.

Diante desse cenário, as nações europeias destinatárias desses deslocamentos em bloco veem-se numa posição em que, diante do conjunto normativo internacional relativo à temática da proteção aos refugiados (fundamentado, especialmente, na Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados”, de 1951), devem adotar medidas de acolhimento e inserção social dessas pessoas.

Entretanto, as dificuldades estruturais de várias dessas nações para receber essa quantidade significativa de pessoas, em conjunto com o fortalecimento de convicções xenófobas entre os nativos e aumento da preocupação dos mesmos com a perda de sua identidade cultural, têm contribuído para o crescimento de governantes adeptos de políticas mais avessas e restritivas aos imigrantes, o que explicita uma certa dependência do conjunto normativo citado no parágrafo anterior em relação à vontade política de governantes europeus.

Enfim, a atual situação daqueles que se encontram na luta pelo alcance de uma vida digna a partir de uma arriscada trajetória à Europa é de impotência e dependência em relação às políticas adotadas pelos governos dos países destinatários, nem sempre adequadamente primariamente à consolidação do ordenamento normativo internacional de defesa dos refugiados.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA
REFUGIADOS (ACNUR). Disponível em: <

<http://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/> >. Acesso em:
30. ago. 2018.

BLECKMANN, Albert. Staatsrecht II-Die Grundrechte.4.ed.Köln-Berlin-
Bonn-München: Carl Heymanns, 1997.

CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS
(1951). Disponível em :<

http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf> Acesso em
30/08/2018.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade
da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência. Editora Saraiva: São
Paulo, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

**O novo muro de Trump:
uma análise das implicações da guerra comercial entre os Estados
Unidos e a China***

Camilla Morgado Horta Monteiro¹
Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução; **1.** Contexto histórico das relações comerciais entre os Estados Unidos e a China; **2.** A guerra comercial de Trump; **3.** As repercussões da guerra comercial na economia brasileira. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O texto se pauta na recente política comercial do atual presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, em blindar a economia americana da forte influência no consumo de produtos oriundos da China. O escopo do presente estudo é analisar como a nova postura econômica norte-americana repercutirá nas relações comerciais mundiais e, especialmente, no âmbito nacional. Para tanto, delinea um breve contexto acerca do

* Recibido: 20 de setiembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Discente do 10º período de Direito da Faculdade de Direito de Vitória - FDV.
millamorg@gmail.com

² Doutor em Direito. Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV.
mfqobregon@yahoo.com.br

vínculo mercantil entre os países em questão para, assim, identificar os possíveis fundamentos para a instituição de uma administração interna rígida e, por conseguinte, os prováveis impactos no mercado brasileiro. Salienta-se que este trabalho tem como base as recentes publicações midiáticas sobre a barreira tarifária.

Palavras-chave: Guerra comercial. Estados Unidos. China. Economia brasileira.

The new wall of Trump: an analysis of the implications of the trade war between the United States and China.

Abstract: This article is based on the recent trade policy of the current president of the United States, Donald Trump, in shielding the US economy from the strong influence on the consumption of products from China. The scope of the present study is to analyze how the new North American economic position will have repercussions in the world commercial relations, and especially in the national scope. To do so, it outlines a brief context about the mercantile link between the countries in question in order to identify the possible grounds for the institution of a rigid internal administration and, therefore, the likely impacts on the Brazilian market. This work is based on recent media publications about the tariff barrier.

Keywords: Trade war. U.S. China. Brazilian economy.

INTRODUÇÃO

O capitalismo norte americano, caracterizado pelo modo de produção desenfreado e pelo consumo em massa, foi um dos fatores mais favoráveis ao acentuado crescimento da economia chinesa, tradicional parceira comercial do país no que tange ao fornecimento das matérias primas necessárias para a fabricação dos produtos americanos. Nesta trilha, a China se tornou a maior provedora de recursos baratos, tendo em seu favor a mão de obra de valor irrisório e, por conseguinte, os menores preços de itens manufaturados.

Inicialmente, este cenário se demonstrou extremamente atrativo aos interesses dos Estados Unidos, que vislumbrou a oportunidade perfeita de diminuir os custos de sua produção interna, ao importar a maior parte das mercadorias utilizadas por uma baixa quantia, bem como de ampliar sua influência no território asiático. A China, por sua vez, se beneficiaria dos investimentos externos no processo de modernização do país.

Contudo, ao longo dos anos, as relações econômicas entre os Estados Unidos e a China tomaram novas proporções. Isto porque o mercado chinês se expandiu de uma forma não prevista, tornando-se uma nação reconhecida pelos especialmente pelos produtos baratos que exporta. O crescimento da economia chinesa representou o alcance de um posicionamento privilegiado, pelo qual o país conseguiu ampliar suas relações comerciais com outros territórios, infiltrando-se permanente nos mercados internos desses parceiros, e, assim, consolidando sua influência nas questões mercadológicas mundiais.

Esta nova conjuntura, por sua vez, passou a estreitar os laços econômicos com os Estados Unidos, na medida em que, gradativamente, tornou-se evidente a possibilidade de desequilíbrio econômico entre os países, ameaçando a liderança da potência norte americana no panorama internacional.

Esse quadro preocupante, junto à supostas práticas de comércio desleais por parte do governo chinês, fez com que o presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, reagisse ao status desfavorável da economia norte americana. A política que visa retomar a condição próspera da América se materializou na aplicação de medidas protetivas, especialmente em sobretaxas aos produtos importados da China.

O presente trabalho pretende delinear o raciocínio que pauta a nova política comercial de Trump em dificultar a livre e, até então, natural circulação dos produtos oriundos da China. Ao longo do estudo, será debatido o posicionamento econômico de cada um dos países mencionados, analisando as implicações de uma guerra comercial entre essas duas potências mundiais.

Após ponderar sobre os fundamentos para a imposição de um novo muro pelo presidente Trump, na forma de barreira tarifária, o trabalho pretende avaliar quais são os possíveis impactos desta rixa comercial no mercado brasileiro.

1. AS RELAÇÕES ECONÔMICAS ENTRE ESTADOS UNIDOS E CHINA

Grandes potências mundiais, o mercado americano e o chinês se aproximaram durante a década de 70, época marcada pelo forte crescimento das indústrias no ramo de exportação. Para compreender como este elo econômico tomou forma, é preciso relembrar o contexto histórico que antecedeu essa parceria comercial.

Após as duas grandes guerras mundiais, os Estados Unidos se consolidou na liderança do sistema internacional, condição favorecida pelo amplo fornecimento de equipamentos bélicos durante os conflitos, bem como pelo resguardo do território norte americano no cenário dos combates. Nesta conjuntura, a América foi capaz de fortalecer seu poderio militar e econômico, tornando-se uma referência global nesses aspectos³.

Em seguida, iniciou-se o período de polarização da Guerra Fria, pelo qual o mundo se dividiu entre as ideologias capitalistas e socialistas, norteadas respectivamente pelos Estados Unidos e pela União Soviética. A tensão entre os dois blocos antagônicos fomentou o sentimento de insegurança ante a possibilidade de uma nova guerra e, por conseguinte, fez com que ambos os países investissem intensamente em suas forças militares⁴.

Por meio desta competição militar, os Estados Unidos ampliaram ainda mais seu poder político, expandindo sua riqueza ao passar a ter relações econômicas com outras nações para suprir as demandas locais. É neste cenário internacional que a economias norte americana e chinesa se aconchegam.

³CARVALHO, Cecília e CATERMOL, Fabrício. As Relações Econômicas entre China e EUA: resgate Histórico e Implicações. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 16, N. 31, P. 215-252, junho de 2009.

⁴Idem.

Primeiramente, a China mantinha uma política externa pendular, pois buscava se aproveitar dos dois adversários para desenvolver a infraestrutura nacional, ainda assim, era nitidamente mais inclinada aos soviéticos, que a auxiliava com o desenvolvimento industrial. Contudo, na década de 70, alguns fatores influenciaram a posição da nação chinesa ao alinhamento americano, a exemplo do fim dos embargos comerciais, o ingresso do país na ONU como, também, os avanços da União Soviética no leste asiático, o que também preocupava os Estados Unidos⁵.

No que tange ao território estadunidense, este período marcou uma fase de crise na administração local e, por conseguinte, ao sistema capitalista, uma vez que se tratou de um período em que as bases políticas, econômicas e militares estavam ameaçadas, o que ilustrava o acentuado déficit monetário com que o país sofria.⁶

Diante dos inúmeros problemas que cercavam as políticas norte americanas, a alternativa viável a fim de conservar sua hegemonia no cenário internacional foi a aproximação com o mercado chinês. Já naquela época a China era vista como uma parceira econômica lucrativa, pois era uma forte provedora de recursos baratos, a exemplo da mão de obra em valor banal, o que representaria a diminuição nos custos de produção. Além do aspecto econômico, era a brecha para os Estados Unidos expandirem sua influência na região asiática.

No que concerne à China, a reaproximação também se demonstrava benéfica, pois almejava conter os avanços das forças soviéticas e, com o elevado consumo norte americano o país asiático aceleraria o processo de modernização da economia e das indústrias chinesas.

2. DA GUERRA COMERCIAL DE DONALD TRUMP

Uma das ofertas na plataforma da campanha eleitoral de Donald Trump, eleito presidente dos Estados Unidos em 2016, foi o restabelecimento da economia norte americana, a fim de retomar os tempos que o país apresentava uma estável liderança frente o cenário mundial.

No início de julho de 2018, o discurso de Trump foi colocado em prática, ao anunciar uma série de sobretaxas aos produtos chineses, sob o argumento de

⁵CARVALHO, Cecília e CATERMOL, Fabrício. As Relações Econômicas entre China e EUA: resgate Histórico e Implicações. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 16, N. 31, P. 215-252, junho de 2009.

⁶Idem.

que os Estados Unidos sofrem prejuízos com o atual status da balança comercial entre os dois países⁷.

De acordo com o presidente, o escopo das barreiras tarifárias é fomentar a geração dos empregos em território nacional e concomitantemente diminuir a dependência americana dos recursos oferecidos pelo gigante asiático, apontado por Trump como o causador da conjuntura crítica do país, visto os altos níveis de importação na tradição comercial entre as nações⁸.

Além disso, outro fator que acirra o atrito entre os Estados Unidos e a China é a suposta deslealdade nas práticas mercantis chinesas, como o roubo de propriedade intelectual de companhias americanas, o que aprofundou o déficit na balança comercial estadunidense. Assim, uma das atitudes tomadas pelo governo norte americano para demonstrar a necessidade de reajustamento com as regras comerciais atuais e, ainda, restabelecer seu equilíbrio econômico foi a restrição dos investimentos e as tarifas de importação contra produtos chineses⁹.

Certamente, a nova política econômica do presente governo pode ser resumida em seu slogan campanha "Make America Great Again" (Torne a América Grande Novamente). O fato do protecionismo estadunidense repercutir além das relações comerciais com a China, afetando por derradeiro os outros parceiros econômicos, aparentemente não preocupa Donald Trump, que sempre se demonstrou insensível com as consequências advindas de seus atos desde que o propósito seja alcançado.

A apatia do presidente americano não é compartilhada pelo governo chinês, que detecta nas medidas protecionistas não só um ataque direto, como uma afronta à globalização. Destarte, a China confrontou a postura econômica de Trump ao também aumentar os tributos das mercadorias americanas, entretanto, reconhece os danos que serão ocasionados com a instalação de uma guerra comercial¹⁰.

⁷ PACHECO, Paula. **Brasil perde com guerra comercial entre Estados Unidos e China.** Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/07/09/internas_economia,693726/brasil-perde-com-guerra-comercial-entre-estados-unidos-e-china.shtml>. Acesso em 04 set. 2018.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ PACHECO, Paula. **Brasil perde com guerra comercial entre Estados Unidos e China.** Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/07/09/internas_economi

Decerto, é impossível que as barreiras tarifárias de Trump, e, por conseguinte, a retaliação chinesa, não produzam reflexos nas economias parceiras. Inclusive, a União Européia e o Canadá já começaram a sentir algumas mudanças em decorrência da aplicação das sobretaxas no que concerne o comércio de alumínio e aço.

Na última reunião do G-20, na qual o presidente estadunidense ratificou a guerra comercial contra a China, fez com que alguns líderes econômicos se pronunciassem contra as medidas protecionistas de Trump, aclamando pela retomada do livre comércio entre os países, que ao sofrerem com as consequências deste muro tarifário se vêem encurraladas e, por isso, também aplicam políticas de represália¹¹.

No encontro, Bruno Le Maire, ministro da Economia da França, trouxe à baila a indisposição gradativa que os Estados Unidos têm fomentado com seus aliados econômicos, também afetados pelas medidas de Trump¹²:

Fazemos um chamado à razão aos EUA, para que respeite as regras multilaterais e respeite seus aliados [...] Estadunidenses e europeus são aliados. Não conseguimos entender por que nós, europeus, temos de ser afetados pelo aumento de tarifas comerciais decidido pelos EUA.

Em que pese o custo da guerra comercial ainda não ser quantificável, é indiscutível que o efeito cascada que ela produz nas relações econômicas do globo é devastador a longo prazo. O atual cenário de adversidade comercial cumpre precisamente o papel de evidenciar a necessidade de novas políticas públicas frente às mudanças no modo de produção dos grandes potenciais, ocasionada especialmente pela expansão da tecnologia nas últimas décadas, a fim de enfrentar o desafio de manter o equilíbrio econômico nas relações mercantis.

3. AS REPERCUSSÕES DA GUERRA COMERCIAL NA ECONOMIA BRASILEIRA

A guerra comercial entre as duas maiores economias do mundo iniciou-se com a imposição de sobretaxas americanas sobre diversos produtos chineses. As medidas protecionistas dos Estados Unidos implicaram a imediata

a,693726/brasil-perde-com-guerra-comercial-entre-estados-unidos-e-china.shtml>. Acesso em 04 set. 2018.

¹¹MOLINA, Federico Rivas. **EUA ratificam guerra comercial contra a China no G-20**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/07/21/internacional/1532192358_512814.html>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹²Idem.

retaliação da China, que também determinou tarifas sobre mercadorias americanas. A rixa entre os países afetou diversos commodities, entre eles alguns dos principais produtos de exportação, como soja, frutos do mar e veículos elétricos. Vislumbra-se, ainda, a possibilidade dos mercados petrolífero e de gás natural serem atingidos¹³.

Em que pese o tumultuado conflito entre as duas potências desencadear duras consequências para seus comércios internos, é indiscutível que a hostilidade no plano comercial ultrapassa a bipolaridade dos envolvidos, afetando diversos outros países, como o Brasil.

Isto porque o mundo globalizado implica um contexto de integração das economias. Assim, qualquer mudança de preço, redução ou aumento de produção entre outras modificações nos elos comerciais, possui impactos diretos nos parceiros econômicos da China e dos Estados Unidos.

Destarte, a existência de uma desavença comercial acentuada entre os maiores parceiros econômicos do Brasil causa intensa preocupação quanto às repercussões no mercado interno.

No que concerne à China, verifica-se um forte vínculo financeiro, considerando a histórica prática de exportação de commodities e importação de manufaturados por parte do comércio nacional. Entre os principais produtos exportados, tem-se itens como minério de ferro, celulose, carnes e, principalmente, soja¹⁴.

Por outro lado, no que tange à relação com a economia estadunidense, tem-se uma alta exportação de aviões, semimanufaturados e petróleo bruto brasileiro, transações de forte representação na circulação de renda do mercado brasileiro¹⁵.

Diante deste cenário, é seguro afirmar que o protecionismo norte-americano apresenta influências significativas no modo de produção brasileiro, uma vez que a depender das tarifas aplicadas, a economia do Brasil pode ficar vulnerável ante a modulação dos preços dos commodities que exporta e considerando quem é seu maior consumidor, o mercado chinês.

¹³PACHECO, Paula. **Brasil perde com guerra comercial entre Estados Unidos e China.** Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/07/09/internas_economia,693726/brasil-perde-com-guerra-comercial-entre-estados-unidos-e-china.shtml>. Acesso em 04 set. 2018.

¹⁴DUARTE, Luiza. **Como a guerra comercial entre EUA e China pode afetar o Brasil.** Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44745494>>. Acesso em: 04 set 2018.

¹⁵ Idem.

É importante destacar que o reflexo da guerra comercial de Trump inicialmente apresenta-se tênue, como no caso da venda de soja. A princípio, a agricultura brasileira pode apresentar um crescimento positivo em razão da demanda externa, visto que a soja é um dos principais produtos que o mercado estadunidense exporta para a China, e como consequência dos muros tarifários levantados pelos dois países, faz com que o mercado chinês recorra ao brasileiro para suprir o consumo interno¹⁶.

Contudo, essa dinâmica a longo prazo representa queda na competitividade brasileira, que não conseguirá atender a todos os mercados com quem possui relações, bem como implica o aumento descontrolado do preço da soja no âmbito nacional, considerando a súbita valorização do produto que também é altamente consumido na conjuntura local¹⁷. Frisa-se que esse crescimento na demanda de exportação pode se reproduzir em outros diversos itens comercializados.

Além disso, o protecionismo estadunidense também afeta diretamente o mercado brasileiro, como a exemplo da exportação de aço, uma vez que as sobretaxas aplicadas por Trump interfere na produção siderúrgica do país, um dos maiores fornecedores dessa matéria prima para os Estados Unidos. Destarte, é claramente possível que ocorra uma queda neste setor caso a imposição de tarifas de Trump transceda a economia chinesa¹⁸.

Em que pese a ponderação de todas essas problemáticas, economistas acreditam que este cenário de desavenças mercantis pode se tornar benéfico para os países emergentes, dentre eles, o Brasil, a depender da estratégia de relação comercial adotada. Como opina o professor de economia Marcos de Paiva Vieira¹⁹:

É um momento para se aproveitar a disputa, em todos os seus aspectos, para buscar mais negócios e investimentos. Sendo pragmático, o Brasil deve manter-se equidistante, abrindo-se para as investidas dos dois lados. Não há situação mutuamente excludente nas oportunidades de negócios comerciais, de fusões e aquisições e investimentos estrangeiros.

Decerto, o realinhamento das negociações comerciais entre os grandes países globalizados representa um momento de reflexão das demais economias parceiras. É plausível a necessidade de reestruturação dos associados

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

¹⁸DUARTE, Luiza. **Como a guerra comercial entre EUA e China pode afetar o Brasil**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44745494>>. Acesso em: 04 set 2018.

¹⁹Idem.

comerciais entre as nações considerando as diversas transformações sociais, políticas e econômicas que têm ocorrido nos últimos anos.

Cabe salientar que o muro tarifário de Trump e as consequências decorrentes dele em seus aliados econômicos, como é o caso do Brasil, tornam a guerra comercial uma das principais pautas a ser debatida pelo próximo presidente brasileiro.

Isto porque o cenário é de extremo risco, considerando que a rivalidade mercantil é entre os dois maiores parceiros comerciais do Brasil, o que desencadeará fortes impactos no âmbito de exportação nacional. Tal repercussão é preocupante na medida em que uma das principais ferramentas para o crescimento econômico interno se materializa na prática de exportação do país²⁰.

Diante do exposto, é indiscutível que o surgimento de novas formas de transações comerciais, a evolução dos territórios emergentes nas relações internacionais e, por conseguinte, as mutações no investimento estrangeiro, descrevem um cenário que, fomentado por esta rixa tarifária, evidenciam o clamor por uma nova realidade mercantil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certamente, o crescimento econômico da China, um dos maiores parceiros comerciais do globo, simboliza uma ameaça a hegemonia norte americana como um dos líderes mundiais.

Muito além do protecionismo interno, as medidas de Donald Trump em blindar a economia dos Estados Unidos demonstra-se ser uma forma de manutenção do status de poder do país sob a premissa de fortalecimento da condição comercial do país.

A estratégia do presidente norte americano possui um viés imaturo, condizente com a postura do governante, que busca isolar aqueles que considera inimigos ao exercício da supremacia americana. Assim, pode-se dizer que a guerra comercial entre os Estados Unidos e China é uma nova forma de muro estadunidense, considerando as imposições feitas quanto à circulação dos produtos chineses.

Contudo, é imprescindível destacar que as barreiras tarifárias, embora possuam um único destinatário, possuem diversos reflexos, inclusive em parceiros comerciais que não possuem vínculo direto ao conflito.

²⁰RUIC, Gabriela. **Guerra comercial:** a crise que o próximo presidente não poderá ignorar. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/guerra-comercial-a-crise-que-o-proximo-presidente-nao-podera-ignorar/>>. Acesso em: 10 set 2018.

A exemplo, tem-se o Brasil, país que possui forte relações econômicas com os países em rixa e que diante deste cenário de adversidade, é colocado em uma situação de incerteza, visto que qualquer movimento comercial desses países apresenta repercussões distintas para seus parceiros.

Por este viés, é justo comparar a atual condição dos países que mantêm relações comerciais com essas duas potências mundiais a uma corda bamba, trêmula quanto ao benefício de um confronto comercial e os possíveis prejuízos a longo prazo advindos deste atrito.

Em contrapartida, este fenômeno consolida a visão dos economistas que enxergam, há tempos, a necessidade de reformular as negociações internacionais no quesito mercadológico, sendo a oportunidade a ser aproveitada pelos países emergentes quanto a escolha de seus parceiros econômicos.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Cecília e CATERMOL, Fabrício. **As Relações Econômicas entre China e EUA: resgate Histórico e Implicações**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 16, N. 31, P. 215-252, junho de 2009.

DUARTE, Luiza. **Como a guerra comercial entre EUA e China pode afetar o Brasil**. Disponível em:
<<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44745494>>. Acesso em: 04 set 2018.

MOLINA, Federico Rivas. **EUA ratificam guerra comercial contra a China no G-20**. Disponível em:
<https://brasil.elpais.com/brasil/2018/07/21/internacional/1532192358_512814.html>. Acesso em: 10 set. 2018.

PACHECO, Paula. **Brasil perde com guerra comercial entre Estados Unidos e China**. Disponível em:
<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/07/09/internas_economia,693726/brasil-perde-com-guerra-comercial-entre-estados-unidos-e-china.shtml>. Acesso em 04 set. 2018.

RUIC, Gabriela. **Guerra comercial: a crise que o próximo presidente não poderá ignorar**. Disponível em:
<<https://exame.abril.com.br/economia/guerra-comercial-a-crise-que-o-proximo-presidente-nao-podera-ignorar/>>. Acesso em: 10 set 2018.

O monitoramento da água de lastro como medida imprescindível para se reduzir os impactos ambientais gerados pelo comércio marítimo*

Vítor Pizol de Rezende¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregón²

Sumário: Introdução. **1.** Regulamentação e definição acerca da água de lastro. **2.** Os impactos jurídico-ambientais causados pela água de lastro. **3.** O Monitoramento da água de lastro. Considerações Finais. Referências.

Resumo: O trabalho possui como objetivo elucidar a importância e, por outro lado, os danos gerados pela água de lastro. Usa-se a Convenção Internacional para o Controle e Gerenciamento da Água de Lastro e Sedimentos dos Navios para se explicar a regulamentação e a definição da chamada água de lastro. Posteriormente, por meio de autores como Maria Luiza Machado Granziera, Celso Antonio Pacheco Fiorillo e José Purvin de Figueiredo, o trabalho, ao mencionar os impactos práticos da água de lastro, busca relacioná-los com variados princípios e valores

* Recibido: 28 febrero 2019 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV.
vitorpizolderezende@gmail.com

² Doutor em Direito. Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.
mfqobregon@yahoo.com.br

do Direito Ambiental. Ao final, busca-se analisar o monitoramento da água de lastro como sendo uma solução plausível para equilibrar o Direito Econômico com o Direito Ambiental.

Palavras-chave: Água de lastro; impactos jurídico-ambientais; monitoramento.

Abstract: The objective of this work is to elucidate the importance and, on the other hand, the damages caused by ballast water. The International Convention for the Control and Management of Ships' Ballast Water and Sediments is used to explain the regulation and definition of so-called ballast water. Later, through authors like Maria Luiza Machado Granziera, Celso Antonio Pacheco Fiorillo and José Purvin de Figueiredo, the work, when mentioning the practical impacts of ballast water, seeks to relate them with various principles and values of Environmental Law. In the end, it is sought to analyze the ballast water monitoring as a plausible solution to balance the Economic Law with Environmental Law.

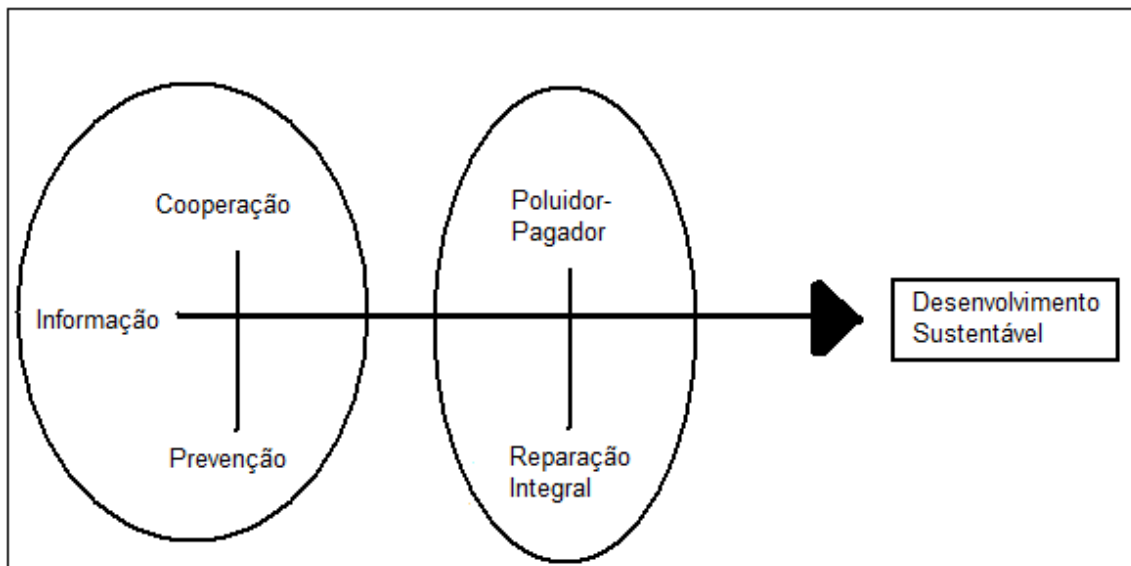
Keywords: Ballast water; legal and environmental impacts; monitoring.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar os ditames jurídico-ambientais ligados à água de lastro e, a partir do reconhecimento tanto da importância da mesma quanto de seu potencial risco ao meio ambiente, compreender a necessidade de um monitoramento.

No capítulo 1, serão abordadas a regulamentação e a definição da água de lastro e, ainda, serão analisados os objetivos da Convenção Internacional para o Controle e Gerenciamento da Água de Lastro e Sedimentos dos Navios (Convenção BWM), a qual, de forma generalizada, visa à proteção do meio ambiente marítimo.

Já no capítulo 2, o trabalho irá avaliar os impactos jurídico-ambientais causados pela água de lastro. Nesse sentido, irá se destacar as consequências práticas da troca da água de lastro, bem como será analisada a relação dessa temática com princípios e valores do Direito Ambiental, na seguinte perspectiva:

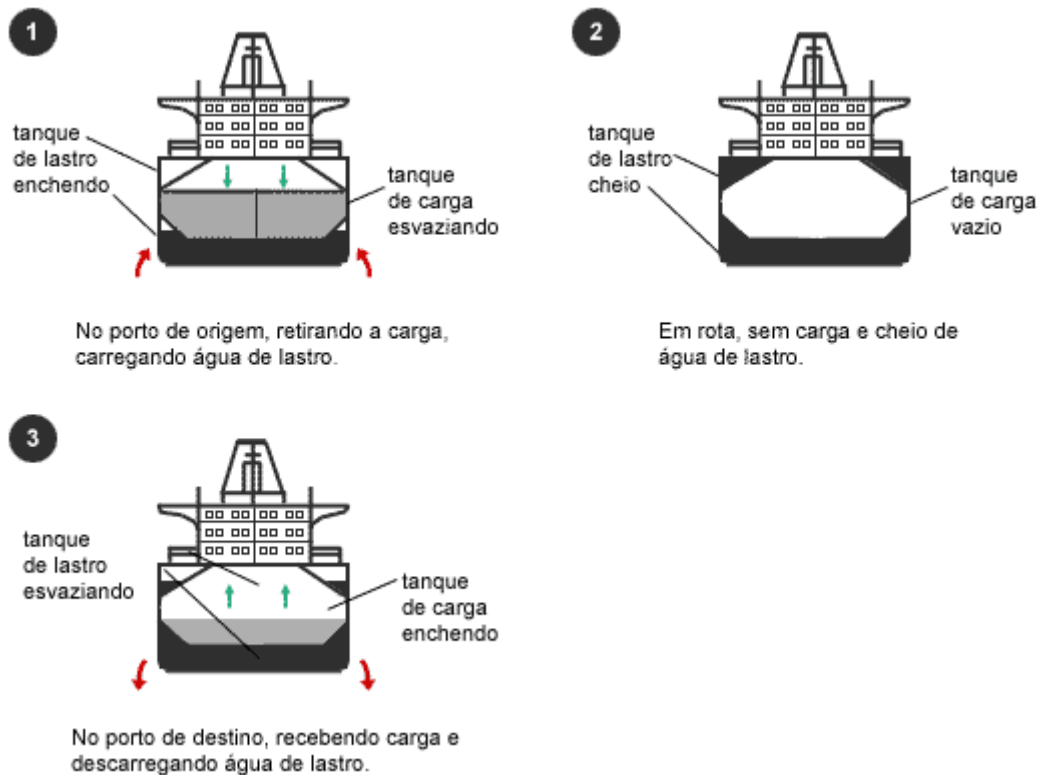


Assim, os elementos que norteiam o desenvolvimento sustentável serão divididos e estudados em dois blocos. O primeiro bloco diz respeito a medidas primárias (antes do dano), já o segundo, a medidas secundárias (depois do dano).

Por fim, no capítulo 3, o trabalho buscará salientar a necessidade, para que haja um equilíbrio entre os Direitos Econômico e Ambiental, de se ter um monitoramento com relação à água de lastro, bem como irá para mencionar estratégias para isso.

1. REGULAMENTAÇÃO E DEFINIÇÃO ACERCA DA ÁGUA DE LASTRO

A água de lastro “significa água com suas partículas suspensas levada a bordo de um navio para controlar trim, adernamento, calado, estabilidade ou esforços estruturais do navio”³. Para esclarecer o que é a água de lastro, pode-se evidenciar a imagem ilustrativa do Ministério do Meio Ambiente⁴:



Assim, a água de lastro se apresenta como sendo a água que fica na parte inferior dos navios, importante para o equilíbrio dos mesmos e com importância extrema nos momentos de carga e descarga de mercadorias. Cumpre registrar que, de acordo com a Marinha do Brasil⁵, a partir de 8 de setembro de 2017 passou a vigorar mundialmente a Convenção Internacional

³ Convenção Internacional para Controle e Gerenciamento da Água de Lastro e Sedimentos de Navios, 2004. Disponível em: https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/convencao_bwm.pdf. Acesso em: 7 ago. 2018.

