

Derecho y Cambio Social



OJS OPEN
JOURNAL
SYSTEMS

N.º 58 octubre - diciembre 2019

ISSN 2224 - 4131

Derecho y Cambio Social

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.derechocambiosocial.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: *Muerte de Sócrates (1762)* Jacques-Philip-Joseph de SAINT-QUENTIN,
(b. 1738, Paris, d. after 1776) - *Web Gallery of Art, created by Emil Krén and Daniel Marx.*

Edición octubre – diciembre 2019

Copyright © 2000 – 2019 Pedro Donaires Sánchez (Editor-fundador de DyCS)

Derecho y Cambio Social

COORDINADORES:

Pedro Donaires Sánchez, Círculo de Estudios Ius Filosóficos "UNIDAD".

Carlos Pérez Vaquero, Universidad Internacional de La Rioja (UNIR).

CONSEJEROS:

Reynaldo Mario Tantaleán Odar, Poder Judicial – Perú.

Mario Castillo Freyre, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Catalina Ruiz-Rico Ruiz, Universidad de Jaén (UJAÉN) – España.

Maria de Fátima Ribeiro, Universidade de Marília (UNIMAR) – Brasil.

Genival Veloso de França, Universidad Federal de Paraíba – Brasil.

Daury Cesar Fabríz, Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) – Brasil.

Valmir Cesar Pozzetti, Universidade do Estado do Amazonas – Brasil.

Marcelo Fernando Quiroga Obregon, Faculdades Integradas de Vitória (FDV) – Brasil.

Juan José Díaz Guevara, Contraloría General de la República del Perú.

Antonio Sánchez-Bayón, Profesor Titular en CC. Sociales y Jurídicas (ANECA) Madrid – España.

Sergio Cámara Arroyo, Departamento de Derecho penal y Criminología (UNED) – España.

Jorge Isaac Torres Manrique, California Silicon Valley School of the Law, SFO (USA).

Félix Fernández Castaño, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Universidad de Granada.

Edwin Ricardo Corrales Melgarejo, Poder Judicial de Perú.

Teófilo Idrogo Delgado, UNT y Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, Perú.

Omar Toledo Toribio, Poder Judicial, Perú.

Juan Carlos García Huayama, Ministerio Público, Perú.

Sergio García Magariño, Instituto para el Conocimiento, la Gobernanza y el Desarrollo Globales, España.

COORDINADORAS DE EDICIÓN:

Dunia Khadiyéh Donaires León, OAP de la CBE, Madrid.

Gloria Mercedes Noriega Monar, ESAN y UPN, Lima.

CONTENIDO

SOCIOLOGÍA JURÍDICA	Pág.
Justicia y derecho en las idas y vueltas de Martín Fierro: la propuesta de una lectura única. <i>La idea de la nación como una creación continua</i> Oswaldo R. Burgos	11-37
DERECHOS HUMANOS	
Dimensión procesal de los derechos humanos: claves sobre su comprensión y ejercicio Antonio Sánchez-Bayón Gloria Campos Carlos Fuente	39-54
Política Económica y Derechos Humanos: una reflexión sobre sus oscilantes relaciones Joaquín Pablo Reza	55-75
El control de convencionalidad en materia de prescripción de delitos de lesa humanidad José Sebastián Cornejo Aguiar	76-103
La protección de los datos personales en internet como derecho humano a la intimidad protegida internacionalmente Caroline Aparecida Vianna Davariz Marcelo Fernando Quiroga Obregon	104-133
Derechos humanos y crímenes contra la humanidad: estudio y análisis de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre los actos realizados por el grupo estatal islámico por motivos religiosos Leonardo Pessigato Tufik Rangel Marcelo Fernando Quiroga Obregon	134-152
DERECHO CONSTITUCIONAL	
Recolección y tratamiento de datos personales: puntos de equilibrio y coexistencia de derechos y deberes fundamentales Lucas Marques Assad Gabriel Tristão Mazzoli Coutinho Bruna Lyra Duque	154-172
Acceso de pacientes oncológicos a los cuidados paliativos en la red pública hospitalaria: un derecho humano fundamental Margareth Vetis Zaganelli Júlia Chequer Feu Rosa Laura de Amorim Ferreira Maria Carolina Müller Naegele	173-186

DERECHO CIVIL

- Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante
Juan Carlos García Huayama 188-224

DERECHO COMERCIAL - FINANCIERO

- Revisión de la ordenación del comercio internacional y su relación con el cambio climático y el desarrollo de los pueblos
José Lominchar 226-238

DERECHO PENAL

- La responsabilidad penal de la persona jurídica en los desastres ambientales
Cláudio Nascimento da Costa
Valmir César Pozzetti 240-269

- El tráfico internacional de personas y la ley nº 13.344 / 16: marco regulatorio de enfrentamiento al tráfico de personas en Brasil
Larissa Aguiéiras Vieira
Marcelo Fernando Quiroga Obregon 270-295

- La responsabilidad penal de la persona jurídica en el contexto jurisprudencial actual de los delitos ambientales
Adrielly Pinto dos Reis
Bruna Magalhães Passamani 296-310

DERECHO TRIBUTARIO

- El papel de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en el combate a la bitributación
Flávia Calmon Rangel Teixeira
Marcelo Fernando Quiroga Obregon 312-325

DERECHO PROCESAL CIVIL

- La cosa juzgada colectiva y sus límites territoriales:
la necesidad de modificación del art. 16 de la Ley 7.347/85
Lucas Gianordoli Pinto Cypreste
Manuela Coutinho Costa 327-358

DERECHO PROCESAL PENAL

- El principio de igualdad en el Procedimiento Abreviado penal
Alejandro Naime González
Laura G. Zaragoza Contreras 360-385
- Las preguntas sugestivas en el interrogatorio y el contrainterrogatorio
Carmelo García Calizaya 386-397

Colaboración premiada como método de tutela estatal en los delitos de lavado de dinero 398-416

Bruna Velloso Parente
Júlia Chequer Feu Rosa
Daury Cesar Fabríz

Obligatoriedad de la acción penal pública e *in dubio pro societate* en el Proceso Penal brasileño: 417-434

repensando antiguos mitos
Thadeu Augimeri de Goes Lima

CRIMINOLOGÍA

Suicidio, un crimen contra la persona 436-446

Jorge Armas Pérez

VARIOS

Claves de Derecho de Empresa:
del fin de recursos humanos a la emergencia de talento en la posglobalización 448-466

Antonio Sánchez-Bayón

La enseñanza doméstica (*homeschooling*) y su posible reconocimiento legal en Brasil 467-489

Júlia Ávila Vianez
Marcelo Fernando Quiroga Obregon

Mediación y derecho fraterno en un escenario de litigio: el diálogo como instrumento de promoción en la gestión de conflictos y la promoción de la ciudadanía activa 490-516

Tauã Lima Verdán Rangel

La emergencia de los grupos separatistas en la Europa del siglo XXI:
el caso de Cataluña 517-530

Ana Luísa Brito de Ataíde
Marcelo Fernando Quiroga Obregon

El fin de la neutralidad de internet ante el entendimiento de la Organización de las Naciones Unidas 531-551

Andressa da Silva Freitas Branco
Marcelo Fernando Quiroga Obregon

La inmigración en América del Sur:
¿Brasil está preparado para el desafío de la inmigración? 552-568

Fernando Oliveira Modenesi
Marcelo Fernando Quiroga Obregon

La extinción del "pase" en el fútbol brasileño como consecuencia del "Caso Bosman" 569-592

Angelita Woltmann
Bruno Sagrilo Garcia

Felipe Bochi Damian
Fillipe Augusto Rosarola Dotto
Pillar Cornelli Crestani
Vanessa Tatsch Ferrari
André Lourenço Lorenzoni

Cambio de modelo institucional e independencia judicial
Ricardo Corrales Melgarejo

593-624

NOTAS

¿Un abogado corporativo?
Gloria Noriega Monar

626-629

SOCIOLOGÍA JURÍDICA

**Justicia y derecho en las idas y vueltas de Martín Fierro:
la propuesta de una lectura única.**

La idea de la nación como una creación continua^{(*)(**)}

**Justice and right in the roundtrips of Martín Fierro:
the proposal for a single Reading**

The idea of the nation as a continuous creation

Oswaldo R. Burgos¹

Sumario: Introducción: Idas y vueltas de Martín. **I.** Retracción del espacio jurídico. Determinación y replicación de fronteras. Gobierno y Estado. Marginalidad y marginación. **II.** Extorsión, estigmatización e invisibilidad: instancias paradigmáticas en la construcción de un otro irrecuperable, más allá de la ley. Del matrero al enemigo. **III.** Los regresos. – Conclusiones. – Referencia bibliográfica.

(*) Recibido: 28 agosto 2019 | Aceptado: 16 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

(**) **El gaucho Martín Fierro** es un poema narrativo, escrito en verso por José Hernández en 1872, obra literaria considerada ejemplar del género gauchesco. Tiene además una continuación, **La vuelta de Martín Fierro**, escrita en 1879, este último libro también es conocido como «La vuelta» y la primera parte, como «La ida». "La ida" ha sido seleccionado como libro nacional de Argentina, bajo el título genérico de «**El Martín Fierro**». (Wikipedia. Fecha de consulta: 16/09/2019).

¹ Jurista. Rosario, Argentina.
osvaldo@burgos-abogados.com.ar

Resumen: La pretensión de este trabajo es rastrear las huellas de las concepciones filosóficas de justicia y derecho en “las idas y vueltas” que la obra de Hernández propone. Sostengo, para ello, que “la ida” supone, al menos, “dos idas”, separadas por el regreso furtivo del gaucho ya desertor, pero todavía no matrero, a *las casas*, narrada en los versos 1.003 a 1.010 del primer libro. Luego, entre los versos 1.099 y 1.104 del Libro I, Fierro decide hacerse matrero (“la vuelta”, dígase “las cinco vueltas”). *Conocer el mundo* es, para Fierro tanto como para Odiseo, para el héroe homérico tanto como para el hernandiano, conocer las aflicciones, las penurias, las aberrantes injusticias del mundo y del poder. Al fin de cuentas, la Justicia como tal es irrealizable y la exigencia de realizar la justicia que pesa sobre abogados y jueces, es absurda: siempre una ley puede ser más justa, siempre una sentencia pudo haber sido más legítima.

Palabras clave: Martín Fierro, José Hernández, gaucho, Argentina, estado, gobierno, derecho, justicia.

Abstract: The aim of this work is to trace the traces of the philosophical conceptions of justice and law in the "round trips" that Hernandez's work proposes. To this end, I maintain that "the outward journey" means, at least, "two outward journeys", separated by the furtive return of the gaucho, already a deserter, but not yet a matrero, to the houses, narrated in verses 1.003 to 1.010 of the first book. So, between verses 1.099 and 1.104 of Book I, Fierro decides to become a matrero ("the turn", say "the five turns"). To know the world is, for Fierro as much as for Odysseus, for the Homeric hero as much as for the Hernandian, to know the afflictions, the hardships, the aberrant injustices of the world and of power. At the end of the day, Justice as such is unachievable and the demand for justice that weighs on lawyers and judges is absurd: always a law can be fairer, always a sentence could have been more legitimate.

Keywords: Martín Fierro, José Hernández, gaucho, Argentina, state, government, law, justice.

Introducción:

Idas y vueltas de Martín.

Siempre hay más de una *ida* en cada ida. Por un lado, porque *aquel que se va* –y mucho más cuando se va contra su voluntad, cuando es separado

abruptamente *de los suyos*, cuando resulta *des/terrado*, obligado a irse condiciona inevitablemente el *modo en que se quedan* aquellos a quienes deja; inaugura el espacio y el tiempo para la probabilidad de otras tantas *idas impuestas*, hasta allí improbables y desde entonces imprevisibles. Luego, porque a partir de ese desarraigo, de esa extirpación compulsiva, todo equilibrio será precario y no habrá ya *trayectoria* sino *derivadas*. Y esto, de manera aún más imperiosa y evidente, cuando ya no hay ningún lugar adónde volver; cuando el *nos/otros* del que se es arbitrariamente *arrancado* deja de existir en el instante mismo en el que esa arbitrariedad ocurre, tiene lugar, irrumpe como un inapelable punto de inflexión biográfica.

Nunca el que vuelve es el que se fue. Ya lo sabía Homero, notoriamente presente en Hernández, como tantas veces han observado los especialistas y los críticos: quien vuelve siempre es otro; no *el otro*, sino *un otro* que *se deja caer* hacia un origen que ya no está, *un otro de sí mismo* que añora y busca insistentemente una *edad de oro* que, en tanto debe buscarse, ya ha pasado; y, en tanto que ha pasado, solo existe en su imaginación. Valga Odiseo, como ejemplo supremo para sostener lo que intento decir aquí: llevado contra su voluntad a una guerra que no asumía como propia –Néstor lo recluta, mediante la artimaña de colocar a Telémaco, su hijo recién nacido, en el camino del arado al que había uncido un buey y un asno y con el que se disponía a sembrar piedras, fingiendo locura para permanecer en su isla, junto a *su hijo y su mujer*- el astuto héroe de Ítaca marcha a Troya como un joven *padre* y “*marido empeñoso y diligente*”; es un rey. *Diez años después* de que la guerra terminara, vuelve como un anciano hijo al que solo su perro y su padre reconocen, es un mendigo. Desamparado, vencido, solo; cuando el barco en el que viaja llega por fin a la costa rocosa por la que en tantas penurias se había empeñado, no la ve. Está dormido.

“*Viene uno como dormido / cuando vuelve del desierto*”, canta Fierro en los versos 7 y 8 de *La Vuelta*. Si las idas son más de una, las vueltas jamás pueden ser definitivas. Tanto Odiseo como Fierro, cumplido su anhelo y su deber, han de volver a irse.

La pretensión de este trabajo es rastrear las huellas de las concepciones filosóficas de justicia y derecho en “*las idas y vueltas*” que la obra de Hernández propone. Sostengo, para ello, que “la ida” supone, al menos, “dos idas”, separadas por el regreso furtivo del gaucho ya desertor, pero todavía no matrero, a *las casas*, narrada en los versos 1.003 a 1.010 del primer libro:

“*Volví al cabo de tres años / de tanto sufrir al ñudo / resertor, pobre y desnudo / a procurar suerte nueva / y lo mismo que el peludo / enderecé pa*

mi cueva.” (y allí) “No hallé ni rastro del rancho; / ¡solo estaba la tapera!”

Estas “dos idas” de “la ida”, entonces, son:

- a) La ida del Fierro trabajador, nacido y criado en estancia, solo, a la frontera.
- b) La ida del Fierro devenido matrero al país de los indios, junto a su amigo Cruz.

Solo basta leer la propia letra del texto: aun habiendo desertado, entre uno y otro momento, Fierro ansía todavía procurarse una “*suerte nueva*”, espera reencausarse, seguir con su vida. Pero es allí, en ese primer regreso oculto, en ese primer “dejarse caer” al rancho que anhela volver a ver después de tres años y que ya no está, donde se enfrenta a la innegable evidencia: no tiene dónde volver. El Juez le ha mentado, su mujer “*pobrecita*” fue obligada a abandonar el campo – y luego, según le dicen, “*se voló / con no se qué gavilán*”-, su hacienda se perdió y sus hijos, “*pobres muchachos*”, se dispersaron sin rumbo, “*sin naidas que los proteja / y sin perro que los ladre*”.