⁴ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/agua-de-lastro/contexto>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁵ MARINHA DO BRASIL, Diretoria de Portos e Costas. **Entrada em vigor da Convenção Internacional para o Controle e Gerenciamento da Água de Lastro**. Disponível em: <https://www.dpc.mar.mil.br/pt-br/comunicacao-social/entrada-em-vigor-da-convencao-internacional-para-o-controle-e-gerenciamento-da-agua-de-lastro>. Acesso em 1 ago. 2018.

para o Controle e Gerenciamento da Água de Lastro e Sedimentos dos Navios (Convenção BWM), a qual, de um modo geral, busca tutelar o meio ambiente marítimo⁶.

Vale destacar que, consoante Pereira e Brinati⁷:

Atualmente, praticamente todas as embarcações marítimas utilizam a água de lastro em suas operações, sendo que esta pode ser armazenada em uma grande variedade de tanques. A complexidade relativa das operações de lastro depende do tamanho, da configuração, das exigências do navio, bem como de seu sistema de bombeamento e tubulações. A capacidade de lastro pode variar de dezenas de metros cúbicos para barcos de pesca e lazer, à centenas de milhares de metros cúbicos em grandes navios de carga.

⁶ A Convenção Internacional para o Controle e Gerenciamento da Água de Lastro possui seus objetivos gerais disciplinados em seu artigo 2º:

1 As Partes se comprometem a cumprir total e plenamente os dispositivos da presente Convenção e seu Anexo visando prevenir, minimizar e, por fim, eliminar a transferência de - 3 - Organismos Aquáticos Nocivos e Agentes Patogênicos através do controle e gerenciamento da Água de Lastro dos navios e dos sedimentos nela contidos. 2 O Anexo é parte integrante da presente Convenção. Salvo disposição em contrário, uma referência a esta Convenção constitui-se ao mesmo tempo em referência ao Anexo. 3 Nada na presente Convenção será interpretado como obstáculo para que uma Parte tome, individualmente ou em conjunto com outras Partes, medidas mais rígidas com respeito à prevenção, redução ou eliminação da transferência de Organismos Aquáticos Nocivos e Agentes Patogênicos através do controle e gerenciamento da Água de Lastro dos navios e dos sedimentos nela contidos, em consonância com o direito internacional. 4 As Partes deverão envidar esforços para cooperar com a finalidade de implementação, conformidade e cumprimento efetivos desta Convenção. 5 As Partes se comprometem a estimular o desenvolvimento contínuo do Gerenciamento de Água de Lastro e de normas para prevenir, minimizar e, por fim, eliminar a transferência de Organismos Aquáticos Nocivos e Agentes Patogênicos através do controle e gerenciamento da Água de Lastro dos navios e dos sedimentos nela contidos. 6 As Partes, ao atuarem nos termos da presente Convenção, deverão envidar esforços para não causar perdas e danos ao meio ambiente, à saúde pública, às propriedades e recursos do seu ou de outros Estados. 7 As Partes deverão assegurar que as práticas de Gerenciamento de Água de Lastro utilizadas em conformidade com a presente Convenção não causem dano maior do que visam prevenir ao meio ambiente, à saúde pública, às propriedades e recursos do seu ou de outros Estados. 8 As Partes deverão estimular os navios com direito a arvorar sua bandeira, e a quem a presente Convenção se aplica, a evitarem, até onde seja viável, a captação de Água de Lastro com Organismos Aquáticos Potencialmente Nocivos e Patogênicos, assim como Sedimentos que possam conter tais organismos, inclusive promovendo a implementação adequada das recomendações dadas pela Organização. 9 As Partes deverão envidar esforços para cooperar entre si, sob os auspícios da Organização, para combater ameaças e riscos a ecossistemas e biodiversidade marinhos sensíveis, vulneráveis ou ameaçados em áreas além dos limites de jurisdição nacional com relação ao Gerenciamento de Água de Lastro.

⁷ PEREIRA, Newton Marciso; BRINATI, Hermani Luiz. Uso da água de lastro pelos navios. In: PEREIRA, Newton Narciso. **Água de lastro: gestão e controle**. São Paulo: Blucher, 2018. p. 23-32. Disponível em: <<http://pdf.blucher.com.br.s3-sa-east-1.amazonaws.com/openaccess/9788580393064/completo.pdf>>. Acesso em: 14 ag. 2018. p.23-24.

Dessa forma, tendo em vista o papel exacerbado da água de lastro, imperioso compreender quais as suas repercussões jurídico-ambientais (matéria a ser analisada no capítulo 2) e como adequá-la aos moldes do desenvolvimento sustentável no contexto da busca de um equilíbrio entre o direito econômico e o direito ambiental (matéria a ser estudada no capítulo 3).

2. OS IMPACTOS JURÍDICO-AMBIENTAIS CAUSADOS PELA ÁGUA DE LASTRO

A troca da água de lastro, embora seja muito importante para manter a estabilidade dos navios, haja vista os procedimentos de carregamento e descarregamento de mercadorias, bem como para a própria navegação, é capaz de gerar variados danos ambientais. Isto, pois o tanque com água de lastro pega água de um mar e libera em outro mar, o que ocasiona uma mistura de ecossistemas, que pode gerar extinção de espécies, introdução de impurezas ou predadores, por exemplo.

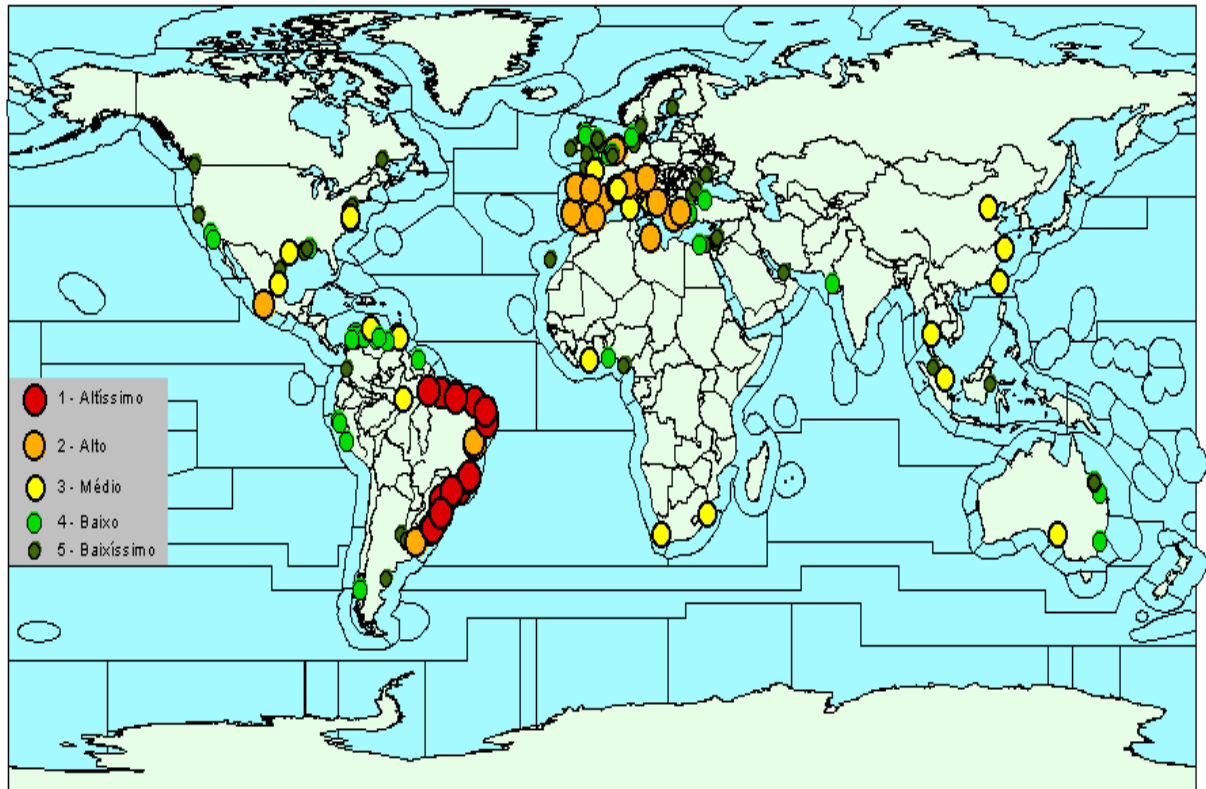
Para ratificar este problema, destaca-se o posicionamento de Xavier⁸:

Julga-se as Espécies Invasoras como organismos que são introduzidos intencionalmente ou acidentalmente fora de seu ambiente natural, se configurando em grave ameaça as características ecológicas e as espécies naturais das Zonas Úmidas, que são ecossistemas extremamente vulneráveis e/ou suscetíveis. Neste diapasão, as invasões de Espécies Exóticas por Água de Lastro, são um fenômeno exponencial no mundo globalizado, estando na maior das vezes agregada a atividades de interesse socioeconômico, que é o caso da Atividade Portuária.

Outrossim, o Brasil, devido a grande diversidade natural, é um dos países que possuem maior grau de risco pela troca da água de lastro, conforme mapa⁹ abaixo:

⁸ XAVIER, Grazielle. **Atividade Portuária: Bioinvasão por Água de lastro como vetor de Risco à Biodiversidade e a Sociedade Costeira.** 2008. Monografia (Mestrado em Ciência jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp094621.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2018. p. 65.

⁹ JUNQUEIRA, Andréa de Oliveira Ribeiro. LEAL NETO, Alexandre de Carvalho, apud, XAVIER, Grazielle. **Atividade Portuária: Bioinvasão por Água de lastro como vetor de Risco à Biodiversidade e a Sociedade Costeira.** 2008. Monografia (Mestrado em Ciência jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp094621.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2018. p. 67.



Os impactos ambientais ocasionados pela troca da água de lastro geram, conseqüentemente repercussões e debates jurídicos. Nesse sentido, destacam-se os seguintes princípios e valores: prevenção, cooperação, informação, reparação integral, poluidor-pagador e desenvolvimento sustentável.

Com relação ao princípio da prevenção, destaca Fiorillo¹⁰ que:

Diante da impotência do sistema jurídico, incapaz de restabelecer, em igualdades de condições, uma situação idêntica à interior, adota-se o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como sustentáculo do direito ambiental, consubstanciando-se como seu *objetivo fundamental*.

Ademais, na visão de Granziera¹¹:

Com base no princípio da **prevenção**, havendo uma análise prévia dos impactos que um determinado empreendimento possa causar ao meio ambiente, é possível, adotando-se medidas compensatórias e mitigatórias, e mesmo alterando-se o projeto em análise, se for o caso, assegurar a sua realização, garantindo-se os benefícios econômicos dele decorrentes, sem causar danos ao meio ambiente.

¹⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 126.

¹¹ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 61.

Assim, pode-se dizer que a tese da prevenção é um objetivo fundamental do Direito Ambiental, que visa, a partir de estudos comprobatórios de possibilidades de impactos ambientais, antecipar medidas capazes de restringir ao máximo as possibilidades de danos.

Vale dizer que prevenção é diferente de precaução¹². Esta, consoante Figueiredo¹³, “é aplicável nas hipóteses de incerteza científica acerca dos riscos ambientais concretos advindos da adoção de determinada tecnologia ou da introdução de determinado produto no mercado”. Assim, por se ter certeza científica dos riscos acerca da água de lastro, não se deve usar a terminologia precaução, mas sim prevenção.

No que tange à cooperação, Granziera¹⁴ assevera que:

Cooperar é agir conjuntamente. É somar esforços. A cooperação surge como uma palavra-chave quando há um inimigo a combater, seja a pobreza, seja a poluição, a seca, ou ainda a reconstrução de um Estado ou região em período de pós-guerra. Na luta contra a poluição e a degradação do meio ambiente, e considerando que, por sua natureza, os recursos naturais não se submetem necessariamente às fronteiras políticas, cabe aos Estados que os compartilham atuar de forma coordenada, mesmo no que se refere às ações internas, para evitar a ocorrência de danos, assim como para racionalizar as medidas de proteção que se fizerem necessárias.

Destaca-se que a cooperação, no caso, da água de lastro se mostra como um trabalho em conjunto entre Estado e empresas, para que haja fiscalização e uso correto do mecanismo.

Finalizando a tríade das medidas primárias, tem-se a informação. Granziera¹⁵ afirma que:

A informação constitui a base para qualquer **tomada de decisão**, seja no âmbito dos governos, seja na iniciativa privada, seja nas movimentações sociais. É do conhecimento e da análise dos fatos que se podem propor medidas atinentes à busca de caminhos adequados às necessidades. Isso se aplica, também, ao meio ambiente.

¹² A expressão começou a surgir no direito alemão no início do século XX. FIGUEIREDO, José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p. 138.

¹³ FIGUEIREDO, José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p. 139

¹⁴ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 64

¹⁵ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 67

Por meio do trecho acima, pode-se constatar que a informação é o meio pelo qual é possível haver cooperação e prevenção e, dessa forma, constitui elemento essencial das medidas primárias.

No que concerne às medidas secundárias, ou seja, medidas para reparar dano e também contribuir para um desenvolvimento sustentável, mesmo que de maneira posterior, destaca-se o princípio do poluidor-pagador. Este “refere-se aos custos sociais externos que acompanham a atividade econômica que devem ser internalizados, isto é, devem ser considerados pelo empreendedor e computados no custo do produto final”¹⁶. Outrossim, o princípio do poluidor-pagador não pode ser usado como uma justificativa para a manutenção da poluição. Nesse sentido, assevera Fiorillo¹⁷ que: “Este princípio reclama atenção. Não traz como indicativo “pagar para poder poluir”, “poluir mediante pagamento” ou “pagar para evitar a contaminação”.

Por fim, cabe falar do princípio da reparação integral¹⁸, como o último aspecto base do desenvolvimento sustentável e que possui afetação direta com a questão envolvendo a troca da água de lastro. Na visão de Granziera¹⁹, por conta da reparação integral, o “autor fica obrigado a reparar o dano ocorrido, pois não se admite que a degradação ambiental permaneça”. Ou seja, é uma forma de sancionar quem polui e, dessa forma, se evitar a continuidade de comportamentos degradantes à natureza.

Portanto, por meio deste capítulo, é possível verificar que a água de lastro é algo que gera grande impacto prático, colocando em risco o ecossistema marinho e, conseqüentemente, colocando em debate variados princípios e valores atinentes ao Direito Ambiental. Entretanto, devido a importância do transporte marítimo, bem como, a relevância da água de lastro para este tipo de transporte, a melhor solução, no presente momento, se mostra, à luz do desenvolvimento sustentável e do equilíbrio entre o Direito Econômico e o Direito Ambiental, realizar o monitoramento da água de lastro, conforme será exposto no próximo capítulo.

¹⁶ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 70

¹⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 96

¹⁸ A reparação integral do dano ambiental é prevista na Declaração do Rio/92, Princípio 13, e constitui uma obrigação que contempla o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 66.

¹⁹ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 66

3. O MONITORAMENTO DA ÁGUA DE LASTRO

Tratar acerca do monitoramento da água de lastro significa buscar um equilíbrio entre o Direito Econômico e o Direito Ambiental²⁰. Destaca-se, assim, a necessidade de uma parceria entre empresas e Estado no que tange a execução e fiscalização do transporte marítimo, para que, assim, se possa obter o chamado desenvolvimento sustentável²¹. Em outras palavras, enquanto as empresas devem fazer o correto uso da água de lastro, o Estado²² deve fiscalizar a atividade e punir eventuais desvios de conduta. Cumpre registrar que a tutela do meio ambiente marinho também é uma necessidade estipulada de forma ampla²³ pela Convenção das Nações Unidas Sobre Direito do Mar – CNUSDM²⁴.

Ao dissertar acerca do desenvolvimento sustentável, Fiorillo estabelece que: “Permiti-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos”. Dessa

²⁰ O elo entre o Direito Ambiental e o Direito Econômico é tão forte que a Constituição Federal consagra a defesa do meio ambiente como um dos nove grandes princípios gerais da atividade econômica (art. 170, VI). FIGUEIREDO, José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p. 120.

²¹ Em 1992, a cidade do Rio de Janeiro sediou a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nesse Momento, a expressão “desenvolvimento sustentável” passou a se tornar bastante popular. Tratava-se de uma teoria, exposta no documento intitulado “Nosso Futuro Comum” (ou “Relatório Brundtland”), que buscava conciliar o direito das nações ao desenvolvimento com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. FIGUEIREDO, José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p. 148.

²² O *Direito Econômico* relaciona-se com a intervenção do Estado no domínio econômico. A fim de implementar políticas públicas ou corrigir disfunções de mercado, o Estado tanto impõe restrições à atividade econômica como estabelece instrumentos econômicos que a condicionam. GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 18.

²³ As medidas previstas pela Convenção são muito abrangentes posto que se referem a todas as formas de poluição marinha, como a emissão de substâncias tóxicas ou nocivas, as não degradáveis, provenientes de fontes terrestres, tais como, lixo, lama, esgoto e outros detritos considerados altamente poluentes. OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. **O direito marítimo e o dever fundamental de proteção do meio ambiente marinho**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito de Vitória (FDV), 2017. Disponível em: <http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2018/06/marcelo-fernando-qui-roga-obregon.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018. p. 72.

²⁴ A CNUSDM também, no seu artigo 194 (BRASIL, 1995), exige dos Estados quanto à necessidade de tomar medidas compatíveis com a Convenção a fim de prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho, devendo utilizar todos os meios disponíveis e viáveis de que disponham e de acordo com as suas possibilidades. OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. **O direito marítimo e o dever fundamental de proteção do meio ambiente marinho**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito de Vitória (FDV), 2017. Disponível em: <http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2018/06/marcelo-fernando-qui-roga-obregon.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018. p. 72.

forma o desenvolvimento sustentável busca tutelar uma espécie de ponto de equilíbrio entre os ditames jurídicos e econômicos. Sob essa ótica, o monitoramento da água de lastro parece ser uma medida plausível, haja vista evitar o desgaste ambiental, ao tempo que permite o giro econômico do transporte marítimo²⁵.

Para a realização de um monitoramento de qualidade e de alta eficácia, faz-se mister investimentos em tecnologia, a fim de se conseguir obter uma apuração por “controles remotos”, permitindo verificações com o navio ainda em movimento e o mais perto possível da dimensão do “tempo real”. Imperativo mencionar que o monitoramento permite gerar um tratamento diferenciado da água de lastro.

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Pereira e Brinati²⁶:

[...] pode ser uma alternativa reutilizar esta água para processos industriais, ou até mesmo utilizá-la em processos de dessalinização, em que não existiria nenhuma chance de sobrevivência dos organismos presentes na água de lastro. Por mais que busquemos soluções robustas e complicadas para o problema da água de lastro, nos parece que a solução mais viável nem sempre é a mais cara. Talvez a solução para o problema esteja no reuso da água despejada pelos navios, de modo, que a mesma seja coletada, tratada e depois reutilizada.

Observa-se, assim, que não é necessário imaginar nenhuma solução extraordinária ao problema da água de lastro, vez que, através de uma visão preventiva, por meio do monitoramento, é possível viabilizar a reutilização

²⁵ O artigo 6 da Convenção Internacional para Controle e Gerenciamento da Água de Lastro regula “Pesquisa e Monitoramento Científico e Técnico” e disciplina que: 1 As Partes deverão enviar esforços, individualmente ou em conjunto, para: (a) promover e facilitar a pesquisa científica e técnica sobre o Gerenciamento de Água de Lastro; e (b) monitorar os efeitos do Gerenciamento de Água de Lastro em águas sob a sua jurisdição. Tal pesquisa e monitoramento deverá incluir a observação, medição, amostragem, avaliação e análise da eficácia e impactos negativos de qualquer tecnologia ou metodologia, assim como qualquer impacto negativo causado por tais organismos e agentes patogênicos que forem identificados como tendo sido transferidos pela Água de Lastro dos navios. 2 Cada Parte deverá, para promover os objetivos desta Convenção, disponibilizar informações relevantes a outras Partes que as solicitem, com relação a: (a) programas científicos e tecnológicos e medidas técnicas adotadas com respeito ao Gerenciamento de Água de Lastro; e (b) a eficácia do Gerenciamento de Água de Lastro deduzida de quaisquer programas de monitoramento e avaliação. Convenção Internacional para Controle e Gerenciamento da Água de Lastro e Sedimentos de Navios, 2004. Disponível em: https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/convencao_bwm.pdf. Acesso em: 7 ago. 2018.

²⁶ PEREIRA, Newton Marciso; BRINATI, Hermani Luiz. Tratamento da água de lastro no porto. In: PEREIRA, Newton Narciso. **Água de lastro: gestão e controle**. São Paulo: Blucher, 2018. p. 89-104. Disponível em: <http://pdf.blucher.com.br/s3-sa-east-1.amazonaws.com/openaccess/9788580393064/completo.pdf> >. Acesso em: 02 set. 2018. p. 99-100.

da água nos navios e, dessa forma, vislumbrar o desenvolvimento sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente trabalho, pode-se constatar que a água de lastro é de suma importância para a navegação marítima, vez que auxilia a estabilidade dos navios, bem como tem relevância também para os momentos de carga e descarga de mercadorias. Em contrapartida, ficou nítido que a troca da água de lastro pode ocasionar uma série de danos ambientais, sobretudo, porque o Brasil é um país com vasta diversidade natural, assim, a mistura de ecossistema ocasionada pela água de lastro pode ser muito prejudicial.

Nessa perspectiva, se entendeu que a água de lastro deve ser analisada sob o prisma do desenvolvimento sustentável. Isto foi feito a partir da análise de dois blocos de princípios e valores. O primeiro bloco foi o mercado pelas medidas primárias (antes do dano), o qual abarca as ideias de cooperação, informação e prevenção. Já o segundo bloco foram os das teses de poluidor-pagador e reparação integral.

Pôde-se concluir, por fim, que, para que haja um ponto de equilíbrio entre os Direitos econômico e Ambiental, é necessário haver o monitoramento da água de lastro, o qual deve se dar com a utilização de boa tecnologia, a fim de se ter o monitoramento mais apurado e eficaz possível, permitindo a reutilização da água de lastro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível

em:<<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/agua-de-lastro/contexto>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

Convenção Internacional para Controle e Gerenciamento da Água de Lastro e Sedimentos de Navios, 2004. Disponível em:

https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/convencao_bwm.pdf. Acesso em: 7 ago. 2018.

FIGUEIREDO, José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JUNQUEIRA, Andréa de Oliveira Ribeiro. LEAL NETO, Alexandre de Carvalho, apud, XAVIER, Grazielle. **Atividade Portuária: Bioinvasão por Água de lastro como vetor de Risco à Biodiversidade e a Sociedade Costeira**. 2008. Monografia (Mestrado em Ciência jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, 2008. Disponível em:< <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp094621.pdf> >. Acesso em: 9 ago. 2018.

MARINHA DO BRAISL, Diretoria de Portos e Costas. **Entrada em vigor da Convenção Internacional para o Controle e Gerenciamento da Água de Lastro**. Disponível em: < <https://www.dpc.mar.mil.br/pt-br/comunicacao-social/entrada-em-vigor-da-convencao-internacional-para-o-controle-e-gerenciamento-da-agua-de-lastro>>. Acesso em 1 ago. 2018.

PEREIRA, Newton Marciso; BRINATI, Hermani Luiz. Tratamento da água de lastro no porto. In: PEREIRA, Newton Narciso. **Água de lastro: gestão e controle**. São Paulo: Blucher, 2018. p. 89-104. Disponível em:< <http://pdf.blucher.com.br.s3-sa-east-1.amazonaws.com/openaccess/9788580393064/completo.pdf> >. Acesso em: 02 set. 2018.

PEREIRA, Newton Marciso; BRINATI, Hermani Luiz. Uso da água de lastro pelos navios. In: PEREIRA, Newton Narciso. **Água de lastro: gestão e controle**. São Paulo: Blucher, 2018. p. 23-32. Disponível em:< <http://pdf.blucher.com.br.s3-sa-east-1.amazonaws.com/openaccess/9788580393064/completo.pdf> >. Acesso em: 14 ago. 2018.

OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. **O direito marítimo e o dever fundamental de proteção do meio ambiente marinho**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito de Vitória (FDV), 2017. Disponível em: <http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2018/06/marcelo-fernando-quiroga-obregon.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

XAVIER, Grazielle. **Atividade Portuária: Bioinvasão por Água de lastro como vetor de Risco à Biodiversidade e a Sociedade Costeira**. 2008. Monografia (Mestrado em Ciência jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, 2008. Disponível em:< <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp094621.pdf> >. Acesso em: 9 ago. 2018.

O direito social ao transporte: mobilidade urbana e meio de promoção de direitos fundamentais*¹

Ivanildo Geremias da Silva Junior²

Tauã Lima Verdan Rangel³

Sumário: Introdução. **1.** Da Teoria dos Direitos Fundamentais. **2.** Programatismo dos direitos sociais: Teoria da reserva do possível versus materialização dos Direitos Fundamentais. **3.** O direito ao transporte como direito fundamental: barreiras para sua efetivação. – Conclusão. – Conclusão.

Resumo: É fato que o contemporâneo avanço da perspectiva analítica sobre os direitos fundamentais passam a reconhecer um leque extenso e imprescindível para a afirmação da dignidade da pessoa humana, na condição de núcleo basilar do ordenamento jurídico nacional. Neste sentido, o escopo do presente artigo cuida em se debruçar sobre o direito social ao transporte, incluso no rol do artigo 6º do Texto Constitucional. Ora, aludido direito, conquanto compartilhe aspectos comuns com os demais direitos

* Recibido: 28 febrero 2019 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Trabalho vinculado ao Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito”
- ² Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana.
ivanildo.jr10@hotmail.com
- ³ Professor orientador. Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana.
taua_verdan2@hotmail.com

daquele artigo, guarda peculiaridade na condição de direito-meio, ou seja, instrumento imprescindível para a concreção de uma gama de outros direitos. Há, ainda, que se sublinhar que a materialização do direito social ao transporte encontra obstáculos robustos, sobretudo no que atina à teoria da reserva do possível e a disponibilidade, por parte do Poder Público, de verbas para a implementação e erradicação das barreiras. A metodologia empregada na construção do presente pautou-se na utilização do método dedutivo e, como técnica de pesquisa, pesquisa bibliográfica e revisão de literatura sistemática.

Palavras-chave: Direito Social ao Transporte. Mobilidade Urbana. Direitos Fundamentais.

Abstract: It is a fact that the contemporary advance of the analytical perspective on fundamental rights begins to recognize an extensive and indispensable range for the affirmation of the dignity of the human person, in the condition of basic nucleus of the national juridical order. In this sense, the scope of this article is concerned with the social right to transport, included in the role of Article 6 of the Constitutional Text. Now, alluded to as a right, although it shares common aspects with the other rights of that article, it has a peculiarity in the condition of right-means, that is, an indispensable instrument for the realization of a range of other rights. It should also be stressed that the materialization of the social right to transport encounters robust obstacles, especially in what concerns the theory of the reserve of the possible and the availability by the Government of funds for the implementation and eradication of barriers. The methodology used in the construction of the present was based on the use of the deductive method and as a research technique, bibliographical research and systematic literature review.

Keywords: Social Law to Transportation. Urban mobility. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Revolução Industrial, houve um grande fenômeno mundial que foi o êxodo rural, os trabalhadores da zona rural foram para as cidades produzindo um inchaço urbano, as cidades começaram a crescer e, conseqüentemente, a ter um maior povoamento (CIDADE; LEÃO JÚNIOR; 2016, p.200). Igualmente, em decorrência do avanço proporcionado pela Revolução Industrial e o fortalecimento, via de consequência, do modelo capitalista que encontrava na aferição do lucro seu principal sustentáculo, a exploração da classe trabalhadora passou a ser aspecto caracterizador, submetidos à condição insalubre, carga horária extenuante e remuneração insuficiente para o custeio de necessidades basilares.

Denota-se, portanto, que a postura negativa, antes adotada pelo Estado, não mais se justificava; ao reverso, com o escopo de salvaguardar a classe trabalhadora, especialmente explorada em tal conjuntura, fez-se carecida a adoção de um modelo positivo. Ora, o Estado passa a desempenhar especial função como assegurador dos direitos dos trabalhadores. Desta feita, a Revolução Industrial é considerada o nascedouro do denominado “Estado de Bem-Estar Social”, também nominada de Estado Positivo, Estado de Previdência ou *Welfare State*, cujo escopo está alicerçado em promover direitos imprescindíveis ao desenvolvimento humano, a exemplo da saúde, educação, cultura, previdência social, trabalho, dentre outros. Como aspecto comum, tal leque de direito passa a reclamar uma postura programática do Estado, devendo, pois, custear a concretização.

Desta maneira, como desdobramento contemporâneo dos direitos daquele período, é possível aludir ao direito ao transporte que, na Constituição Federal, é positivado no rol do artigo 6º, ou seja, incluído dentre os típicos direitos sociais. Para tanto, ao se conceber o novel direito fundamental, os municípios precisam ter um sistema de circulação e transporte que atenda bem a demanda do deslocamento de pessoas, pois, as pessoas precisam ter acesso aos locais de trabalho, bem como as instituições de ensino, locais de saúde, entre outros serviços essenciais.

O presente artigo visa trazer a discussão sobre a mobilidade urbana, isto é, o direito ao transporte como um direito fundamental, portanto, possui algumas prerrogativas, e que Estado por meio de políticas públicas tem o dever de promover esse direito. Porém, também serão analisadas algumas barreiras que impedem tal exercício. A metodologia empregada na construção do

presente pautou-se na utilização do método dedutivo e, como técnica de pesquisa, pesquisa bibliográfica e revisão de literatura sistemática.

1 DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em uma ordem jurídica, os direitos fundamentais atuam com um papel proeminente, pois esses direitos têm em seu ideário o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo essencial de um indivíduo. Confirmando esse entendimento, Marmelstein diz que:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas a ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivada no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2008, p.20)

Salientando uma definição formal para direitos fundamentais, o professor João Trindade Cavalcante Filho diz que:

[...] poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.” (CAVALCANTE FILHO, s.d, s.p)

Vale ressaltar, que por conta dessas premissas, os direitos fundamentais possuem valores básicos para uma vida digna em sociedade. Respeitando assim, o direito a vida, a integridade física da pessoa e a moral do ser humano, garantindo um mínimo existencial. Observa-se também, que não são quaisquer direitos reconhecidos como fundamentais. Somente aqueles que foram positivados dentro de um ordenamento jurídico constitucional enquadrado nesta categoria. Nessa esteira, podemos verificar que não existe direito fundamental decorrente de lei. O surgimento desse direito se dá pela constituição de um país. Marmelstein (2008, p. 20) afirma que a lei, quando muito, irá desinfiar, ou seja, regular o exercício do direito fundamental, mas jamais criar primariamente. Fazendo assim, que esses direitos tenham uma força jurídica potencializada.

A República Federativa do Brasil na criação de sua constituição em 1988 positivou os direitos e garantias fundamentais em seu texto, onde em seu segundo título “Dos direitos e Garantias fundamentais” (BRASIL, 1988), verifica-se a vontade deste Estado constituído em proteger a dignidade da pessoa humana, que são inerentes a esses direitos e garantias. Além disso, a constituição subdividiu este título em cinco capítulos, classificando os direitos fundamentais da seguinte forma: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direito de nacionalidade, direitos políticos e direitos

relacionados à existência, organização e participação dos partidos políticos. Como mostra Moraes:

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os *direitos e garantias fundamentais*, subdividindo-os em cinco capítulos: *direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos*. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero *direitos e garantias fundamentais*: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. (MORAES, 2016, s.p)

Os direitos individuais correspondem aos direitos da pessoa humana, estão ligados à personalidade do ser humano, como por exemplo, direito à vida, liberdade e igualdade, não necessitando da ação positiva do Estado para sua efetivação, apenas garantindo que aquele não seja violado. Por sua vez, os direitos sociais exigem essa atuação estatal para o cumprimento desse direito. O poder público, por meio de políticas públicas, efetiva ações visando o bem-estar social. Já os direitos de nacionalidade zelam do vínculo jurídico-político que liga uma pessoa de um determinado Estado, submetendo ao cumprimento de determinados deveres.

Os direitos políticos tratam das regulamentações que envolvem as formas de atuação da soberania popular, dando oportunidade ao indivíduo exercer a sua cidadania, participando dos negócios políticos do Estado. Os direitos à existência, organização e participação em partidos políticos disciplinam os partidos políticos como meio necessário à preservação do Estado Democrático de Direito. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p.107)

Modernamente a doutrina classifica os direitos fundamentais em três dimensões, por meio do ideário da Revolução Francesa que tinha como premissas: a liberdade, igualdade e fraternidade. Os direitos de primeira dimensão são alusivos à liberdade, onde pressupõe um Estado negativo, ou seja, um dever de não fazer (*non facere*), salvo zelar para que as liberdades do homem não sejam infringidas (DIÓGNES JÚNIOR, 2012). Os direitos de segunda dimensão referem-se aos direitos sociais, econômicos e culturais. Estão firmados na compreensão de igualdade, em que o Estado é exigido sua atuação, para que possa garantir uma igualdade existencial, dando oportunidade à todos de ter o direito à saúde, educação e moradia, por exemplo (DIÓGNES JÚNIOR, 2012).

Os direitos de terceira dimensão consagram os princípios da solidariedade e fraternidade, visando os direitos para todos, e não para um indivíduo isoladamente, tornando-se um direito difuso, como por exemplo: direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente e o direito à paz

(DIÓGNES JÚNIOR, 2012). Existem ainda os direitos de quarta e até quinta dimensão segundo alguns doutrinadores, porém, não há um consenso entre eles. Luciano Meneguetti Pereira explica esse entendimento:

Há quem afirme atualmente a existência de uma 4ª e ainda uma 5ª dimensão desses direitos. Sob a perspectiva de Norberto Bobbio, os direitos de 4ª dimensão decorreria dos avanços na seara da engenharia genética, pois a exploração do patrimônio genético põe em risco a própria existência humana (1992, p.6). Para Paulo Bonavides (2000, p. 524), os direitos de 4ª dimensão correspondem ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo, ao passo que o direito de 5ª dimensão corresponderia ao direito à paz. Apesar desse entendimento, afirma-se que essas dimensões de direitos fundamentais ainda aguardam sua consolidação e consagração na esfera do direito internacional e pelas ordens constitucionais internas, o que já se começa a verificar nos limiares do século XXI. (PEREIRA, s.d, s.p)

Verifica-se a divergência entre os doutrinadores no que tange ao direito de quarta dimensão. Noberto Bobbio (ano) relaciona ao direito à engenharia genética. Por outro lado, Paulo Bonavides (ano) diz que corresponde ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo e o direito de quinta geração faz referência ao direito à paz.

De acordo com a doutrina abalizada os direitos fundamentais possuem algumas características como: Universalidade, historicidade, Irrenunciabilidade, Inalienabilidade, Imprescritibilidade, Limitabilidade e Concorrência. Nesta linha, a universalidade revela que esses direitos destinam-se a todos os indivíduos, sem distinção. Por sua vez, a historicidade mostra que os direitos fundamentais são fruto de uma evolução e desenvolvimento histórico. Já a irrenunciabilidade diz que o titular desses direitos não pode abrir mão de tê-los, mas pode não utilizá-los. A dita inalienabilidade reforça que não pode transferir esses direitos comercializar esses direitos a outros. Imprescritibilidade define que tais direitos não se perdem com o tempo, não prescrevem, tendo o seu exercício garantido a todo o momento.

No que atina à limitabilidade ou relatividade, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo assim haver o questionamento quando existirem conflitos ou confrontos. Por derradeiro, na concorrência esses direitos podem ser exercidos cumulativamente, como por exemplo, um jornalista transmite uma notícia (direito à informação) e, ao mesmo tempo, emite uma opinião (direito à opinião) (LENZA, 2016, p.1060-1061).

2 PROGRAMATISMO DOS DIREITOS SOCIAIS: TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL *VERSUS* MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos sociais estão presentes na constituição federal brasileira de 1988, no qual, é classificado como direito fundamental. Buscando uma igualdade material, que é tratar o igual de forma igual e o desigual de forma desigual, o Estado brasileiro através de prestações positivas positivou esses direitos no art.6º do seu texto constitucional. Contudo, para que esses direitos possam ser efetivados é necessária uma atuação estatal fornecendo bens e serviços para a promoção da educação, saúde, moradia, dentre outros direitos, e para isso demanda grande disponibilidade financeira. Logo, a concretização desse direito, que é fundamental, entra em choque com a disponibilidade orçamentaria estatal. (CHINELLATO, s.d.).

A teoria da reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades da sociedade, que precisam ser supridas pelo Estado (STIBORSKI, s.d.). Como mostra Fenando Borges Mânica à origem dessa teoria se da no Tribunal Constitucional da Alemanha:

No caso, a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão. Na análise de Ingo Sarlet, o Tribunal alemão entendeu que “(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispendo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”. (MÂNICA, 2011, p.11)

Nota-se que o tribunal alemão mediante ao impasse dos estudantes exigirem a vaga para o curso de medicina, com base lei fundamental: “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”, optou pelo indeferimento do pedido. Fundamentando nesta teoria da reserva do possível, em que só seria válida a prestação se fosse razoável. Verifica-se que na sua origem a teoria não se dava na inexistência de recursos financeiros. No Brasil, por meio de

jurisprudência, a teoria da reserva do possível tem sido adota no que tange a disponibilidade financeira do Estado. A decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal comprova este fato:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a 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 Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004, s.p)

Logo, a reserva do possível por insuficiência de recursos financeiros tem por finalidade manter o equilíbrio financeiro do Estado. Apenas nesta hipótese, de esgotamento dos recursos orçamentários públicos. Com essa decisão mostra que esta teoria já vem sendo aplicado no Brasil, sendo capaz de limitar a materialização de alguns direitos fundamentais. Contudo, Ana Paula de Barcellos vai dizer sobre esse problema, se a tendo ao mínimo existencial.

[...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao

estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BARCELLOS, 2002, p. 245-246).

A dignidade humana não pode ser suprimida por falta de orçamento financeiro Estatal. Por meio dessa compreensão, o Estado deve garantir pelo menos um mínimo de condições materiais para a existência, tornando-se assim prioridade dos gastos públicos. Garantindo esse mínimo existencial é razoável a aplicação da reserva do possível (BARCELLOS, 2002, p.245-246). Quanto a esta atuação judiciária, também chamado de ativismo judiciário, nas políticas públicas como na efetivação de algum direito social é questionável por alguns doutrinadores, conforme diz Daniela Pinto Holtz Moraes:

Ana Paula de Barcellos sistematiza as críticas ao controle de políticas públicas pelo Judiciário em três grupos: a) críticas relacionadas à teoria da Constituição; b) críticas de natureza filosófica e c) críticas operacionais. A crítica relacionada à teoria da Constituição, conforme a autora, questiona a possibilidade de intervenção do Judiciário em matéria tipicamente reservada à deliberação política majoritária. Argumenta-se que mesmo a dogmática dos princípios constitucionais reconhece que os princípios são compostos de uma área nuclear, que impõe determinados efeitos, e uma área não nuclear, que permite a escolha legítima pelas majorias políticas. Além disso, as políticas públicas já estão sujeitas ao controle político-social dos grupos de oposição e da população, que se manifesta ao menos nas eleições. A intervenção do Direito no espaço do pluralismo político produziria grave desequilíbrio em prejuízo da democracia. Já as críticas filosóficas consistem no fato de que seria estabelecida uma espécie de pressuposição de que os juristas e juízes tomariam melhores decisões que os agentes públicos em matéria de políticas públicas e essa premissa, além de soar paternalista e presunçosa, poderia violar o fundamento básico dos Estados republicanos, por força do qual a opinião de todos tem o mesmo valor no cenário político. Por fim, a crítica operacional reside na circunstância de que nem juristas, nem juízes dispõem de elementos suficientes para avaliar a realidade estatal como um todo. Como o juiz preocupa-se com casos concretos, ignora outras necessidades relevantes e que demandam o gerenciamento de recursos limitados, o que pode causar distorções no sistema visto de forma global. (MORAES, 2010, s.p)

A doutrinadora Ana Paula Barcellos faz a crítica relacionada a três grupos, a teoria da constituição, de natureza filosófica e operacionais. A primeira, diz respeito que as políticas públicas não podem sofrer intervenção judiciária, pois ela já faz parte de um núcleo constitucional já definido. Já a de natureza filosófica ficaria pressuposto que os magistrados tomariam melhores decisões que os agentes políticos, no que tange a políticas públicas, o que violaria o fundamento básico dos Estados Republicanos. Por sua vez, a crítica operacional é que os magistrados não possuem elementos suficientes para fazer uma avaliação da realidade geral do Estado. Nesse sentido, Luiz

Roberto Barroso, em seu escólio, também contraria o ativismo judiciário pelos riscos para a legitimidade democrática:

Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo? Há duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. (BARROSO, s.d, s.p)

Sendo que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, o doutrinador afirma que a constituição atribuiu legitimidade deste poder de invalidar as decisões dos que exercem mandato popular, portanto, agiriam de forma técnica e imparcial, desprovido de vontade política, apenas realizando a vontade do povo por meio da aplicação e leis e da própria carta magna. Entretanto, a doutrina também defende o ativismo judiciário, mas, na efetivação dos direitos sociais, já que esses direitos buscam reduzir a desigualdade social, fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Moraes vai ressaltar essa abordagem:

A questão foi bem abordada por Ana Paula de Barcellos que, ao analisar as críticas à atuação judicial no controle de políticas públicas, acabou por sintetizar os principais argumentos favoráveis ao ativismo judicial, os quais são a seguir expostos. Em oposição ao questionamento acerca da invasão do Judiciário em assunto reservado à deliberação política majoritária, em descompasso com a democracia, a autora levanta três questões. Em primeiro lugar, o exercício de um conjunto básico de direitos fundamentais é indispensável ao funcionamento regular da democracia e ao controle social de políticas públicas, pois, caso contrário, os indivíduos não têm condições de exercer sua liberdade e de participar do processo político, o que dá margem à corrupção, ineficiência e a clientelismo na gestão das políticas públicas. Em segundo lugar, a própria Constituição pode ter decidido conferir espaço mais amplo ao direito e maiores condicionamentos jurídicos aos poderes públicos, motivo pelo qual as decisões fundamentadas nas Constituições não podem ser ignoradas. Em terceiro lugar, não existem apenas duas opções radicais – nenhum controle ou controle absoluto das políticas públicas –, mas podem ser adotadas possibilidades intermediárias. (MORAES, 2010, s.p)

Percebe-se que o assunto da intervenção judiciária em favor da reserva do possível, como por exemplo, não é tão aceito. Todavia, Ana Paula de Barcellos vai frisar que o exercício dos direitos fundamentais é necessário para uma sociedade, e não se pode negar que a constituição pode ter decidido

conferir espaços maiores direitos e maiores condicionamentos jurídicos aos poderes político, além de que, os extremos de controle das políticas públicas, não controle ou controle total, não seriam a solução, mas sim possibilidade intermediárias. Assim, para a implementação dos direitos fundamentais, o ativismo judiciário seria razoável.

3 O DIREITO AO TRANSPORTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: BARREIRAS PARA SUA EFETIVAÇÃO

O direito ao transporte foi positivado no texto constitucional recentemente, promulgada por meio da Emenda constitucional nº 90 de 15 de setembro de 2015, como direito social, portanto, direito fundamental. Valorizando a importância da mobilidade urbana de pessoas. O art.6º da Carta Magna de 1988 diz que: “**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.” (BRASIL, 1988,) (grifo nosso). Embora esteja expressamente escrito na constituição, esse direito traz questionamento em relação a sua aplicabilidade, dado seu caráter amplo. (CIDADE; LEÃO JÚNIOR; 2016). Vale salientar, que o direito ao transporte é considerado como direito de meio. Como afirma Roberto e Teófilo:

Na visão material, o direito ao transporte se trata de direito que garante acesso aos demais direitos sociais (logo, direito meio) e se presta a assegurar o status jurídico material do cidadão, tornando acertada a inserção no rol do artigo 6º da Constituição Federal, até por ser considerado 2 como cláusula pétrea em extensão do disposto no §4º do artigo 60, do mesmo dispositivo legal. (CIDADE; LEÃO JÚNIOR, 2016; p.199)

Sendo um direito meio, o direito ao transporte ele dar acesso a outros direitos, pois, a sua finalidade principal é ser um mecanismo obtenção. Logo, não é um direito fim, no qual, o seu exercício é o objetivo principal. O direito ao transporte também está associado à mobilidade urbana (CIDADE; LEÃO JÚNIOR; 2016, p. 200). Valter Fanini, em seu escólio, vai conceituar mobilidade urbana como:

A mobilidade urbana é um atributo associado às pessoas e atores econômicos no meio urbano que, de diferentes formas, buscam atender e suprir suas necessidades de deslocamento para a realização das atividades cotidianas como: trabalho, educação, saúde, lazer, cultura etc. Para cumprir tal objetivo, os indivíduos podem empregar o seu esforço direto (deslocamento a pé), recorrer a meios de transporte não motorizados (bicicletas, carroças, cavalos) ou motorizados (coletivos e individuais). (FANINI, 2016, p.10)

Verifica-se que o direito ao transporte tem como meta garantir à possibilidade de todos terem acesso aos lugares de uma cidade, para que o

cidadão tenha condições exercer suas atividades cotidianas, que são direitos. Quando se observa a ligação de mobilidade urbana com direito ao transporte, percebe-se a utilização do direito ao transporte como direito meio.

O direito ao transporte sendo considerado como um direito social, o Estado por meio de políticas públicas deve suprir a demanda envolvendo essa temática. Todavia, havendo omissão do poder executivo e legislativo, nesse sentido, cabe ao poder judiciário agir provocando os outros poderes de modo que atuem naquilo que precisam. O direito ao transporte é classificado como um direito prestacional, ou seja, por meio do poder público são entregues aos cidadãos direta ou indiretamente o serviço ou bens materiais. Caso não haja concretização, cabe o particular ajuizar uma ação contra o Estado (CIDADE; LEÃO JÚNIOR; 2016, p.209). Sendo classificado como um direito prestacional, o direito ao transporte enfrenta mais um desafio, pois o direito prestacional “não se realizam, inteiramente, sem a prévia regulamentação, ou seja, sem a existência de uma política, de um serviço e/ou de uma rubrica orçamentária.” (CLÈVE, 2011). Com essas questões definidas, Roberto e Teófilo traz as seguintes indagações:

O particular (individualmente ou coletivamente) pode exigir a implementação de uma linha de transporte convencional em seu bairro? Cabível requerer a implementação de um sistema viário de transporte público em um município em que o serviço não é contemplado? Em caso de não preenchimento dos requisitos de acessibilidade normativamente dispostos, possível a responsabilização civil do órgão estatal? Em caso de ausência de interessados de exploração de transporte público local, fica o município obrigado a subsidiá-lo? Considerando o §1º, do artigo 3º do Decreto n. 5.934/06, e §1º, do artigo 13 do Decreto n. 8.537/15, que possuem a mesma reação 7, e consideram “transporte convencional” aqueles realizados pelos serviços rodoviários, ferroviário e marítimo, em caso justificado e de premência necessidade não seria justo a realização de sua interpretação analógica para o sistema aéreo com o objetivo de dar efetividade à norma constitucional? Possível a intervenção judicial para a revisão da política tarifária? E quem vai pagar a conta? (CIDADE; LEÃO JÚNIOR; 2016, p.209).

Considera-se o direito ao transporte com um direito fundamental, portanto, direito subjetivo, todas essas dúvidas não passíveis de serem analisadas pelo poder judiciário. No entanto, a obtenção de tais direitos ou não judicialmente depende da verificação de alguns aspectos: (CIDADE; LEÃO JÚNIOR; 2016, p.210). “(a) a existência de política pública; (b) a adequação de sua execução; e, a (c) compatibilidade das condicionantes de realidade na relação entre a necessidade para a manutenção da dignidade (mínimo existencial) e disponibilidade de recursos financeiros (reserva do possível).” (CIDADE; LEÃO JÚNIOR; 2016, p. 211). Isso mostra que a concretização desse direito

na prática não é algo simples, e pela sua complexidade de execução pode ser ignorado muitas vezes pelo Estado.

CONCLUSÃO

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 90 de 15 de setembro de 2015, o direito ao transporte passou se tornar um direito social, logo, um direito fundamental. Sendo assim, é um direito relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, comprova-se a necessidade de tal direito por ser essencial em um indivíduo para uma vida digna em sociedade. Classificado como um direito social, o direito ao transporte é categorizado pela doutrina como um direito de segunda dimensão, portanto, existe uma necessidade de o Estado agir, por meio de políticas e serviços públicos, fazendo uma prestação social garantindo a mobilidade urbana.

No entanto, existem alguns impedimentos que limitam a concretização de fato desse direito. Um dos entendimentos que vem sendo aplicado no tribunal brasileiro é a teoria da reserva do possível, que dar margem a administração pública de deixar de assistir com alguma política pública por falta de disponibilidade financeira, o que legitima o Estado a não prestação de algum serviço ligado à mobilidade urbana, que seria um direito fundamental. Torna-se evidente do conflito de direitos, sabendo da importância de ambos, cabe ao juiz analisar e definir, em um caso concreto de algum requerimento de aplicação desse direito, a melhor escolha a ser feita.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em:
<http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em 04 jul.2017
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:
<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 jul. 2017.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello em ADPF nº 45**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em 04 jul.2017.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos**

Fundamentais. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em 1 de Jul. 2017

CIDADE, Roberto Berttoni; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa.

Direito ao Transporte como Direito Fundamental Social. In: **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**, Brasília v.2, n.1, p.196-216, jan.-jun. 2016.

CHINELLATO, Thiago. **A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível.** Disponível em:

< <https://thiagochinellato.jusbrasil.com.br/artigos/121942681/eficacia-dos-direitos-sociais-e-reserva-do-possivel> > Acesso em 04 jul.2017

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais.**

Disponível em:

< <http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>> Acesso em 05 jul. 2017

DIÓGNES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou Dimensões dos direitos fundamentais?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 15, n. 100, mai. 2012. Disponível em

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em 03 jul. 2017.

FANINI, Valter. **Mobilidade Urbana.** Série de Cadernos Técnicos.

Publicações temáticas da Agenda Parlamentar do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Paraná – CREA-PR. 2011. Disponível em: <<http://177.92.30.55/ws/wp-content/uploads/2016/12/mobilidade-urbana.pdf>> Acesso em: 05 jul.2017

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 25, fev.-abr., 2011.

- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MORAES, Daniela Pinto Holtz. Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 13, n. 76, mai. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em 04 jul. 2017.
- MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- PAULO, Vicente; MARCELO, Alexandrino. **Direito constitucional descomplicado**. 16 ed. São Paulo: GEN, 2017.
- PEREIRA, Luciano Meneguetti. **As dimensões de direitos fundamentais e necessidade de sua permanente reconstrução enquanto patrimônio de todas as gerações**. Disponível em: <<http://www.aems.edu.br/conexao/edicaoanterior/Sumario/2013/downloads/2013/3/33.pdf>> Acesso em 03 de jul.2017
- STIBORSKI, Bruno Prange. **Reserva do Possível: Origem, conceito e ordens**. Disponível em: <<https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens>> Acesso em 04 jul.2017

MISCELÁNEA

La secularización, el liberalismo y el problemático papel de la religión en las sociedades modernas*

Sergio García Magariño¹

Sumario: Introducción. **1.** La secularización y el secularismo. **2.** La tradición liberal como marco incuestionable e invisible. **3.** Una propuesta sobre la manera de abordar los fenómenos sociales vinculados a la religión. **4.** La conexión entre algunos de los factores identificados anteriormente y el surgimiento de movimientos populistas de ideología extrema. – Conclusión.

Resumen: En este artículo el autor aborda dos cuestiones que no son factores causales para el surgimiento de los movimientos populistas de derecha, pero que constituyen el marco en el que tienen lugar los debates sobre el pluralismo etnorreligioso y su relación con la política, a saber: una comprensión defectuosa del proceso de secularización sociológica y una tradición liberal que da por sentado muchas nociones problemáticas y determina sutilmente la lógica del debate. El autor manifiesta que estas dos cuestiones sin resolver dificultan una buena comprensión de la complejidad de los fenómenos sociales relacionados con la religión en las sociedades occidentales contemporáneas, como el fundamentalismo, el terrorismo, el islam político o las

* Recibido: 28 febrero 2019 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Licenciado en Ciencias de la Actividad Física y el Deporte por el IVEF de Vitoria (2001). Realizó un posgrado en Educación y Desarrollo social (Centro Universitario de Bienestar Rural, Colombia) y cursó el doctorado en el Departamento de Sociología de la UPNA. Entre 2001 y 2007 vivió en varios países latinoamericanos, principalmente en Colombia y Honduras, donde colaboró con distintas organizaciones en proyectos de educación y desarrollo. De regreso a España, realizó el doctorado y ha trabajado intercalando su faceta de preparador físico con la de investigador.
tresycinco@gmail.com

reivindicaciones de otros grupos religiosos de participar en la esfera pública. Para lograr los objetivos anteriores, el artículo se centra en cuatro puntos interconectados. El primero comprende una breve revisión de la teoría de la secularización, por un lado, y del secularismo como ideología, por el otro. El segundo punto constituye un cuestionamiento del marco liberal. En la tercera parte se propone una manera particular de abordar los fenómenos sociales vinculados a la religión. Y, por último, en el cuarto apartado, examina los factores relacionados con la religión que alimentan los movimientos populistas de derecha extrema.

Palabras clave: Secularización, Secularismo, Liberalismo, Religión, Pluralismo religioso, Movimientos populistas, Ideología extrema, Sociedades modernas.

Introducción

En este trabajo se abordan dos cuestiones que no son factores causales para el surgimiento de los movimientos populistas de derecha, pero que constituyen el marco en el que tienen lugar los debates sobre el pluralismo etnorreligioso y su relación con la política, a saber: una comprensión defectuosa del proceso de secularización sociológica y una tradición liberal que da por sentado muchas nociones problemáticas y determina sutilmente la lógica del debate.

Estas dos cuestiones sin resolver dificultan una buena comprensión de la complejidad de los fenómenos sociales relacionados con la religión en las sociedades occidentales contemporáneas, como el fundamentalismo, el terrorismo, el islam político o las reivindicaciones de otros grupos religiosos de participar en la esfera pública.

Para lograr los objetivos anteriores, el artículo se centrará en cuatro puntos interconectados. El primero será una breve revisión de la teoría de la secularización, por un lado, y del secularismo como ideología, por el otro. El segundo punto constituirá un cuestionamiento del marco liberal.

En la tercera parte se propondrá una manera particular de abordar los fenómenos sociales vinculados a la religión. Y, finalmente, en el cuarto apartado se examinarán los factores relacionados con la religión que alimentan los movimientos populistas de derecha extrema.

1. La secularización y el secularismo

Uno de los factores que parece estar relacionado con la falta de capacidad para responder eficazmente a los problemas sociales vinculados a la religión es la comprensión limitada de cómo opera la secularización en la sociedad actual.

La teoría de la secularización es parte de una teoría más amplia sobre la modernización que trata de explicar el cambio social en los siguientes términos. A medida que las sociedades pasan de entidades tradicionales a modernas, se producen diferentes procesos sociales: racionalización, separación de un único sistema social en sub-sistemas diferenciados y autónomos, migración de las zonas rurales a las ciudades, burocratización de los procesos gubernamentales, secularización... Este proceso tuvo lugar en los países occidentales, especialmente en Europa, pero fue considerado

como un proceso universal, por lo que la modernización adoptó no sólo un enfoque descriptivo sino también teleológico.

Empíricamente, la secularización, a su vez, tenía que ver con diferentes fenómenos y procesos sociales: la pérdida de lealtad hacia las instituciones religiosas tradicionales, el desplazamiento de la religión de la totalidad del sistema social a una esfera autónoma, así como la política, la ciencia y la cultura; y, en algunos casos, la separación de ciertas prácticas religiosas tradicionales, como la celebración de la Pascua de Navidad, de su significado religioso.

Sin embargo, mucha gente interpretó estos hechos más radicalmente y, probablemente yendo más allá del ámbito de validez de la teoría, planteó que, a medida que las sociedades se modernizaran, la influencia de la religión desaparecería o simplemente se convertiría en una cuestión privada, un folclore postmoderno, rituales culturales exóticos u otros fenómenos que dan sentido y generan trascendencia como el deporte. En todo caso, las políticas públicas tomaron estas conclusiones como hechos y a consecuencia de ello pasaron por alto el papel de la religión en la sociedad y las complejas transformaciones sociológicas que se estaban produciendo a nivel de la religiosidad. Además, algunas personas tomaron estos puntos como una ideología asociada con el secularismo e hicieron declaraciones normativas en el sentido de que la religión, a fin de avanzar hacia sociedades más avanzadas, debía desaparecer.

Por el contrario, las transformaciones sociológicas parecían estar avanzando de otras maneras, que no han sido reconocidas hasta hace poco.

Para empezar, ahora se destaca el papel que han desempeñado las consideraciones religiosas en varios casos prominentes de conflicto político y revolución. Algunos ejemplos incluyen la Guerra de los Seis Días entre Israel y Egipto, la revolución iraní, el desarrollo del nacionalismo hindú en la India y el nacionalismo budista en Sri Lanka, el papel del catolicismo en el derrocamiento del comunismo en Europa Oriental, los movimientos de desobediencia civil no violenta inspirados en la religión, el surgimiento de la política evangélica en los Estados Unidos y el mal llamado terrorismo islámico, por nombrar algunos.

Estudios demográficos recientes también han sido significativos, mostrando que la abrumadora mayoría de la población mundial sigue siendo tan religiosa como siempre, si no más. Por ejemplo, la Encuesta Mundial de Valores, llevada a cabo en 56 países desde la década de 1980 hasta principios de la década del 2000, encontró que los niveles de creencia religiosa aumentaron del 80% al 83% en la población mundial durante este

período. La única región donde estos niveles disminuyeron fue Europa Occidental, pero sólo del 81% al 78%. A su vez, los niveles de creencia religiosa aumentaron en Europa Oriental del 68% al 78%, mientras que el porcentaje de chinos que citaron la «religión» como una influencia importante en su vida creció del 22% al 36%.

Otros estudios han socavado la idea de que la modernidad y la religión están de alguna manera en desacuerdo al probar tentativa pero empíricamente cómo la religión ha jugado un papel importante en alentar a muchos pueblos no occidentales a aceptar la ciencia moderna, la medicina moderna y la política democrática. De hecho, la teoría de la secularización ha sido cuestionada de tantas maneras que numerosos pensadores prominentes están comenzando a afirmar que ésta ha sido completamente falsada.

Además, cada vez más se reconoce a la religión como una fuerza motriz en el mundo del desarrollo social y económico. Por ejemplo, el campo interdisciplinario del desarrollo muestra que ciertas actitudes hacia el trabajo y ciertas cosmovisiones son más propicias para el progreso social que otras; de acuerdo con esto, está en marcha un proceso de aprendizaje en acción sobre cómo fomentar esas actitudes. Este mismo campo del desarrollo ha subrayado el papel de las organizaciones religiosas en la prestación de servicios sociales, así como en la creación de programas de desarrollo exitosos.

Por otro lado, se han puesto en tela de juicio algunas de las conexiones entre religión, violencia y conflicto, señalando que la causa de muchos conflictos vinculados a la religión no es la religión en sí misma, sino la fusión de la religión con el nacionalismo o la etnia, o con ambos.

Por último, Europa, frente a todo pronóstico, acoge a nuevas religiones y nuevos debates como resultado de muchos procesos entrelazados, como la integración global y las migraciones, la desilusión con filosofías materialistas y hedonistas y con su promesa de una felicidad basada en la satisfacción inmediata de las necesidades, las conversiones, las nuevas formas de espiritualidad, la búsqueda renovada de la identidad, los movimientos ecológicos con algunos rasgos cercanos a perspectivas trascendentales, la verificación de que las ideologías materialistas, ya sean capitalistas o comunistas, han producido desigualdades en el primer caso y totalitarismos en el segundo, el recrudecimiento de un debate creciente y un renovado interés por el papel de la religión en la esfera pública o los desafíos que plantea la gestión pública de la diversidad religiosa y de la cohesión social en contextos más plurales.