Así las cosas, entre los versos 1.099 y 1.104 del Libro I, Fierro decide hacerse matrero. Ningún análisis debiera soslayar esto: clara y expresamente, tal condición no es una deriva más de lo que aquí tomamos como la “primera ida” sino una decisión propia del protagonista –no incondicionada, claro, en la medida en que ninguna decisión lo es, pero tal vez su última decisión inquebrantable- que inicia “la segunda ida” que, causas y azares mediante, lo llevará hacia el territorio indio. Él mismo lo cuenta así:

“Yo he sido manso, primero / y seré gaucho matrero / en mi triste circunstancia, / aunque es mi mal tan profundo; / nací y me he criado en estancia, / pero ya conozco el mundo.” (versos 1.099/1.104, Libro I)

Conocer el mundo es, para Fierro tanto como para Odiseo, para el héroe homérico tanto como para el hernandiano, conocer las aflicciones, las penurias, las aberrantes injusticias del mundo y del poder. Finalmente, este conocimiento cabal de lo injusto es el que inaugura, permite, dota de sentido, le *da forma* a “las cinco vueltas” que intentaremos abordar hacia el final de este trabajo:

- a) La vuelta del hijo mayor, que regresa desde el sistema penal.
- b) La vuelta del hijo menor, que ha sufrido el desamparo del orden civil.

- c) La vuelta de Picardía, hijo de Cruz, que regresa –como un nuevo Fierro- desde otro gobierno y la misma frontera.
- d) La vuelta del moreno injustificadamente asesinado por Martín -en la forma de su hermano cantor-, que señala la imprescriptibilidad de la culpa en el derecho natural.
- e) La vuelta de Fierro, que vuelve *a y desde* sí mismo.

I. Retracción del espacio jurídico. Determinación y replicación de fronteras. Gobierno y Estado. Marginalidad y marginación.

Desde que se escribe para ser leído, todo libro inscribe su rastro en la huella de la intersubjetividad, es, inevitablemente, político. Pero hay algunos en los que la intencionalidad política es manifiesta y la intención de intervenir sobre lo contextual predomina claramente sobre cualquier otra función del texto. A esta última categoría pertenece –y muchísimas veces se lo ha señalado- el relato del Martín Fierro, que propongo leer aquí en el conjunto de sus idas y de sus vueltas, como una unidad.

Escrito en un lenguaje artificial, propio, que se apoya sobre ciertos modos usuales del castellano antiguo, el texto que nos ocupa recoge algunos modismos del Buenos Aires rural e inventa otros, sin privarse, tampoco, de la interposición periódica de ciertas referencias o términos tomados del “*habla culta*” de las elites urbanas. No obstante, si algo articula todos sus *desplazamientos*, rige el criterio de sus *tropos* y permite su abordaje como unidad, es la intención denunciante y pedagógica –la exigencia de retribución, la queja por la arbitrariedad y la pretensión preventiva- que Hernández impone a su ficción. Alejándose tanto del manifiesto como de la típica obra de teoría política -precisamente por la potencia y por la originalidad de su carácter ficcional- la finalidad práctica de uno y otro momento del Martín Fierro es evidente. Tan evidente como el genio literario de su autor y como la instrumentalización, en él, de lo imaginario –a través de lo simbólico, que el carácter paradigmático de sus personajes y de su trama de relaciones exhibe- para su incidencia, más o menos directa, en la inmediatez de lo real.

“*No se ha de llover el rancho /en donde este libro esté*” escribe Hernández, en los versos 4.857 y 4.858 del extraño canto XXXIII de “la vuelta”, en el que usurpa, hipostasia, desplaza la voz de su protagonista². Pero Martín

² Párrafo aparte merece el número de cantos, que Hernández se encarga muy bien de hacer notar. *Treinta y tres* –el canto hasta el que el gaucho no llega- es, como el mismo autor lo dice, “la edad de Cristo”; pero es, también, el número de las cartas ganadoras en el envido o *envite*; parte

Fierro es un cantor de “*vigüela*” en mano, al que “*las coplas le brotan como agua de manantial*” y así lo aclara ya desde el verso 49 de “la ida”: “*yo no soy cantor letrao*”, anuncia. ¿Entonces? Entonces el *cómo* se sacrifica al *qué*: la necesidad imperativa de ratificar lo escrito, lo dicho, lo d/enunciado, supera cualquier regla de estilo; en cada *rancho* en el que haya un *gaucho* cuya memoria *tenga presente* estas coplas, ya *no habrá por qué* soportar calamidades arbitrarias.

Delimitado de tal forma el plano de significación en el que el texto se inscribe, ordenadas las funcionalidades de su *horizonte de sucesos verosímiles* bajo la primacía de la intencionalidad política manifiesta, “la ida” y “la vuelta” reconocen idénticas asimilaciones y antagonismos en tensión. A través de las derivas de sus personajes y de las derivaciones de su letra aquello que viene, a veces espuriamente, a asimilarse desde la perspectiva del relato, conforma una “tríada trágica” que presenta una estructura silogística inalterable:

1) *El Derecho –sistema jurídico positivo- es el Estado.*

2) *El Estado –la institucionalidad- es el Gobierno*

“*Y eso es servir al gobierno*”, dice Fierro en el verso 431 del Libro I, cuando se refiere a sus servicios en la frontera, dispuestos por el Estado.

3) *Consecuentemente, el Gobierno es –impone-, el Derecho.*

Así, el sistema jurídico en su totalidad –y no solamente las leyes de frontera, de extranjería o de *leva-* se presenta y representa como un simple instrumento de manipulación por el que el Gobierno dispone arbitrariamente sobre las vidas y los bienes de la *gente*, en beneficio de los *a/gentes* de sus distintos estamentos.

“Yo he visto en esa milonga / muchos jefes con estancia / y pioneros en abundancia / y majadas y rodeos / he visto negocios feos / a pesar de mi inorancia.” (versos 817-822, Libro I)

fundamental del juego de cartas supremo entre el gaucherío. En el mismo juego, *treinta y dos* son “las perdedoras”. El canto XXXII de “la vuelta” del Martín Fierro es el de los consejos, el de la resignación. El XXXI, escrito en un texto corrido, sin separación en estrofas, es el final del relato experiencial de los protagonistas; la conclusión, el epílogo de las *a/venturas*. Su voz es la de un narrador externo; ya no Fierro, todavía no el Hernández del canto XXXIII. Para el gaucho no hay un final feliz, no hay redención, ni posibilidad de victoria: como él mismo lo dice apresuradamente en la “vuelta” “*Si no llego a treinta y una / de fijo en treinta me planto*” (versos 19 y 20, Libro II).

¿Hacia dónde nos lleva este juego de asimilaciones impropias y dolosas? Necesariamente, hacia dos oposiciones que se mantienen, también, durante todo el ciclo de desplazamientos “de ida y de vuelta”. A saber:

- 1) La oposición Derecho/ Justicia.
- 2) El antagonismo Derecho Natural (divino, inalterable, justo) / Derecho Positivo (estatal, manipulable, injusto).

En este planteo, si el Derecho Natural es la consagración de lo justo, tal y como lo proponía Sófocles en *Antígona*, refiriéndose a la preponderancia inalterable de *las leyes no escritas*; el Derecho positivo, “puesto” –esto es, la voluntad del Estado, la discrecionalidad del Gobierno y la arbitrariedad de sus agentes- no puede ser sino la aplicación, como ley, de lo injusto. La entronización, como mandato, de la conveniencia ocasional de aquellos que tienen el poder de imponerlo.

“A mí el Juez me tomó entre ojos / en la última votación / me le había hecho el remolón / y no me arrimé ese día / y él dijo que yo servía / a los de la esposición.” (versos 343-348, Libro I)

Notoriamente, liberar al Derecho -o, más bien, a los modos de su aplicación- de cualquier exigencia de justicia, no supone un gesto inconsecuente. Muy por el contrario:

- a) Implica, en un movimiento irreversible, la retracción del espacio de juridicidad.

Una ley sujeta a la conveniencia de quienes la aplican no puede sino ser una ley corrupta, sostenida precariamente en base a fronteras permeables, inseguras, cambiantes –entre lo legítimo y lo ilegítimo, entre lo permitido y lo castigado pero, también, entre lo exigido y lo posible, entre lo privado y lo público- en las que la “*fuerza de ley*” libera territorios y los com/parte con la “*ley de la fuerza*” que avanza continua e incesantemente sobre ella.

“Cantando estaba una vez / en una gran diversión / y aprovechó la ocasión / como quiso el Juez de Paz / se presentó y ahí nomás / hizo una arriada en montón.” (versos 307-312, Libro I)

- b) Luego, a partir de la continuidad de esos avances, obliga a la replicación de las fronteras móviles que dividen, quiebran, fracturan el espacio residual de legitimidad.

En los espacios liberados –y todos los espacios son liberados allí donde la ley depende enteramente de su aplicador- las excepciones y las condenas ya no responden a causas sino a impulsos, pasiones, azares.

“Ni los mirones salvaron / de esa arriada de mi flor (...) a uno solo, por favor / logró salvar la patrona.” (versos 331/332-335/336, Libro I)

No obstante, hay algo que muchos comentarios y abordajes canónicos soslayan: el margen, la frontera, el muro, el límite de lo legítimo también es un lugar y así, lo que divide en dos, divide en tres. El marginado –aquí, el *indio*, el *pampa*, el *salvaje*- no es el marginal -el gaucho, pero también, el extranjero, el *soldado de partida* y cualquier otro pobre del ámbito rural bonaerense-.

Fuera del espacio jurídico, todo se ve igual; es el desierto, el abismo. Por eso, para Martín Fierro no hay diferencias entre los indios; en una sociedad abisal los marginados se invisibilizan. Muy contrariamente a eso, en la pugna por permanecer “de este lado”, las diferencias entre los marginales se magnifican hasta lo indecible. Y allí la xenofobia, el desprecio, la estigmatización del extranjero, sobre el que volveremos en el punto respectivo. No de cualquier extranjero, anticipémoslo, sino del extranjero marginal, del *pobre*, de aquel que viene, también, a ocupar un lugar en el límite de lo legítimo.

“Hasta un inglés sanjador / que decía en la última guerra / que él era de Inca-la-perra / que no quería servir / tuvo también que juir /a guarecerse en la sierra.” (versos 325/330, Libro I)

Así entonces, confundir marginalidad con marginación puede llevar a la entronización de interpretaciones absolutamente ajenas al marco hermenéutico que el propio texto interpretado ofrece.

El excluido no puede ser manipulado; el deficientemente incluido; sí.

- a) El indio –paradigma de lo execrable, de lo negativo, de lo indeseado, según se describe abundantemente en el libro de “la vuelta”- sigue, al menos, una ley de justicia propia; la equidad en el reparto, es decir el respeto a la propiedad privada de cada uno de aquellos a quienes considera un *igual*.

Fierro lo reconoce en los versos 637 a 642 del Libro II:

“Se reparten el botín / con igualdad, sin malicia / no muestra el indio codicia / ninguna falta comete / solo en eso se somete / a una regla de justicia.”

- b) Situados y sitiados en la parte interior de la frontera, el gaucho, el pobre, el extranjero, el soldado, se hallan privados incluso de esa mínima posibilidad de autodeterminación.

Perpetuándolos sobre el margen y bajo la acechanza permanente de *caer* hacia el espacio de *lo invisibilizado*, de *lo exterminable* y de *lo ausente*; la

“tríada trágica” a la que se hallan sometidos –*Derecho/Estado/Gobierno*- los expone a los vaivenes de la voluntad y la conveniencia de otros.³ En uno y otro libro, Fierro lo denuncia insistentemente; basten aquí apenas dos de esas referencias explícitas, a modo de simples ejemplos:

*“Pues si usted pisa en su rancho / y si el alcalde lo sabe / lo caza lo mismo
que ave / aunque su mujer aborte”* (versos 259/262, Libro I)

*“ahí comienzan sus desgracias / ahí principia el pericón / porque ya no
hay salvación / y que usted quiera o no quiera / lo mandan a la frontera / o
lo echan a un batallón.”* (versos 277-282, Libro I)

II. Extorsión, estigmatización e invisibilidad: instancias paradigmáticas en la construcción de un *otro* irrecuperable, más allá de la ley. Del matrero al enemigo.

Así como Homero termina su *Iliada* con los funerales de Héctor, sin necesidad de exponer la apoteosis de la caída del mundo troyano que él, por su fuerza y sus valores, representa –la escena final, del caballo de madera entrando a la ciudad y de los héroes griegos saliendo de su vientre para incendiarlo todo después de una fiesta popular, se la debemos a Virgilio- Hernández termina *El Gaucho Martín Fierro*, conocido como “la ida” –aquí, Libro I- con la huida de Fierro y su nuevo-gran amigo, el sargento Cruz, hacia el territorio salvaje de lo exterminable, lo marginado, lo temido. No se priva, tampoco, de plantear una cierta idealización romántica de ese *otro* que el gaucho, evidentemente, no conoce tan bien como cree y que, cinco años después, en el relato de “la vuelta” o Libro II, su experiencia habrá desmitificado por completo. Pero no nos adelantemos.

Dadas las evidentes referencias, implícitas y aún explícitas, de la obra que nos ocupa a los arquetipos, las estructuras y los esquemas de los clásicos griegos, parece interesante intentar primero una deconstrucción intertextual

³ Entre los indios, los salvajes, los que están definitivamente afuera de la legalidad, tras las fronteras del espacio jurídico común, también es posible hacer esta distinción: *marginales* serían allí las mujeres, sobre las que se carga el trabajo, y cuya vida está permanentemente sometida a la voluntad discrecional ajena –de sus hombres-; *marginadas* serían los *huincas* y, consecuentemente, las cautivas, que resultan cosificadas y maltratadas por las mismas “chinas” indias, que “*se las empriestan*” unas a otras. Muy contrariamente a los que afirman Josefina Ludmer y otros autores –que catalogan a la obra como “sexista”- una de las claras intenciones pedagógicas del Martín Fierro es la de propiciar el respeto y la consideración de la mujer, cuyo lugar en la sociedad se esgrime lisa y llanamente como un claro indicio del grado de “civilización” alcanzado. Sostengo, a este respecto, que la obra de Hernández autoriza y reclama, hoy, una lectura desde la *perspectiva de género* fundada en una gran cantidad de sus expresiones textuales que imponen sentencias contestes en ese sentido.

entre aquel gesto del héroe homérico –quien entrega su vida por la defensa de un mundo que sabe ya perdido, frente a la mirada-admirada de su esposa y de su hijo- y este del hernandiano –quien, privado de su esposa, de toda admiración y de sus hijos, salva su vida huyendo hacia el enemigo del mundo que fue obligado a defender y lo expulsó-. Y otra vez: *lo que divide en dos, divide en tres*.

Alguien plenamente *incluido* en el espacio de lo legítimo –en este caso Héctor, el príncipe, el guerrero, el defensor natural de su gente- no reacciona del mismo modo frente a la amenaza de *lo otro* –el enemigo, la catástrofe, el saqueo, el malón- que alguien *incluido deficientemente* en la marginalidad del mundo que es obligado a defender; en este caso Fierro, pero también Cruz, el gaucho, el sargento, en definitiva *el pobre*.

El momento que aquí llamamos “el de la primera vuelta”, el espacio, el intersticio, el punto de inflexión entre “las dos idas”, parece crucial: desertando después de tres años en la frontera, Fierro ve lo que el Estado, el derecho, el *Gobierno*, han hecho y des/hecho con su gente y se hace matrero. Por dos años más, permanecerá dentro del espacio jurídico común de lo “civilizado”, pero ya fuera de la ley. “Estará jugado”, expuesto a la violencia directa sin subterfugios, será, como Odiseo, un nadie, un fantasma, una presa de caza menor para los a/gentes más bajos y más encarnizados de una estructura de poder que (in)civiliza: las partidas, los policías, los sargentos. Sargento es, precisamente, Cruz; quien en medio de la cacería decide pasar *de cazador a presa* y acaba marchándose con Fierro al “*desierto*”, que no es el lugar inhabitado, sino el lugar habitado por los “nadies” que no merecen más consideración que las bestias. Allí permanecerán cinco años.

Viejo, anciano, mendigo, Fierro regresará, otra vez solo, después de un ciclo de diez, contados desde su “primera ida”. Pero, ¿cómo se construye esta destrucción, esta pérdida? ¿Cuáles son las instancias que permiten al relato pasar desde una edad de oro en la que *su ranchito tenía / y sus hijos y mujer y era una delicia ver / como pasaban sus días* hasta el regreso no de uno, sino de dos infiernos indecibles, como un sobreviviente que no puede, siquiera, sostener su nombre?⁴

⁴ Aun cuando se lo “haga caer” hacia el espacio de marginación, el marginal no puede ser un marginado, *un directa y absolutamente otro*: su propia idea de lo justo y de lo legítimo se lo impide; él ha formado su pensamiento en la cosmovisión que lo excluye, y a ella reivindica su pertenencia. Pero además, en el territorio de lo invisibilizado también permanecerá en condiciones de marginalidad: un gaucho no es “un señor de la ciudad”, eso está claro, pero nunca llegará a ser un indio, *un igual*, en la mirada que los indios tienen sobre sí. A un lado, no *dentra en la lista* para cobrar sus servicios, al otro no participa del reparto equitativo de los bienes robados. Su destino es fronterizo: por más largas que sean sus idas y sus vueltas, por mucho que se empeñe en sus desplazamientos, el lugar del pobre es el margen.

De acuerdo con la lectura que intento proponer aquí, esta degradación, esta *caída* de la institucionalidad, esta despersonalización que el mismo orden institucional provoca y de la que se sirve, se despliega en cinco instancias sucesivas que inscriben su rastro en la huella de las asimilaciones espurias y las oposiciones consecuentes que dejáramos planteadas en el párrafo anterior. El mismo texto ofrece las figuras paradigmáticas que permiten identificar a una y otra instancia de semejante exterminio simbólico que “la tríada trágica” (derecho-Estado-gobierno) proyecta sobre *los pobres* en la negación de sus nombres –esto es, en el desconocimiento de su subjetividad en el espacio común intersubjetivo- y que no pocas veces incluso extiende sus efectos hacia el registro de lo real, en la desaparición de sus cuerpos.

Sin espacio en el presente trabajo, para desarrollar conceptualmente las implicancias que cada una de estas figuras paradigmáticas supone en el texto y contexto de la obra de Hernández, me limitaré a señalarlas y a identificar los momentos en los que irrumpen, advienen, aparecen con mayor fuerza en el relato.

Entiendo que es importante tenerlas muy presentes, porque así -muy presentes- permanecen siglo y medio después en nuestra sociedad, en nuestro Estado, en nuestra particular manera de entender el Gobierno, el espacio de legitimidad y *el nos/otros* que nos enfrenta y nos reúne con *los otros* de *nos*.

Huelga decir aquí, en tal sentido, que la lectura conjunta de las “idas y vueltas” del *Martín Fierro* -y también del *Facundo* de Sarmiento, claro está- resulta ineludible para la comprensión plena del Código Civil con el que Vélez Sarsfield signó definitivamente los modos de nuestra organización jurídica nacional.

a) La fuerza de ley como ley de la fuerza (arbitrariedad). El Juez de paz.

En los tiempos de organización nacional y, en los límites del territorio organizado, el *Juez de paz* es la ley. No el intérprete, el aplicador, el vocero; ni siquiera el legislador. Él es, en sí mismo, en su persona, en su conveniencia y discrecionalidad, la ley misma. Y en tanto *ley encarnada* su voluntad deviene inapelable.

En la oposición entre lo urbano y lo rural, que es uno de los ejes por los que debe comenzar cualquier lectura de este relato, el campo es el lugar *de la inorancia*. Y allí, en el campo, el Juez de Paz es *el que sabe*. Nunca la

asimilación saber-poder es más exacta, más autosuficiente, más *sin restos*, que cuando *el que sabe* es uno solo. Entonces:

- a) En cuanto sabe la letra de la ley decide lo legítimo y lo permitido.
- b) En cuanto expresa su voluntad, determina lo exigido y lo posible.
- c) En cuanto hace de su propia voluntad la de la ley misma, trasciende toda frontera entre lo público y lo privado.

Como ya hemos visto, esta arbitrariedad arranca al gaucho de la *edad idílica*. Luego, su omnipresencia –trascendido el límite de lo privado la vida del pobre es pública, no hay para él una esfera de libertad que lo sitúe fuera del alcance de lo jurídico- inhibe cualquier intento de resistencia:

“De los pobres que allí había / a ninguno lo largaron / los más viejos rezongaron / pero a uno que se quejó / en seguida lo estaquiaron / y la cosa se acabó”. (versos 385/390, Libro I)

**b) La ley de la fuerza como fuerza de ley (corrupción y desidia).
La organización militar.**

Cuando el Juez de paz decide “el arreo de pobres” hacia la frontera con el indio, los “arreados” pasan desde el orden civil al orden militar. Sin haber adquirido nunca plenos derechos de ciudadanía, los marginales son ahora meros cuerpos para el uso de un sistema perverso que invoca la necesidad colectiva y persigue, a través de esa invocación manipuladora, el enriquecimiento individual de quienes han sabido oportunamente beneficiarse *de, en y por* un Estado/Gobierno/Derecho estructuralmente corrupto.

De la arbitrariedad a la corrupción, el tránsito se completa con la desidia. *Picardía Cruz* explicará con detalle este proceso, en el Libro II: erogaciones públicas, ingresos privados, apropiación obscena de los recursos colectivos. No obstante, como también hemos visto, ya Fierro anticipa en el Libro I la contraposición entre lo declamado y lo actuado, denuncia el infranqueable abismo que el sistema instaura entre el aparente cumplimiento de una carga legal que exige el sacrificio subjetivo –el servicio militar en la frontera- y la real instrumentalización de esa subjetividad en su cosificación ilegítima para el mero beneficio de otra gente.

“¡Y qué indios, ni qué servicio / si allí no había ni cuartel / Nos mandaba un coronel / a trabajar en sus chacras/ y dejábamos las vacas / que las llevara el infiel.” (versos 415/420, Libro I).

“Yo primero sembré trigo / y después hice un corral / corte adobe pa un
tapial / hice un quincho, corté paja / ¡*La pucha, que se trabaja / sin que le
larguen ni un rial.*” (421/426) –

“*Y es lo peor de aquel enriedo / que si uno anda hinchando el lomo / ya se
le apean como un plomo... / ¡Quién aguanta aquel infierno! / Y eso es
servir al gobierno, / a mí no me gusta el cómo*” (427/432)

**c) La replicación de “fronteras” en el espacio de lo legítimo
(estigmatización y xenofobia). El gaucho, el negro, los extranjeros.**

Mano de obra ya no barata sino gratuita, nunca sujeto pleno de derechos,
siempre amenazado por devenir *cosa* –herramienta para la riqueza de otro- o
nadie –objeto de la “caza menor”- el gaucho reivindica su identidad en el
“desierto”, como anticipamos, a través de la exageración de sus diferencias
con *los otros pobres* reclutados y la replicación magnificada de la
estigmatización que sobre él se yergue.

Tal forma de reivindicación identitaria se afirma sobre un doble
desplazamiento inconsciente:

- a) El del responsable de sus males, desde un poder al que no puede
enfrentar y un indio cuya amenaza funciona únicamente como
excusa para la construcción de “riquezas civilizadas”, hacia los
extranjeros, los negros, los *visiblemente otros, malignos o maricas*.
- b) El de la consideración de sus circunstancias, desde una imposición
aberrante hacia un motivo de orgullo, que le permite demostrar lo
que él mismo sabe y puede soportar, pero esos otros, *inservibles,
temerosos, ladrones y mezquinos*, no.

En su replicación, la estigmatización deviene xenofobia. El desierto es tierra
de nadie –o mejor, de unos pocos, inalcanzables- y no hay lugar para todos
en él. La competencia “para no caer” hacia el espacio de marginación es tan
cruel como incesante. No hay treguas.

Una vez desplazado de su lugar de responsabilidad, el Gobierno –el Estado,
la ley- pasa a ser un aliado en el inconsciente del gaucho, que reivindica su
pertenencia a la misma patria en nombre de la cual se lo explota. Por un
momento, frente a los migrantes, el Estado puede ocupar, incluso, el lugar
del “buen patrón” de los tiempos idílicos y el gaucho, en cuanto es *el que
sabe* sobrevivir allí, se permite aconsejarlo.

“*Yo no sé por qué el gobierno / nos manda aquí a la frontera / gringada
que ni siquiera / se sabe atracar un pingo.*” (versos 889/892, Libro I)

d) El exceso de la expulsión sistémica (la proliferación de “nadies”). El gaucho matrero.

El Estado es una abstracción lejana; el Gobierno, también. El Derecho es lo que el Juez de paz dice que es, y los que mandan tienen el poder de la fuerza; el gaucho no los puede enfrentar. Para identificarse en la confrontación, es necesario una figura real, cierta, cotidiana, al alcance de la mano, a fin de situarla en el lugar del *otro* y, una vez emplazada allí, diferenciarse de ella y sitiarse hasta hacerla caer.

En la pelea por sobrevivir en el “desierto”, el gaucho encuentra al extranjero y construye, en su figura, *un otro* que no es mejor que él, *un otro* que sabe menos, *un otro* que no tiene nada que hacer acá.

Sin embargo, la *solidaridad vertical* que la *xenofobia alimenta y justifica* no es más que una ilusión efímera: ni el Estado, ni el Gobierno, ni el Derecho – y mucho menos el Comisario y sus subalternos- pueden sostenerse más que un mínimo instante en la posición del buen patrón que, en los tiempos idílicos *llamaba a la gauchada*, en medio de las tareas *pa darle un trago de caña*, según cree recordar el cantor de sus penas, en el verso 227 del Libro I.

Obligado a trabajar gratis, por un supuesto empeño patriótico que no es tal, armado con *lanzas y latones con ataduras de tiento* y sin armas de fuego ni municiones, porque sus jefes las venden a los cazadores de ñandúes, *a pie y mostrando el ombligo, estropiao, pobre y desnudo*, a los tres años de vivir *mugriento* y en la mayor miseria que haya visto jamás, Fierro deserta. Lo que sigue, ya lo hemos contado: regresa furtivamente a su casa, a su mujer, a sus hijos, solo para descubrir que ya no tiene casa, mujer ni hijos a los que regresar.

Entonces, *se hace matrero*; se vuelve a ir. La escena remite a tantos otros personajes, en tantos otros relatos –incluso en nuestros diarios de hoy- que vuelven de experiencias terminales; por ejemplo, la prisión. El villero, el pobre, el marginal, es carne de arbitrariedad, mercancía barata para la corrupción, objeto de la desidia, materia de estigmatizaciones fáciles: “*mas dijero que era vago/ y entraron a perseguirme*”, repasa el protagonista frente a la nada de todo lo que dejó, cuando fue obligado a irse. La persecución impone la huida y la huida de la autoridad refirma, justifica, legitima, la estigmatización. La única defensa, decide Fierro en estas circunstancias, es la no defensa; el sistema lo ha expulsado, él expulsará de sí mismo al sistema renunciando a toda expectativa de pertenencia y reconocimiento.

No es una decisión inconsecuente, claro está. Cuando alguien acepta, asume, entiende que su vida no vale nada para el Derecho –y que el Estado, lejos de garantizarle la posibilidad de un proyecto de vida digna, se la coarta

impunemente- difícilmente encuentre razones para respetar el derecho a la vida de los demás.

En su condición de matrero, Fierro *que nunca peleaba ni mataba sino por necesidad*, llega a matar a un negro, sin ninguna razón y, aunque en el canto VII –en cuartetos- dirá “*nunca me pude olvidar / de la agonía de aquel negro*”, en el siguiente –que comienza en estrofas de ocho versos y a la cuarta retoma las *sextetas* o *sextinas*- se enfrenta casi gratuitamente a otro gaucho al que deja “*mostrando el sebo, de un revés con el facón*”.

Nada en Hernández es azaroso. La alteración de la métrica coincide con el punto de inflexión en la vida del protagonista. Fierro, claramente, ya no es el mismo. Su vida sigue, pero él fue empujado a ser nadie, otro. Alguien más *que no cuenta*, algo.

e) La insuficiencia del esquema expulsivo (la rebelión ante lo injusto). Cruz.

Del sujeto al objeto y del objeto a la nada, el esquema expulsivo que el poder corrupto ejecuta sistemáticamente sobre los pobres, amenazándolos en su pobreza hasta hacerlos *caer de sí mismos*, se completa y se reinicia.

La simbolización es permanente, lo real no se detiene, lo imaginario se repite hasta la exasperación.

Sin embargo, por propia definición, todo esquema es reductivo; y en tanto reductivo, se propone la simplificación de lo complejo, inabordable como tal. Funciona, sí; pero funciona al costo de su insuficiencia: en algún momento la re/presentación colapsa y el sistema entra en crisis. Eso es lo que viene a exponer el personaje paradigmático de Cruz.

“*Cruz no consiente/ que se cometa el delito / de matar así a un valiente*” grita en los versos 1.624 a 1.626 del Libro I, en lo que es su carta de presentación, hablando de sí mismo en tercera persona como si quien “pegara ese grito” no fuera *el sargento Cruz*, sino otro. Cruz el gaucho, el hombre, el marginal. No quien estaba a cargo de la partida que iba a detener a Fierro, sino aquel que, teniendo su propia historia de manipulaciones y despojos, desterrado de amores y despechos⁵, puede entenderlo y *ponerse de su lado*.

⁵ El sargento es el único personaje en el que la lectura que hace Ludmer del Martín Fierro como una obra sexista, podría tener algún mínimo sustento, siempre que se limitara a lo puramente literal. Sin embargo, a mi criterio, el texto expone claramente que su voz es la voz del enamorado traicionado que, por despecho, “habla de todas las mujeres en una” -como lo hace la mujer que incurre en el latiguillo común de que “todos los hombres son iguales”- para explicar por qué no volverá a enamorarse; y, en el contexto, las implicancias del orden social y la consideración de

Así, *poniéndose del lado-al lado* de aquel que fue comisionado “a cazar” se reencontrará a sí mismo como presa. Y en esa deriva inesperada, pero siempre latente, desertará también él. Juntos, cazador y presa, escapan a un territorio indio idealizado, al *más allá del desierto*, al lugar común de los nadies.

Cruz es, para mí, el personaje políticamente más interesante de toda la obra hernandiana. Su actuación es breve, sí, pero certera y fundamental. Viene a relativizar la división entre lo jurídico y lo antijurídico, entre quienes amenazan y quienes defienden el orden.