2. La tradición liberal como marco incuestionable e invisible

Otra razón por la que los problemas sociales ligados a la religión son tan problemáticos es la asunción del marco liberal como un marco de valores neutral. MacIntyre en *Competing rationalities* plantea que desde la ilustración, una tradición de investigación ha establecido su lógica en el debate público sin hacer explícitos sus supuestos. Cualquier tipo de actor que entra en el debate asume inconscientemente estas lógicas. Algunas de estas premisas vinculadas al liberalismo o a las democracias occidentales que han sido naturalizadas son las siguientes:

- La democracia liberal partidista es el mejor sistema de gobierno.
- El individuo es la principal entidad de la vida social y los derechos políticos y civiles individuales son la clave del progreso.
- La separación entre lo público y lo privado.
- La relevancia del individuo sobre la comunidad y de la identidad individual sobre las identidades colectivas, que a veces se consideran opresivas.
- La necesidad de tensión entre las instituciones y los ciudadanos.
- La noción de poder como dominación.
- La economía como eje de la vida social.
- La competencia como principio articulador de la organización social y como clave de la excelencia.
- La división entre religión y política, fe y razón, mente y corazón, racional y emocional.
- La racionalidad instrumental como la forma más elevada de racionalidad.
- El crecimiento económico es la clave para el progreso social.
- La naturaleza como recurso a explotar.
- El interés nacional como principio fundamental de las relaciones internacionales.
- El interés individual como motor del progreso.
- La negociación como estrategia más eficiente para la toma de decisiones colectiva.

No obstante, se reconoce que las diferentes ideologías y grupos religiosos provienen de otras tradiciones de indagación intelectual y parten de supuestos diferentes. El caso del islamismo político es paradigmático. La interpretación liberal de lo que se debe hacer para integrar a los musulmanes está relacionada con la idea de que el Islam debe experimentar un proceso de modernización para renunciar a las dimensiones políticas. El punto que se propone aquí es que esto no es posible porque en el corazón del Islam existe una conexión entre la fe y la organización política. El islam sin esa

dimensión no es Islam. Hay otros grupos religiosos, ya sean católicos, evangélicos o protestantes, que tampoco sostienen esta división. ¿Qué se puede hacer?

Hay nuevos pueblos, religiones y concepciones en Europa, por lo que el marco también debe ser objeto de debate público. Estas ideas se desarrollan en el documento «Un cuestionamiento de las bases conflictuales del debate contemporáneo».

3. Una propuesta sobre la manera de abordar los fenómenos sociales vinculados a la religión

El enfoque metodológico que se plantea aquí para explorar con mayor profundidad y rigor los fenómenos sociales vinculados a la religión consta de dos etapas secuenciales. La primera etapa se relaciona con el esfuerzo por tratar de entender estos fenómenos utilizando la lógica de la religión, un tema que se desarrolla en el artículo «Los riesgos de no entender las lógicas de la religión y del fundamentalismo ». Luego, en una segunda pero importante etapa², el fenómeno debe ser abordado desde la lente de otras explicaciones que no tienen a la religión como clave explicativa central: la identidad, la organización y movilización política, las luchas de poder, el nacionalismo, la lucha de clases, la opresión, la racionalidad instrumental...

Por ejemplo, aplicando el modelo de estudio presentado en el párrafo anterior, para responder adecuadamente a la gestión pública de la diversidad o a la amenaza de ISIS, es fundamental avanzar hacia una comprensión más profunda de qué es la religión y cuál es su función social, teniendo en cuenta cuál ha sido su influencia histórica, identificando claramente cuándo se convierte en fuente de civilización y cuándo en fuente de fanatismo. Sin embargo, las estrategias para combatir los procesos de radicalización muchas veces no toman en cuenta estas lógicas y terminan alimentando implementando medidas a corto plazo que azuzan los procesos de radicalización en el largo plazo. Un prerrequisito para estas respuestas, que se aleja de la línea de pensamiento anterior, es que la alfabetización religiosa debería ser incluida en la agenda pública. El analfabetismo religioso de la sociedad es uno de los factores que se correlaciona con los prejuicios y estereotipos que alimentan las posturas extremistas.

En segundo lugar —tal como se señaló—, una vez realizado este análisis a partir de las lógicas de la religión, deben incluirse otras perspectivas que vean a la religión en términos de movimientos políticos, de conexiones

² <https://blogs.ucjc.edu/criminologia-iter-criminis/el-riesgo-de-no-entender-las-logicas-de-la-religion-y-del-fundamentalismo/>

identitarias colectivas, de discursos de legitimación, o de un tipo específico de extremismo.

4. La conexión entre algunos de los factores identificados anteriormente y el surgimiento de movimientos populistas de ideología extrema

Los puntos resaltados en las secciones anteriores no son factores causales directos del surgimiento de los llamados «movimientos populistas de extrema derecha» en Europa. Sin embargo, se consideran cruciales tanto para prevenir su aparición como para responder eficazmente ante ellos. Esta última sección, por el contrario, abordará aquellos factores que parecen estar más directamente relacionados con la emergencia de dichos movimientos.

La proliferación de grupos religiosos que desafiaron el *statu quo*, la intensificación de los procesos migratorios, los prejuicios y los mitos sociales que surgen de estos factores alimentan a los populismos y aumentan la receptividad hacia sus argumentos, que están muy relacionados con el rechazo de todo lo que proviene de lo que consideran extraño.

La integración global también ha generado diferentes marcos de referencia que alimentan sentimientos de desorientación. Los movimientos populistas de ideologías extremas —xenófobas— utilizan un discurso que parece familiar y claro dentro de esta atmósfera, lo que produce una falsa sensación de seguridad.

La percepción de la nueva penetración del islam en Europa —aunque esté presente en el continente desde hace siglos— es especialmente problemática, ya que el islam se concibe como una religión «extranjera» y la gente lo asocia con la inmigración. La existencia de Al-Qaeda y el Daesh sirve para justificar los argumentos populistas extremos contra el islam.

Así, estos movimientos explotan el recurso al miedo.

Otro punto relacionado con el anterior es la expansión de la islamofobia en toda Europa. Cuanto más alta es la islamofobia, más fácil es que los movimientos populistas lleguen a la mente y al corazón de la gente.

Las crisis económicas experimentadas desde 2007 y las dificultades para superarla, estimularon a sectores de la sociedad a buscar culpables. Los «otros», los «extranjeros» que traen «religiones regresivas» son la causa de todos los males de la sociedad. Este diagnóstico es más simple que el análisis de los economistas. En última instancia, el discurso populista es bastante atractivo: «los economistas, los banqueros, las élites, no pudieron predecir ni prevenir la crisis, por lo que su diagnóstico es irrelevante». La estrategia

de comunicación de los populismos en este sentido fue más eficaz y más fácil de entender: «la causa de nuestros problemas está fuera por lo que, al sacarlos —los inmigrantes, los musulmanes, los extranjeros—, el problema se solucionaría».

Lo que se considera una crisis de las estrictas interpretaciones materialistas de la realidad, las incertidumbres que provienen de las influencias postmodernas, la creciente complejidad de las sociedades contemporáneas plantean un desafío añadido sobre las cuestiones existenciales.

En consecuencia, la gente busca certezas que los movimientos populistas extremistas ofrecen, generando seguridad a través de reivindicaciones dogmáticas que son simplistas pero, como ya se ha mencionado, atractivas. Dicen lo que a la gente le gusta escuchar: nosotros somos los «buenos», los otros son los «malos»; no tenemos que reflexionar sobre nuestros errores y fracasos, ya que los errores y los fracasos pertenecen a otros.

El hecho de que la democracia partidista liberal fuera incapaz de superar la crisis económica —entre otras crisis— redujo su legitimidad y nutrió sentimientos de indignación que también han sido canalizados por los movimientos populistas. Además, las críticas inspiradas en la Ilustración contra la autoridad abrieron la puerta al relativismo y al dominio de las emociones.

Además, y en relación con lo que se mencionó al principio del documento, ciertas transformaciones sociológicas, como la religiosidad de las personas, no han sido bien entendidas desde las instancias políticas tradicionales. De ahí que se esté produciendo una desconexión cada vez mayor entre la política y la realidad social, como señala el profesor Innerarity en *Política en tiempos de indignación*.

Algunos pueden plantear que la democracia liberal de partidos, al colocar tanto el acento en la lucha de poderes, en la competición y el conflicto regulado, favorece que surjan movimientos populistas ya que, en esencia, cualquier partido que intenta llegar al gobierno y mantenerse en él, aduce argumentos que en un momento determinado son algo populistas y demagógicos.

Esto hace que todos los partidos, en ocasiones, eluden sus principios a fin de conectar con las bases del electorado y con la opinión pública. Bajo esta óptica, la emergencia de partidos con ideologías más extremas y discursos populistas es inherente a la profundización de la democracia liberal de partidos. La adhesión estricta al marco de los derechos humanos puede ejercer un rol de contención para que dichos movimientos no adopten

consignas xenófobas y excluyentes, pero parece que la democracia liberal de partidos conlleva inevitablemente esta tensión.

Finalmente, la consecuencia lógica de un entorno fluido de cambios, incertidumbres, pluralismo creciente, falta de referencias claras, miedo y superficialidad es una búsqueda renovada de identidad. Esta búsqueda de identidad en ausencia de referencias sólidas se dirige a los únicos temas que parecen claros y que sustentan el discurso populista: la etnicidad, la ideología simplista y antagónica, la religión, el nacionalismo y el retorno al pasado imaginario homogéneo y sus certezas.

Conclusión

El análisis realizado en el documento trata en primer lugar de mostrar que una comprensión pobre y simplista del proceso de secularización puede impedir que se comprendan y se responda eficazmente a los problemas sociales vinculados a la religión, como la gestión pública de la diversidad y el pluralismo religiosos. En segundo lugar, se propuso que se pusiera en tela de juicio el marco liberal que limita los debates contemporáneos. Por el contrario, sus lógicas y supuestos se imponen sobre fenómenos que deben ser examinados bajo sus propias pistas y claves. El ejemplo más paradigmático es cómo tratar con el islam en Europa. La expectativa de «modernizar» el islam para que encaje en Europa parece ser ingenua y da por sentado que «modernizar» significa ajustar las cosas al estilo europeo. En tercer lugar, se sugiere que los fenómenos sociales vinculados a la religión deben abordarse en primer lugar bajo la lógica de la religión y, a continuación, utilizando otras perspectivas heurísticas, como los estudios culturales, políticos, de interés, discursivos o identitarios.

Finalmente, para completar el cuadro, la cuarta sección subraya lo que se consideran algunas de las principales causas directas que impulsan el surgimiento y la popularidad de los movimientos populistas de derecha. Tal como se mostró, existen diferentes factores entrelazados, la mayoría de ellos vinculados a cambios sociológicos como resultado de la migración, a la crisis económica, a las transformaciones religiosas y a otras transformaciones sociales o sentimientos de rechazo que son canalizados y explotados a través de las estrategias de comunicación de los movimientos populistas de extrema derecha. El mismo sistema de partidos y la democracia liberal, al articularse en torno a la competición y el conflicto, pueden llevar dentro la semilla de los populismos. Estos, aunque contenidos por el discurso y el marco legal de los derechos humanos, siempre estarán con mayores o niveles de tensión en el interior de este sistema político.

A pesquisa como uma possibilidade estratégica para a superação da crise no ensino jurídico brasileiro*

Vítor Pizol de Rezende¹

Sumário: Introdução. **1.** A pesquisa como uma modalidade dinâmica para o curso de direito. **2.** A pesquisa como recurso pedagógico transformador. **3.** A implementação da pesquisa no projeto político pedagógico da faculdade de direito. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: A crise no ensino jurídico fez com que o curso de Direito acabasse ficando descontextualizado no que tange a realidade circundante e, por conseguinte, fosse marcado por um ensino bastante conservador. Todavia, a Constituição da República de 1988 passou a estabelecer novos moldes para a educação e, dessa forma, passou a ensejar uma necessidade de mudança de paradigma. Nesse sentido, a pesquisa surgiu como uma possibilidade estratégica para o aprimoramento pessoal e profissional dos estudantes de Direito. Sob essa óptica, o objetivo do artigo é analisar de que forma a pesquisa pode se apresentar como um recurso de caráter dinâmico e inovador, capaz de gerar alunos mais críticos. Nesse sentido, destaca-se a análise do posicionamento de autores como Paulo Freire e Eduardo Bittar. Ademais, para a visualização prática acerca do tema tratado, é efetuada uma análise do projeto político-pedagógico da Faculdade de Direito de Vitória.

Palavras-chave: crise no ensino jurídico; pesquisa; dinâmica educacional.

* Recibido: 28 febrero 2019 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.
vitorpizolderezende@gmail.com

Abstract: The crisis in legal education meant that the course of Law ended up being decontextualized in what concerns the surrounding reality and, therefore, was marked by a rather conservative teaching. However, the Constitution of the Republic of 1988 began to establish new molds for education and, in this way, started to give rise to a need for a paradigm shift. In this sense, the research emerged as a strategic possibility for the personal and professional improvement of law students. From this perspective, the objective of the article is to analyze how the research can present itself as a resource of a dynamic and innovative character, capable of generating more critical students. In this sense, we highlight the analysis of the positioning of authors such as Paulo Freire and Eduardo Bittar. In addition, for the practical visualization about the treated theme, an analysis of the political-pedagogical project of the Faculty of Law of Vitória is carried out.

Key words: crisis in legal education; search; educational dynamics.

INTRODUÇÃO

O curso de Direito foi marcado por um regime formalista e eclético. Ademais, destaca-se negativamente a influência, nesse curso, de dogmas. Isso se deve ao fato de que, normalmente, esses dogmas são tidos como inquestionáveis no campo do Direito. Isso faz com que o curso acabe tendo uma metodologia descontextualizada e, ao invés de priorizar a relação da matéria com o campo social, acabe idealizando teorias.

Sob essa óptica, cabe destacar que, na visão de Juliana Ferrari de Oliveira (2010, p. 58):

Os cursos jurídicos são marcados, historicamente, por serem destinados à formação das elites políticas e administrativas brasileiras. Desde a sua fundação, em 1827, os cursos jurídicos representam, para os filhos da elite nacional, uma possibilidade de, através do título de bacharel, ascender as posições dominantes ocupadas por seus pais. Assim, o que se buscava nesses cursos era a manutenção da ideologia dominante. Não interessava instrumentalizar os alunos a analisar criticamente a realidade, pois o que se almejava era a perpetuação das ideias vigentes à época.

A partir dessas constatações, se passou a falar em uma possível crise do Direito no Brasil. Esse cenário fez com que o legislador, de uma forma geral, por meio da Constituição da República de 1988, buscasse mudanças no papel da educação e é diante dele também que se difunde a ideia da pesquisa como um instrumento de qualificação profissional e pessoal.

Nesse sentido, devem-se compreender os novos moldes educacionais da Carta e como que eles se relacionam à pesquisa. Vale destacar que o direito à educação é estipulado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 e, dessa forma, enquadra o rol dos direitos fundamentais. Cabe ressaltar que, na visão de George Marmelstein (2009, p.20):

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, percebe-se que a Carta atribui uma função muito grande a educação e a considera um elemento basilar para a democracia. A leitura desse trecho do dispositivo legal cominada com a ideia da formação humanística, que é trazida pelo artigo 214, inciso V da CF/88 (BRASIL, 2007, p. 57), revela nitidamente a preocupação do legislador no que tange aos novos moldes de educação.

Sob essa óptica, percebe-se que a educação não deve ser vista simplesmente como um requisito obrigatório e importante, mas sim como um mecanismo fundamental e imprescindível não só para o aprendizado intelectual como também para a formação cidadã, ou seja, para a geração de sujeitos mais éticos e críticos.

Vale salientar que a observância dos ideários relativos aos novos ditames da educação, ao serem relacionados aos cursos de Direito, ensejam uma mudança de paradigma. Nessa perspectiva, aduzem Selma Pimenta e Léa Anastasiou (2002, p. 163) que:

[...] as funções das universidades podem ser sistematizadas nas seguintes: criação, desenvolvimento, transmissão e crítica da ciência, da técnica e da cultura; preparação para o exercício de atividades profissionais que exijam a aplicação de conhecimentos e métodos científicos e para a criação artística; apoio científico e técnico ao desenvolvimento cultural, social e econômico das sociedades.

Percebe-se assim que as faculdades de Direito devem possuir um caráter mais dinâmico e correspondente à realidade circundante, e não serem baseadas em memorizações de leis e padronizações. Essa ideia é mencionada de forma sucinta e clara por Eduardo Bittar (2006, p.17), na seguinte frase: “Educação é, por essência, incitação à formulação de experiência, em prol da diferenciação, da recriação, do colorido da diversidade criativa”. Nessa perspectiva, pode-se discutir acerca da necessidade de uma educação menos formal e mais crítica e, conseqüentemente, atrelada à realidade.

É nesse cenário que surge a ideia da pesquisa como sendo uma possibilidade estratégica para a superação da crise no ensino jurídico brasileiro e, por conseguinte, como requisito de aperfeiçoamento dos novos paradigmas relativos à educação. No presente trabalho, aborda-se a possibilidade de a pesquisa, por meio do desenvolvimento do senso crítico, da conexão com a realidade e dos ensinamentos motivados pelos constantes desafios, poder superar o conservadorismo relativo à crise do ensino jurídico brasileiro. Ademais, no intuito de se revelar possibilidades práticas para a aplicação do que está sendo estudado, foi efetuada uma análise acerca do projeto político pedagógico da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), porque essa instituição já a apresenta o incentivo à pesquisa como uma de suas marcas educacionais.

1 A PESQUISA COMO UMA MODALIDADE DINÂMICA PARA O CURSO DE DIREITO

De acordo com Eduardo Bittar (2006, p.5), tem-se que: “Dentro de uma grande transição paradigmática, é de notar que o ensino do Direito também estaria vivendo mudanças e instabilidades, incertezas e desafios”.

Diante desse cenário de crise no curso de Direito, motivado pela dicotomia existente entre uma formação eclética e formalista e um profissional vinculado à sociedade, surge a ideia da pesquisa como sendo uma nova vertente, capaz de propiciar uma pedagogia mobilizadora e crítica.

Vale mencionar que, consoante Fabiana Kauark, Fernanda Manhães e Carlos Medeiros (2010, p.24):

Pesquisa é o mesmo que busca ou procura. Pesquisar, portanto, é buscar ou procurar resposta para alguma coisa. Em se tratando de Ciência, a pesquisa é a busca de solução a um problema que alguém queira saber a resposta. Não se deve dizer que se faz ciência, mas que se produz ciência através de uma pesquisa. Pesquisa é, portanto, o caminho para se chegar à ciência, ao conhecimento.

Percebe-se, assim, que a pesquisa pode ser conceituada como uma análise aprofundada acerca de um determinado assunto com o objetivo de se obter soluções para os problemas relativos ao tema. Sob essa óptica, observa-se que a pesquisa apresenta a possibilidade de se gerar um maior dinamismo ao curso de Direito; baseado nesse pensamento, serão destacados a seguir três aspectos positivos da mesma: desenvolvimento de senso crítico, maior aproximação com a realidade e possibilidade de aprendizagem através da superação de desafios.

O fato de a pesquisa propiciar o aprimoramento do senso crítico da pessoa é um dos principais fatores de incentivo à implementação desse mecanismo na graduação em Direito. Isso se deve ao fato dela, seja por meio da exigência de muita leitura, seja devido ao contato direto com outros doutrinadores, valorizar a pluralidade de ideias. Esse fato é extremamente relevante porque possibilita o surgimento de temas e problemas novos ou, pelo menos, diferentes interpretações acerca dos já existentes e, dessa forma, há uma ruptura com paradigmas. Ou seja, mais do que buscar um estudo aprofundado, a pesquisa incentiva o pensamento criativo do estudante.

Nesse sentido, vale destacar que, consoante Paulo Freire (1996, p. 18):

O próprio discurso teórico, necessário à reflexão crítica, tem de ser de tal modo concreto que quase se confunda com a prática. O seu “distanciamento” epistemológico da prática enquanto objeto de sua análise, deve dela “aproximá-lo” ao máximo. Quanto melhor faça esta operação tanto mais inteligência ganha da prática em análise e maior comunicabilidade exerce em

torno da superação da ingenuidade pela rigurosidade. Por outro lado, quanto mais me assumo como estou sendo e percebo a ou as razões de ser de porque estou sendo assim, mais me torno capaz de mudar, de prover-me, no caso, do estado de curiosidade ingênua para o de curiosidade epistemológica.

Percebe-se, dessa forma, que o curso de Direito não pode se basear apenas na leitura de códigos; mais do que memorizar leis, é preciso saber interpretá-las e aplicá-las a cada caso concreto e a pesquisa ajuda consideravelmente nisso.

Cabe ressaltar que a pesquisa é importante para o desenvolvimento de diversas capacidades cognitivas. Isso se deve ao fato de que para realizá-la, o estudante deve estudar de forma aprofundada um assunto, buscar uma situação-problema e, por meio da aplicação das leis em circunstâncias contextuais diversas, buscar soluções. Observa-se assim, que a pesquisa é um excelente instrumento para tornar o aprendizado algo mais lúdico, interativo e, por conseguinte, mais eficaz.

Outro dos principais aspectos relevantes da pesquisa é a possibilidade de relacionar um determinado assunto com situações e problemas do cotidiano. Sob essa óptica, cabe salientar a importância de se sair de um ideário utópico, difícil de ser visualizado e compreendido, e voltar-se para a realidade, ou seja, realizar algo muito mais didático e de fácil compreensão.

Nesse sentido, vale ressaltar as palavras de Paulo Freire (1996, p. 28):

A capacidade de aprender, não apenas para nos adaptar, mas sobretudo para transformar a realidade, para nela intervir, recriando-a, fala de nossa educabilidade a um nível distinto do nível do adestramento dos outros animais ou do cultivo das plantas.

Essa ideia pode ser corroborada pela simples característica do ser humano; este, na visão de Eduardo Bittar (2006, p.37) “é um ser que está em permanente processo de construção, de invenção e reinvenção dos modos pelos quais organiza o meio em que vive, administra os conflitos a ele inerentes e constrói relações”.

Sob essa óptica, percebe-se que a necessidade de atuação na sociedade é inerente ao ser humano, logo, cabe ao Direito incentivar o estudante a compreender melhor a realidade e entender de que forma se pode agir sob a mesma, ao invés de transmitir apenas conhecimentos formais de leis, que, em muitos casos, são inexecutáveis.

Dessa forma, ao se falar na conexão entre a pesquisa e à realidade há a defesa da implementação de atividades de teoria e prática. Estas atividades têm como objetivo primordial, por meio da difusão da autonomia, incentivar a

aplicabilidade da matéria curricular e, conseqüentemente, torná-la mais compreensível e eficiente.

Ademais, vale salientar que a pesquisa é muito válida para um processo de aprendizagem construtivo. Nesse sentido, cabe destacar que o desafio, proporcionado pela pesquisa, não deve ser visto como algo ruim; na verdade, este pode, dependendo da forma pela qual seja encarado, acabar sendo útil futuramente. Por mais paradoxal que isso possa ser, vale destacar que o desafio consiste em uma das formas primordiais para o processo de crescimento acadêmico. Nesse sentido, pensar apenas em acertos e vitórias é uma hipocrisia; é por meio do desafio e das várias correções que surgem os pensamentos mais inovadores e os alunos mais preparados. Sob essa óptica, cabe destacar que o processo de pesquisa é uma das principais fontes para isso, pois ao elaborar um artigo, precisa-se, além de muita leitura, de paciência e de perspicácia para agrupar as ideias da melhor maneira possível, a fim de tornar o texto compreensível.

Vale mencionar que ao elaborar uma pesquisa, a pessoa irá certamente, ouvir críticas negativas e também irá produzir textos que ela mesma, posteriormente, não irá gostar. A grande questão aqui, é que o desafio não deve ser vislumbrado como um empecilho ao progresso ou como um desperdício, mas sim como um caminho a não ser mais seguido, ou seja, um aprendizado do que não mais fazer. Observa-se, dessa forma, que um bom aluno deve se valer de virtudes básicas como humildade, paciência e dedicação extrema.

Cabe ratificar ainda a importância de a pesquisa ser feita acerca de um tema de agrado do aluno, pois isso servirá de motivação, ao invés de abatimento; fazendo o que gosta, o estudante pode ser mais produtivo. Dessa forma, percebe-se que o desafio não é apenas um vício, mas sim um mecanismo, que se bem absorvido, pode vir a ser útil para o processo de aprendizagem. Este procedimento torna o estudante menos inerte a sistemas de padronizações que possivelmente podem vir a ser apresentados pelo curso de Direito.

2 A PESQUISA COMO RECURSO PEDAGÓGICO TRANSFORMADOR

Neste tópico irá se estabelecer a possibilidade da pesquisa, por meio do estímulo a uma formação cidadã, ser um recurso pedagógico transformador e, conseqüentemente, capaz de superar a crise no ensino jurídico brasileiro. Nesse sentido, vale mencionar que, na visão de Uadi Bulos (2011, p. 1556), “a educação é o caminho para o homem evoluir”. Bulos (2011, p. 818) ainda destaca que: “A cidadania marca o direito de participar na vida do Estado”.

Dessa forma, pode-se dizer que a educação representa um dos principais marcos de crescimento interno e externo do ser humano; a educação, além de propiciar um aprimoramento intelectual individual, gera o aumento da capacidade cognitiva para a realização de intervenções na sociedade.

No intuito de ilustrar esse processo didático, é válido analisar as palavras de Selma Pimenta e Maria de Almeida (2011, p. 152):

Como o conhecimento do senso comum é prático e pragmático e merge das trajetórias e das experiências de vida dos sujeitos ou de grupos sociais, o seu diálogo com o conhecimento científico amplia a dimensão do conhecimento. Este diálogo dá origem a uma nova racionalidade, a uma outra forma de conhecimento que é simultaneamente mais reflexivo e mais prático, mais democrático e mais emancipador do que qualquer delas em separado.

Percebe-se, assim, que a pesquisa, por ser formada pelo senso comum juntamente com o conhecimento científico e prático, consegue relacionar a leitura didática com a intervenção estudantil e, portanto, é capaz de gerar uma nova racionalidade; esta seria a formação cidadã.

Para ratificar a importância dessa formação cidadã, cabe salientar que, na visão de Paulo Freire (1996, p. 38): “[...] a educação é uma forma de intervenção no mundo”. Complementando esse trecho, tem-se que, consoante Eduardo Bittar (2006, p. 38): “A educação, em verdade, na leitura que aqui se faz, só serve enquanto é capaz de ser produtiva, ou seja, enquanto é capaz de fazer sentido na construção da cidadania ativa”. Sob essa óptica, pode-se salientar a importância de se realizar um estudo, que saia dos livros e se aplique na realidade vigente.

Ademais, destaca-se que, na visão de Alves e Anastasiou (2006, p. 98):

O ensino como pesquisa oferece condições para que os estudantes adquiram maior autonomia, assumam responsabilidades, desenvolvam disciplina, tomada como habilidade de se manter o tempo necessário na busca da solução de problemas até o esgotamento das informações, com treino de trabalho intelectual a ser supervisionado pelo professor. No contexto do ensino com pesquisa alguns princípios são fundamentais: o conteúdo é tomado como provisório, datado e resultado de investigação; novos estudos podem reformular o existente com novas perspectivas. Os critérios para validação do conhecimento são os de probabilidade, plausibilidade, demonstração, evidência lógica e empírica. Procura-se construir com o estudante disciplina persistindo na busca de dados ou informações, na observação, leitura, redação, análise e síntese, até esgotar o problema.

Portanto, pode-se dizer que a pesquisa é uma forma lúdica de estudo. Além disso, possibilita a realização de comandos como: “interpretar”, “comparar”, “aplicar”, “analisar”, “observar” e “planejar”. Dessa forma, pode-se mencionar que a pesquisa é essencial para a intervenção social. Nota-se,

assim, que a pesquisa contribuiu para uma formação cidadã e é, conseqüentemente, um excelente recurso pedagógico para a superação da crise no ensino jurídico brasileiro.

3 A IMPLEMENTAÇÃO DA PESQUISA NO PROJETO POLÍTICO PEDAGÓGICO DA FACULDADE DE DIREITO

Com base em toda a ideia trabalhada no artigo e, tendo como pressuposto que o projeto político pedagógico de uma faculdade representa seus ideários básicos e principais, vale mencionar que o documento em questão deve ganhar novos moldes no que tange as instituições de ensino jurídico.

Nesse sentido, Pimenta e Anastasiou (2002, p. 173) destacam que:

A universidade não deve simplesmente adequar-se às oscilações do mercado, mas aprender a olhar em seu entorno, a compreender e assimilar os fenômenos, a produzir respostas às mudanças sociais, a preparar globalmente os estudantes para as complexidades que se avizinham, a situar-se como instituição líder, produtora de ideias, culturas, artes e técnicas renovadas que se comprometam com a humanidade, com o processo de humanização.

Cabe destacar aqui a importância de a pesquisa ser realizada, sobretudo, na graduação em Direito. Isso se deve ao fato desse curso repercutir em larga escala na sociedade e de o público jovem, via de regra, ser aquele mais esperançoso no que tange a possibilidade de transformar positivamente a Justiça e seus componentes. Partindo desse pressuposto e também da noção de que a Faculdade de Direito de Vitória (FDV) já está se adequando aos novos moldes educacionais, o presente tópico irá analisar de que forma a pesquisa vem sendo utilizada nessa faculdade.

Sob essa óptica, vale analisar brevemente uma parte do projeto político-pedagógico da Faculdade de Direito de Vitória (2007, p. 27-28):

A FDV possui, como diretriz e política institucional, a definição de que o processo de formação jurídica não se completa no ensino formal, realizado em sala de aula ou, ainda, em outras modalidades com características inovadoras.

Entende a academia como o espaço necessário para a integração ensino e pesquisa, que deve acontecer de forma efetiva, sólida e comprometida com o desenvolvimento científico. Compreende ser responsabilidade da instituição produzir conhecimento jurídico e não apenas socializar de conhecimentos, já consolidados pela ciência, ou que estejam sendo produzidos por outras instituições. Concebe a pesquisa não apenas como levantamento bibliográfico, denominada, indevidamente, de "pesquisa jurídica", mas como investigação científica que se submete aos critérios e às regras do percurso científico.

As atividades de pesquisa iniciam-se formalmente na instituição, na Disciplina Metodologia da Pesquisa Científica, quando o aluno tem seu primeiro contato com os conhecimentos relativos especificamente aos métodos e técnicas de pesquisa, devendo, nessa ocasião, obter como resultado final a elaboração de um projeto de pesquisa.

Portanto, percebe-se que para a Faculdade de Direito de Vitória a pesquisa não é apenas uma consulta bibliográfica, mas sim uma forma extremamente eficaz de aprendizado, uma vez que fomenta a autonomia e o desenvolvimento humano do estudante. Observa-se ainda que o contato com a pesquisa ocorre com antecedência, no caso, por meio da disciplina de Metodologia da Pesquisa Científica, que é ministrada no terceiro período; este contato prévio faz serve para gerar um maior amadurecimento do estudante.

Vale citar também o seguinte trecho acerca do projeto político-pedagógico da FDV (2007, p. 26):

Com o desenvolvimento de Núcleos Temáticos organizados a partir das Linhas de Pesquisa do Mestrado que funcionem como grupo de estudos e realização de pesquisas científicas integrando professores do mestrado, mestrandos, professores e alunos da graduação.

Observa-se nesse trecho que a Faculdade de Direito de Vitória possui grupos de estudo e pesquisa que abrangem como público alunos da graduação e da pós-graduação. Dessa forma, além de incentivar a pesquisa, a faculdade possibilita uma transferência de informações e experiências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise no ensino jurídico brasileiro fez com que o curso de Direito, que possui elevada repercussão social, fizesse uso de valores formalistas; dessa forma, valorizava-se a memorização e incentivavam-se as práticas descontextualizadas acerca da realidade circundante. Diante desse cenário extremamente dicotômico, a Constituição da República de 1988 estabeleceu novos moldes à educação. Estes apresentam relação direta com o curso de Direito e passaram a incitar mudanças de paradigma; é nesse contexto que se insere a pesquisa, ou seja, como um recurso pedagógico inovador, capaz de melhorar o ensino e o estudante de Direito.

Nesse contexto, destacou-se a ideia da pesquisa como sendo uma modalidade dinâmica para o curso de Direito. Isso se deve ao fato dela propiciar o desenvolvimento do senso crítico, se conectar com a realidade e possibilitar, por meio da superação desafios, um aprendizado criativo e lúdico. Há a realização de um estudo mais aprofundado, capaz de gerar o aprimoramento de várias capacidades cognitivas.

Ademais, abordou-se a ideia da pesquisa como um recurso transformador para a qualificação profissional e pessoal do estudante de Direito. Sob essa óptica, foi observado que a pesquisa contribui, dentre outras coisas, para a formação humanística, uma vez que prega valores como a humildade, a dedicação e a paciência. Este procedimento faz com que a pesquisa possibilite um estudo mais interativo e interventivo na sociedade.

Além disso, salientou-se a importância de incluir a pesquisa no projeto político-pedagógico das faculdades. No intuito de vislumbrar uma forma de se executar isso, foi analisado o projeto político-pedagógico da Faculdade de Direito de Vitória. Este procedimento revelou a preocupação dessa faculdade com a pesquisa; esta é ensinada desde os períodos iniciais e foi usada como forma de interação entre alunos da graduação com os da pós-graduação.

Portanto, através do presente artigo, constatou-se que a pesquisa é uma ótima possibilidade para se tentar superar a crise no ensino jurídico brasileiro. A pesquisa deve ser encarada como uma prática que, por meio de elementos diferenciais, é capaz de gerar transformações essenciais no curso de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonir Pessate; ANASTASOU, Léa das Graças Camargos. **Processos de ensinagem na universidade: pressupostos para as estratégias de trabalho em aula**. 6. ed. Santa Catarina: Univille, 2006.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Estudos sobre Ensino Jurídico: Pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA. **Projeto político-pedagógico**. 2007. Disponível em:
<http://www.fdv.br/arquivos/ppp/projeto_pedagogico_2007_integra.pdf. Acesso em: 23 jul. 2015.
- FORMOSINHO, João. Dilemas e tensões da atuação da universidade frente à formação de profissionais de desenvolvimento humano. In: PIMENTA, Selma Garrido; ALMEIDA, Maria Isabel. **Pedagogia universitária: caminhos para a formação de professores**. São Paulo: Cortez, 2011. p. 128-152.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 25ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996. Disponível em:

<http://www2.uesb.br/pedh/wp-content/uploads/2014/02/Pedagogia-da-Autonomia.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

KAUARK, Fabiana da Silva; MANHÃES, Fernanda Castro; MEDEIROS, Carlos Henrique. **Metodologia da pesquisa**: um guia prático. Itabuna: Via Litterarum, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Juliana Ferrari de. **A formação dos professores dos cursos de Direito no Brasil**: a pós-graduação stricto sensu. 2010. 172f. Tese (Doutorado em Educação: Currículo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

PIMENTA, Sela Garrido; ANASTASIOU, Léa das Graças Camargos. **Docência no ensino superior**. São Paulo: Cortez, 2002.

A contabilidade ambiental como uma ferramenta eficaz à sustentabilidade*

Victor Matheus Silva Carvalho¹

Valmir César Pozzetti²

Sumário: Introdução. **1.** Ciências contábeis e sua função. **2.** A contribuição das Ciências contábeis para o desenvolvimento sustentável. **3.** Contabilidade e gestão ambiental. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O objetivo desta pesquisa foi o de analisar de que forma as Ciências Contábeis pode contribuir para minimizar os contemporâneos problemas ambientais. A metodologia usada nesta pesquisa foi a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa foi a bibliográfica e, quanto aos fins, qualitativa. A conclusão a que se chegou foi a de que a Contabilidade possui mecanismos eficientes - como Sistema de Gerenciamento Ambiental e o emprego das ISOs 9.000 e 14.001 – que trazem uma nova metodologia e forma de se obter o lucro, viabilizando a continuidade da empresa e a conservação dos recursos naturais.

Palavras chave: Contabilidade Ambiental; Balanço Sócio ambiental; Benchmarking Ambiental.

* Recibido: 28 febrero 2019 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Jovem pesquisador do Programa PIBIC, discente do curso de Ciências Contábeis da UEA - Universidade do Estado do Amazonas.
vmc_vmcs@hotmail.com
- ² Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França; professor Adjunto das UUEA – Univ. do Estado do Amazonas e Prof. Adjunto da UFAM – Univ. Federal do Amazonas.
v_pozzetti@hotmail.com

Environmental accounting as an effective tool for sustainability

Abstract: The objective of this research was to analyze how the Accounting Sciences can contribute to minimize the contemporary environmental problems. The methodology used in this research was that of the deductive method; As for the means, the research was the bibliographical one and, how much to the ends, qualitative. The conclusion reached was that Accounting has efficient mechanisms - such as the Environmental Management System and the use of ISOs 9.000 and 14.001 - that bring a new methodology and form of profit making, making feasible the continuity of the company and conservation of natural resources.

Key words: Environmental Accounting; Balance Environmental partner; Environmental Benchmarking.

INTRODUÇÃO

O consumismo incentivado pelos Estados Unidos da América, no pós Guerra, para dinamizar a economia, foi desenvolvido sem a preocupação e o cuidado com os recursos naturais, que são escassos. Essa falta de cuidado gerou e continua a gerar – pois os países ricos ainda não se conscientizaram dos danos que esse processo ocasiona - inúmeros problemas ambientais que passaram a preocupar todo o planeta, uma vez que as fontes naturais passaram a ser exauridas e/ou poluídas, gerando efeitos colaterais indesejáveis.

Os processos produtivos, incrementados pela industrialização, aumentaram as produções em massa. A obsolescência programada de produtos³, também tem feito com que o consumidor tenha uma mudança comportamental, criando-lhes necessidades não existentes e levando-o ao consumo exagerado e ineficaz, com a troca rápida de eletrônicos e demais produtos.

Esse consumo traz consequências ao meio ambiente, uma vez que os processos de industrialização são dependentes dos recursos ambientais que, além de serem retirados da natureza de forma indiscriminada, acabam retornando a ela, apresentando difícil decomposição gerada pelos mecanismos de industrialização, gerando desequilíbrio ambiental, baixa qualidade de vida e até mesmo catástrofes ambientais.

As questões ambientais, a partir da década de 1970 passaram a preocupar a comunidade científica e todos os ramos do conhecimento. Em 1971 surgiu a primeira ideia a respeito de ecodesenvolvimento. Assim como em 1987, foi abordado e realizado pela primeira vez, no Relatório Brundtland, o conceito de “desenvolvimento sustentável”, destacando que é preciso crescer em qualidade, não em quantidade. Dessa forma, todas as áreas do conhecimento foram convocadas a dar a sua contribuição para diminuir o consumo descontrolado e encontrar estratégias para frear as agressões ao meio ambiente.

Nesse sentido, as Ciências Contábeis, como Ciência, também estão sendo chamadas a dar a sua parcela de contribuição e os profissionais dessa área começam a buscar mecanismos para fazerem parte desse processo que exigirá esforços de todos.

³ É o curto tempo de vida útil do produto, substituindo-os por novos produtos, sem a opção de reposição de peças do produto anterior.

É importante destacar que a Contabilidade Ambiental surge, então, como o ramo da Contabilidade que lida com o registro do Patrimônio Ambiental, destacando a importância dos registros do Ativo e Passivo Ambientais para a empresa; e seu objetivo é fornecer informações regulares aos usuários acerca dos eventos ambientais que causaram ou causarão modificações na situação patrimonial da Entidade. Desta forma, constitui-se objetivo dessa pesquisa a identificação e análise de instrumentos contábeis e que possam aumentar a produtividade das empresas e de forma sustentável. A problemática que se levanta nessa pesquisa é: de que forma as Ciências Contábeis poderão auxiliar na questão da sustentabilidade ambiental, mantendo a produtividade e desenvolvimento econômico?

As catástrofes naturais que assolam o planeta terra como um todo e a “sustentabilidade” é algo que ganha cada vez mais relevância na sociedade. Com o agravamento dos aspectos climáticos e as enormes mudanças no meio ambiente global, a população se torna mais consciente de suas obrigações e das cobranças que devem fazer às empresas e aos governos, e assim começa a valorizar gradativamente as empresas que se preocupam em oferecer no mercado consumidor, um produto ambientalmente correto.

Dessa forma, a pesquisa se justifica tendo em vista que a contabilidade, sendo uma Ciência, não pode ficar alheia a esses fenômenos, devendo participar ativamente dos processos de produção e manutenção do meio ambiente sadio e equilibrado.

A metodologia a ser utilizada nessa pesquisa é a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa será bibliográfica com uso e da legislação e doutrina, quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa.

1. CIÊNCIAS CONTÁBEIS E SUA FUNÇÃO

A contabilidade surgiu como um sistema de escrituração para registrar de acontecimentos históricos, a partir do método das partidas dobradas, onde, para todo débito deveria haver um crédito de igual valor. Impulsionada pelo “espírito capitalista” a partir do século XII, fortaleceu-se e a partir do século XIX, assumiu uma postura científica, sendo utilizada como uma ferramenta indispensável para o gerenciamento na tomada de decisões e controle do patrimônio de uma entidade, seja ela pessoa física ou jurídica.

1.1 Objetivo e Objeto das Ciências Contábeis

A Contabilidade é uma ciência que possibilita, por meio de suas técnicas, o controle permanente do Patrimônio das empresas. Com isso, se tem que o

objeto da Contabilidade é o Patrimônio, e sua administração é seu objetivo. Nesse sentido esclarece-nos Ribeiro (2010, p. 16):

A principal finalidade da Contabilidade é fornecer informações sobre o Patrimônio, informações essas de ordem econômica e financeira, que facilitam as tomadas de decisões, tanto por parte dos administradores ou proprietários como também por parte daqueles que pretendem investir na empresa.

Já para Marion e Iudícibus (2000, p. 53), "o objetivo da contabilidade pode ser estabelecido como sendo o de fornecer informação estruturada de natureza econômica, financeira e, subsidiariamente, física, de produtividade e social, aos usuários internos e externos à entidade objeto da Contabilidade".

1.2 Principais Funções das Ciências Contábeis

As principais funções da Contabilidade são: registrar, organizar, demonstrar, analisar e acompanhar as modificações do patrimônio em virtude da atividade econômica ou social que a empresa exerce no contexto econômico.

É preciso registrar todos os fatos que ocorrem e podem ser representados em valor monetário bem como organizar um sistema de controle adequado à empresa, demonstrando com base nos registros realizados e expondo periodicamente por meio de demonstrativos, a situação econômica, patrimonial e financeira da empresa.

Além disso, deve-se analisar os demonstrativos com a finalidade de apuração dos resultados obtidos e acompanhar a execução dos planos econômicos da empresa, prevendo os pagamentos a serem realizados, as quantias a serem recebidas de terceiros, e alertando os gestores sobre eventuais problemas que a empresa poderá a vir enfrentar, de futuro, através das diversas hipóteses de tomada de decisões.

1.3 Contabilidade como Ciência Social

A contabilidade existe desde o começo da humanidade, a partir do momento em que se iniciou a vida em sociedade e estabeleceu-se a possibilidade do patrimônio particular dos povos; a partir desse momento surgiu a necessidade do controle do Patrimônio de cada indivíduo. Surge inicialmente da necessidade do homem de controlar números de qualquer objeto e, evoluindo ao controle do comércio, a contabilidade passa a auxiliar a humanidade no âmbito da racionalidade, passando a se tornar ciência a partir do momento em que estuda o comportamento humano, para ditar-lhe regras para manter ou aumentar o seu patrimônio individual, de forma mais racional.

A Contabilidade em si viabiliza todos os controles, seja de material de comércio, propriedade intelectual, propriedade social e chega à vertente ambiental. O controle dos recursos naturais é parte fundamental da Contabilidade Ambiental, e esta é a vertente abordada nesta pesquisa.

Segundo Albuquerque (2003, p. 42) “Diversos outros fatores contribuíram para a evolução do pensamento contábil, culminando sempre na necessidade de desenvolvimento de um novo ramo contábil, justamente por causa da grande diversificação que os patrimônios vinham apresentando”.

Assim, a contabilidade é ciência e passaremos a analisar de que forma ela poderá contribuir para a conservação dos recursos naturais, para a manutenção da vida saudável no planeta terra.

2. A CONTRIBUIÇÃO DAS CIÊNCIAS CONTÁBEIS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A sustentabilidade ambiental nada mais é que desenvolver a capacidade dos ecossistemas de se manterem saudáveis, diante da sua utilização pelos seres humanos.

Dessa forma, para que haja sustentabilidade ambiental é preciso eliminar os de extinção ou adoecimento dos elementos naturais que sustentam a integridade global do ecossistema, tais como “a qualidade do ar, dos solos, das águas e dos seres vivos”. Assim sendo, é necessário buscar desenvolver tecnologias, que sejam acessíveis aos usuários, para reduzir a pressão sobre o meio ambiente, que minimizem o esgotamento e propiciem substitutos para esses recursos, ou que esses possam ser utilizados de forma racional, sem o seu adoecimento.

A Empresa (também chamada de Entidade) deverá observar a legislação, não só a contábil, civil, comercial e penal, mas também a legislação ambiental e atendê-la; uma vez que se descumprir a legislação ambiental e causar prejuízos ao meio ambiente, poderá sofrer multas pesadas que se constituirão em um passivo (obrigação) ambiental que poderá determinar a falência da Entidade.

Por outro lado, com a orientação da Contabilidade, o gestor dessa Entidade poderá tomar decisões que mantenham o faturamento e vida útil da empresa, utilizando-se de mecanismo de políticas públicas ou de incentivos governamentais, como por exemplo, poderá utilizar-se de incentivos fiscais na compra de equipamentos não poluentes, aumentando sua produtividade e contribuindo com a sustentabilidade ambiental, mantendo ativos ambientais.

A Entidade também poderá fazer uso de matéria prima reciclada, ao invés de retirá-las da natureza; poderá utilizar-se de água de reuso para atividades específicas, sem desperdiçar água tratada; ou a reciclagem de papel que pode ser oriundo de diversos fornecedores. Enfim, há diversas possibilidades de diminuir a agressão ao meio ambiente e todos esses fenômenos podem ser registrados através da contabilidade ambiental, com redução de impostos, redução de despesas e aumento de receitas, tornando essa Entidade Sustentável.

Para isso, é necessário que o Contador tome conhecimento de todas as possibilidades existentes no âmbito da atividade empresarial em que atue a Entidade e oriente o gestor a realizar a melhor opção e crie mecanismos contábeis para registrar todos os eventos ambientais contábeis, de forma sistematizada e observando os benefícios que as empresas poderão obter com a Contabilidade Ambiental.

Dessa forma, percebe-se, então, que a Contabilidade Ambiental, se usada de forma consciente e com registros adequados, poderá trazer lucratividade à Entidade, bem-estar aos empregados e à sociedade, e grande benefício ao meio ambiente, traduzidos na qualidade de vida, qualidade de ar, redução do desperdício de energia, entre outros.

2.1 Conceito de Desenvolvimento Sustentável

Desenvolvimento sustentável é, em si, a capacidade que os habitantes do planeta terra têm, de se desenvolver em harmonia e respeitando as limitações ecológicas do planeta, utilizando e conservando os recursos e deixando-os ainda utilizáveis para as gerações futuras; aplicar-se com o uso consciente, os recursos naturais pelas empresas, sem a destruição do ambiente, protegendo esse meio, considerando-o como parte integrante do processo de desenvolvimento.

Nesse sentido Souza e Ribeiro (2005, p.6) nos esclarecem que Desenvolvimento sustentável é o “Processo de mudanças no qual a exploração de recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e as mudanças institucionais estão em harmonia e valorizam o potencial, presente e futuro, para a humanidade satisfazer suas exigências e aspirações”.

Trata-se, então, da capacidade de administrar os recursos de forma racional, comedida e inteligente para evitar que ocorram devastações e catástrofes ambientais por meio de influência ou despreparo humano. E é nesse sentido que a Constituição da República Federativa do Brasil determina:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Assim sendo, Desenvolvimento Sustentável é toda ação que atua por meio dos seguintes aspectos: atendimento às necessidades fisiológicas da população; preservação do meio ambiente para as gerações futuras; conscientização da população para que trabalhe em conjunto; preservação/conservação dos recursos naturais; criação de um sistema social eficiente que não permite a má utilização dos recursos naturais; criação de programas de conhecimento e conscientização da real situação e de formas para melhorar o meio ambiente.

O atendimento às diretrizes do Desenvolvimento Sustentável é necessário às empresas para evitar desastres ambientais nas Mineradoras, que ocorreram nas cidades de Mariana (2015), Brumadinho (2018), ou o caso do Descaso com a Baía de Guanabara, onde a cidade do Rio de Janeiro lança seus dejetos diretamente no mar, sem qualquer tratamento, prejudicando a fauna e flora. Uma gestão ambiental consciente alertaria e minimizaria ou, no melhor caso, evitaria por completo tais conflitos ambientais.

2.2 Ativos e Passivos Ambientais

O Patrimônio de uma pessoa, seja ela pessoa física ou jurídica, se compõe de: bens, direitos e obrigações. O Ativo é representado pelos bens e direitos, enquanto o Passivo é representado pelas obrigações dessa pessoa.

Conforme Marion (2009, p.52-53):

O termo **Ativo** pressupõe algo positivo, dinâmico, que produz, que gera riqueza e o termo Passivo, ao contrário, dá uma ideia de negativo, dívidas, obrigações.

O Ativo é o conjunto de bens e direitos controlado pela empresa. São os itens positivos do patrimônio; trazem benefícios, proporcionam ganhos para a empresa.

O **Passivo** significa as obrigações exigíveis da empresa, ou seja, as dívidas que serão cobradas, reclamadas a partir da data de seu vencimento. (gns)

Ou seja, o Ativo representa as partes positivas da empresa, como seu estoque, seus bens, dinheiro em caixa, dinheiro em bancos etc. Enquanto o Passivo representa as obrigações da empresa, como as obrigações com fornecedores, empréstimos, salários a pagar etc. E é a partir desse pressuposto que se baseia a similaridade com os ativos e passivos ambientais.

Nesse sentido, segundo Paiva (2003, p. 32):

As características de um **passivo** envolvem:

- Contém uma obrigação ou responsabilidade presente com uma ou mais entidades, prevendo liquidação pela transferência futura provável ou pelo uso de ativos numa data especificada ou determinável, na ocorrência de um evento predeterminado, ou assim que seja solicitada.
- A obrigação ou responsabilidade compromete dada entidade, permitindo-lhe pouca ou nenhuma liberdade para evitar o sacrifício futuro.
- A transação ou outro evento que obriga a entidade já ocorreu. (gn)

A) Ativos ambientais

Os ativos ambientais são os bens adquiridos pela entidade que têm por objetivo o controle, a preservação e a recuperação do meio ambiente. E as características dos ativos ambientais podem divergir de uma entidade para a outra, pois a diferença entre os processos operacionais e suas atividades econômicas influencia em determinadas características. Neste sentido, Albuquerque (2003, p. 100) nos esclarece que:

Ativos Ambientais são todos os bens e direitos da empresa que estão relacionados com a atividade ambiental, seja no sentido de preservação, conservação ou recuperação, compostos de:

- Estoques/ almoxarifado de insumos ambientais;
- Imobilizados ambientais; Diferidos ambientais;
- Provisão para desvalorização representada pela possibilidade de perdas incorrentes nos ativos ambientais da empresa. Ativos intangíveis representados pelo *GOODWILL* que a empresa adquire conforme conquista a confiança da sociedade com ações ambientalmente corretas. (gn)

Todo tipo de pesquisa e desenvolvimento ambiental, que visa à recuperação, preservação e controle do meio ambiente, pode ser registrado no campo do ativo ambiental.

Determinados ativos ambientais valoram a empresa, seja no campo midiático, para com a sociedade ou com investidores. Neste sentido esclarece Oliveira Santos (2001, p.33):

São considerados ativos ambientais todos os bens e direitos destinados ou provenientes da atividade de gerenciamento ambiental, podendo estar na forma de capital circulante ou capital fixo.

O capital circulante (capital de giro) é o montante aplicado para a realização da atividade econômica da empresa, sendo composto pelas disponibilidades e pelos ativos realizáveis a curto e longo prazo. Exemplos de ativos ambientais que se enquadram neste grupo:

- a) na conta **disponibilidades** podem ser contabilizados os valores referentes a recebimentos oriundos de uma receita ambiental;

b) nos ativos **realizáveis a curto e longo prazo** podem ser lançados os direitos originários de uma receita ambiental e os estoques, quando relacionados com insumos do sistema de gerenciamento ambiental ou com produtos reaproveitados do processo operacional. No capital fixo as contas ambientais podem ser divididas em: 1) **Investimentos**: participação societária em empresas ecologicamente responsáveis; 2) **Imobilizado**: bens destinados a manutenção do gerenciamento ambiental, por exemplo, filtros de ar, equipamentos da estação de tratamento de efluentes, etc.; 3) **Diferido**: gastos em desenvolvimento de tecnologia "limpa" de produção que beneficiarão exercícios futuros, como por exemplo, os gastos de implantação do Sistema de Gestão Ambiental para a certificação ISO 14001. (gns)

Mas determinada atenção quanto aos movimentos sociais se é devida, pois a empresa pode por vezes ter custos ambientais maiores que as receitas financeiras, e com isso ganhar uma melhor imagem e reputação com a sociedade, mas se feita sem controle tal ação acaba por se tornar prejudicial aos ativos financeiros da empresa em si.

B) Passivos ambientais

Os passivos ambientais são toda obrigação contraída pela empresa relacionada ao controle, preservação e recuperação do meio ambiente.

Segundo Santos (2001, p.21):

Aplica-se às origens de recursos ambientais, tais como:

- empréstimos de instituições financeiras para investimentos na gestão ambiental;
- Compra de equipamentos e insumos para o controle ambiental;
- Multas decorrentes de infrações ambientais; remuneração de mão de obra especializada em gestão ambiental; Indenizações ambientais;
- Aumento do capital com destinação exclusiva para investimentos em meio ambiente;
- Através de destinação de parte dos lucros em programas ambientais;

O passivo ambiental está dividido em capital de terceiros e capital próprio os quais constituem as origens de recursos da entidade. Segundo Gehm da Costa (2012, p. 68):

São exemplos de origens:

Bancos - empréstimos de instituições financeiras para investimento na gestão ambiental;

Fornecedores - compra de equipamentos e insumos para o controle ambiental;

Governo - multas decorrentes a infração ambiental;

Funcionários - remuneração de mão de obra especializada em gestão ambiental;

Sociedade - indenizações ambientais;

Acionistas - aumento do capital com destinação exclusiva para investimentos em meio ambiente ou para pagamento de um passivo ambiental;

Entidade - através de destinação de parte dos resultados (lucro) em programas ambientais.

Já Albuquerque (2003, p. 100) nos esclarece acerca do que seria um Passivo Ambiental:

Os passivos ambientais são todas as obrigações (...) relacionadas ao meio ambiente, podendo estar constituídos dos: Financiamentos representados pelas dívidas/ obrigações que a empresa contrai na aquisição de equipamentos ou na efetuação dos investimentos para proteção e conservação dos recursos naturais;

Fornecedores representados pelas dívidas decorrentes da compra de insumos/ materiais utilizados pela empresa para tratamento de água, de resíduos poluentes, da compra de matérias-primas especiais e de embalagens biodegradáveis etc.;

Obrigações sociais e trabalhistas, que são as obrigações com empregados que trabalham direta e indiretamente com a área ambiental, tais como salários, seguros e os encargos sociais livres ou compulsórios decorrente da relação de emprego;

Contingências passivas representando o passivo ambiental na sua essência, sendo toda agressão praticada ou em prática contra o meio ambiente, representada pelo valor dos investimentos necessários para reabilitá-lo ou indenizar as perdas causadas a terceiros ou ainda às multas e outras indenizações em potencial.

Com isto temos que o sistema de ativos e passivos ambientais tem sua função em fundamentar as necessidades da gestão ambiental. Por meio de seu uso, a contabilidade ambiental consegue cumprir com primor a tarefa de administrar os recursos à disposição de forma sustentável. A definição de bens, direitos e obrigações voltada para o ramo ambiental é de suma importância para que as empresas tenham a noção necessária e possam planejar seus passos de forma organizada e conjunta.

3. CONTABILIDADE E GESTÃO AMBIENTAL

A gestão contábil é a ferramenta que permite o controle do patrimônio. É o que permite ao empresário poder usufruir de todos os benefícios que a contabilidade tem a oferecer, auxiliando sua administração de forma segura e controlada.

A gestão contábil ambiental possui a mesma vertente, tendo como seu diferencial o campo ambiental. Ela é composta pelo sistema de gestão ambiental, a ISO 9000 e a ISO 14000, com sua ramificação 14001 sendo a mais utilizada em voga.

3.1. Sistema de Gestão Ambiental.

Gestão ambiental é o principal instrumento para se obter um desenvolvimento industrial sustentável. O processo de gestão ambiental nas empresas está intrinsecamente vinculado a normas que são elaboradas por instituições públicas sobre o meio ambiente.

Neste sentido nos esclarece Ribeiro (2006, p. 146):

O gerenciamento ambiental é, pois, um conjunto de rotinas e procedimentos que permite a uma organização administrar adequadamente as relações entre suas atividades e o meio ambiente em que elas se desenvolvem. Seu objetivo é, entre outros, atender às imposições legais aplicáveis às várias fases dos processos, desde a produção até o descarte final (...).

Com isto evidenciado, pode-se ter que a gestão ambiental é parte fundamental à sustentabilidade empresarial, e sua prática acarreta em benefícios mútuos entre empresa, sociedade e meio ambiente. Importante destacar que, para se tenha um sistema de gestão de qualidade é necessário atender a dois programas: o de qualidade (ISO 9.000) e o de Meio ambiente (ISO 14.000).

Segundo Prestes e Pozzetti (2017, p.06):

ISO é a sigla de International Organization for Standardization, ou Organização Internacional para Padronização, em português. A ISO é uma entidade de padronização e normatização, e foi criada em Genebra, na Suíça, em 1947.

A ISO tem como objetivo principal aprovar normas internacionais em todos os campos técnicos, como normas técnicas, classificações de países, normas de procedimentos e processos, etc.

No Brasil a ISO é representada pela ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

A ISO promove a normatização de empresas e produtos, para manter a qualidade permanente. Suas normas mais conhecidas são a ISO 9000, ISO 9001, ISO 14000 e ISO 14064.

Para uma empresa receber qualquer certificado da ISO, ela deve passar por um projeto com diversas fases, para garantir que a implementação dos processos é feita corretamente.

Nas questões ambientais, nenhum órgão público ou empresa pode se auto certificar, necessita de uma entidade certificadora com expertise na gestão ambiental.

Portanto, o sistema ISO auxilia e determina as características necessárias a serem adquiridas por determinada entidade, sendo ela empresarial, governamental etc., para ganhar o certificado requisitado e ser reconhecida por sua qualidade. No campo governamental existe a ISO 37120 que define e estabelece um conjunto de indicadores para o desenvolvimento sustentável de cidades. Ela por si não determina se uma cidade é sustentável ou não, mas guia aos requisitos que medem tal sustentabilidade. Para a nossa pesquisa, vamos analisar a ISO 9.000, que trata da qualidade do produto e a ISO 14.000, que se sofre um desdobramento e, a ISO 14001 é a que trata das questões ambientais e sustentabilidade no sistema produtivo.

a) ISO 9.000

Com a globalização o mercado passou a ser cada vez mais exigente e a não aceitar produtos de baixa qualidade. E todas as empresas que passaram a se interessar em ter credibilidade de seus produtos no mercado consumidor, passara a se submeter ao padrão ISSO. A empresa se organiza e cumpre os requisitos da Norma ISSO e depois se submete à avaliação de uma empresa certificadora, a partir daí, começa a colocar em seus produtos o selo de certificação ISO 9.000, dando uma maior credibilidade e aos seus produtos e gerando mais confiança no consumidor.

Segundo Carvalho e Padini (2005), citados por Boarin (2006, p. 33):

Em meio à expansão da globalização, surgiu o modelo normativo da *International Organization for Standardization (ISO)* para a área de Gestão da Qualidade, a série 9000, Sistemas de Garantia da Qualidade. As normas **ISO série 9000** foram editadas pela primeira vez em 1979 pela *International Organization for Standardization (ISO)* e, rapidamente, tornaram-se uma referência para a gestão da qualidade das empresas.

As normas ISO 9000 representam uma condição essencial para empresas que pretendem exportar seus produtos, principalmente para os Estados Unidos e países da Europa (CB-25, 2005). O sucesso na implantação da referida norma pode ser demonstrado em diversos países de todos os continentes, como a Austrália, onde a certificação é obrigatória para empresas que pretendem negociar com organismos governamentais ou com as grandes companhias privadas (Love, 2003).

A ISO 9000 se ramificou através dos anos, mantendo-se atualizada às necessidades empresariais e da sociedade como um todo. Ela, assim como outras ISOs, não se destina a um produto específico ou determinada empresa. Ela cede e compõe as normas a serem seguidas a fim de se obter um sistema gerencial de qualidade.

A ISO 9000 possui em suas modificações oriundas do passar dos anos: A ISO 9000, que fundamenta o gerenciamento de qualidade, a ISO 9001, que determina os requisitos especificados para a indústria prover os produtos regulados demonstrativamente, a ISO 9004, que serve como manual ou orientação para o melhoramento do sistema em si, e a ISO 19011, que solicita auditorias internas de qualidade e ambiental.

Segundo Batista (2017, p. 42):

ISO 19011 - Auditorias internas da qualidade e ambiental (provê guia para o gerenciamento e condução de auditorias da qualidade e ambiental).