Con lata en la cintura o no, a uno y otro lado del ejercicio de la fuerza pública, de la represión, de la reja, suele estar la misma gente. “*Pucha si usted los oyera / como yo en una ocasión / tuita la conversación / que con otro tuvo el juez*” le dice a su presa-aliado-amigo. Y continúa:

“hablaban de hacerse ricos / con campos en la frontera / de sacarla más ajuera / donde había campos baldíos / y llevar de los partidos / gente que las defendiera” (versos 2107 a 2112, Libro I)

Es en este “hacerse ricos”, en el que “*todo se güelven proyectos / de colonias y carriles / y tirar la plata a miles / en los gringos enganchaos*”, donde Cruz traza su propia frontera: el problema son los que mandan. Y eso, porque entre los que mandan, no hay un pobre.

“Tiene el gaucho que aguantar / hasta que lo trague el hoyo / o hasta que venga algún criollo / en esta tierra a mandar” (versos 2.091 a 2.094, Libro I)

Este podría ser el verso final de lo que se conoce como “la ida”, su conclusión. Y tal vez lo habría sido, si el autor no hubiera juzgado necesario reafirmar la denuncia, la incertidumbre como única certeza del destino del gaucho –del marginal, del pobre- y cerrar el relato con la voz de su protagonista que rompe la guitarra *pa no volverla a templar*, en tanto todo está dicho. Y más allá, fuera del límite, con la aparición extraña de un narrador externo, al final, que dice desconocer el destino de los dos amigos y, en mayúscula hipostasia la voz del gaucho –que recordemos, había *empezado a cantar al compás de la vigüela, desvelado por una pena*

los alcances epocales del deber de fidelidad desalientan absolutamente esa lectura. Nótese que el marido engañado termina marchándose con algunos objetos escasos, dejando en el hogar común a la mujer con su amante, y si comete un homicidio por causa del descubrimiento del engaño, este se presenta mucho más político que pasional: el asesinado por Cruz es un asistente del comandante que intenta aprovechar la ocasión de escalar en la estructura militar corrupta, por un “importante favor personal” realizado a su superior asistido.

extraordinaria- para decir *que referí así a mi modo / MALES QUE CONOCEN TODOS / PERO QUE NAIDES CONTÓ.*”

III. Los regresos.

Decíamos que en “la vuelta” del Martín Fierro identificamos, al menos, cinco vueltas. Y también, que la continuidad del relato entendido como denuncia llega hasta el canto XXXI: este presenta la voz de un narrador externo, de una voz ajena, que habla en una estructura sin determinación de estrofas. El XXXII –tal vez la parte más conocida y divulgada de todo el texto- es la referencia común de la lectura canónica, que habla del “gaucho derrotado” o “resignado” al sistema del que fue expulsado y huyó, amparándose en los siete años que separan ambos libros. El XXXIII, el último, es *la misma edad de Cristo* según se ocupa de decir un Hernández que, de nuevo, usurpa artificialmente la voz de su gaucho y habla del *libro*, en lo que parece más una justificación política de lo escrito por el autor que una continuidad literaria de lo narrado oralmente por el personaje. El Libro II termina, como el Libro I, sacrificando lo textual a la urgencia omnipresente de lo contextual; ya no subordinado *el cómo* al *qué* sino directamente desplazando a uno, para inscribir al otro en su lugar.

No obstante, decíamos también que Martín Fierro había anticipado este final: rápidamente, en los versos 19 y 20 del segundo libro, anuncia, que “*si no llego a treinta y uno, de fijo en treinta me planto*”. Y volvemos a decirlo ahora: en el juego del truco, que es uno a los que *Picardía Cruz* se refiere expresamente en su vuelta –que nos permitimos leer aquí como “la del otro Fierro”, según se abundará-, XXXII, el número del canto que sostiene más enjundiosamente la lectura canónica, son “las perdedoras” en el envido (“*envite*”). Y además de ser “la edad de Cristo”, XXXIII es, en el mismo juego, la suma que asegura la victoria.

Pero el gaucho no puede ganar, ni redimirse. Por eso “se planta” con un juego adverso, todavía más abajo que los perdedores, obligándose a mentir. Y canta –o miente, en tanto “mentira” es otro de los nombres (im)propios del envido- confiando en su poder de convicción.

No sabemos qué nombres tenían los hijos de Fierro, pero sabemos, por el final del relato, que deciden cambiárselos. No sabemos si *Picardía* alude a la “*picardía de Inocencia*” o a la “*inocencia de Picardía*”, pero sabemos que es un nombre ajeno, impuesto, estigmatizante, del que no se puede desprender. No sabemos, finalmente, hacia dónde fue Fierro en su última deriva –a qué lugar, a qué otro nombre- pero sabemos que se fue; que otra

vez ha dejado de ser quien era. Visto así, el movimiento de esta final jugada hernandiana es homérico, admirable, genial.

Para terminar esta lectura, que intenta re/unir lo que el tiempo y la crítica se han empeñado en separar, intentaré hacer un rápido repaso de las cinco “vueltas” de “la vuelta”.

a) El hijo mayor y los excesos punitivos del derecho penal.

Condenado, por las dudas, junto con otros dos a los que también se había acusado por el homicidio de un boyero, el hijo mayor de Fierro vuelve del derecho originario, primero, más antiguo: su regreso es un regreso del sistema penal.

Consecuentemente, su canto es un canto de denuncia de los excesos punitivos, de las injusticias en la administración y ejecución del castigo. Ataca el uso y abuso de la fuerza legítima que la ley penal monopoliza. Y lo hace:

1. Denunciando la necesidad de imposición y aplicación del *indubio pro reo*, instituto penal que determina que ante la falta de pruebas contundentes no debe condenarse, sino liberarse, al acusado.

“Declararon otros dos / sobre el caso del dijunto / más no se aclaró el asunto / y el juez por darlas de listo / “amarraos como un Cristo / nos dijo, irán todos juntos.” (versos 1785/1790, Libro II)

2. Presentando su queja sobre el modo de administración de Justicia (*“ordinaria... es como la hacen”* dicen el verso 1794) y la “clientelización” del *criollo pobre* por parte del sistema penitenciario.

“Criollo que cai en desgracia / tiene que sufrir no poco / naides lo ampara tampoco / si no cuenta con recursos” (1809/1812)

3. Protestando por la duración exagerada de los procesos, con personas detenidas.

“Si de ajuera no lo apuran / el asunto va con pausa / tienen la presa segura / y dejan dormir la causa” (1817 a 1820) – *“pero es tanto la tardanza / que yo les digo por mí / que el hombre que dentre allí / deje afuera la esperanza.”* (1823/1826)

4. Exponiendo la precariedad del aislamiento carcelario y su exceso de rigor.

“la justicia es muy severa / suele rayar en crueldá” (1995/1996) – “somete al hombre a un suplicio / el más tremendo y atroz” (2027/2028) – “y en un presidio seguro / está de más tal rigor” (2035/2036)

b) El hijo menor y las obscenidades del derecho civil.

El “hijo segundo” regresa del segundo de los ordenamientos jurídicos; la pena que canta, difunde, hace saber, deviene de la manipulación usual del derecho civil. A diferencia de su hermano, no se queja por las insuficiencias, por los vacíos, de la ley sino únicamente por los modos institucionalizados de su implementación abusiva. Es decir; no es al legislador a quien denuncia, sino a los aplicadores del derecho, a la máquina perversa que estos operadores han montado, *amparándose en la letra*, para beneficio propio.

Su afrenta no proviene de la legalización de lo ilegítimo, sino de la legitimidad de lo ilegal. Repasemos su *historia*:

1. Adoptado por una “tía” que muere legándole campos y hacienda, la justicia lo desposee de sus bienes por su condición de menor.

Luego, mediante la inescrupulosa maniobra de nombrarle como tutor a un *cliente del sistema*, un *prestanombre*, vago y ventajero ocasional que vivía errando de cueva en cueva, condicionado por sus propias deudas judiciales –el viejo Viscacha, un ratero de poca monta que, como es muy sabido, le aconseja *hacerse amigo del juez*” para “*tener un palenque donde rascarse*” – la misma administración judicial que debía cuidar de su patrimonio termina por licuarlo

2. Cuando este particular tutor muere, los encargados de aplicar la ley lo hacen responsable de las insignificancias robadas que deja; algunas de las cuales son sustraídas impunemente por *el alcalde*, en el acto mismo de su constatación.

Le dicen que van a nombrar albacea, para la administración de esa miserable herencia ilegítima, pero ninguna noticia le dan de sus legítimas propiedades rurales.

3. Por último, se enamora perdidamente de una viuda. Y sin poder “curarse” de esa pasión desenfrenada con los procedimientos indicados por el curandero regional, acude a un sacerdote.

Este, probablemente aliado con el juez a cargo de la administración de su campo y de su hacienda, propone que sea des/terrado, “echado del partido” por “*cabeza dura*”.

Entiendo interesante leer aquí, cómo Hernández podría sugerir sutilmente - con la inclusión en el relato de la figura de este extraño “cura”, que cura amores- que la tradicional asociación entre Estado e Iglesia podía obrar, por entonces, en los límites alejados del espacio civilizado, como un instrumento de defraudación legalizada, a través del control total de las personas.

El segundo hijo de Fierro emprende, de tal modo, el viejo camino desde la arbitrariedad a la despersonalización, trazado ya por su padre una generación atrás. En la ciudad *los tiempos pueden haber cambiado*; en el campo, las prácticas, no.

“*Tal vez por ese consejo, / y sin que más causa hubiera, / ni que otro motivo diera, / me agarraron redemente / y en el primer contingente / me echaron a la frontera.*” (versos 2891/2896, Libro II)

c) *Picardía* que, recién se sabe Cruz cuando regresa (como un nuevo Fierro) desde otro Gobierno y la misma frontera.

¿Cuántas generaciones demora un cambio de hábitos políticos en la ciudad para llegar a las prácticas y costumbres enraizadas en los confines del territorio?

Lugar de *nadies*, el confín es un espacio siempre en disputa. Aún hoy, en los lugares más inaccesibles de nuestras provincias más distantes, ciertas prácticas que ya denunciaba Hernández en las “Idas” y “vueltas” de sus gauchos, siguen teniendo lugar de manera sistemática, consolidadas y naturalizadas por su mera permanencia al paso de los siglos.

De una generación a otra, en los *desiertos*, en las fronteras, en la marginalidad, nada cambia. *Picardía* Cruz, fruto del desengaño y del desamparo, hijo de la miseria, es otra vez su padre. Pero lo es, únicamente cuando regresa como *otro* Fierro. Sin embargo, él tiene otras ventajas, otros recursos: “no ha caído” en esa condición, nació en ella. A diferencia de sus antecesores, entonces, sabe cómo sobrevivir, cómo “acomodarse en la mala”: tramposo tahúr, primero, protegido de un oficial, después; sus penurias se deben al amor, no al desengaño.

Fuera de esa generacional naturalización de lo injusto, que la misma pulsión de vida exige –y de las diferencias anecdóticas, propias de cada biografía- la historia, los comportamientos y las denuncias se repiten, ampliados:

a) La xenofobia.

En el relato de sus hazañas, el joven Cruz cuenta risueño el despojo a *un Nápoles mercachifle* que *llora por sus chucherías*.

b) El corrupto aprovechamiento policial de los frutos del delito.

Un oficial “*que resucitó el diezmo*” y “*recorría el partido sin agarrar ningún malevo*”, pero traía en su carguero/ gallinas, pavos, corderos / que por ahí recolectaba (versos 3268 a 3270) extorsiona al cantor-tahúr, exigiéndole la mitad de lo que gana ilegalmente con sus fraudes, para no hacer caer sobre él, el peso de la ley penal. Luego, por causa de una mujer, este mismo oficial-socio-protector legal, confabula con el juez y lo envían a la frontera.

c) El fraude patriótico.

Si a Fierro lo reclutaron porque no iba a votar, a *Picardía* la policía lo reprime porque insiste en votar a un candidato distinto al que le imponen. Su rebeldía es activa, su disconformidad con el sistema es manifiesta; no obstante, el resultado no cambia. Lo único que consigue con su actitud son “palos” y un lugar en el desierto.

d) La discrecionalidad en las razones esgrimidas para la incorporación al contingente destinado a la frontera.

El “arreo de pobres” ya no se hace “a montón”; ahora se exhiben razones. Pero este cambio de conductas se agota en lo formal: las razones esgrimidas son todas igualmente válidas y no reconocen límite alguno entre lo público –no tener renta ni oficio, no votar- y lo privado (no cuidar a la familia o “visitar” a otras mujeres-).

e) La inexistencia de todo derecho para el gaucho en su lugar de destino.

Privación esta, que no se agota con el servicio, lo trasciende. Incluye también, la práctica común y fraudulenta de no otorgarle un comprobante que acredite el cumplimiento de la carga subjetiva estatal y exponerlo indefinidamente, de tal modo, a la amenaza de un nuevo traslado siempre posible, siempre acechante.

f) El carácter estructural de la corrupción enquistada en todo los estamentos del poder.

Desde el proveedor de los establecimientos al oficial encargado de las compras de insumos; desde este a la “mayoría”, a la “compañía”, al sargento y, por último, al cabo; el cantor nos cuenta, con detalle y justificación, de qué forma todos los partícipes en el tránsito de las mercadería adquiridas para los fortines distraen para su propio peculio una parte, a costa del erario público.

Así, aunque al Estado-Gobierno los contingentes le signifiquen grandes y continuas erogaciones; al soldado, el gaucho, el pobre, no le llega nada. Y

ahí anda el recluta, una generación tras otra, miserable, *tratado como un infiel*, mientras en el lugar de la leva su mujer –sola y sin plena capacidad civil para procurarse medios de subsistencia- es *obligada a vender a dos lo que vale diez*. A su vuelta –si es que hay una vuelta- nada encontrará.

Las conclusiones de *Picardía Cruz* –pero *Cruz*, en tanto *Fierro*-, son tan contundentes como irrefutables, lúcidas. A saber:

- a) “*La Provincia es una madre/ que no defiende a sus hijos*” (versos 3715/16)

Nótese aquí, que desde la perspectiva del gaucho, el límite del *Estado-Gobierno-Derecho* (la “tríada trágica”) refiere todavía al territorio provincial. El concepto de nación es, para él –arraigado a la tierra, impronta orgullosa de su paisaje- impensable.

- b) “*No tiene patriotismo / quien no cuida al compatriota*” (3723/3724).

La patria puede ser la provincia o el país; pero es, antes que nada, su gente.

- c) “*aquí nacer en estancia / es como una maldición*” (3711 y 3712).

El destino del pobre, reiterado generación tras otra, asoma como ineluctable, eterno.

- d) “*Y ya es tiempo, pienso yo / de no dar más contingente / y si el Gobierno quiere gente / que la pague, y se acabó,*” (versos 3705 a 3708, cuarteta).

Así las cosas, la rebelión de los arreados – y ya no, el gobierno de un criollo que había anhelado su padre- parece ser la única vía de salida frente a la eternización del arreo.

d) El cantor moreno y la culpa en el derecho natural.

Agón filosófico al modo griego –remedo del mítico enfrentamiento discursivo entre Homero y Hesíodo, paradigma de la oposición entre lo divino y lo humano- el hermano del moreno que Fierro asesinara sin razón en su época de matrero, vuelve a recordarle que, *en el derecho natural, la culpa no prescribe*. Fierro vence en la payada final, pero su triunfo no es gratuito: las mismas respuestas que le dan el triunfo le anticipan que esa culpa jamás desaparecerá:

- a) *Si el tiempo es una rueda*, las malas acciones vuelven una y otra vez a la conciencia.

- b) Aunque *El ser es Uno*, persiste a condición de su multiplicación y de sus vueltas. Nunca sabemos a cuántos alcanza un mal, un daño; ni quien regresará a reclamar por él.

A salvo del castigo jurídico por la prescripción de su delito, Fierro ya había empezado a absolverse moralmente –en una autodefensa inconsciente que, con los mismos alcances que Hernández, Nietzsche se ocuparía también de observar- proyectando sobre su víctima la razón de su proceder. En eso estaba, cuando el moreno llega para recordarle que la justicia de Dios no olvida, independientemente de lo que decidan los hombres con su ley injusta:

“La ley es tela de araña / en mi inorancia lo esplico / no la tema el hombre rico / nunca le tema el que mande / pues la ruerpe el bicho grande / y solo enrieda a los chicos” (4235/4240, Libro II)

De este modo, la misma recurrencia al derecho divino que muchas veces había consolado al gaucho ante el padecimiento de tantas injusticias, lo perpetúa en el lugar del injusto. Y así, en un nuevo movimiento recursivo, en un imprevisible retorno *no idéntico* de lo que ya pasó, volvemos hacia una de nuestras observaciones del inicio: si algo demuestran *las idas y vueltas* de Martín, es la dificultad de los esquemas y la insuficiencia de las reducciones simbólicas para aprehender la complejidad de lo real.

- e) **Fierro volviendo a (y desde) sí mismo: un hombre que da consejos.**

Dejamos para el final al protagonista de la obra, que inicia y culmina el relato del libro II, si prescindimos del resumen final a cargo del autor, que usurpa su lenguaje y su lugar. Y al *compás de su recuperada vigüela*, observamos en él una doble vuelta: *a* y, luego, *desde* sí mismo. Así, decimos que:

- a) Fierro vuelve *a* sí mismo cuando introduce el relato con la caracterización extrema del indio –que ya ha sido conquistado, exterminado, objeto de masacre- como *el otro absoluto* que le permite, en la diferencia infranqueable, recuperar su identidad de gaucho y su aspiración a la pertenencia social del territorio civilizado, hasta el punto de decir que *“infierno por infierno, prefiero el de la frontera”*.

Se trata, seguramente, de una estrategia de supervivencia de quien –además de no tener dónde volver- ya no tiene lugares para escapar: al momento de “las vueltas”, la conquista ha avanzado sobre toda la pampa bonaerense. Entonces, el indio es sucesivamente: feroz, vago, ladrón, impío, cruel, bestial –carece, incluso de la capacidad humana de la risa-, abusivo, sucio y esclavo

de su propio caballo. Su sentido de la ética se reduce al reparto del botín y su estética es, cuanto menos, extraña:

“Aunque esto parezca extraño / ninguno lo ponga en duda / entre aquella gente ruda / en su bárbara torpeza / es gala que la cabeza / se les forme puntiaguda.” (versos 1070/1074, Libro II)

Pero hasta el peor de los infiernos tiene un final.

Rescatando a una cautiva que era cruelmente tratada por un indio –a quien mata sin consecuencias penales ni morales- el gaucho regresa a su “tierra bendita” en la que crece el ombú y, apoyando sus labios sobre el suelo, la besa. Cierra así *el círculo de la pena*, que había iniciado cinco años antes en su última mirada a la estancia, cuando junto a su cazador-amigo-compadre Cruz, dejara el espacio de civilización.

- b) En el final del relato, en el famoso y tan citado canto XXXII, Fierro vuelve *desde* sí mismo. Y antes de despedir a sus dos hijos y al de Cruz, actúa ya no como un marginal sino como un incluido.

Recuperando la analogía que arriesgábamos en párrafos anteriores, podríamos decir que *es más Héctor que Martín. Un hombre que da consejos* en una tierra en la que muchos crecen sin padres y muchos padres erran y deambulan; un tutor, *un amigo*.

Sin ruborizarse, les habla desde su triunfal derrota. Y les dice, sucesivamente: vivan con precaución, estudien –pero no más de lo necesario-, confíen en Dios –y a lo sumo, no más que en uno o dos hombres-, sean honestos, trabajen, cuiden su nombre y cúidense. Defiendan a sus hermanos, elijan a sus amigos, asistan a sus ancianos. No beban, no roben, cuiden a sus mujeres, subordinense. Este último, es tal vez el consejo más extraño de todo el catálogo de conductas que el gaucho de estancia aspira a legar a sus hijos de sangre y de corazón.

“el que obedeciendo vive / nunca tiene suerte blanda; / más con su soberbia agranda / el rigor en que padece; / obedezca el que obedece / y será bueno el que manda.” (versos 4715/4720, Libro II)

Mucho se ha escrito, mucho se ha interpretado, al respecto. Volviendo sobre sí misma, la narración hernandiana regresa a los tiempos idílicos del “patrón bueno” y hace depender esta bondad de la obediencia incondicionada del subordinado. Pero ni los hijos de Fierro ni *Picardía* están en condiciones de suscribir esto: han visto, han sufrido, han vivido demasiado. Saben que *la bondad del que manda* –y mucho más, cuando *el que manda* es una abstracción lejana como el Estado o el Gobierno- no depende de la actitud de los que obedecen.

No parece azaroso –nada lo es aquí- que la noticia de la separación y el cambio de nombre de los personajes precedan a este canto de *consejos de amigo*, resignados, extemporáneos, ajenos. El relato de las andanzas ha terminado, la denuncia de los abusos en los tiempos de organización parece haber concluido: el canto XXXII funciona, en la narración, como un apéndice, una enumeración de algo así como los *deberes del buen cristiano*, dados por quien ya no es Martín Fierro, a quienes ya no llevan el nombre de sus hijos, ni el apellido de su amigo.

Luego llegará el Canto XXXIII en el que el autor *hace propia* la voz de su personaje y habla con el lenguaje que había inventado para él. La tensión entre el *qué* y el *cómo*. La confusión de las lenguas.⁶ El contexto invadiendo un texto que lo trasciende ampliamente y muchas de cuyas denuncias a los abusos del poder podrían seguir firmándose, válidamente, hoy.

“NO PARA MAL DE NINGUNOS / SINO PARA BIEN DE TODOS.” (y así, con mayúsculas)

Conclusiones

A modo de conclusión de este trabajo, entiendo posible arriesgar algunas certezas que, desde nuestros tiempos fundacionales hasta aquí, siguen teniendo plena validez:

- a) Solo la deconstrucción continua de la espuria asimilación *Estado / Gobierno* permitirá el pleno ejercicio de un país que afirme su concepción del Estado de Derecho en la efectiva vigencia de los derechos de quienes *son mandados*.
- b) La complejidad del escenario nacional desalienta toda pretensión esquemática de tipo bipartito entre *los incluidos* y *los otros* –los marginados- que prescindan de la consideración de los marginales en tanto habitantes de las fronteras de lo legítimo.
- c) No hay espacios sin ley. Cuando la *fuerza de ley* cede espacios, la *ley de la fuerza* lo ocupa. Y la coexistencia, entre una y otra, es conceptualmente imposible: la *ley de la fuerza* avanza sobre el espacio de legitimidad que se retrae, en un continuo escenario de equilibrios

⁶ En el inicio de su libro *El discurso criollista en la formación de la Argentina moderna*, Adolfo Prieto se ocupa de observar que, a la muerte del autor los medios urbanos de Buenos Aires, anunciaban la muerte del personaje: “*Ha muerto Martín Fierro*” tituló La Nación, el 22 de octubre de 1886. Por la lectura que intento hacer aquí, entiendo que a Hernández esta forma de titular – aparentemente despectiva, pero al fin consagrativa- no le hubiera disgustado, en absoluto.

precarios, que únicamente conviene a quienes hacen negocios desde el poder, a uno y otro lado de las fronteras replicadas y móviles.

- d) La justificación de la subordinación a un orden de derecho no es el castigo sino la promesa: cuando las personas asumen que su vida no vale nada, no tienen argumento alguno para respetar la vida de los demás.
- e) Si el Derecho no sirve para garantizar la posibilidad de un proyecto de vida digno para todas las personas que pretende regir, en su situación concreta de vida, resulta un simple y manipulable ejercicio ocioso sin ninguna importancia práctica.
- f) Una sociedad de víctimas es inhabitable. La ley que no se propone la elusión de los daños y, luego, la minimización de su impacto en el entramado social, no cuenta con la credibilidad necesaria para regir como ley: no existe más allá de su mera formalidad.

Al fin de cuentas, la Justicia como tal es irrealizable y la exigencia de *realizar la justicia* que pesa sobre abogados y jueces, es absurda: siempre una ley puede ser más justa, siempre una sentencia pudo haber sido más legítima. El espacio de lo injusto es incommensurable, y se avanza sobre él, despejando las injusticias más obscenas solo para revelar otras igualmente obscenas que permanecían ocultas tras la que se despeja; la tarea de deconstrucción es tan incesante y continua como indelegable.

La organización nacional no es un acontecimiento, sino un proceso siempre en crisis; re-organizar es organizar una y otra vez, en una dinámica de espiral, de sinfín –de eterno retorno de lo mismo, no idéntico- con sus idas y sus vueltas, sus continuidades y sus interrupciones. No hay creadores que se distingan definitivamente de su creación, *lo creado* puede derrumbarse a cada momento. En ese marco, lo único que trasciende y permanece, es el impulso creador, la pulsión de vida, el flujo organizador, denunciante; en definitiva, el compromiso político de crear –una nación, un Derecho, un Estado- y re-crearnos como administrados, justiciables, ciudadanos, cada vez mejores, cada vez menos complacientes.

Se trata, en definitiva, del *qué* y del *cómo* –también del *cuánto*- estamos dispuestos a tolerar, a consentir, a permitirle a los que mandan. Y esto, a la vista de la genialidad de su obra, *Hernández/ Fierro/Picardía*, parece haberlo entendido mucho antes y mucho más cabalmente que la gran mayoría, tanto de sus adeptos incondicionales como de sus críticos.

Referencia bibliográfica

Hernández, José. **El gaucho Martín Fierro**. Edición digital basada en la de Buenos Aires, Imprenta de La Pampa, 1872. Publicada por Biblioteca

Virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-gaucha-martin-fierro--0/html/ff29f9cc-82b1-11df-acc7-002185ce6064.html> [Fecha de consulta: 16/09/2019]

DERECHOS HUMANOS

Dimensión procesal de los derechos humanos: claves sobre su comprensión y ejercicio ^(*)^(**)

Procedural dimension of human rights: keys on their understanding and exercise

Antonio Sánchez-Bayón¹

Gloria Campos²

Carlos Fuente³

(*) Recibido: 15 diciembre 2018 | Aceptado: 10 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 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). 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). 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).
cfuente@isemco.eu

Sumario: Presentación. **1.** Dimensión procesal de los derechos humanos. **2.** Aspectos procesales del sistema universal. **3.** Aspectos procesales de los sistemas regionales. **3.1.** Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **3.2.** Sistema Europeo de Derechos Humanos. – Conclusiones. – Bibliografía.

Resumen: en este artículo se aborda la puesta en ejecución del derecho sustantivo iushumanista. Por tanto, se centra la atención en la exigibilidad efectiva iushumanista, tanto *ex ante* (como garantías en el marco de las políticas públicas y su regulación correspondiente) como *ex post* (frente a actuaciones de los poderes públicos, máxime en la parte forense, como en la de mejora de los instrumentos iushumanistas existentes). Igualmente, se ofrecen modelos de documentación a emplear y recomendaciones sobre su uso.

Palabras clave: Derecho procesal, derechos humanos, sistemas de protección de los derechos humanos, sistema universal, sistema regional.

Abstract: This article deals with the implementation of the Iushumanist substantive law. Therefore, attention is focused on effective iushumanist enforceability, both *ex ante* (as well as guarantees within the framework of public policies and their corresponding regulation) and *ex post* (in relation to actions by public authorities, especially in the forensic part, as in the improvement of existing iushumanist instruments). Likewise, models of documentation to be used and recommendations on their use are offered.

Keywords: Procedural law, human rights, systems for the protection of human rights, universal system, regional system.

Presentación

En este texto se aborda la puesta en ejecución del derecho sustantivo de los derechos humanos. Por tanto, se centra la atención en la exigibilidad efectiva iushumanista, tanto *ex ante* (como garantías en el marco de las políticas públicas y su regulación correspondiente) como *ex post* (frente a actuaciones

de los poderes públicos, máxime en la parte forense, como en la de mejora de los instrumentos iushumanistas existentes).

Entre las preguntas de partida a plantearse, se invita a reflexionar sobre: ¿qué son los instrumentos de petición, denuncia y apoyo y cómo se tramitan? La dimensión forense es la relativa a los tribunales, ante los cuales no se puede actuar de cualquier manera, sino que ha de saberse usar cuáles son los términos y plazos aplicables, así como los escritos requeridos para tramitar cada acción. En materia de derechos humanos es muy importante realizar previamente un agotamiento de las vías internas de recurso y, de ahí, dar el salto al Ordenamiento internacional, seleccionando la jurisdicción según criterio de *ratio decidendi* (quién puede conocer y decidir al respecto).

A conocer estos aspectos de puesta en práctica de la protección y promoción de los derechos humanos se dedican los siguientes epígrafes.

1. Dimensión procesal de los derechos humanos

Muchos son los mecanismos de control que los propios sistemas de derechos humanos prevén en sus tratados constitutivos, y que se suelen desarrollar en los protocolos y/o en los estatutos de los órganos encargados de tal misión (v.g. cortes, comisiones, altos comisionados, *ombudsman*). Igualmente, circulan un buen número de consejos para los particulares, de modo que sean capaces de incoar procedimientos de denuncia y/o petición⁴; sin embargo, lo más relevante es detectar bien el tipo de violación (qué derecho se ha lesionado, y la gravedad y urgencia del supuesto), determinar cuál es su sistema de protección y, además, acometer un estudio preliminar de la regulación marco al respecto (para realizar una calificación preliminar orientativa). Y es que, no es lo mismo una violación genérica, que una de género, yendo por cauces distintos; ni que haya tenido lugar en unas coordenadas espacio-temporales u otras, etc. (vid. prácticas). Eso es lo primero a considerar: clarificar los hechos, buscar los fundamentos de derechos más ajustados (por razón de especialidad material y proximidad espacio-temporal), y acometer en consecuencia la calificación jurídica, que

⁴ Entre los oficiales, se remite a las páginas electrónicas del Alto Comisionado o del SEDH (vid. infra), mientras que de los privados, se ha seleccionado aquellos ofrecidos por J. García Espinar (Consultor, Peticionario y Presidente de la *Fundación Acción Pro Derechos Humanos*, URL: <http://www.derechoshumanos.net/denunciar/Denuncia-violacion-derechos-humanos.htm>), quien advierte que: “Antes de presentar una denuncia por violación de derechos humanos, ante organismos internacionales, deben de tenerse en cuenta las siguientes recomendaciones y observaciones: 1) Agotamiento de los recursos judiciales internos (...); 2) Posible acceso a justicia gratuita (...); 3) Elección del mecanismo de denuncia a utilizar (...)”. Para entender mejor, vid. supra.

bien se puede apoyar en las resoluciones de los órganos de control previamente citados. De este modo, se asegura la validez y efectividad de las tramitaciones.