Tendo como ferramenta a ISO 9000, mais especificamente a ISO 19011, a contabilidade ambiental consegue reduzir esforços e tem mais facilidade e dinamismo para fazer a gestão ambiental de forma fluida e a partir desta pode planejar e adequar as medidas a serem tomadas de forma sustentável.

b) ISO 14000

São normas criadas para diminuir o impacto provocado pelas empresas no meio ambiente. Para conseguir e manter o certificado ISO 14000, a empresa precisa seguir a legislação ambiental do país, treinar e qualificar os funcionários para seguirem as normas, diagnosticar os impactos ambientais que está causando e aplicar procedimentos para diminuir os danos ao meio ambiente.

Segundo Ribeiro (2006, p.146)

A norma ISO 14000 não define critérios específicos, mas discrimina os requisitos norteadores da formulação de políticas e objetivos, quanto aos aspectos ambientais controláveis ou passíveis de serem influenciados.

E continua Ribeiro (2006, p.147-148):

Como sistema de gerenciamento ambiental, a ISO14000 define alguns termos, que encontram perfeito paralelo com a gestão econômica da empresa, tais como: Melhoria contínua; Impacto ambiental; Objetivo ambiental; Desempenho ambiental; Política ambiental; Meta ambiental.

Com isto temos que ISO 14000 mantém o papel de guia para as empresas manterem-se dentro da qualidade ambiental exigida, não tendo um viés único, mas sim contínuo, que permita o constante desenvolvimento e controle ambiental da entidade. Os investimentos em capacitação de mão-de-obra, pesquisas e desenvolvimentos de tecnologias devem ser agregados e postos como utilitários ao cumprimento da ISO.

b.1) ISO 14.001

A ISO 14000 se ramifica em diversas outras normas, com cada qual sendo responsável pela orientação de um setor específico e suas demonstrações. No entanto, a ISO 14001 é a única auditável por designar os parâmetros seguidos e passíveis de análise. Ela orienta e dá subsídios para a implantação do Sistema de Gestão Ambiental, sendo analisada pela administração da entidade partindo do viés econômico, verificando sua conveniência, eficácia, adequação, retorno etc.. São requisitos gerais:

1. Política Ambiental;
2. Planejamento;
 - 2.1. Aspectos ambientais;
 - 2.2. Requisitos legais e outros requisitos;
 - 2.3. Objetivos e metas;
 - 2.4. Programas de Gestão Ambiental;
3. Implementação e operação
 - 3.1. Estrutura e responsabilidade;
 - 3.2. Treinamento, conscientização e competência;
 - 3.3. Comunicação;
 - 3.4. Documentação do Sistema de Gestão Ambiental;
 - 3.5. Controle de documentos;
 - 3.6. Preparação e atendimento à emergência;
4. Verificação e ação corretiva
 - 4.1. Monitoramento e medição;
 - 4.2. Não conformidades e ações corretivas e preventivas;
 - 4.3. Registros;
 - 4.4. Auditoria do Sistema de Gestão Ambiental;
 - 4.5. Análise crítica pela Administração;

Ao seguir tais requisitos a empresa fica apta a receber o certificado e ser reconhecida internacionalmente por sua qualidade. Seguindo os quatro tópicos básicos entre os requisitos, o gestor consegue criar um sistema individual e funcional para a empresa.

Da mesma forma que através da gestão contábil se possibilita a criação de planos a curto, médio e longo prazo que dinamizam e aumentam a eficácia da empresa no recebimento de lucros e controle do patrimônio, a gestão

ambiental utiliza da ISO 14000 para manter seu controle no ramo ambiental. Através da adoção de políticas próprias que respeitam a individualidade de cada entidade, planejadas com controle e para a empresa em si se manter apta no mundo empresarial quando sofre comparativo com outras, fato este que torna-se até um ganho quando tomado como medida para com o público; sua implementação dentro do sistema com investimentos na capacitação da mão-de-obra da própria empresa, permitindo aos seus funcionários a conscientização e manutenção do desenvolvimento e da competência dos mesmos, tornando-os assim indivíduos cientes da sua responsabilidade com o meio ambiente; a verificação inclui a manutenção de tais medidas, para que permaneçam sendo seguidas e registradas de forma correta, sem cair no marasmo ou na tendência empresarial de aceitar medidas sustentáveis em poucos exercícios e depois abnegá-los. Seu controle por meio de auditorias ambientais, em paralelo às mesmas funções que auditorias contábeis têm nas empresas, é um dos meios de garantir e manter o certificado que reconhece a qualidade da entidade.

3.2 SICOGEA – Sistema Contábil de Gerência Ambiental

SICOGEA auxilia os gestores a obterem informações do ramo ambiental, a fim de aprimorarem seus processos como um todo, conseguindo uma melhor eficiência ambiental.

Segundo Paiva (2006, p.21):

De acordo com o SMA nº1, a Contabilidade gerencial ‘é o processo de identificação, mensuração, acumulação, análise, preparação, interpretação e comunicação das informações financeiras utilizadas pelos gestores para planejamento, avaliação e controle dentro de uma organização’. Com base nessa norma, a EPA entende que ‘se refere ao uso de dados sobre custos ambientais e desempenho nas decisões e operações dos negócios’. É utilizada no gerenciamento das atividades empresariais, podendo ter seus registros da maneira que melhor satisfazer aos gestores na consecução de seus objetivos.

O objetivo deste sistema é prover o gestor de informações sobre os impactos ambientais que determinadas ações geram ao meio.

3.3 Benchmarking Ambiental

É um processo sistemático e contínuo para avaliar produtos, serviços e processos de trabalho das organizações que são reconhecidas como representantes das melhores práticas com o propósito de realizar melhorias organizacionais.

Segundo Boxwell (1996, p.50):

Benchmarking trata-se de uma ferramenta que serve para descobrir, analisar, comparar, aprender com empresas líderes em seus segmentos, métodos e processos competitivos, e assim adaptar este novo conhecimento nos próprios processos para aumentar a competitividade de seu negócio.

Sendo assim, o Benchmarking se trata da comparação saudável entre empresas, para o benefício e aprimoramento dos próprios sistemas.

Segundo Balm (1995, p.34):

Benchmarking é o processo contínuo de medirmos produtos, serviços e práticas com os mais fortes concorrentes ou com as companhias reconhecidas como líderes da indústria.

No mesmo sentido Spendolini (1993, p.09) apresenta uma definição ampliada do conceito:

Benchmarking é um processo contínuo e sistemático de avaliação de produtos, serviços e processos de trabalho, de organizações que reconhecidamente praticam as melhores técnicas com a finalidade de melhoria organizacional.

Já para Ruas (2012, p.19):

No contexto de mercado, algumas abordagens empresariais são confundidas como ações de benchmarking. Dentre estas abordagens, estão a pesquisa de mercado e a análise competitiva, no qual os propósitos de cada uma são claramente diferenciados pela sua finalidade, foco e aplicação no campo empresarial. Camp (2002, p. 230) apresenta as diferenças entre benchmarking e as práticas citadas:

QUADRO 2 – Diferenças entre as abordagens empresariais de pesquisa de mercado, análise competitiva e benchmarking

Item	Pesquisa de Mercado	Análise Competitiva	Benchmarking
Finalidade genérica	Analisar mercados da indústria, segmentos de clientes e aceitação de produtos	Analisar estratégias dos concorrentes	Analisar o quê, por quê e como estão indo os concorrentes ou as empresas líderes
Foco usual	Necessidades dos clientes	Estratégias competitivas	Práticas que satisfazem as necessidades dos clientes
Aplicação	Produtos e serviços	Mercado e produtos	Práticas e produtos
Usualmente limitada a	Como são satisfeitas as necessidades dos clientes	Atividades no mercado	Sem limitações; são usados todos os tipos de benchmarking
Fontes de informações	Clientes	Analistas da indústria, etc.	Líderes industriais e concorrentes

FONTE: Camp, 2002, p. 230

Em suma, o uso do Benchmarking é parte primordial para o bom funcionamento e dinamismo das empresas, permitindo às mesmas que se mantenham atualizadas em relação aos mecanismos utilizados por outras,

assim tendo como incentivo para o desenvolvimento na área da pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias de produção.

E por meio desses desenvolvimentos a Contabilidade Ambiental agrega benefícios ao meio ambiente, aproveitando métodos já criados e os aprimorando com o uso do Benchmarking. O aproveitamento de tecnologias sustentáveis desenvolvidas, aprimoradas e compartilhadas entre empresas molda os passos necessários que devem ser tomados para o desenvolvimento sustentável.

Segundo Lavorato (2003, p. 08):

A conjugação de melhor desempenho ambiental com uma maior competitividade no mercado só é possível com mudanças tecnológicas e gerenciais. Daí a importância da adoção do Benchmarking Ambiental para a melhoria contínua das boas práticas ambientais encontradas nos Sistemas de Gestão Ambiental das Empresas.

Dessa forma, verifica-se que o Benchmarking é um excelente instrumento de fiscalização, com um ótimo aproveitamento e resultados positivos no âmbito das Ciências contábeis e da Sustentabilidade Ambiental.

CONCLUSÃO

A problemática que envolveu essa pesquisa foi a de se identificar se a contabilidade tem o condão de auxiliar nas questões relacionadas à crise ambiental. Os objetivos propostos foram cumpridos à medida que se analisou os mecanismos que a contabilidade possui, para registrar, controlar e oferecer subsídios para manter ou aumentar o Patrimônio, da Pessoa física ou Jurídica, atendendo aos requisitos de sustentabilidade ambiental.

O Brasil está enfrentando sérios problemas ambientais. Para resolvê-los ou pelo menos amenizá-los há a necessidade de uma união entre o poder público, o setor empresarial e a sociedade civil a fim de que juntos possam discutir a atual situação do meio ambiente, e o mais importante, atribuir as responsabilidades de cada um neste processo.

A Conclusão a que se chegou foi que um dos meios encontrados para atender a este propósito é o uso da contabilidade no Sistema de Gestão Ambiental. Evidencia-se que a Contabilidade Ambiental possui potencial para auxiliar os gestores nesta tarefa. Ela pode ser usada para demonstrar a responsabilidade ambiental da empresa, através da utilização dos relatórios contábeis e outros meios do sistema de gestão ambiental, como as ISO 14000 e 14001, onde deverão ser evidenciados, de forma transparente, os gastos com a gestão ambiental.

O investimento em pesquisas ambientais, e assim a obtenção de ativos ambientais, assim como a adoção de medidas renováveis, como a reciclagem, auxilia a gestão ambiental e permite um desenvolvimento sustentável por parte da Entidade empresarial e da sociedade civil como um todo, com ambos visando a melhoria e conservação do ambiente.

Assim, é necessário a criação de medidas incentivadoras às empresas que visem a boa gestão ambiental, assim como a cobrança do público às mesmas, a fiscalização por autoridades competentes, e a cooperação entre empresas, governos e centros de ensino que visem conscientizar a população acerca dos benefícios do desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

- BALM, Gerald J. **Benchmarking: um guia para o profissional tornar-se - e continuar sendo - o melhor dos melhores.** 2ª ed., Rio de Janeiro, RJ, Ed. Quality Mark, 1995.
- BATISTA, João Carlos. **Normas "ISO" Série "9000" - Saiba o que é...;** [http://www.treinarvirtual.com.br/artigos/normas-iso-serie-9000-saiba-o-que-e./](http://www.treinarvirtual.com.br/artigos/normas-iso-serie-9000-saiba-o-que-e/) 2017. Consulta realizada em 10 mar. 2019.
- BOXWELL, Robert J. **Vantagem competitiva através do Benchmarking.** 1ª ed., São Paulo: Makron Books, 1996.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do.** Brasília: Congresso Nacional, 1.988.
- BRASIL. **Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986.** Considerando a necessidade de se estabelecerem as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Diário Oficial da União. Brasília, 23 jan. 1986.
- CAGNIN, C. H. **Fatores relevantes na implementação de um sistema de gestão ambiental com base na Norma ISSO 140001.** Florianópolis. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- CAIRNS, David. **Relatórios sobre questões do meio ambiente.** Boletim do IBRACON. São Paulo. Mar 1998. P.2.
- FERREIRA, Aracéli Cristina de Sousa. **Contabilidade ambiental: uma informação para o desenvolvimento sustentável.** São Paulo: Atlas, 2003.

- FERREIRA, Clementina. **Da Contabilidade e do Meio Ambiente**. Lisboa: Vislis Editora: 2000.
- FERREIRA, A. C. S. **Contabilidade de Custos para Gestão do Meio Ambiente**. Revista Brasileira de Contabilidade. [s.l.] nº. 101. Set. 1996. P. 72-79. GEHM DA COSTA, Carlos Alexandre. **Contabilidade ambiental**. São Paulo: Atlas, 2012.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE CONTADORES. **Normas e Procedimentos de Auditoria – NPA 11: Balanço e Ecologia**. São Paulo, 1996.
- KRAEMER, Maria Elisabeth Pereira. **Contabilidade ambiental como sistema de informações**. *Revista Pensar Contábil*. Rio de Janeiro, ano 3, nº 09, p. 19-26, 2000.
- KROETZ, César Eduardo Stevens. **Balanço social**. Revista Brasileira de Contabilidade. [s.l.] set. 1998, nº. 113. P. 43-51.
- LAVORATO, Marilena Lino de Almeida. **As vantagens do Benchmarking ambiental**. Revista Produção Online. Vol.4 nº2. Santa Catarina, Maio/2003.
- MARION, José Carlos. **Contabilidade básica**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTINS, E; RIBEIRO, M. S. **A informação como instrumento de contribuição da contabilidade para a compatibilização do desenvolvimento econômico é a preservação do meio ambiente**. Boletim do IBRACON. São Paulo. set. 1995 nº. 208.
- MONOBE, Massanori. **Contribuição e mensuração e contabilização do goodwill não adquirido**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo. 1986. p. 42-65.
- PAIVA, P. R. **Contabilidade ambiental: evidenciação dos gastos ambientais com transparência e focada na prevenção**. São Paulo: Atlas, 2003.
- PRESTES, Fernando Figueiredo; POZZETTI, Valmir César. **A primeira norma técnica para cidades sustentáveis: uma reflexão sobre a problemática urbana**. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/330978229_a_primeira_norma_tecnica_para_cidades_sustentaveis_uma_reflexao_sobre_a_problemativa_urbana. Consulta realizada em 10 març. 2019
- REBOLLO, M. G. **A contabilidade como instrumento de controle e proteção do meio ambiente**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE

CONTABILIDADE, 16, 2000, Goiânia. *Anais do XVI Congresso Brasileiro de Contabilidade. Goiânia, 2000.*

RIBEIRO, Máisa de Souza. **Contabilidade e Meio Ambiente**. São Paulo, 1.992. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo.

RIBEIRO, Máisa de Souza. **O Custeio por atividades aplicado ao tratamento contábil dos gastos de natureza ambiental**. Caderno de Estudos. FIPECAFI. set. 1998. São Paulo. n°. 19, p.82-91.

RIBEIRO, Máisa de Souza. **Contabilidade Ambiental**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

SANTOS, Adalto de Oliveira; SILVA, Fernando Benedito; SOUZA, Synval. **Contabilidade ambiental: um estudo sobre sua aplicabilidade em empresas Brasileiras**. Revista contabilidade & finanças. vol.12 no°. 27. São Paulo Set/Dec. 2001.

RUAS, Wilimar. **BENCHMARKING E INOVAÇÃO: a utilização do benchmarking como instrumento de estímulo à inovação na Diretoria de Operação Metropolitana da COPASA**. Disponível in: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-98BUV8/monografia_gei_2012_wilimar_ruas_benchmarking_e_inova_o.pdf?sequence=1, consulta realizada em 10 mar. 2019.

SCHARF, Regina. **Conquista de mercado do produto verde**. Gazeta Mercantil. São Paulo. 9 abr. 1999. p. A-8.

SPENDOLINI, Michael J. **Benchmarking**. São Paulo, SP, Ed. Makron Books, 1993.

TINOCO, João Eduardo Prudêncio. **Ecologia, Meio Ambiente e Contabilidade**. Revista Brasileira de Contabilidade. [s.l.] n°. 89. nov. 1994. p. 24-31.

TINOCO, João Eduardo Prudêncio; KRAEMER, Maria Elizabeth Pereira. **Contabilidade e gestão ambiental**. São Paulo: Atlas, 2004.

Privilégio postal dos correios: uma análise histórica e constitucional do serviço postal no Brasil*

Hermann Hand Schwanz¹

Alexandre C. Aguiar Maia²

Sumário: Introdução. Desenvolvimento. – Considerações finais.
– Referências.

Resumo: O presente trabalho pretende analisar a Lei 6.538/78, a chamada Lei de Correios e Telégrafos, à luz da Constituição Brasileira de 1988, e compreender os fundamentos constitucionais e/ou legais do chamado privilégio postal da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), que determina que apenas esta pode transportar e distribuir correspondências. Para tanto, perpassará a história do serviço postal no Brasil, durante os diferentes períodos da existência deste país como colônia, reino unido a Portugal e Algarves, império, e nas diferentes fases de seu período republicano. A partir deste estudo buscará avaliar a constitucionalidade da Lei

* Recibido: 09 diciembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV.
hermannhand@gmail.com

² Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas (2006). Graduação em Direito pelo Centro Educacional Vila Velha – UVV (2003). Graduação em Letras e Literatura Inglesa pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES (2001). Professor de Hermenêutica Jurídica e Teoria Geral do Direito na Faculdade de Direito de Vitória – FDV.
alexmaia360@gmail.com

6.538/78, bem como definir a natureza jurídica do serviço postal prestado pela ECT. Visa, ainda, determinar se a atuação privada no setor postal é absolutamente inviável no presente ordenamento jurídico brasileiro, e identificar se as restrições ou a completa vedação desta intervenção privada tem natureza legal, advinda da própria Lei 6.538, ou se é constitucional, elencada pela própria Carta Magna Brasileira.

Palavras-chave: Correios, História, Privilégio Postal, Lei de Correios e Telégrafos, Serviço Público.

Abstract: The present work seeks to analyze Law 6.538/78, the so called Law of Courriers and Telegraphs, in the light of the Brazilian Constitution of 1988, and comprehend the constitutional and/or legal fundaments of the Brazilian Company of Courriers and Telegraphs (ECT)'s Postal Privilege, which determines only that company can transport and distribute correspondence. Therefore, it will look at the history of Brazil's Postal Service, during the various periods of the country's existence as colony, United Kingdom to Portugal and Algarves, Empire, and the different phases of it's republican period. From this study it seeks to evaluate the constitutionality of Law 6.538/78, as well as to define the juridical nature of the postal services provided by ECT. It seeks, furthermore, to determine if private enterprise in the postal sector is absolutely impracticable in Brazil's present juridical order, and identify whether the restrictions or complete hindrance of private interaction in this area have legal nature, coming form Law 6.538 itself, or constitutional nature, drawing from Brazil's very Constitution.

Key words: Courriers, History, Postal Privilege, Law of Courriers and Telegraphs, Public Service.

INTRODUÇÃO

A comunicação postal é um setor que está ligado com a história do Brasil. Desde o início da colonização, perpassando sua independência, período imperial, e as diversas fazes de seu turbulento período republicano, a forma como as cartas são enviadas foi um fator definidor para o desenvolvimento da história nacional. Atualmente, este serviço permanece importantíssimo, com a Empresa Brasileira de Correios e telégrafos transportando atualmente bilhões de cartas por ano. Em 2014, um ano em que o volume de cartas transportadas foi incomumente baixo, foram enviadas 2,4 bilhões de correspondências (MAGALHÃES, 2015).

Embora empresas privadas possam fazer o transporte de mercadorias de lojas e afins, as correspondências em sentido estrito são entregadas exclusivamente pela ECT. E ao contrário do que inicialmente parece, nem a comunicação telefônica e tampouco a digital, por meio de e-mail e aplicativos de conversa, foi capaz de tornar desnecessária a comunicação através de cartas de papel, como demonstrado pela notícia.

Apesar da desassossegada atividade da ECT, muitos criticam a empresa pública, destacando que o serviço postal é prestado de forma cara, morosa e ineficiente. São comuns as críticas à Lei 6.538/78, que determina, em favor da ECT, o que é chamado popularmente de “monopólio dos correios”. Parte da população, frustrada com a forma como o serviço postal é prestado, inclusive advoga pela revogação desta lei, a privatização da ECT, ou a abertura do setor postal para a exploração privada. Em 2009, inclusive, foi julgada a ADPF 46, que pleiteava pela declaração de não recepção da lei pela Constituição de 1988.

O Artigo 21, inciso X, da Constituição Federal, ainda elenca o serviço postal e o correio aéreo nacional como competências da União. À primeira vista, isto parece determinar a vedação da atuação privada no setor postal. No entanto, a questão é mais profunda. Para entender se há um obstáculo intransponível à prestação do serviço postal pela iniciativa privada, será necessário entender toda a história dos correios no Brasil, definindo-se o contexto histórico da formação da Lei 6.538, e sua relação com a Constituição federal de 1988, bem como desmistificar alguns conceitos popularmente concebidos sobre o chamado monopólio postal da ECT, e, por

fim, considerar possibilidades de interpretação da Lei 6.538, à luz da ordem constitucional em que esta foi inserida, e da própria Constituição.

DESENVOLVIMENTO

Em Portugal, à época da colonização, o serviço de correios oficiais era regido pelo cargo de Correio-Mor do Reino. Tratava-se de alguém selecionado pela coroa, cuja companhia teria o direito exclusivo de exploração do serviço postal. Este primeiro momento de transporte de cartas entre a Ilha de Vera Cruz e a metrópole, bem como entre regiões internas da colônia, como bem descreve Patrícia Cunegundes (2014, p. 21):

No primeiro século de colonização portuguesa, a Coroa se limitou a defender a costa de invasões estrangeiras, promovendo um ralo povoamento do litoral. A comunicação entre estes povoamentos era quase tão precária quanto a troca de cartas com a metrópole. Em 1520, D. Manuel concedeu o monopólio do transporte e distribuição das correspondências em Portugal a Luís Homem. Como tantos outros serviços e privilégios, o Correio-Mor do Reino foi uma graça que el-Rei distribuiu em troca da fidelidade do súdito. E como tantos outros serviços, o de Correio-Mor inexistia na Colônia.

Ao final do século XVI, com a ocupação do trono português por um rei espanhol, o serviço de Correio-Mor do Reino passou por uma mudança de sistema, onde ele não mais era concedido individualmente a algum súdito, mas passou a ser um monopólio hereditário. A família Matta, que foi a possuidora da atribuição de transporte de cartas em Portugal, foi a primeira a estabelecer algum tipo de serviço de correios em território brasileiro, como observa Cunegundes (2014, p. 22):

Desde 1580, dois anos após a morte de D. Sebastião, que não deixou descendentes, reis da Espanha ocupavam também o trono de Portugal. Um deles, Felipe III, vendeu por 70 mil cruzados o Ofício de Correio-Mor do Reino a Luís Gomes da Matta Coronel, no ano de 1606. Começou aí um privilégio hereditário da família Matta que durou por quase dois séculos e iria se estender, em certo período, às terras do Brasil.

Apesar da chegada tardia dos serviços postais portugueses ao Brasil, não se pode afirmar que não houve algo semelhante em território brasileiro antes da chegada dos auxiliares do Correio-Mor. Durante o período da invasão da Companhia das Índias Ocidentais ao nordeste brasileiro, os holandeses aqui estabeleceram um correio para comunicação interna. O correio português só seria trazido de fato ao Brasil após a expulsão dos invasores holandeses, como apresenta Cunegundes (2014, p. 23):

Em 1630, os holandeses da Companhia das Índias Ocidentais ocuparam Pernambuco e dominaram a produção de açúcar no Nordeste. No Recife, onde

instalaram sua capital, Mausritsstad, teria funcionado o primeiro serviço regular de correios do Brasil, pelo que se depreende de uma carta do holandês Adolf Van Els ao Conselho da Companhia das Índias, no primeiro ano da invasão. O serviço não sobreviveu à partida dos holandeses, expulsos do país depois de várias tentativas em 1654.

Enquanto no território sob domínio holandês se desenvolveu um serviço postal regular, o resto do Brasil, sem um correio próprio, utilizava o serviço de escravos, ou de transportadores livres, para fazer correspondências chegarem a seus destinos. A limitação se dava pelo modo de transporte, por terra ou fluvial, o que o tornava mais lento, e impossibilitava o cobrimento de grandes distâncias. Sobre este precário correio improvisado, Patrícia Cunegundes relata (2014, p. 26):

Com o tempo, senhores de gado e de engenho especializaram empregados e escravos como estafetas para levar a correspondência mais longe, e estes eram conhecidos como próprios. O mesmo serviço podia ser assumido, mediante pagamento, por mensageiros autônomos, chamados de positivos, pedestres ou particulares. Percorrendo caminhos a pé, no lombo de mulas, cruzando rios em canoas, estes mensageiros prestaram serviços por muito tempo, mesmo depois da chegada do correio oficial.

Em 30 de julho de 1663, o alferes João Cavaleiro Cardoso toma posse como assistente do Correio-Mor do Reino e das Cartas do Mar no Rio de Janeiro. Inicia-se assim o primeiro serviço postal oficial do Brasil.

Na segunda metade do século XVII, no entanto, o Brasil já era desbravado de norte a sul e em direção ao interior por bandeirantes, moncioneiros e tropeiros. Para estas expedições, era essencial uma comunicação eficiente para garantir provisões e assegurar sua logística. Para isso, os exploradores desenvolveram seu próprio sistema de mensageria informal, que inspirou confiança na população, e com o tempo passou a transportar cartas de particulares por longas distâncias. Além disso, os militares, que eram responsáveis por transportar cartas oficiais entre autoridades, embora proibidos, ocasionalmente faziam o transporte de cartas particulares.

Estava claro que a existência de um correio oficial encarregado das correspondências no Brasil de forma alguma acabou com o mercado informal de transporte de cartas. Muito embora o Assistente do Correio-Mor do Reino e das Cartas do Mar já detivesse o monopólio deste serviço legalmente, demoraria muito até que a realidade passasse a refletir a norma, como descreve Patrícia Cunegundes (2014, p. 31):

A existência de redes informais de comunicação constituiu um obstáculo ao monopólio do serviço postal pelo Correio-Mor. Para boa parte da população,

não fazia sentido ter de pagar aos representantes da Coroa por um serviço que já era feito por mensageiros bem conhecidos de seus clientes. Há registros de queixas e contestações ao novo serviço por parte das Câmaras do Rio, de São Paulo, de Vila Rica e Salvador. Em 8 de novembro de 1676, 13 anos depois da chegada do Correio-Mor ao Brasil, o monopólio da família Matta seria confirmado em sentença do Juiz da Coroa, mas persistiram as resistências em diversos pontos do território da Colônia.

Na segunda metade do século XVII surgiu também o primeiro serviço de telégrafo do Brasil, embora fosse uma versão mais primitiva do que a concepção moderna. Não obstante, se tratou de um importante avanço na comunicação brasileira, que foi instalado pelo governo-geral como um sistema de defesa, tendo em vista as muitas invasões que o Brasil sofria naquela época. Cunegundes observa (2014, p. 31-32):

A necessidade de defender o território levou o Estado a atuar diretamente no setor de comunicações nesse período. Em 1668, o governo-geral estabeleceu um sistema de sinalização por fachos (um semáforo à base de fogueiras), ao longo do litoral da Bahia, para avisar sobre a chegada de embarcações inimigas e piratas em direção a Salvador, capital da Colônia. Foi o primeiro telégrafo ótico em terras brasileiras. O sistema tinha por base a Torre de Garcia Dávila, um castelo feudal construído em 1551 na localidade de Tatuapara (atual Praia do Forte), ao norte da Capital, de onde era possível avistar o movimento de navios na costa.

Em 1798, houve uma minuciosa regulamentação do serviço de correios no Brasil, que veio com uma importante adição. Enquanto o transporte de correspondências entre a colônia e a metrópole era feito por bergantins e paquetes, embarcações velozes que faziam o transporte num tempo relativamente curto, até então apenas os portos do Rio de Janeiro e de Salvador possuíam em seus itinerários tais viagens. O transporte de correspondências internas era feito por meio das já ultrapassadas caravelas, muito mais lentas que as embarcações mais modernas usadas na comunicação internacional, ou por meio de carruagens ou em lombos de mulas ou jegues. Em 20 de janeiro deste ano, no entanto, foi editado um Alvará para estender o transporte por bergantins e paquetes a outras partes do Brasil, um grande avanço para a agilidade da comunicação interna, como descreve Cunegundes (2014, p. 40):

O Alvará estabeleceu linhas regulares de Paquetes dos Correios Marítimos também para o norte do Brasil, com viagens a cada dois meses para o porto de Assu (no atual estado do Rio Grande do Norte), de forma a servir Pernambuco, Paraíba, Maranhão, Piauí e Pará. Para cumprir essa determinação, o Ministério do Ultramar mandou construir dois bergantins em estaleiros na Bahia e incorporou outras cinco embarcações. Por mais de um

século as chegadas e partidas dos pacotes dos Correios iriam regular a vida das pessoas e a atividade das empresas no litoral brasileiro.

O novo implemento foi um sucesso, com o valor total de correspondências transportadas praticamente triplicando entre a primeira e a quarta viagem. Ainda que as novas embarcações favorecessem principalmente o litoral brasileiro, o transporte de cartas ficou mais fácil e rápido também no interior. O Alvará de 1798 estabeleceu as regulações para os correios interiores no Brasil, com um sistema de identificação de quais cartas deveriam ir para quais embarcações que foi como uma forma primitiva de carimbo. Cunegundes explica (2014, p. 42):

O Alvará de 1798 determinou que competia à Fazenda Real estabelecer os “correios interiores” do Brasil. Regras básicas determinavam que as casas do Correio deveriam ter “um saco, ou caixa com sua abertura, e por cima o nome do navio, onde, quem houver de escrever por ele, fará lançar as cartas”. Também determinava que “as cartas serão marcadas; a marca será o nome da terra, em cujo correio foram lançadas”. Essa foi uma espécie pioneira do carimbo postal.

No começo do século XIX, foram atualizadas algumas regras dos correios brasileiros, juntamente com os portugueses. Foi estabelecido o sistema de cobrança por distância da viagem, e não apenas pelo peso da carta, como era anteriormente. Uma correspondência entre duas cidades adjacentes tinha antes o mesmo preço que uma que cruzasse o Brasil de norte a sul (lembrando que, nesta época, quem pagava pelo transporte era o destinatário da carta), o que gerava custos excessivos aos correios, que agora seriam cobertos. Surgiu também o sistema de carta registrada, com um seguro de garantia, caso o objeto se extraviasse, e o de entrega em domicílio, por um preço extra adicionado ao que se pagava para se retirar a carta num escritório dos correios.