2. Aspectos procesales del sistema universal

Como se vio en pasadas unidades, el sistema universal iushumanista de la ONU está compuesto por un nutrido conjunto de instrumentos protectores. De dicho conjunto, hay una serie de tratados principales, con sus comisiones correspondientes, ante las que hay que interponer las solicitudes de revisión de casos.

Según el Alto Comisionado de Derechos Humanos (como órgano responsable de coordinar la acción de todos los demás)⁵, para llevar a cabo su mandato, se requiere casi de un millar de funcionarios (o agentes de la organización, a datos de 2010), quienes operan desde las sedes principales de Ginebra y New York, así como en la decena de oficinas regionales y las más de doscientas misiones de paz por todo el mundo. A todo ello hay que añadir la nutrida red de asociaciones de la sociedad civil que ayudan a aplicar la regulación iushumanista y a tramitar las peticiones de revisión de casos.

Hasta la crisis del 2008, la diversidad de vías del sistema universal iushumanista de la ONU solía abrumar, por lo que se prefería actuar a través de los sistemas regionales (al contemplarlos algo más próximos a los sistemas nacionales, con una corte ante la que presentar el caso); sin embargo, en la posglobalización, en términos procesales, resulta más ventajosa la vía del sistema universal, pues está consolidada la actuación digital, por lo que los plazos son más cortos, y las medidas preliminares de amparo llegan antes. La generación de milenios (nacidos a partir de la década de 1990), dadas sus habilidades idiomáticas y tecnológicas, parecen preferir la vía del sistema universal (por dicha implantación digital), pues favorece una mayor participación, con términos y plazos más ajustados a su ritmo de vida.

La investigación de supuestas violaciones de derechos humanos pueden iniciarse por los propios organismos del sistema universal (por informes de relatores y por seguimiento de países), o por los propios afectados (a instancia de parte). En el segundo caso, el primer paso para incoar un proceso en el sistema universal es ponerse en contacto vía email con la comisión

⁵ El Alto Comisionado es el órgano coordinador de los programas pertinentes de educación e información pública de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos (Resolución de la Asamblea General 48/141).

pertinente (que se considere competente para conocer de la supuesta violación), respondiendo en un breve plazo, con instrucciones para avanzar en el proceso (bien pidiendo más información de los hechos, bien remitiendo a la red de colaboradores locales, etc.); incluso, si se detectara la falta de competencia, se facilitaría la puesta en contacto con el organismo adecuado. Existen procesos especiales, por la gravedad del supuesto, que pueden dar lugar al envío de una *misión in loco*, para recabar mejor información y asegurar así actuaciones correctas (incluida la comunicación inmediata del país afectado, de dicha visita y el cese de actuaciones, solicitándose su colaboración para resolver el problema).

3. Aspectos procesales de los sistemas regionales.

Como se viene explicando en otras publicaciones, además del sistema universal **iushumanista de la ONU, existen varios sistemas regionales de derechos humanos**: ¿Cuáles son los sistemas regionales de derechos humanos con mayor peso en sus regiones? De un lado, el *Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (SIDH), y de otro, el *Sistema Europeo de Derechos Humanos* (SEDH); son los dos sistemas regionales iushumanistas con tradición más prolongada y mejor conocidos internacionalmente. Dichos sistemas regionales tienen más éxito en su estructura y ofrecen un sistema de protección más amplio; no obstante, existen otros sistemas, como el Sistema Africano de Derechos Humanos, que va cobrando mayor relevancia, aunque aún ha de seguirse trabajando en su consolidación, ampliación y profundización

3.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Se ofrece aquí una guía breve para iniciar los trámites en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), en concreto en su Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), que aún mantiene el trámite previo de presentación de casos ante la Comisión Interamericana en Washington DC (EE.UU.), antes de enviarse a la Corte Interamericana en San José de Costa Rica (vid. infra)⁶. Y es que desafortunadamente –pese a los discursos oficiales, la realidad es otra, tal como ya se denunciara en publicaciones pasadas, como *RIDE* o en *Introducción al Derecho Comparado y Global-*, una de las paradojas habituales del positivismo-formalista en buena parte de las Facultades de Derecho iberoamericanas es

⁶ Se recomienda la consulta del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (aprobado por la Comisión en su 137º período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147º período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1º de agosto de 2013, URL: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>).

que, pese a mantener un discurso eminentemente forense (orientado a la práctica de la abogacía ante los tribunales), no se suelen salir las explicaciones del bucle exegético de la regulación estatal, por lo que no se enseñan aquellos aspectos procesales que no figuren expresamente en dicha regulación –cuando lo interesante es justo esta última faceta del jurista, que mediante su conocimiento, es capaz de calificar cualquier supuesto y saber iniciar los trámites incoatorios de procesos-. Pues bien, como este repertorio pretende ajustarse a un positivismo más realista, de vocación holística, se aconseja a quienes deseen denunciar violaciones de derechos o presentar escritos de objeción de conciencia, entonces, por favor, sigan las siguientes recomendaciones –predicables para la mayor parte de Ordenamientos actuales respetuosos de las reglas más elementales de las democracias de derecho-.

Septálogo RIDE: los siete pasos para llevar a la práctica los materiales de este repertorio⁷

1.- ¿Cómo detectar una violación de derechos? Tres son los indicadores elementales, relativos a deficiencias de: a) legitimidad, pues no confiamos en la norma, ya que nos sentimos vulnerados por ella (v.g. va contra nuestros valores y tradiciones, dificulta el transcurso de nuestra vida normal); b) validez, debido a los fallos de fuente, forma o fines que presenta la norma (v.g. no se han satisfechos los términos y plazos para su tramitación parlamentaria); c) eficacia, porque no se cumple en la realidad o resulta injusta en su aplicación (v.g. falta de medios, complejidad en sus planteamientos).

2.- ¿Cómo calificar una violación de derechos? En principio, en un Estado democrático de derecho, una norma no puede suspender nuestras libertades, sólo reducir el ejercicio de nuestros derechos, de manera limitada en el tiempo y por una causa bien fundamentada –basada en el bien común y sin alambicadas explicaciones: cuanto mejor se entienda y comparta a la primera, menos sospechosa resultará-. Para realizar una buena calificación es necesaria una detallada narración de los hechos, un elenco de fundamentos de derecho, y una argumentación clara y directa que interconecte hechos con fundamentos.

3.- ¿Qué estrategia seguir? Antes de proceder con el derecho positivo concreto, es necesario elegir cómo actuar: colectiva o individualmente.

a) Estrategia colectiva: por vía de la contestación (denuncia pública), la revisión (como reforma, al proponer un cambio, o como revolución, al recurrir a la fuerza subversiva), o

⁷ González, M., Sánchez-Bayón, A.: *RIDE. Regulación Iberoamericana de Derecho Eclesiástico*, Madrid: Delta, 2011. Sánchez-Bayón, A.: *Introducción al Derecho Comparado y Global*, Madrid: Delta, 2011. – *Concordia constitucional*, Madrid: Delta, 2013. Complement., vid. 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.

la desobediencia civil (se denuncia la ley y no se cumple, obligando a ejecutarse la sanción al respecto, de modo que quede evidenciada su sinrazón y abusos).

b) Estrategia individual: por la conciliatoria (presentando un escrito de objeción de conciencia ante la instancia más inmediata al suceso, con copia al defensor del pueblo u organizaciones de apoyo ciudadano), o por la contenciosa (acudiendo a los tribunales).

4.- ¿Cómo encontrar y articular los fundamentos de derechos? Previamente a consultar los preceptos de una ley o convenio, es necesario estudiar si dicha norma era vinculante al momento de producirse la violación de derechos. También es aconsejable realizar un análisis de naturaleza jurídica elemental, para cerciorarse acerca de los sujetos, el objeto y los contenidos afectados.

5.- ¿Qué puedo encontrar dentro del RIDE? Para facilitar la tarea de rastreo y cita de fuentes de derecho, desde esta obra hemos tratado de seleccionar los preceptos que le aclaren los puntos a valorar (vid. pregunta anterior), así como las fechas de publicación y entrada en vigor de la norma. Además, suele haber referencias cruzadas entre los bloques, para que así pueda observar sin dificultad los preceptos relacionados y complementarios a su causa.

6.- ¿Cómo estar seguro de que esos fundamentos son los más adecuados? Al plantear la causa, es aconsejable fijar una reclamación principal, sustentada en otras complementarias, por si no fuera aceptada la primera, que en cambio pueda continuar gracias a las demás. Esto hay que hacerlo sin caer en constructivismos jurídicos, por lo que si, por ejemplo, la violación de los derechos económicos y sociales de los pueblos indígenas no son en la actualidad vinculantes de manera inmediata, sí lo son a través de una argumentación que los conecte con otros mandatos generales relativos al respecto de los derechos humanos, y aquellos análogos de *ius cogens*, como es el derecho de libertad religiosa. Pero lo que no es posible, como ejercicio constructivista, es directamente reconducir todos los posibles supuestos de violaciones de derechos indígenas a los preceptos sobre libertad religiosa.

7.- ¿Cómo saber impulsar el proceso? La regla general es, acudir al asesoramiento de un abogado en ejercicio, o en su defecto, consultar al secretario judicial, para que nos informe de los términos y plazos. En todo registro público, deben fechar la recepción de documentos, por lo que es conveniente llevar siempre dos juegos de copias: uno para entregar y otro para que sea sellado, guardándolo luego como prueba. Una vez iniciado el estudio de la causa, existe un tiempo tipificado de respuesta, que si no se respeta y no se produce comunicación alguna, suele entenderse a nuestro favor, pudiendo proceder a recurrir, vía reposición (ante el mismo organismo) o alzada (ante uno superior). Es muy importante ir agotando todas las fases precedentes establecidas en el proceso –no hay que tener prisa en llegar al Tribunal Supremo o Constitucional correspondiente, incluso, a los tribunales internacionales de derechos humanos; lo más importante es compilar la documentación que pruebe que hemos pasado por todas las instancias previas (v.g. presentación de solicitudes), o que ha sido una de éstas la que nos ha mandado al órgano actual-.

Se ofrece a continuación un modelo para presentar peticiones ante el SIDH:

Formulario del SIDH para denunciar violaciones de derechos (puede presentarlas cualquier ONG americana)⁸.

I. PERSONA, GRUPO DE PERSONAS U ORGANIZACIÓN QUE PRESENTAN LA PETICIÓN

Nombre:

(en caso de tratarse de una entidad no gubernamental, incluir el nombre de su representante o representantes legales)

Dirección postal:.....

(NOTA: La Comisión no podrá tramitar su denuncia si no contiene una dirección postal)

Teléfono:

Fax:

Correo Electrónico:

¿Desea usted que la CIDH mantenga su identidad como peticionario en reserva durante el procedimiento?

Sí.....No.....

II. NOMBRE DE LA PERSONA O PERSONAS AFECTADAS POR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Nombre:

Dirección postal:

Teléfono:

Fax:

Correo electrónico:

En caso de que la víctima haya fallecido, identifique también a sus familiares cercanos:

.....

III. ESTADO MIEMBRO DE LA OEA CONTRA EL CUAL SE PRESENTA LA DENUNCIA

⁸ González, M., Sánchez-Bayón, A.: *RIDE. Regulación Iberoamericana de Derecho Eclesiástico*, Madrid: Delta, 2011. Sánchez-Bayón, A.: *Introducción al Derecho Comparado y Global*, Madrid: Delta, 2011. – *Concordia constitucional*, Madrid: Delta, 2013. Complement., vid. 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.

.....
IV. HECHOS DENUNCIADOS

Relate los hechos de manera completa y detallada. Especifique el lugar y la fecha en que ocurrieron las violaciones alegadas.

.....
Pruebas disponibles

Indique los documentos que puedan probar las violaciones denunciadas (por ejemplo, expedientes judiciales, informes forenses, fotografías, filmaciones, etc.). Si los documentos están en su poder, por favor adjunte una copia. **NO ADJUNTE ORIGINALES** (No es necesario que las copias estén certificadas).

.....
Identifique a los testigos de las violaciones denunciadas. Si esas personas han declarado ante las autoridades judiciales, remita de ser posible copia del testimonio correspondiente o señale si es posible remitirlo en el futuro. Indique si es necesario que la identidad de los testigos sea mantenida en reserva.

.....
Identifique a las personas y/o autoridades responsables por los hechos denunciados.

.....
V. DERECHOS HUMANOS VIOLADOS (En caso de ser posible, especifique las normas de la Convención Americana o las de otros instrumentos aplicables que considere violadas)

.....
VI. RECURSOS JUDICIALES DESTINADOS A REPARAR LAS CONSECUENCIAS DE LOS HECHOS DENUNCIADOS

Detalle las gestiones realizadas por la víctima o el peticionario ante los jueces, los tribunales u otras autoridades. Señale si no le ha sido posible iniciar o agotar este tipo de gestiones debido a que (1) no existe en la legislación interna del Estado el debido proceso legal para la protección del derecho violado; (2) no se le ha permitido el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; (3) hay retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

.....
Señale si hubo una investigación judicial y cuándo comenzó. Si ha finalizado, indique cuándo y su resultado. Si no ha finalizado indique las causas.

.....
En caso de que los recursos judiciales hayan finalizado, señale la fecha en la cual la víctima fue notificada de la decisión final.

.....
VII. INDIQUE SI HAY ALGÚN PELIGRO PARA LA VIDA, LA INTEGRIDAD O LA SALUD DE LA VÍCTIMA. EXPLIQUE SI HA PEDIDO AYUDA A LAS

AUTORIDADES, Y CUÁL FUE LA RESPUESTA.

.....

VIII. INDIQUE SI EL RECLAMO CONTENIDO EN SU PETICIÓN HA SIDO
PRESENTADO ANTE EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS
NACIONES UNIDAS U OTRO ÓRGANO INTERNACIONAL

.....