Com a chegada da família real portuguesa ao Brasil, e a posterior elevação da colônia a reino unido a Portugal e Algarves, o sistema de correios sofreu diversas melhorias para atender às necessidades de comunicações tanto oficiais como particulares da corte que agora se estabelecera no Brasil. Os avanços se dariam durante todo o período do Brasil como sede do reino, e continuariam por todo o período imperial. Foi apenas após a independência que se inverteu o custo de transporte de correspondências, como explica Cunegundes (2014, p. 51):

Imperador do Brasil, Pedro I editou em 1824 o *Regulamento dos Correios*, unificando procedimentos, e criou a Administração dos Correios, para reforçar o serviço no interior do país. O regulamento permitia o pagamento antecipado da correspondência. Neste caso, a carta receberia o carimbo

“FRANCA”, um precursor do selo, que ainda não havia sido criado. Até então, o pagamento do serviço era feito sempre pelos destinatários, que nem sempre aceitavam as cartas.

Após D. Pedro I deixar o Brasil, abdicando da coroa em nome de seu filho, que na época tinha apenas quatro anos, o país foi governado por uma série de regências, por dez anos, e que também marcaram a administração dos correios. Em 1835, o serviço foi ainda mais regulado e padronizado, com os funcionários recebendo uniformes que os identificassem claramente como trabalhadores dos correios. Cunegundes bem descreve (2014, p. 53):

Em 1835 os carteiros da entrega domiciliar foram uniformizados e passaram também a coletar cartas nas casas e nas ruas por onde andavam. Tornou-se obrigatório o uso de campainhas para anunciar a passagem dos carteiros, que passaram a ser obrigados a saber ler, escrever e contar, e “de preferência, serem pais de família”. Além disso, tinham de manter uma fiança de 55\$000 pelas cartas recebidas.

Foi durante o período imperial que as máquinas a vapor se estabeleceram definitivamente no transporte e produção mundiais. O transporte de pessoas e bens atingiu uma velocidade nunca antes vista graças às novas máquinas. Os navios a vapor tiveram grande impacto no transporte postal brasileiro, como relata Patrícia Cunegundes (2014, p. 53):

Um grande avanço nos transportes desse período foram os navios a vapor movimentados por rodas de pás, que começaram a operar comercialmente a partir de 1807, no rio Hudson, entre Nova Iorque e Albany, nos Estados Unidos. Em pouco tempo eles passaram a fazer a navegação de cabotagem e, a partir da década de 1840, vapores com casco de ferro e movidos a hélice iriam cruzar o Atlântico. A primeira linha de vapores do Brasil até a Europa foi inaugurada em 1851, quando o “Teviot” da Royal Mail Steam Packet Company fez o percurso do Brasil à Inglaterra em 41 dias. Com a melhoria do serviço, o tempo da viagem de ida e volta entre o Rio e Londres, que chegava a demorar até quatro meses, caiu pela metade.

Neste período, surgiam também por todo o Brasil revoltas e movimentos separatistas. A velocidade dos navios a vapor disponíveis ao governo ajudou numa comunicação mais eficiente do que a dos rebeldes, o que, unido ao poderio militar superior, garantiu a supressão dessas revoltas e a unidade do território do império. A Companhia Brasileira de Paquetes a Vapor, criada em 1836, no entanto, não serviu apenas à comunicação oficial, mas também de particulares, além de transporte de pessoas, como descreve Cunegundes (2014, p. 53):

No período da regência, em meio a revoltas nas províncias, paquetes a vapor cumpriam importante papel para manter a unidade política do país. Em

1836, com estímulo oficial, foi criada no Rio a Cia. Brasileira de Paquetes a Vapor, a primeira empresa brasileira de cabotagem de longo curso. Seus navios eram pagos para transportar as malas dos Correios entre os portos do litoral, e podiam cobrar também pelo transporte de cargas e passageiros.

Apesar da importância desta companhia, e de seu privilégio em território nacional, ela não sobreviveu à concorrência das companhias de paquetes inglesas e francesas, quando o governo liberou a concorrência deste serviço a empresas estrangeiras. Em 1863 o único estaleiro para construção e reparação de navios a vapor da Companhia fechou as portas.

Como os conflitos políticos permaneciam no território nacional, os regentes decidiram antecipar a maioridade do príncipe Pedro. Em 18 de julho de 1841, o imperador Pedro II foi coroado com a penas 14 anos, iniciando um reinado que durou 48 anos. O jovem imperador se revelou um amante das ciências e da tecnologia. Em 1842, editou um regulamento para modernizar os Correios.

O regulamento permitiu uma maior organização dos funcionários dos Correios, e criou novas regras para registro e seguro das cartas. Uma novidade foi a implementação do uso de selos, que agilizou e tornou mais eficiente o envio de cartas, acabando com a recusa, como explica Cunegundes (2014, p. 54):

O regulamento criou uma organização mais rígida para os carteiros e definiu novas regras para o registro e o seguro de cartas. A grande novidade foi a utilização dos selos postais colados às cartas, que estavam sendo usados na Inglaterra deste 1840. O Brasil foi o segundo país do mundo a adotar a inovação. Era o fim das cartas recusadas.

Os avanços no período imperial não se resumiram ao transportes de cartas de papel. Em meados do século XIX, foi realizada a primeira ligação de telégrafo no Brasil. A nova tecnologia teve um importante papel na repressão ao tráfico de escravos no Brasil, que já havia sido proibido, embora os escravos que já trabalhavam no país ainda não houvessem sido libertos. Cunegundes bem demonstra (2014, p. 54-55):

Em 1852, o imperador patrocinou a primeira ligação de telégrafo no país, por meio de uma linha de 4.300 metros, entre o quartel-general do Exército e a residência imperial da Quinta da Boa Vista. A instalação, a primeira na América Latina, foi feita pelo engenheiro militar Guilherme Capanema. Pedro II determinou que a Marinha e o Exército usassem a novidade para reprimir o tráfico dos navios negreiros, e as primeiras estações telegráficas foram instaladas no litoral.

Ao final do reinado de D. Pedro II, o Brasil já possuía quase 200 estações de telégrafo, com milhares de quilômetros instalados em todo o litoral brasileiro e em Minas Gerais. Através de cabos submarinos, o telégrafo brasileiro já atravessava o pacífico, e por terra havia conexão de Belém a Montevidéu.

O final do século XIX trouxe a popularização dos inventos movidos a energia elétrica, ainda mais eficientes e rápidos que as máquinas movidas a vapor que dominaram a primeira metade do século. Foi neste contexto que diversas nações aderiram a um tratado que estabeleceria padrões para o transporte internacional de correspondências. Era a chamada União Geral dos Correios. Cunegundes explana (2014, p. 56):

Em 1877 foi inaugurado o primeiro prédio construído especialmente para o serviço postal – a Agência 1º de Março, no Rio. No mesmo ano, o Brasil aderiu ao tratado da União Geral dos Correios, que fixou padrões internacionais e foi o embrião da União Postal Internacional. De volta de uma viagem aos Estados Unidos, onde conheceu o inventor Alexander Graham Bell, Pedro II trouxe para o Brasil o telefone, a incrível máquina de falar à distância, que ele usaria para despachar com os ministros.

Neste período de pujança dos serviços postais brasileiros, ainda que a Companhia de Correios Nacional tivesse legalmente o monopólio do transporte de correspondências, havia brechas jurídicas, o que permitia que empresas estrangeiras realizassem o transporte de forma terceirizada. A reforma dos Correios de 1888, última do período imperial, foi que consolidou essa exclusividade com mais clareza. Cunegundes relata (2014, p. 56):

Quando a República foi proclamada no Brasil, em 15 de novembro de 1889 – o país tinha um serviço de Correios consolidado, que utilizava os mais variados meios de transporte, desde mulas até ferrovias. A última reforma do Correio do Império, assinada pela Princesa Isabel em 1888, mesmo ano da Abolição da Escravatura, estabeleceu claramente o monopólio postal do Estado, até hoje em vigor.

Com a proclamação da República, a primeira providência do governo em relação aos Correios foi vincular o serviço ao novo Ministério dos Negócios da Instrução Pública, Correios e Telégrafos. O início do período republicano foi favorável aos funcionários dos Correios, que receberam quaisquer salários que estivessem atrasados, e receberam 15 dias de descanso por ano; um grande avanço, num período de direitos trabalhistas precários. O serviço postal passou, no entanto, em pouco tempo a um novo ministério, e se integrou a um novo padrão internacional de encomendas, como demonstra Patrícia Cunegundes (2014, p. 61-62):

Em 1894, quinto ano da República, a Repartição Geral dos Correios e a Direção Geral dos Telégrafos passam para o Ministério dos Negócios da Indústria, Viação e Obras Públicas. Em 1901 o Brasil se integrou ao serviço internacional de encomendas, *Colis Postaux*, e passou a usar os vales postais internacionais. O governo tratou de substituir os selos com a imagem de Pedro II, o imperador deposto, por outros com a efígie da República. As primeiras emissões, feitas às pressas, eram de péssima qualidade.

No início do período republicano, o que mais marcou o serviço de correios não foram mudanças administrativas ou reformas, mas sim as tecnologias, que evoluíam de forma cada vez mais rápida. Nos anos 1890, as máquinas de Morse que só transmitiam pontos e linhas foram substituídas por máquinas novas, capazes de transmitir letras, números e símbolos. No Rio de Janeiro, em 1910 foi adotado o sistema de cartas pneumáticas, onde ar comprimido fazia as cartas circularem por uma rede de tubos. Assim era feita a troca de mensagens entre os ministérios e no Banco Central.

As redes de telégrafo e ferrovias foram também muito estendidas a partes do interior brasileiro, que não haviam sido alcançadas ainda. Apesar destes avanços, ainda havia localidades onde o sistema de ferrovias não chegava, e era necessário levar as cartas com carroças, ou no lombo de mulas, o que muitas vezes era feito por empresas privadas, como aponta Cunegundes (2014, p. 62):

Em termos de logística, a maior herança do Império para os correios republicanos foram os mais de 11 mil quilômetros de ferrovias em vários pontos do país, especialmente ao longo das zonas de produção de café. A distribuição de cartas e telegramas seguia o mapa das estações ferroviárias, onde se instalavam as agências para receber e entregar a correspondência na região. Em muitas localidades este serviço era feito por empresas particulares, que utilizavam diligências puxadas a cavalo para ir mais longe.

O grande alto tecnológico que separou de uma vez por todas o serviço postal (e também o transporte de pessoas e mercadorias em geral) foi o uso de aviões e dirigíveis. Inicialmente usados na Primeira Guerra Mundial, nos anos 20 eles passaram a ser usados comercialmente. Em 1921 foi feito o primeiro voo postal do Brasil. Apesar de ter iniciado cedo o início do uso de veículos aéreos, o Brasil demorou a se consolidar no transporte pelos céus, como relata Cunegundes (2014, p. 64):

Mas a grande inovação da primeira metade do século XX foi o desenvolvimento dos aviões e dirigíveis. O homem começou a voar – e as cartas também. Numa época em que mulas e cavalos ainda eram fundamentais para transportar cartas, a Direção Geral dos Correios do Brasil contratou o primeiro transporte de mala postal por via aérea, em 1º de fevereiro de 1921.

Seriam necessários mais 20 anos para consolidar o serviço com a criação do Correio Aéreo Nacional.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, a oferta de aviões e pilotos cresceu em todo o mundo. Naquela época a aviação ainda era um meio de transporte muito novo, e em desenvolvimento. Pilotos franceses, americanos, brasileiros e britânicos faziam voos cada vez mais longos e em tempos menores, marcando a consolidação dos aviões como o meio de transporte em longas distâncias do futuro.

Diante de todo o entusiasmo mundial com a aviação, e diante da falta de uma frota aérea que pudesse fazer o transporte de correspondências no Brasil, empresas europeias e americanas fizeram de tudo para abocanhar esta promissora fatia do mercado, como descreve Cunegundes (2014, p. 67):

Empresas de vários países tentavam entrar no mercado brasileiro, mas a primeira a decolar no país foi a francesa CGEA – Latécoère. Em 13 de janeiro de 1924, três aviões da Laté partiram do Rio para Buenos Aires, levando correspondência e mensagens oficiais. Dois chegaram ao destino em 36 horas, com cinco escalas no percurso. Ainda em caráter experimental, os Laté decolaram do Rio para Recife, com três escalas, e realizaram um voo litorâneo de Recife a Buenos Aires.

Em 1924 foi criado o primeiro Código Brasileiro de Aeronáutica, e com ele o mercado brasileiro de aviação a empresas nacionais. Com esta legislação mais restritiva, empresas estrangeiras foram obrigadas a criar filiais no Brasil para poder explorar este mercado, e algumas das maiores empresas aéreas brasileiras que operam até hoje surgiram. Após 1927, quando chegou a primeira mala postal aérea ao Rio de Janeiro, o correio aéreo só se desenvolveu, com cada vez mais firmas competindo neste setor, e com aviões cada vez mais modernos, como explica Cunegundes (2014, p. 67 – 68):

O primeiro Código Brasileiro de Aeronáutica, de julho de 1924, reservou o mercado a empresas nacionais, e a CGEA criou uma filial no país. Em 1927, o Condor Sindykat alemão conseguiu licença para operar no país, com o hidroavião Dornier Wal “Atlântico”. Foi o ponto de partida para a criação da Varig e a porta de entrada da Lufthansa no país (a paulista Vasp seria criada seis anos depois). O primeiro voo da Varig, em 18 de junho de 1937, levou 4 aerogramas de Porto Alegre a Pelotas. O Sindykat Condor e a Cie. Generale Aeropostale (CGA) iniciaram serviços postais regulares entre a América do Sul e a Europa.

A história da aviação militar brasileira também está interligada com a da aviação postal. Em 1931 foi criado o Correio Aéreo Militar, inaugurado com um voo do Rio a São Paulo, num avião Curtiss Fledling K-263. Os pilotos

do CAM perfizeram as primeiras rotas aéreas para o interior do Brasil, utilizando instrumentos rudimentares de navegação e inclusive sem o auxílio de mapas. Um apoio dado ao CAM foi o das prefeituras das cidades, que determinavam que se pintasse o nome da cidade nos tetos dos prédios mais elevados dela.

Em 1934 foi criado o Correio Aéreo Naval, pela Marinha brasileira. Foi adquirida uma frota de aviões modernos dos Estados Unidos, com maior autonomia e capacidade de carga que os utilizados pelo exército. Entre 1934 e 1938 foram construídos mais de 300 campos de pouso no interior do país.

Em 1941 o Correio Aéreo Militar e o Correio Aéreo Naval foram unificados no Correio Aéreo Nacional, o CAN. Ele se demonstrou importantíssimo para as comunicações no interior do país, sendo muitas vezes era a única ponte de comunicação entre povos na Amazônia e as maiores cidades brasileiras, conforme explica Cunegundes (2014, p. 74):

Em 1941, com a fusão dos correios militares, foi criado o Correio Aéreo Nacional, o CAN, subordinado ao Ministério da Aeronáutica, que havia sido criado dois anos antes. Já estavam estabelecidos mais de 20 mil quilômetros de linhas aéreas, com o transporte anual de 65 toneladas de correspondência, inclusive para a Amazônia. Ao longo da história, o CAN prestou um serviço inestimável de integração. No interior mais profundo do Brasil, onde nem campos de pouso havia, os Douglas C-47 e os anfíbios Catalina CA-10 do Correio Aéreo Nacional foram a única forma de contato com as populações que precisavam de mantimentos, remédios, máquinas, livros e, é claro, de carteiros.

Em 1931 ocorreu também a criação do Departamento de Correios e Telégrafos, vindo da fusão dos órgãos que regulavam correios e telégrafos separadamente. Neste período, embora o monopólio do Estado sobre os Correios fosse pacífico, no serviço telegráfico empresas estrangeiras dominavam o mercado nacional. Ao tempo da criação da DCT, a atuação estrangeira no Brasil era excessiva, e um dos objetivos da nova instituição foi justamente recuperar a preponderância do governo brasileiro neste setor. Cunegundes muito bem descreve (2014, p. 74):

Com o ímpeto de corrigir os vícios da “República Velha”, a Revolução de 1930 criou novas instituições no país, inclusive para o serviço postal. O Departamento de Correios e Telégrafos, DCT, subordinado ao Ministério de Viação e Obras Públicas, foi criado em 1931. O DCT resultou da fusão da Diretoria-Geral dos Correios e da Repartição-Geral dos Telégrafos. Havia então no país 4.664 agências e postos de correios e 59 mil quilômetros de linhas de telégrafo, mas neste serviço havia concorrência entre o governo e uma dezena de empresas estrangeiras. A disposição do novo governo era

restabelecer o controle do Estado nos telégrafos e aumentar a eficiência dos Correios.

Desde o início dos anos 30 até o final dos anos 60, tempo em que o DCT operou, houve saltos tecnológicos na comunicação. Nestes quase quarenta anos, o Brasil recebeu a televisão como uma grande novidade, além de transmissores de rádio com qualidade muito superior aos que eram anteriormente usados. Os Correios também sofreram mudanças no tocante à tecnologia. No final da década de 30, a separação de cartas por destino já era feita por máquinas motorizadas holandesas, capazes de separar mais de 3 mil cartas por hora. Além disso, o DCT determinou às diretorias regionais que os caminhões e automóveis finalmente substituíssem totalmente o serviço montado ou de tração animal.

O avanço tecnológico, no entanto, não veio para todos simultaneamente. Regiões do interior do Brasil ainda não eram alcançadas nem por ferrovias e nem por rodovias, forçando os Correios a continuar empregando o transporte por animais. Outro problema eram os resultados deficitários históricos dos Correios. Nem mesmo o Fundo dos Correios, criado junto com a DCT, que permitia mais investimentos, foi capaz de redirecionar esta situação. Sobre este tema, relata Cunegundes (2014, p. 76):

Em 1966, após 35 anos de existência, o DCT tinha 62 mil servidores, depois de ter chegado a 69 mil em 1961, e acumulava 21 anos de prejuízos crescentes. Apesar dos avanços, ainda se empregavam mulas para transportar cartas em muitos lugares do interior do país. Era tempo de mudar outra vez.

Na segunda metade do século XX, os Correios, com cerca de 300 anos, já tinham perpassado, em sua existência oficial no Brasil, diversas estruturas administrativas. Desde concessão à família Matta, passando por monopólio da coroa portuguesa, serviço público do império, monopólio do Estado, diretoria e repartição-geral de três ministérios diferentes, o serviço postal brasileiro ainda não havia encontrado uma forma de administração que pudesse ser superavitária, e ao mesmo tempo o mais eficiente possível.

Em 1967, o governo militar criou o Ministério das Comunicações, para regular este ramo considerado importantíssimo para a segurança nacional e para o crescimento econômico. O foco do governo neste momento foi o investimento em tecnologias mais modernas. Neste sentido expõe Cunegundes (2014, p. 80):

A reforma administrativa de 1967 instituiu no país o Ministério das Comunicações, abrindo caminho para mais uma transformação no serviço postal e telegráfico. Numa época em que as informações já transitavam por satélite e eram processadas em computadores, o governo militar via o setor

como estratégico para a segurança nacional, e não menos importante para o crescimento econômico. Era necessário investir, e investir muito, em tecnologia, formação de pessoal e eficiência administrativa na área de comunicações.

Foi com a reforma de 1967 que vieram a existir duas empresas que atuam até hoje, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), e a Embratel. Enquanto a Embratel opera no ramo das comunicações por telefonia, a ECT trabalha com as cartas e telégrafos. O objetivo inicial imposto aos Correios era o de superar sua natureza historicamente deficitária. Sobre este tema discorre Cunegundes (2014, p. 80):

A reforma criou duas empresas estatais: a Embratel, para operar o setor de telefonia e telecomunicações, inclusive por satélite, e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. A ECT, como passou a ser chamada, foi instituída pelo Decreto-Lei 509, de 20 de março de 1969. A orientação era tornar o serviço autossustentável, ampliando a eficiência e o alcance. Era necessário adotar técnicas empresariais de planejamento, gestão de pessoal, logística e tecnologia. O índice de extravio de cartas no antigo DCT chegava a 30%.

A próxima grande mudança na legislação concernente aos Correios e telégrafos veio em 22 de junho de 1978. Tratava-se da Lei 6.538, conhecida como Lei Postal, que unificou todas as legislações referentes a este tema. O Art. 9º da Lei 6.538 garante à ECT o chamado privilégio postal. Isto significa que em território brasileiro, apenas a ECT pode fabricar selos, transportar cartas e cartões-postais, e entregar correspondências agrupadas (BRASIL, 1978):

Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;

III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

A Lei postal prevê até mesmo uma sanção penal para quem viole o privilégio postal do Estado sobre a entrega de correspondências. O Artigo 42 determina, em último caso, a prisão do infrator por até dois meses (BRASIL, 1978):

Art. 42 - Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas.

Pena: detenção, até dois meses, ou pagamento não excedente a dez dias-multa.

A justificativa para um privilégio postal da ECT é a de que o serviço de correios e telégrafos trata-se de um serviço público, que é prestado pelo Estado em benefício da população, e por isso não deveria estar sujeito às mesmas regras de mercado e concorrência a que estão as empresas particulares, que prestam serviços normais. Isso pois, para melhor servir os destinatários do serviço, ao retirá-lo do regime da concorrência de mercado, se evita que ocorram práticas abusivas, mais presentes neste setor. Acerca dos serviços públicos, Hely Lopes Meirelles bem aponta (1999, p. 297):

Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. Fora dessa generalidade não se pode indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam de acordo com a exigência de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público.

Ao tornar a distribuição de correspondências um serviço público, o legislador teve por intenção tornar o objetivo do prestador desse serviço (a ECT) o interesse público, e não o lucro. Para melhor servir os destinatários deste serviço, a ECT não concorreria com empresas privadas no mercado, mas sim seria a única prestadora, para assim evitar práticas abusivas objetivando o lucro nesta área.

Apesar da Lei 6.538 determinar o serviço postal e telegráfico como público, sendo monopólio da ECT, muito se discutiu acerca de sua constitucionalidade, especialmente entre as empresas privadas que atuavam neste ramo anteriormente. Segundo a Associação Brasileira de Empresas de Distribuição (ABRAED), havia cerca de 15 mil empresas trabalhando no ramo de entregas de correspondências, empregando milhões de funcionários. Por causa da inconformidade com a nova lei, a ABRAED intentou, em 2009, a ADPF 46, arguindo a inconstitucionalidade da Lei 6.538. Segundo a ADPF, o monopólio da ECT feria os princípios constitucionais da livre-iniciativa, livre-concorrência e livre-trabalho.

A ADPF visava uma declaração do STF de que o privilégio postal da ECT incidiria somente sobre cartas, definidas como papel escrito, envelopado, selado, que se envia de uma parte a outra com informações de cunho pessoal, produzido por meio intelectual, e não mecânico. A ADPF 46 buscava

também a declaração de não-recepção do Art. 42, que estabelece sanção penal para quem violasse este privilégio. Foram vencidos o ministro Marco Aurélio Mello, que julgou a ADPF procedente, bem como os ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que a julgaram parcialmente procedente. Ficou restringida a aplicação do Art. 42 apenas aos casos elencados no Art. 9º da Lei, conforme ementa (BRASIL, 2009):

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI.

1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.
2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar.
3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 21, inciso X].
4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969.
5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas

vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.

6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal.

7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.

8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo (ADPF-46, 2009).

Como detalhado na ementa, o STF explicou que há de se diferenciar os regimes de monopólio e de privilégio. A atividade econômica *latu sensu* compreenderia em si tanto a atividade econômica *stricto sensu* quanto o serviço público. A atividade econômica *stricto sensu* pode ser desempenhada tanto pelo Estado quanto por particulares, e quando se tem alguma vantagem diante da concorrência, caracteriza-se o monopólio. Já quando se trata de serviços públicos, como particulares, em regra, já não atuam nesta área (salvo através de concessão), o que acontece é um privilégio, e não um monopólio. Para o STF, não cabe chamar a vantagem da ECT de monopólio, mas sim de privilégio postal. O resultado da ADPF é muito bem comentado por Julian Nogueira de Queiroz (2012):

No caso da ADPF, prevaleceu a tese sustentada pelo então ministro Eros Roberto Grau, no sentido da improcedência da ação. Ao primeiro argumento (ou seja, discussão sobre a possível violação aos princípios constitucionais econômicos e enquadramento do serviço postal como atividade econômica), esclareceu o ministro tratar-se de serviço público, sendo, pois inaplicáveis os princípios constitucionais que regem as atividades econômicas em sentido estrito, insculpidos no art. 170 da Carta.

Para melhor elucidar esta questão, insta determinar em que tipo de monopólio o privilégio postal da ECT se encaixaria. Embora popularmente se trate monopólio como um só grande conceito, na realidade verificam-se pelo menos quatro tipos de monopólio.

O monopólio natural, o primeiro tipo, se dá quando um setor tem custos de exploração tão elevados que somente é eficiente quando apenas uma empresa atende a este mercado. A existência de uma concorrência plena, ao contrário do que o senso comum sugere, neste caso prejudica a competição, como explica Leonardo Vizeu Figueiredo (2011, p. 79-80):

[...] determinadas atividades envolvem custos tão altos que não há como se estabelecer competição nas mesmas, tal como ocorre na exploração do metrô urbano, transporte ferroviário, transmissão de energia elétrica, dentre outras. Minimizam-se os potenciais efeitos deletérios do monopólio natural físico, decorrentes da propriedade privada exclusiva de um determinado sistema de rede (de transportes, de telefonia, por exemplo), determinando-se o compartilhamento obrigatório do uso da referida rede por parte de outros agentes competidores, mediante pagamento de compensação financeira ao proprietário (princípio do compartilhamento de redes).

O nome monopólio natural é dado justamente por ocorrer geralmente quando alguma empresa detém a única fonte de matéria-prima necessária para o produto ou serviço, mas pode apresentar-se também quando outras empresas não possuem a capacidade tecnológica de explorar aquela matéria, ou são impedidas por qualquer outro fator físico ou jurídico. É interessante destacar que Figueiredo não considera esta espécie de monopólio intrinsecamente prejudicial ao mercado, desde que se compartilhe o resultado desta exploração com outros agentes. Sobre esta espécie discorre Carlos José de Castro Costa (2018):

Os monopólios naturais ocorrem em certas atividades de um setor que necessitam de grandes investimentos em redes para que possam ser executadas. Pode ser que, dentro do mesmo setor, contudo, em outros segmentos, possam funcionar mercados competitivos. No setor elétrico, por exemplo, a distribuição e a transmissão de energia são monopólios naturais, entretanto, na atividade de geração de energia pode ser estabelecido um mercado competitivo. Outros exemplos, que vale ressaltar, consistem na telefonia fixa local e a de longa distância; distribuição e extração de gás natural; e, no setor de transportes, onde pode haver competição na operação de trens, ônibus, e caminhões, ainda que a malha ferroviária e rodoviária sejam monopólios naturais.

O maior sinal da possibilidade de monopólio natural lícito está na própria Lei nº 12.259/2011, que em seu Art. 36, §1º determina (BRASIL, 2011): “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”. Assim, verifica-se que legalmente é assentido o monopólio natural.

Monopólio convencional, como o nome sugere, advém de um acordo entre atores do mercado, buscando a eliminação ou supressão da concorrência. É uma prática mercadológica abusiva. Sobre o monopólio convencional, escreve Figueiredo (2011, p. 80):

Monopólio convencional é o decorrente de práticas abusivas de agentes econômicos, bem como de acordos e contratos estabelecidos por dois ou mais

agentes, com o fito de eliminar os demais competidores, colocando aquela atividade sob a exploração exclusiva por parte de um único agente (monopólio) ou de poucos agentes predeterminados (oligopólio).

A Constituição proíbe qualquer forma de monopólio, pois esta situação prejudica o desenvolvimento do mercado, na medida em que desencoraja a busca por uma produção mais eficiente e menos custosa. A preocupação com as práticas que visam estabelecer domínio abusivo sobre mercados é demonstrada no Art. 36 da Lei 12.259/11.

O monopólio legal ocorre quando, por meio de lei, o poder público reserva para si ou para terceiro o direito de exploração de um determinado setor. Podem buscar incentivar o agente privado ao investimento (no caso do monopólio privado), ou habilitar a atuação econômica do Estado.

O monopólio Constitucional é visto nas hipóteses em que a própria Constituição estabelece privilégio do poder público em certas áreas de atuação. Quando há monopólio há necessariamente uma imposição de preços, devido à falta de concorrentes. No caso de um monopólio estatal, no entanto, os preços são impostos visando o interesse público, ao contrário dos monopólios privados, que visam lucro. É importante lembrar que, por ter como princípio a liberdade de iniciativa, é vedado ao Estado assumir totalmente uma atividade econômica, salvo nos casos já expressos na Constituição. O Art. 173 define que só poderá o Estado atuar economicamente fora destas hipóteses em caso de relevante interesse coletivo, ou para salvaguardar a segurança nacional. As hipóteses de monopólio constitucional estão expostas no rol taxativo do Art. 177 (BRASIL, 1998):

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as

alíneas *b e c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

Nota-se então, que o privilégio postal garantido pela Lei 6.538 não se encaixa em nenhum dos conceitos de monopólio descritos. Isto porque o Art. 21, inciso X, ao elencar o serviço postal como devendo ser mantido pela União, não o faz considerando-o uma área de exploração econômica onde o Estado atuaria, mas sim um serviço público, o qual particulares, originalmente, não têm o direito de exploração.

Fernando Herren de Aguillar chega nesta conclusão por um raciocínio de exclusão, onde o privilégio postal não se encaixa nas hipóteses de monopólio constitucional, e nem de atividade econômica em sentido estrito (2012, p. 206):

Não resta dúvida de que o tratamento jurídico constitucional aos serviços de correio é o de serviço público. A dicção do art. 21, X, deixa pouca margem para especulação: “compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”. Não se trata de monopólio por três motivos: porque a atividade não se encontra listada no art. 177 da CF; porque não se trata de produção de bens industriais, mas prestação de serviços, sendo tecnicamente mais adequado utilizar-se o vocábulo privilégio; e porque não se restringe a possibilidade de delegação a particulares, nos termos do art. 175 da Constituição Federal. Nem de atividade econômica em sentido estrito, em que o Estado atuaria em regime de competição com os particulares. Portanto, não vejo obstáculo à recepção da Lei dos Correios.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva explica que a livre concorrência garantida na Constituição é destinada à proteção do mercado contra práticas abusivas que visem lucro em detrimento da economia social. É um princípio que atua dentro das regras de mercado, sobre os jogadores do mercado. (1998, p. 876):

A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. **Ele é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.** Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista.

Sob este olhar, entende-se que, como serviço público, os correios são uma atividade externa ao mercado, não incidindo sobre seu exercício os mesmos princípios que protegem a economia dos abusos motivados por lucro, tendo em vista que, como serviço público, seu objetivo não perpassa o lucro.

Apesar da clareza do privilégio postal da ECT como recepcionado pela constituição, isto não significa necessariamente que a Constituição veda a prestação privada deste serviço. O Art. 175 da Constituição Federal permite a delegação de serviços públicos, através de concessões ou permissões. Sobre este instituto, escreve Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 725-726):

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço

Observa-se que na atualidade diversos serviços públicos são prestados por particulares, com a devida permissão estatal, e com variados graus de sucesso e eficiência. Os mais evidentes são a saúde e a educação, direitos fundamentais elencados na Constituição como deveres do Estado. Ora, se serviços tão vitais quanto estes podem ser delegados a entes privados sem problemas, quanto mais um serviço de menor complexidade, como o de correios. Não é inusitado, sob este prisma, como grande parte da doutrina critica a atual proibição da ação privada neste setor.

Tem-se assim que, não obstante a clara definição do serviço postal como público, conforme elencado no Art. 21, inciso X da Constituição, a atuação privada não está fora de questão, considerando-se a possibilidade de delegação de serviços públicos, exposta no Art. 175. Resta então ponderar se a autorização do ingresso de particulares nesta seara seria vantajoso à sociedade e benéfico ao interesse público. Para tanto, dentre outros métodos, não se pode desprezar o discernimento que podemos extrair do direito comparado.

Estados Unidos, por exemplo, que se apresentam como um grande exemplo de economia liberal, contam com a atuação de empresas públicas criadas, principalmente, no primeiro pós-guerra mundial e na época da grande depressão, onde o colapso da economia exigiu que estatais tomassem a base do mercado americano até a estabilização das companhias privadas, e o crédito governamental foi essencial para que o setor privado se reerguesse. Apesar de tratar a liberdade de iniciativa e trabalho com grande estima, não se pode dizer que não há importantes pontos onde o Estado se faz presente, como explana Egon Bockmann Moreira (2007, p. 12):

Isso apesar de não ser preciso que o governo norte-americano seja totalmente inofensivo à atividade produtiva estatal. Tanto ao longo de sua História como nos dias de hoje, o governo dos Estados Unidos mantém uma participação (ainda que ínfima) na atividade empresarial. Apesar de se tratar de uma exceção, não merece ser ignorada.

No tocante a monopólios, o Estado americano atua com exclusividade na impressão de papel-moeda, na defesa nacional, na regulamentação dos comércios interestadual e internacional, e também no serviço postal, sendo a *U.S. Postal Service*, o equivalente norte-americano da ECT, considerado por muitos como o mais importante e estratégico monopólio estatal dos EUA.

Apesar da economia essencialmente neoliberal, o Estado também intervém para a repressão da formação de monopólios, e na regulamentação de monopólios naturais, que não podem ser combatidos. Os serviços de utilidade pública pode permanecer privados, mas suas tarifas são definidas por agências reguladoras federais, como ocorre no caso da telefonia e do transporte interestadual de gás natural, tudo para impedir o abuso de poder econômico.

Na União Europeia, também se tem esta noção liberal, onde o Estado atua principalmente como regulador, atuando diretamente em poucos casos, de forma subsidiária e pontual. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 110):

Na União Europeia, a ideia de serviço público exclusivo do Estado é considerada incompatível com os princípios fundamentais da ordem econômica, quais sejam, o da liberdade de iniciativa e o da livre concorrência.

É interessante notar que, apesar de historicamente a Europa ter sido mais economicamente interventora que os EUA, recentemente tem-se mostrado uma tendência de Estados como reguladores da economia, sobressaindo-se princípios liberais, e com a erosão de monopólios estatais, nos âmbitos da energia elétrica, correios, jazidas, telecomunicações, etc., em nível parecido com o observado nos EUA.

Esta tendência neoliberal que recentemente retorna ao mundo ocidental não é livre de críticas. Muitos doutrinadores defendem que os serviços públicos devem, sempre que possível, ser prestados por empresas estatais exclusivamente, já que as empresas privadas objetivam primariamente o lucro, e não o interesse público. Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, defende que (1994, p. 286):

Atualmente, o excesso de liberalismo cede lugar às exigências da ordem pública econômica e social, que prevalecem sobre o individualismo,

funcionando como limitador da autonomia individual, no interesse da coletividade.

Diante desta crítica de parte da doutrina, infere-se que há distintos pontos de vista sobre quão bem empresas privadas poderiam exercer serviços públicos através de delegação. Alguns defendem que, justamente por operarem costumeiramente em concorrência com outras empresas, particulares desenvolveriam técnicas mais eficientes e modernas que o Estado e seus entes, devendo-se, em prol do bem maior público, delegar sempre que possível. Já outros entendem que a busca por lucro que é o alicerce da iniciativa privada afastaria as empresas delegadas da preocupação com o interesse público, obstando a ação diligente com esse aspecto que o Estado teria na prestação direta do serviço, assim devendo evitar-se a delegação a menos que o poder público realmente seja de fato incapaz de cumprir o serviço público naquele momento.

Essa discussão deve ser, entretanto, travada nos campos filosófico, econômico e ideológico, não se podendo deixar de admitir a possibilidade constitucional da prestação privada de serviços públicos.

CONCLUSÃO

Diante da análise histórica do serviços de correios em cada período da história brasileira, pode-se identificar que este setor passou por diversas formas e configurações, e sua história se confunde com a própria história do Brasil.

No início do período colonial, o serviço de correios (que nem era propriamente um serviço público, tendo em vista que só transportava, inicialmente, cartas oficiais entre os governantes da colônia e a coroa portuguesa) era prestado pelo Correio-Mor do Reino, e tratava-se de uma concessão hereditária. Apesar de, neste primeiro momento, não haver preocupação com a comunicação popular, o Correio-Mor já detinha o monopólio do transporte de cartas na colônia, em decorrência da extensão de seu monopólio por qualquer área pertencente a Portugal. Apesar disso, cartas eram transportadas informalmente, por escravos ou tropeiros, que cobravam uma quantia para levar as correspondências pelas vilas em que passassem.

O primeiro correio oficial em território brasileiro surgiu com a chegada da família real portuguesa, no século XIX. A recente chegada de membros da corte portuguesa exigia um sistema funcional, que pudesse inclusive transportar cartas intercontinentalmente. Apesar de haver um rápido avanço infraestrutural nesta época, o serviço ainda era desorganizado, e restrito a

grandes cidades, com Rio de Janeiro e São Paulo. Cidadezinhas e vilas afastadas da costa ainda não eram atendidas, e assim o transporte informal continuou compondo importante parte na comunicação dentro do território.

No período imperial, os correios brasileiros passaram por grandes avanços. Na parte organizacional, foram adotadas medidas como a uniformização dos carteiros, o que ajudava em sua identificação e melhorava a segurança para a população, e o uso de selos postais, que agilizava a comprovação do pagamento das custas de envio e a identificação do destino das cartas.

Também ocorreram avanços tecnológicos, como a compra de embarcações mais rápidas, capazes de transportar mais envelopes em cada viagem, e de fazer percursos mais longos. Em meados do século XIX também se desenvolveu muito a tecnologia telegráfica. Entretanto, os correios oficiais ainda não eram capazes de percorrer todo o território brasileiro, especialmente no interior do país.

No período republicano, novas tecnologias, como o rádio, o automóvel, e principalmente aviões modernizaram rapidamente a comunicação, não só brasileira como mundial. Graças às aeronaves, cartas puderam ser entregues em partes cada vez mais interioranas do Brasil. Nesta época, diversas empresas estrangeiras disputavam as permissões do governo para transportar correspondências. Embora o serviço postal fosse um monopólio estatal, o Brasil não tinha recursos para manter uma frota aérea especificamente para este serviço, necessitando desta cooperação. No governo de Vargas, surgiu o DCT, unificando a administração dos serviços de correios e telégrafos, embora as legislações acerca destes setores não possuíssem uma unidade.

A atual configuração do serviço postal brasileiro se formou durante o período militar, quando o serviço postal passou a ser considerado relevante para a segurança nacional. Em 1967 foi criada a ECT, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Outro importante fato foi o surgimento da Lei 6.538/78, que unificou a legislação sobre correios e telégrafos, e que instituiu o privilégio postal dos correios. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei 6.538/78 foi recepcionada, inclusive elencando, em seu Art. 21, inciso X, o serviço de correios como público, e de domínio da União. Assim, o privilégio postal se mantém até hoje.

Isto posto, deve-se reconhecer que a delegação de serviços públicos a particulares, inclusive especificamente no caso envolvendo os serviços de correios, é uma possibilidade perfeitamente constitucional. A Lei 6.538, julgada como recepcionada pela Constituição de 1988 na ADPF 46, é o elemento-chave no ordenamento jurídico que retém os serviços de correios

como privilégio exclusivo da ECT, e não o Artigo 21, inciso X da Carta Magna. Este artigo meramente dispõe que compete à União o mantimento destes serviços, por causa de sua natureza como serviço público. Ora, se o STF definiu que a característica de serviço público é o que justifica o privilégio postal, da mesma forma ele não é, necessariamente, um impeditivo para a atuação privada neste setor, como pode ser exemplificado pelos serviços públicos descritos nos incisos XI e nas alíneas do inciso XII, tão imprescindíveis ao interesse público quanto o serviço de correios, e ainda sim com a possibilidade de autorização para prestação privada destes.

Isto significa, em última análise, que não há impeditivo constitucional para que o legislativo, em algum momento posterior, revogue a Lei 6.538. Obviamente, como serviço público, os correios nunca poderão, na presente ordem constitucional, ser explorados plenamente pela iniciativa privada. No entanto, a hipótese de delegação deste serviço a entes privados, respeitando todos os requisitos constitucionais e legais para tal, deve ser uma opção considerável.

Em conclusão, o que impede absolutamente a operação dos serviços postais por particulares, através de delegação, não é a Constituição Federal, mas a Lei 6. 538. Numa eventual hipótese de revogação desta lei, uma nova lei que permitisse a delegação deste serviço seria condizente com o ordenamento constitucional brasileiro, e a discussão deveria se focar no melhor ou pior atendimento ao interesse público advindo da prestação do serviço postal por entes privados, se comparada à prestação exclusiva por empresas públicas.

REFERÊNCIAS

- Aguillar, F. H. (2012). ***Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional***. São Paulo: Atlas.
- Brasil. (2002). *Constituição da República Federativa do Brasil* (30.^a ed.). São Paulo: Saraiva.
- Brasil. (1978). *Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978*. Recuperado 28 agosto 2018, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6538.htm.
- Brasil. (2011). *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Recuperado 28 agosto 2018, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011_2014/2011/Lei/L12529.htm.

- Brasil. (2009, 05 agosto). Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Recuperado de <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ADPF+46%29%29+E+S%2EFLGA%2E&base=baseQuestoes>.
- Costa, C. J. C. (2018). *Monopólio natural: a legitimação do monopólio para minimizar os custos de produção*. Recuperado de http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_jose_de_castro_costa.pdf.
- Cunegundes, P. (2014). *Um Mensageiro Através do Tempo*. Brasília: Athalaia.
- Di Pietro, M. S. Z. (2014). *Direito administrativo* (21.^a ed.). São Paulo: Atlas.
- Figueiredo, L. V. (2011). *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense.
- Grinover, A. P., Benjamin, A. H. V., Fink, D. R., Filomeno, J. G. B., Watanabe, K., Nery Junior, N., Denari, Z. (1994). *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto* (4.^a ed.). Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Magalhães, J. C. (2015, maio 20). Volume de Cartas Enviadas em 2014 é o Menor em 15 Anos [Entrada Folha de São Paulo]. Recuperado 02 novembro 2018, de <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/02/1593060-volume-de-cartas-enviadas-em-2014-e-o-menor-em-15-anos.shtml>.
- Meirelles, H. L. (1999). *Direito administrativo brasileiro* (24.^a ed.). São Paulo: Malheiros.
- Mello, C. A. B. (2015). *Curso de Direito Administrativo* (32.^a ed.). São Paulo: Malheiros Editores.
- Moreira, E. B. (2007). O Direito Administrativo Contemporâneo e a intervenção do Estado na Ordem Econômica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, 10. Recuperado de <https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/o-direito-administrativo-contemporaneo-e-a-intervenc3a7c3a3o-do-estado-na-ordem-econoc3b4mica.pdf>.

Queiroz, J. N. A questão do monopólio dos correios e a ADPF 46-7.

Cognitio Juris, 4. Recuperado de

<http://www.cognitiojuris.com/artigos/04/01.html>.

Silva, J. A. (1998). *Curso de Direito Constitucional Positivo* (15.^a ed.).

São Paulo: Malheiros.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Derecho parlamentario iberoamericano de última generación *

Catalina Ruiz-Rico Ruiz

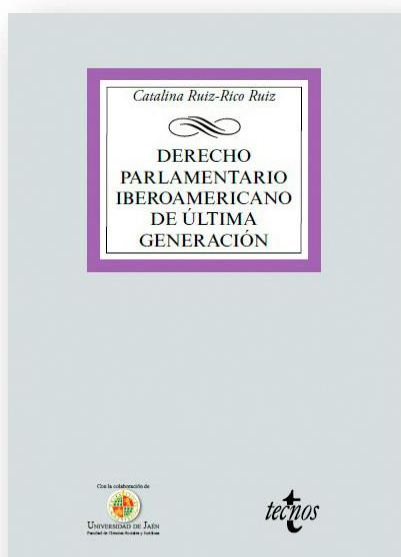
Reseña bibliográfica a cargo de:

Manuel Palomares Herrera

Doctor en Derecho Público por la Universidad de Jaén

RUIZ-RICO RUIZ, C. *Derecho parlamentario iberoamericano de última generación*, Editorial Tecnos, Madrid, 2019, 204 págs.

Universidad de Jaén. Profesora Titular de Derecho Constitucional. Correo: crrico@ujaen.es



Cuando se cierra la tapa de la obra que les voy humildemente a reseñar, puede afirmarse que es un libro muy útil para cualquier ordenamiento constitucional, con independencia de a qué Estado pertenezca, pues la línea en la que se inspira es muy transversal y ergonómica. Si bien el tomo se concibe especialmente desde el prisma de Derecho Constitucional en el entorno iberoamericano, se entiende válido para cualquier terreno— dentro de las Ciencias Sociales y Jurídicas — pues contiene una serie de elementos extrafronterizos aplicables a múltiples escenarios materiales.

* Recibido: 20 febrero 2019 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

Entrando en harina, la flamante monografía que tengo el honor de reseñar en esta ocasión se erige como una importante aportación en el tema que ofrece la doctora, pues aborda destacadamente, a la vez que con un conocimiento internacional en el asunto, una serie de complejos problemas de máxima actualidad jurídica dado que los temas clásicos siempre están a la orden del día. De ello da cuenta la institución publicadora española que comercializa la obra, *Tecnos*, la cual acredita siempre el contenido de calidad que tiene a bien poner en el mercado editorial.

Esta disciplina, se conoce que no es sencilla, pero a pesar de ello se hace asequible y manejable para la lectura potable gracias a la sintaxis, exégesis y redacción virtuosa de la Doctora RUIZ-RICO, la cual se caracteriza por su verbo fácil, ágil comprensión y un discurso honesto, ameno y didáctico, y así lo avalan más de una docena de monografías y cerca de un centenar de artículos científicos. Esto se agradece desde la visión del lector en su ánimo de avanzar y profundizar en la cuestión cómodamente y encontrando lo que busca en atención al título.

Para empezar a valorar el trabajo publicado, señalar que su temática parlamentaria, dentro del Derecho Constitucional, constituye un apasionante debate jurídico-político cuando a derecho comparado se refiere. El derecho parlamentario iberoamericano proviene de antaño y a pesar de ello la autora plantea desde la crítica y la doctrina la importancia en nuestros días de los vericuetos que analiza en su caudal recopilatorio. En el desarrollo del texto se confrontan ideas a este respecto como podremos ver especialmente en el último de sus cuatro capítulos donde se ejerce la síntesis para ofrecer unas fructíferas conclusiones.

La autora, doña Catalina RUIZ-RICO, Profesora Titular de Derecho Constitucional desde 2010 en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Jaén (Andalucía, España, 1992) – casa universitaria que rubrica la portada de la obra con el estatus de colaboradora de la publicación – está experimentada en más de medio centenar de publicaciones en varias materias (Mercantil, Constitucional, Derecho Internacional...) desde hace dos décadas, allá por el año 1997 en que publicó su primer trabajo científico sobre la *Autocontratación en la Sociedad Unipersonal*. En esta ocasión, ofrece a todos los públicos con una formación jurídica intermedia el resultado de su investigación en una práctica encuadernación de tapa estándar en un diseño de la casa del todo acertado.

Dando inicio al examen del cuerpo de la obra, encontraremos su bautizo con la cita de Herbert Spencer a modo de prólogo: *“La función del liberalismo en el pasado era poner un límite a los poderes de los reyes. La función del verdadero liberalismo en el futuro será la de poner un límite al poder de los*

parlamentos”. Sin duda, una declaración iniciática de principios democráticos que adelanta el escoramiento de la investigadora hacia el neoliberalismo reformista y social en *post* de las libertades y derechos individuales del ciudadano del s. XXI.

El libro se estructura ordenadamente en cuatro generosos títulos divididos en capítulos y subepígrafes, fragmentación que se agradece pues muchas veces solo se requiere la consulta de puntos concretos y un índice ampliamente detallado lo posibilita. Cada investigación viene precedida de en una ardua labor de documentación, en este caso avalada por sus casi trescientas notas de referencia a pié de página ofreciendo una rica y completa bibliografía (pp. 190-204) compuesta por cerca de 200 obras de autores punteros de reconocido prestigio nacional en este campo del conocimiento (como por ejemplo VILLORIA, TORRES MANRIQUE, PEREZ-MONEO, OLMEDO PALACIOS, LÓPEZ AYLLÓN O CARBONELL) e internacional (de la altura de FENSTER, DA CUNHA LOPES, CUNILL GRAU, CASINELLI, CASTRO CRUZATT, CENDEJAS JÁUREGUI por destacar algunos).

Posteriormente, la adecuada introducción (pp. 4 y 5) cumple su cometido al familiarizar al interesado con la metodología y tema que aborda para comenzar con el primero de los títulos, rubricado «Desarrollo constitucional y legislativo de la transparencia en Iberoamérica» (pp. 4-27). Este título, quizás el más atractivo, supondrá la toma de contacto elemental con el estado de la cuestión en donde la autora recorre los múltiples caminos que el parlamentarismo ha trazado en el terreno de la transparencia, el acceso a la información pública, la democracia participativa y el buen gobierno, elementos estos desde los que se extraen y estudian en buena medida en la obra los derechos de última generación. También el asunto de la representación popular en distintas Cortes tiene su espacio, el cual es un interesante baúl en que comparar sistemas, mecanismos, críticas e ideas.

Los tres capítulos que conforman esta sección se destinan pragmáticamente a la fundamentación de la constitucionalización en sus múltiples problemáticas jurídico-políticas, a presentar desde la exégesis la fotografía del sistema iberoamericano de transparencia y finalmente un capítulo sobre el “*garantismo*” en el acceso a la información pública actual. Como es profundo el objeto de estudio del libro, se hace necesario y me atrevería a decir imprescindible este acercamiento superficial de la realidad jurídica para comprender los siguientes capítulos que le suceden.

Seguidamente, y de nuevo con el característico ejercicio de justificación doctrinal de RUIZ-RICO, daremos con el título, «Derecho parlamentario iberoamericano y calidad democrática» (pp.28-106), en donde se trata la transparencia como principio vertebrador de las democracias en época de

desafección ciudadana que reacciona a la opacidad institucional y a la corrupción. También escribe sobre la apertura de la institución parlamentaria como garantía al derecho de la ciudadanía a conocer sobre cómo votan y legislan sus representantes, cómo funcionan las Cámaras, el seguimiento de actividad legislativa, la participación en políticas públicas, la rendición de cuentas, el control de los lobbies o la distribución de los recursos públicos asignados.

De esta forma, podemos ya inmiscuirnos en el concepto de participación ciudadana, un sistema que defiende a ultranza al razonar que en la actualidad es insuficiente la participación electoral cada cuatro años, como periodo excesivamente dilatado que distancia al representante del representado.

El último título de la monografía (pp. 106-190), rubricado «La innovación democrática de los parlamentos españoles», es el enfoque de cámara de lo general e internacional hacia un escenario concreto, el español. Contiene cuatro capítulos del cual destacaría dos puntos. En primer lugar el que se refiere a la dimensión internacional del conflicto de intereses por la importancia que concede a los modernos Códigos de Conducta Parlamentaria tan de moda y en segundo lugar recomendaría el conjunto de respuestas jurídicas al conflicto de intereses parlamentarios que aborda la autora centrándose en el control interno, la declaración de intereses o el deber de abstención como medidas aplicables.

En una obra tan ambiciosa no podía faltar la metodología del Derecho Comparado, por eso en el epígrafe 4.3.1 se localiza la perspectiva comparada y nacional que lanza Ruiz-Rico con muchas ideas que suponen un verdadero y necesario reto o desafío posible tanto para los partidos políticos como para el legislador o el mismísimo ciudadano en su exigencia de implementación de garantías democráticas.

En resumen y concluyendo, el libro que les traigo es una obra del todo recomendable en cada una de sus doscientos cuatro páginas para todos aquellos que deseen compilar una biblioteca jurídica completa en el campo buscan actualizarse y conocer el panorama internacional de los derechos de nueva generación en los parlamentos iberoamericanos, es también recomendable pues con este título lograrán poner al día el estado de la materia desde un punto de vista crítico y contrastado.

In fine, hablamos de una obra nada timorata en un terreno donde abunda lo políticamente correcto. La profesora RUIZ-RICO localiza problemas, reta, propone implementaciones, plantea preguntas, busca soluciones y extrae conclusiones, y eso no es fácil de encontrar en todas las investigaciones que muchas veces por tecnicistas acaban por ser muy alejadas de la utilidad que

ha de ofrecer una investigación que ha de acercarse a todos, doctos o legos, para salir del cerrado y apolillado círculo del “*académico para el académico*”. Y si estas medidas y vueltas que se estrujan se formulan para mejorar la calidad de vida política, la legitimidad de los gobiernos, el refuerzo representativo, la honradez y la integridad en el sector público, es además una filantrópica contribución para los iberoamericanos de todas las latitudes.

Febrero 2019

Manuel Palomares Herrera

Doctor en Derecho Público por la Universidad de Jaén

NOTAS

Brumadinho, ou ecos de uma tragédia anunciada *

Daury Cesar Fabríz¹

Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira²

A tragédia de Brumadinho, protagonizada pela Vale em 2019, a exemplo do que aconteceu com a tragédia de Mariana, em 2015 e do que vem acontecendo em Vitória há mais de 30 anos, serve para recuperar a análise do texto da Constituição de 1988 em ao menos três pontos – sobre os quais discorreremos a seguir:

I – O primeiro ponto diz respeito ao federalismo de cooperação, adotado pelo artigo 23 do texto constitucional, segundo o qual é competência comum de todos os entes federados *proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas* (inciso VI), *preservar as florestas, a fauna e a flora* (inciso VII) e *registrar, acompanhar a fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios* (inciso XI).

O federalismo de cooperação ou de equilíbrio pressupõe a descentralização-repartição de competências, de maneira que, legislativamente, as leis de um ente, notadamente o de maior abrangência, não tolham a aplicabilidade das leis dos entes de menor abrangência. Contudo, isso, só em parte, é válido para as competências administrativas, elencadas no artigo 23.

É que as competências administrativas dizem respeito, como permitem concluir os verbos de seus incisos, ao dever de cuidado do Poder Público

* Recibido: 21 febrero 2019 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Doutor em direito pela UFMG, advogado e professor da FDV.
daury@terra.com.br

² Mestre em direito pela FDV, pesquisador e professor.
julio.pfhs@gmail.com

com os bens listado. Assim, os entes federados têm a obrigação constitucional comum de *proteger* o meio ambiente, de *combater* a poluição em todas as suas formas, *preservar* as florestas, a fauna e a flora e, por fim, *fiscalizar, acompanhar e registrar* concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos minerais.

As ações cooperativas decorrentes do dispositivo foram aprofundadas pela Lei Complementar 140/2011, que equilibrou a divisão de competências entre os entes federados, mas, determinou, ao contrário do jogo de empurra habitualmente praticado, que, nos casos em que um ente não esteja apto ou não consiga dar conta de suas atribuições, os outros devem prestar-lhe auxílio ou mesmo substituí-lo.

No entanto, apesar disso, é muito comum notar-se, entre os entes federados, o uso da contumaz desculpa de que não era sua atribuição realizar a fiscalização da segurança da barragem. Esse discurso, tão comum durante a tragédia em Mariana, repete-se em Brumadinho, assim como se repete em todas as ações voltadas para a saúde, ninguém quer assumir a paternidade, mas todo mundo que punir, exemplarmente, o ente que considera faltoso.

No fim desse jogo de empurra, as tragédias, anunciadas, passam a ser apenas fatos nos anais da história brasileira e as vidas das pessoas e das famílias das vítimas viram apenas uma cifra de uma indenização, normalmente alguém de toda a perda material, espiritual e psicológica sofrida, ao argumento de que as indenizações, em seu conjunto, não podem inviabilizar o exercício da atividade econômica.

II – No ponto anterior, discorreremos sobre o habitual jogo de empurra que os entes federados costumam praticar quando uma de suas obrigações constitucionais não é adequadamente cumprida. No presente, vamos tratar sobre o segundo ponto do texto de nossa Constituição de 1988 que é recuperado, não só pela tragédia de Brumadinho, como também pela de Mariana e pela de Vitória.

O segundo ponto tem a ver com os princípios gerais da atividade econômica, elencados no artigo 170 do texto constitucional, entre eles a *defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação* (inciso VI). Há que se notar que, entre as disposições constitucionais sobre a ordem econômica, existe um dispositivo, o artigo 174, que estabelece a obrigação do Estado de fiscalizar as atividades econômicas.

O que a Constituição chama de princípios gerais da atividade econômica são diretrizes que devem ser observadas, em prol não apenas da valorização do trabalho humano e livre iniciativa, mas também do respeito à dignidade humana e justiça social. Assim, não se pode afirmar que o texto constitucional é permissivo quanto ao livre exercício de atividades econômicas. A bem da realidade, ele limita bastante esse exercício, inclusive em prol do meio ambiente, em razão do que obriga o Poder Público a fiscalizar todas as atividades econômicas.

Infelizmente, as tragédias anunciadas de Vitória, Mariana e, agora, Brumadinho são uma triste constatação de que as diretrizes constitucionais não têm sido cumpridas. Embora pretendamos viver em um Estado Democrático de Direito, como registrado no texto constitucional, ao menos em sede de exercício das atividades econômicas e sua fiscalização vivemos, na realidade, em um Estado Liberal, em que o Poder Público, notório por seus jogos de empurra, deixa de fiscalizar corretamente a proteção e preservação do meio ambiente, permitindo que licenças sejam renovadas automaticamente e que técnicas ultrapassadas permaneçam em uso.

O desrespeito à defesa do meio ambiente é tão evidente que, para surpresa geral da nação, os prefeitos das cidades em que a Vale possui barragens inativas da mesma natureza daquela que rompeu em Mariana e, agora, em Brumadinho, estão preocupados com o fim do pagamento de compensações financeiras e *royalties*. Esse comportamento deixa patente uma situação muito grave e que provavelmente tem acontecido: como a fiscalização adequada e o uso de novas tecnologias mais favoráveis ao meio ambiente ocasionaria a perda de receita decorrente dos pagamentos daquelas compensações, tem-se preferido correr o risco de tragédias ambientais.

No fim disso tudo, a mão invisível do mercado assalta o meio ambiente, deixando-o totalmente desequilibrado e impróprio para o uso das presentes e futuras gerações, em troca de *royalties* e compensações financeiras que, pela situação de alguns entes federados, certamente estão sendo alocados em bolsos invisíveis, e não em serviços essenciais.

III - No ponto anterior, discorremos sobre como as empresas e os entes federados têm feito vista grossa à necessidade de que suas atividades econômicas observem a função socioambiental, devendo envidar esforços para evitar tragédias ambientais. Neste penúltimo artigo da série em análise ao texto constitucional, vamos tratar sobre o papel fiscalizador do Estado, tanto no que se refere aos licenciamentos ambientais quanto no que se refere à recuperação do meio ambiente.

O terceiro e último ponto abrange as disposições constitucionais específicas sobre o meio ambiente, todas concentradas no artigo 225, pelo qual é obrigação do poder público, entre outras, *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* (§ 1º, inciso IV), bem como *proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica* (§ 1º, VII). Além disso, o §2º estabelece que *quem explorar recursos minerais tem a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei*.

A análise dos dispositivos constitucionais em destaque demonstra que o Estado brasileiro tem sido liberal não apenas com as atividades econômicas, mas também com a fiscalização do meio ambiente. O artigo 225, na realidade, estabelece uma gama de deveres a serem cumpridos pelo Poder Público em prol do meio ambiente, os quais podem ser resumidos em um único: *o dever fundamental de proteger, promover e fiscalizar a integridade do meio ambiente*. Todavia, essa obrigação não tem sido correta nem adequadamente desempenhada. Vejamos o exemplo que Brumadinho, infelizmente, nos dá.

A construção da barragem de Brumadinho, assim como de Mariana, foi feita a partir de uma tecnologia de construção denominada *alteamento a montante*. Iguais a ela, há mais de 80 outras no Brasil, sendo 10 delas da Vale. Segundo os especialistas, essa tecnologia é a mais simples e barata, mas a menos segura ou menos estável e, por isso, a mais propensa a acidentes.

Note, todavia, como tem sido noticiado nos meios de comunicação, após a tragédia, que, além dos métodos utilizados no formato barragens de lama, outros já foram desenvolvidos, inclusive no Brasil, que eliminam a necessidade de barragens de rejeitos e outros que, embora delas se utilizem, adotam o armazenamento seco.

A observação que cintila aos olhos é a de que, apesar do conhecimento dessas tecnologias, uma vez que as pesquisas geram publicações e patentes/registros, o Poder Público normalmente se faz de desentendido. Note, mais uma vez, que, desde pelo menos a tragédia em Mariana, nada na legislação, em nenhum dos níveis da federação, foi alterado para determinar a utilização, pelas empresas, de tecnologias que menos degradem o meio ambiente, nem para dificultar a concessão e a renovação de licenças. E o

mais interessante é que isso poderia ser feito, dada a sua urgência e relevância, por meio de Medida Provisória...

Editada en la ciudad de Lima - Perú
Publicada en línea el 1ro. de abril 2019