FIRMA

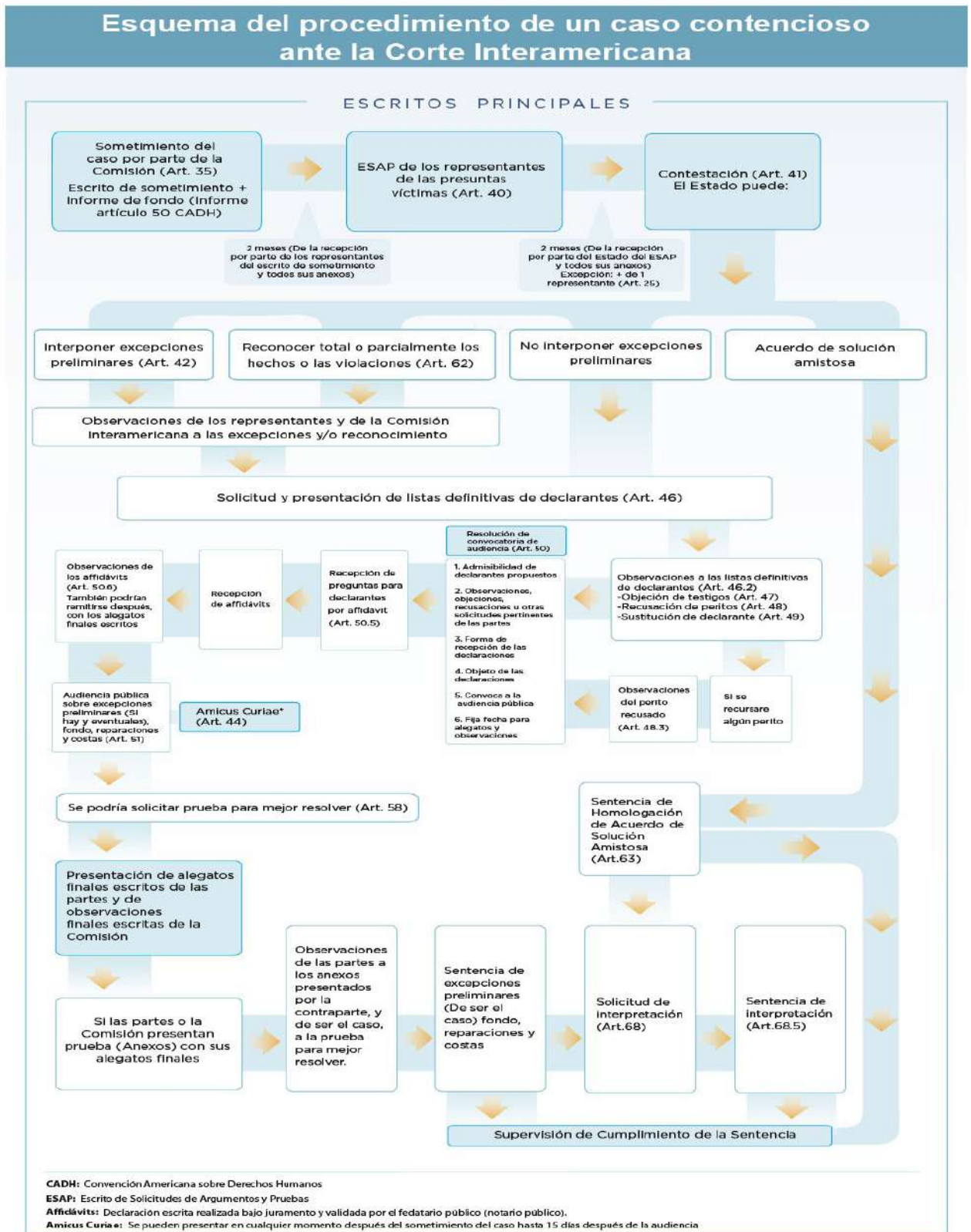
.....

FECHA

.....

Por último, para disponer de una visión de conjunto del proceso ante el
SIDH, se recoge el esquema ofrecido por la propia organización⁹:

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: “cómo acceder al Sistema Interamericano de
Derechos Humanos: esquema del procedimiento” (URL:
<http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/como-acceder-al-sistema-interamericano/procedimiento>).



Amén de lo planteado, no debe olvidarse que existen otros mecanismos procesales redundantes en el SIDH, como es el acceso a las Relatorías y al Ombudsman correspondiente.

3.2. Sistema Europeo de Derechos Humanos

Se recuerda aquí, que en el seno del Consejo de Europa, en la década de 1950 se implantó el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH). Dicho sistema regional resultaba similar a su homólogo de América (el SIDH): ambos de doble instancia, con una Comisión y con un Tribunal. Tras la globalización y la entrada en vigor del Protocolo nº11 (1998), se diluyó la Comisión Europea de Derechos Humanos, para permitir la presentación de casos directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Supuestamente, se trataba de un ejercicio de acercamiento del SEDH a los ciudadanos, pero en realidad se logró lo contrario: los procesos pasaron a durar más (un tercio más de tiempo), requiriéndose de asesoramiento jurídico profesional cualificado (firmas de abogados especializadas e internacionales)¹⁰, aumentándose los costes (al menos el doble), etc. Tanto es así que, las sentencias, hasta ahora ejemplares en cese y reparación de violaciones, actualmente ponen su énfasis en la indemnización económica (confundiéndose la dignidad con la calidad de vida).

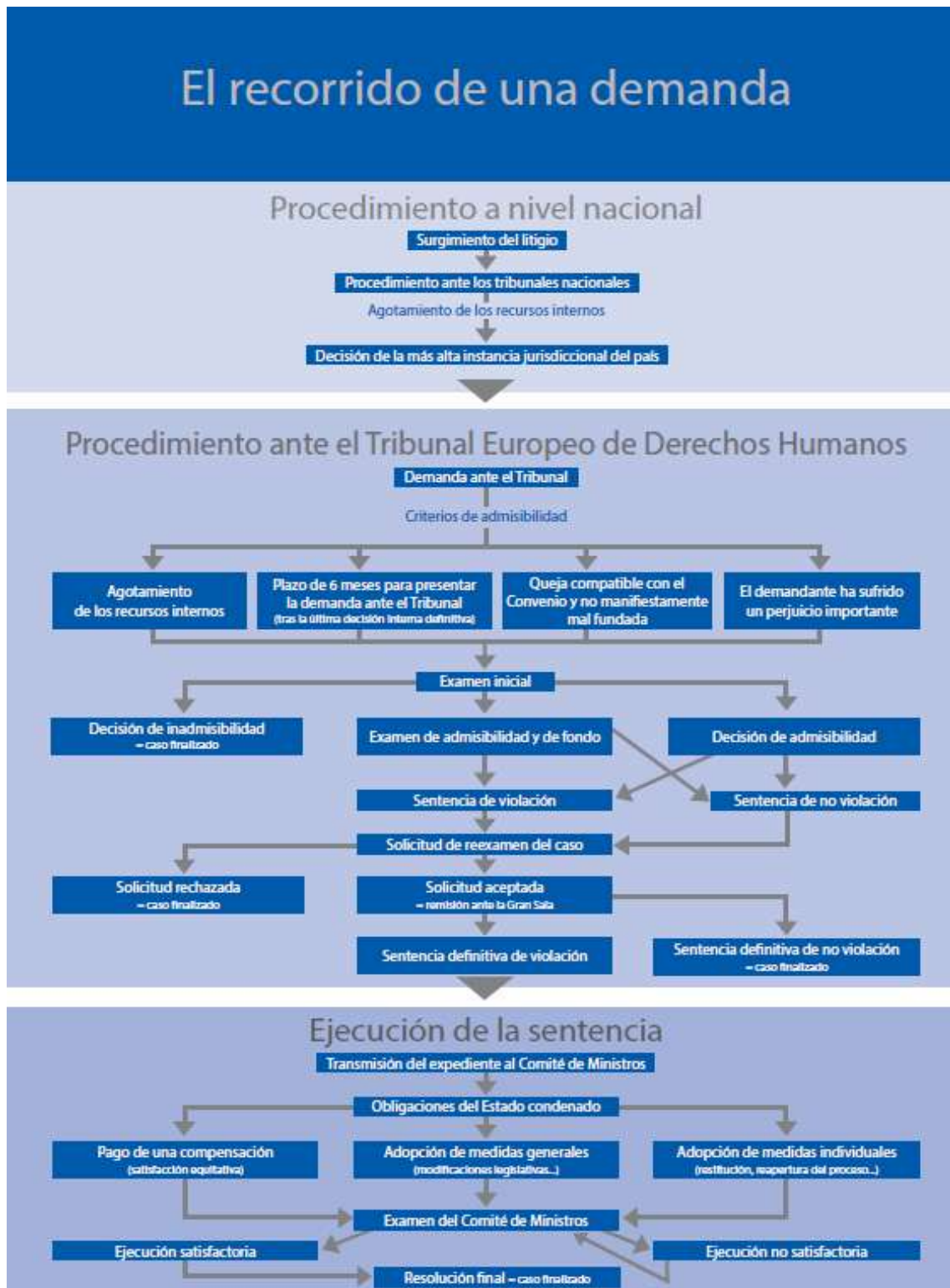
La primera barrera procesal la anuncia el propio TEDH en su página electrónica, en el apartado “Cómo presentar correctamente una demanda”¹¹ (a diferencia del SIDH, que habla de peticiones y auxilio): “Si Ud. decide presentar una demanda ante el Tribunal, asegúrese de que ésta respeta las instrucciones previstas en el artículo 47 del Reglamento del Tribunal, que regula las informaciones y documentos que deben facilitarse. Si Ud. no remite alguno de los documentos previstos en el artículo 47 §§ 1 y 2, sus quejas no serán examinadas por el Tribunal. Por lo tanto, es obligatorio que rellene todos los apartados del formulario de demanda. Una demanda presentada correctamente será examinada por el Tribunal. Esto no significa que la misma sea declarada admisible”.

Como se presentara ante el SIDH, se ofrece aquí el esquema de trámite de

¹⁰ Tal resultado se produce, no sólo por el nivel de complejidad procesal, sino por la barrera de entrada como es el formulario de poder (URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Authority_Form_SPA.pdf).

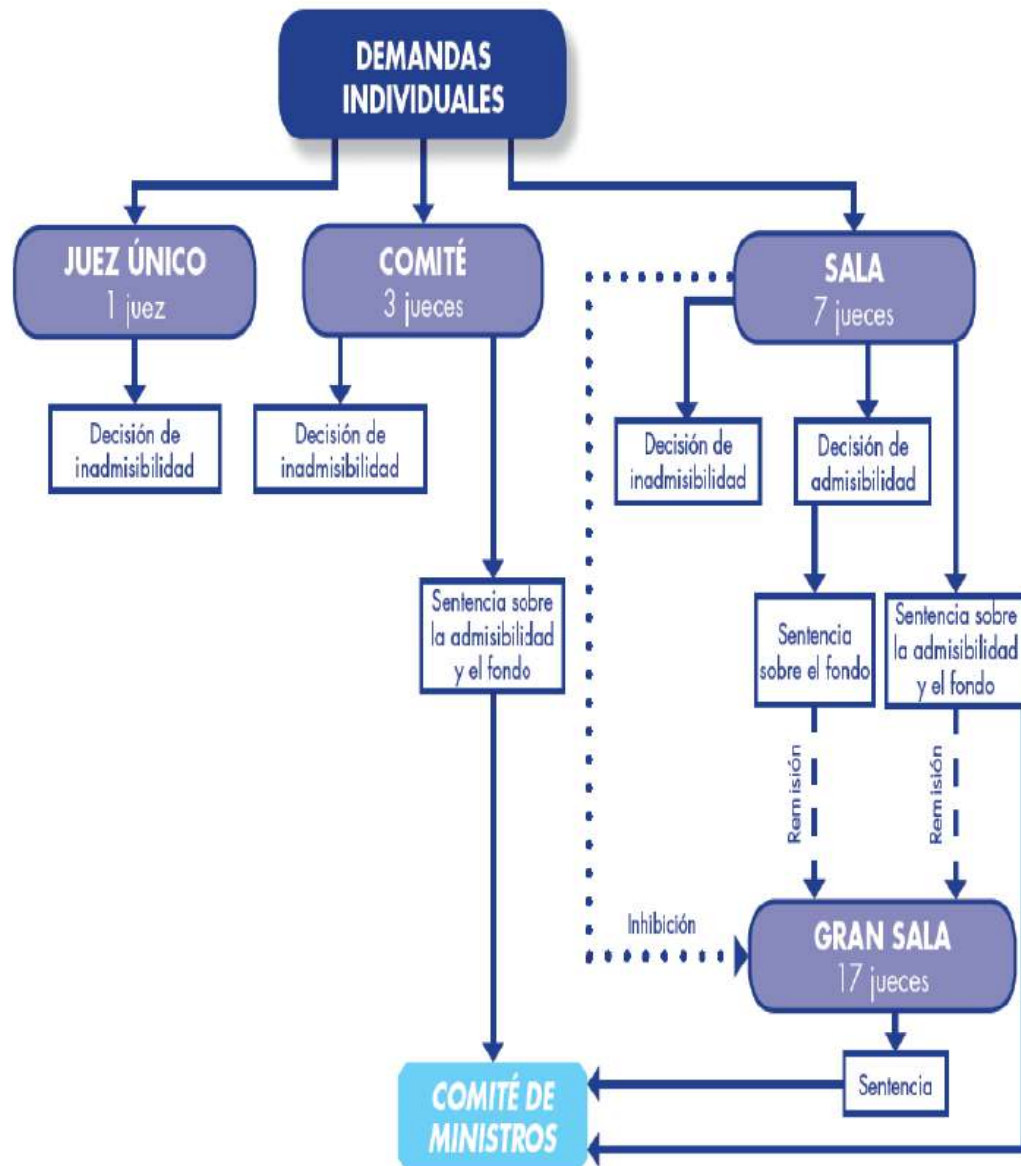
¹¹ TEDH: “cómo presentar correctamente una demanda” (URL: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/spa&c=>).

una demanda ante el SEDH¹²:



¹² TEDH: “guía práctica sobre la admisibilidad” (URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SPA.pdf).

Procedimiento simplificado del recorrido de una demanda ante el Tribunal según la formación judicial



Antes de incoar procedimiento alguno ante TEDH, uno debe estar seguro de haber agotado las vías domésticas, lo cual incluye los procedimientos ordinarios y extraordinarios (por tanto, desde la vía judicial hasta el Tribunal Constitucional, Consejo de Estado u órgano último previsto en cada Ordenamiento). Una vez satisfecho ese criterio, está el temporal: hasta 6 meses desde la última decisión doméstica definitiva). Luego se analiza el relativo a la competencia y jurisdicción propiamente: se comprueba si la

violación concuerda con lo tipificado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos, además de confirmarse si el Estado afectado ha firmado y ratificado los mismos, así como el Estatuto del TEDH, de modo que se sometería a su jurisdicción. Por último, se comprueba si el demandante ha sufrido “un perjuicio importante” –criterio este un tanto arbitrario, restando seguridad jurídica al proceso y haciendo necesario el asesoramiento letrado especializado (cosa que antes, desde la Comisión se ayudaba a subsanar en la medida de lo posible)-. Si se pasa dicho filtro de partida, se procede al denominado “examen inicial”: se revisa lo anterior a fondo, pudiéndose emitir una decisión de inadmisibilidad, una sentencia de no violación, o una resolución de trámite, conducente al juicio propiamente (con un magistrado del Estado afectado). El resultado de dicho juicio puede dar lugar a una sentencia definitiva de no violación, o de violación, procediéndose así con la vía ejecutiva: se da trámite de la sentencia al Gobierno del Estado afectado para que la cumpla conforme a su Ordenamiento (“ejecución satisfactoria”).

Conclusiones

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

- Ciertamente es que dominar el derecho sustantivo sirve para ganar casos, pero el derecho procesal permite no perderlos. Luego, no basta con conocer bien los instrumentos iushumanistas, sino que debe manejarse con soltura también las reglas sobre su aplicación antes los órganos responsables.
- A la hora de optar por un sistema internacional iushumanista u otro, las dimensiones procesales son clave, pues nos aportan los criterios de juicio sobre su exigibilidad efectiva: el derecho sustantivo es muy similar (incluso, redundante), por lo que la selección de la vía de aplicación es lo que va a marcar el éxito.
- Son muchos los mecanismos de control en materia de derechos humanos, por lo que el mejor filtro de selección y garantía es la vía procesal, que debe conocerse y manejarse con igual soltura que su derecho sustantivo.

Bibliografía

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

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.: *Introducción al Derecho Comparado y Global*, Madrid: Delta, 2011.

Sánchez-Bayón, A.: *Concordia constitucional*, Madrid: Delta, 2013.

Webgrafía:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Reglamento

(URL: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

(URL: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>).

TEDH: “guía práctica sobre la admisibilidad”

(URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SPA.pdf).

Fundación Acción Pro Derechos Humanos

(URL: <http://www.derechoshumanos.net/denunciar/Denuncia-violacion-derechos-humanos.htm>;
<http://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm>).

Política Económica y Derechos Humanos: una reflexión sobre sus oscilantes relaciones (*)

Economic Policy and Human Rights: a reflection on their oscillating relationships

Joaquín Pablo Reca¹

Sumario: Introducción. **1.** Orígenes del FMI: “del orden monetario al desorden social”; **2.** Relaciones fluctuantes entre Argentina y el FMI. **3.** El rol del FMI y su vinculación con los derechos humanos. **4.** Políticas públicas: una deuda en la materia. – Consideraciones finales. – Referencias bibliográficas.

Resumen: El presente trabajo intenta demostrar cómo el FMI ha repercutido de manera negativa en nuestras políticas públicas, afectando aspectos esenciales que comprometieron la vigencia, desarrollo y operatividad de los derechos humanos. Con este alcance nos detenemos en nuestro país, especialmente a partir en la década de los '90, con el propósito de señalar cómo desde esa

(*) Recibido: 31 julio 2019 | Aceptado: 10 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 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 Secretaría de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Argentina; graduado de la Universidad Nacional de La Plata, Provincia de Buenos Aires (UNLP); Maestría de Derechos Humanos (en progreso) a cargo del Dr. Fabián Salvioli, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP); colaborador (2015-2018) en la Clínica de Derechos Humanos y en el Instituto de Política y Gestión Pública (2018-actualidad), ambos espacios pertenecientes a la UNLP; asistente en cursos sobre la materia; expositor en seminarios y jornadas de derechos humanos; publicaciones sobre los distintos factores que conculcan derechos humanos. joaquinreca_d@hotmail.es

etapa se han ido tomando decisiones equívocas, definiendo nuestra propia dinámica y estructura social.

Palabras clave: FMI, Argentina, regresividad, DESC.

Abstract: The present paper aims to demonstrate the negative impact of IFM on our public policies, affecting essential aspects that compromised the validity, development and operativeness of human rights. In this regard we pause in our country, especially since the 1990s, with the purpose of pointing out how from that decade we have been making wrong decisions, defining our own dynamics and social structure.

Keywords: IMF, Argentina, regressivity, ESCR.

Introducción

En el presente trabajo se empleara la hipótesis que pone en relieve las fluctuantes relaciones entre el Fondo Monetario Internacional (en adelante FMI²) y la Argentina y su clara afectación a los derechos económicos, sociales y culturales del país (en adelante DESC).

Partiendo de lo señalado en esta hipótesis y asumiendo esta modalidad como una conducta oscilante de significativos perjuicios, nos parece necesario realizar liminarmente una reseña histórico-política del FMI, como así también algunos aspectos generales que, entendemos, favorecerán un mejor conocimiento del mismo. Con esta disposición, abordaremos las distintas instancias por las cuales ha ido transitando Argentina, desde su ingreso tardío en el año 1956, los distintos períodos dictatoriales, el restablecimiento democrático con Alfonsín en 1983, deteniéndonos en los períodos de los '90, hasta la actualidad.

1. Orígenes del FMI: “del orden monetario al desorden social”

El FMI, al igual que otros organismos financieros (Banco Mundial y Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento), tiene su origen en los convenios *Bretton Woods* (New Hampshire, Estados Unidos) celebrados

² A los fines de agilizar la lectura es que también se emplearan los vocablos “Fondo”, “organismo” o “institución financiera”.

entre el 1 y 22 de julio de 1944³, que se llevaron a cabo como resultado de la “Gran Depresión de los años 30”⁴ y “Segunda Guerra Mundial”⁵, acontecimientos éstos que pusieron en jaque la necesidad de establecer un orden económico internacional⁶.

En este contexto histórico, se comenzó a erigir la finalidad primigenia del Fondo (“reconstruir una Europa devastada por el conflicto bélico” y asimismo, “promover y asegurar la estabilidad económica de todos los países”); sin embargo, a partir de 1971 fue mutando por la influencia ejercida por Estados Unidos (miembro con mayor participación dentro del organismo) desarticulando con el sistema internacional de paridad oro/dólar -declarando unilateralmente su inconvertibilidad- que desde hacía 25 años venía funcionando. Ello presentó, como veremos más adelante, una serie de problemas para los países socios, fundamentalmente por las restricciones

³ Los Estatutos del Fondo se adoptarían el 22 de julio de aquel año, entrando en vigor el 27 de diciembre 1945.

⁴ Fue un período en el que se dio la “Caída de *Wall Street*” en 1929, donde, a causa del estancamiento en los salarios, se presentaban desequilibrios entre la demanda y la productividad del sistema industrial. Esto trajo aparejado una “sobreproducción y especulación”, por lo que se intentó activar la demanda mediante la expansión de crédito a los consumidores, pero el destino que éstos no sería el deseado por los mercados. Es a mediados de 1929 que un numeroso porcentaje de estadounidenses habían invertido sus ahorros en el mercado de valores, mismos que perdería credibilidad y que llevó al quiebre de la mayoría de los bancos, ya que no podía hacer frente a la devolución de depósitos. Todo lo cual repercutió en todos los países del mundo, debido al desmoronamiento del sistema financiero internacional y a la adopción por parte de Estados Unidos de una política de elevados aranceles para la protección de los productores nacionales “estrategia de empobrecer al vecino”.

⁵ Con el discurrir del conflicto bélico, la situación de Gran Bretaña se fue agravando, razón por la que se comprometerían con Estados Unidos -a raíz del programa basado en préstamos y arriendos que éste le ofrecería conocido como “Convenio sobre préstamo y arriendo”- a colaborar con el establecimiento de un sistema de comercial multilateral, que luego se universalizaría con los acuerdos de “*Bretton Woods*”.

⁶ Tondini, B. y Bianchi, S. (2011) “Los orígenes de los Organismos Multilaterales de Crédito, la creación del FMI, las conferencias de *Bretton Woods* y la participación de Argentina en el concierto económico mundial”, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Programa Integración Regional, pp. 9-10. Disponible en: <http://www20.iadb.org/intal/catalogo/PE/2008/01601.pdf>. Fecha de consulta 23 de julio de 2019.

(llamados también “condicionalidades” o “recetas”⁷) a las que debían someterse⁸.

No obstante lo mencionado, el organismo cimentaría en 1974 –a voluntad del G7⁹- su hoy conocida arquitectura financiera, pasando de ser:

...un garante de la estabilidad económica mundial a algo así como un policía de los bancos, por un lado, y como asesor de los países deudores por otro lado, papel que lo iría deslegitimando hasta el punto de perder credibilidad entre sus socios¹⁰.

Esta situación se iría agravando con el correr del tiempo, debido -entre otras razones- a la coerción ejercida hacia los países prestatarios que estaban supeditados a las condiciones extremadamente rigurosas impuestas por el organismo, obligándolos a pagar sus deudas comprometiendo de su “estabilidad política, social y económica”¹¹, siendo algunos de los casos más

⁷ Éstas abarcan tanto “el diseño de los programas que respalda el FMI – es decir, las políticas macroeconómicas y estructurales- como las herramientas específicas utilizadas para supervisar los avances hacia las metas descritas por el país con la ayuda del organismo”. Disponible en: <https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2016/08/02/21/28/IMF-Conditionality>. Fecha de consulta 24 de julio de 2019.

Estas prácticas del Fondo dejan en evidencia la falta de participación de los “países en vías de desarrollo” (que más acuden al organismo) en su elaboración, generando una brecha aún más grande con los “países del primer mundo”.

⁸ Zárate, C. (2015) “El desgaste del Fondo Monetario Internacional y la urgencia de una nueva arquitectura internacional”, Revista Informe Integrar, No. 94, Instituto de Integración Latinoamericana, p. 2. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/72492/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Fecha de consulta 3 de abril de 2019.

⁹ Se creó a consecuencia de la crisis económica internacional o “crisis del petróleo” de 1973 enmarcada por la decisión de la Organización de Países Árabes Exportadores de Petróleo de no exportar más petróleo a los países que habían apoyado a Israel durante la guerra de *Yom Kipur*, medida que incluía a Estados Unidos. Este grupo está formado por las potencias económicas más relevantes, tales como Estados Unidos, Japón, Alemania, Reino Unido, Francia, Italia, Canadá y Rusia que se incorporaría de pleno derecho en la Cumbre de *Kananaskis* (Canadá 2002), convirtiéndose así en el G8, foro en el que se discuten asuntos económicos, financieros pero también cuestiones políticas como la paz, la seguridad global, cuya influencia respecto de los organismos internacionales tiene su razón de ser debido a la fuerza económica y política de sus miembros. Actualmente Rusia se encuentra excluida provisionalmente del grupo tras la crisis diplomática de Crimea en 2014. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/internacional/2009/07/090706_perfil_g8_lh. Fecha de consulta 9 de mayo de 2019.

¹⁰ *Ibid.*, nota 7.

¹¹ Esta es una de las razones por las que se suelen encuadrar el actuar del organismo en el concepto de “deuda odiosa”, ya que realiza préstamos que resultan imprudentes por las condiciones coyunturales del país que hacen o hará que no tenga posibilidad de devolverlo y que, por intermedio de sus imposiciones hacen imposible su reintegro. Acúdase en este sentido

emblemáticos el de México (1982), Rusia (1998) y Argentina (2001) el cual abordaremos seguidamente¹².

2. Relaciones fluctuantes entre Argentina y el FMI

2.1. Un *racconto* histórico y “el desembarco al neoliberalismo”

Gran parte de la historia argentina nos expone cómo una situación de excepción –“establecer acuerdos con el FMI”- se ha convertido en regla; ya desde su ingreso tardío en el año 1956 (por decisión de Estados Unidos en razón de la neutralidad del país durante la Segunda Guerra Mundial), hasta la cancelación total de su deuda en 2006 durante el gobierno de Néstor Kirchner, quien por medio del decreto de necesidad y urgencia 1599, dispuso el “uso de reservas” del Banco Central para tal fin¹³.

De tal modo, Argentina se ha visto sujeta a las condicionalidades del Fondo –sobre todo- en los gobiernos de *facto* de 1966 y 1976¹⁴; empero, los años 1979-1981 significaron un “distanciamiento” con el FMI, con la connotación particular que en aquella oportunidad el mismo se basó en una decisión del Congreso norteamericano –a modo de sanción económica- en razón de las múltiples violaciones de derechos humanos por la junta militar¹⁵.

al artículo de Toussaint, E. “Aportes recientes a la aplicación de la doctrina sobre la deuda ilegítima”, pp. 69-72, publicado en el compendio del año 2000 “Sobre la deuda ilegítima: Aportes al debate”, Centro de investigaciones CIUDAD/Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, Ecuador.

¹² En general, los gobiernos desarrollaron programas con un régimen de tipo de cambio fijo, avalados y financiados por el Fondo, siempre ajustados a las políticas de coerción que exigía, pero que cuando la situación se volvió insostenible, en cada caso, éste simplemente se desligó de la misma argumentando que la responsabilidad era de los gobiernos, como si los programas de éstos no hubiesen contado con su aval ni se hubiesen llevado a cabo bajo su supervisión. Para ahondar en la cuestión recúrrase a Zárate, C. (2015) “El desgaste del Fondo Monetario Internacional y la urgencia de una nueva arquitectura internacional”, Revista Informe Integrar, No. 94, Instituto de Integración Latinoamericana, p. 5. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/72492/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Fecha de consulta 3 de abril de 2019.

¹³ Brenta, N. (2017) “EL rol del FMI en la deuda externa argentina”, Revista Voces en el Fénix, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas, Plan Fénix, p. 90. Disponible: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/69189>. Fecha de consulta 5 de junio de 2019.

¹⁴ Sin embargo durante los años 1969 y 1970 se descartaron acuerdos con el Fondo, tras llevarse a cabo una investigación oficial que reveló que las exigencias impuestas por el Fondo lesionaban el interés nacional.

¹⁵ Brenta, N. (2017) “EL rol del FMI en la deuda externa argentina”, Revista Voces en el Fénix, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas, Plan Fénix, p. 90. Disponible: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/69189>. Fecha de consulta 5 de junio de 2019.

Sin perjuicio de lo recién comentado, la vinculación del país con el organismo también se vio suspendida durante distintos períodos, como el del gobierno radical de Arturo Illia (1963-1966), quien no estaba dispuesto a cumplir con las imposiciones de la institución financiera o los gobiernos peronistas (1973-1974).

Posteriormente, con el gobierno radical de Raúl Alfonsín (1983-1989) se suscribieron cuatro acuerdos con el Fondo (1984, 1985, 1987 y 1988) que reflejaban un camino intermedio de los principios de la gestión con los lineamientos del organismo¹⁶; pese a ello y frente al contexto hiperinflacionario de la época, la renuncia de Alfonsín resultó inevitable, motivo que llevó a la transmisión anticipada del poder y el consecuente desembarco al puerto del neoliberalismo de Carlos Menem (1989-1999) que se caracterizaría por las “buenas relaciones” con el FMI y Banco Mundial¹⁷, los cuales para entonces, se habían convertido en los principales custodios del orden mundial a causa de las deudas externas provenientes de países en desarrollo y el fin de la Guerra Fría¹⁸.

Durante esta década, las “recetas” del FMI mostrarían un aumento cuantitativo y cualitativo que, como advierten Noemí Brenta y Mario Rapoport:

...lograron alterar estructuralmente no sólo la economía doméstica, sino también la sociedad donde el incremento exponencial de los índices de pobreza, indigencia, mortalidad infantil, desnutrición e inseguridad, marcaron sólo algunas de las consecuencias sociales de la aplicación de las políticas alentadas por el Fondo en la Argentina¹⁹.

¹⁶ En ellos se respaldaron programas económicos como el Plan Austral de 1985 consistente en un congelamiento de precios, el lanzamiento de una nueva unidad monetaria y el compromiso de emitir dinero para financiar el gasto público. Por el contrario, otras políticas no fueron respaldadas por el organismo, tal fue el caso del Plan Primavera de 1988, cuyo primer objetivo era reducir la inflación, y eliminar el fuerte déficit fiscal que en aquellos años eran adjudicados a las empresas estatales.

¹⁷ *Ibid.*, nota 14, pp. 90-91.

¹⁸ Botto, M. y Tussie, D. (2003) “Los Derechos Humanos en la agenda de los organismos económicos internacionales”, p. 2. Disponible en: http://legacy.flacso.org.ar/uploaded_files/Publicaciones/DDHH_IEI_final04.pdf. Fecha de consulta 28 de mayo de 2019.

¹⁹ Brenta, N., y Rapoport, M., (2003) “El FMI y la Argentina de los años’90 – de la Hiperinflación a la Hiperdesocupación”, Libro “Los Guardianes del dinero. Las políticas del FMI en Argentina”, Ed. Norma, p. 3. Disponible en: <http://www.elcorreo.eu.org/EI-FMI-y-la-Argentina-en-los-anos-90-de-la-Hiperinflacion-a-la-Hiperdesocupacion?lang=fr>. Fecha de consulta 30 de mayo de 2019.

En particular, durante los meses de febrero/marzo de 1990, y debido nuevamente al fenómeno de la hiperinflación, se implementaron y justificaron medidas -avaladas por el FMI- como la privatización, desregulación, flexibilidad laboral y la convertibilidad de la moneda en un marco donde el Estado, resguardándose en el Consenso de Washington²⁰, se distanciaba cada vez más de las necesidades básicas de la sociedad²¹.

Este “ideario” neoliberal de Washington -a través de los programas de ajuste estructural del FMI- generó en la agenda pública una escala de prioridades atendiendo en primer orden al servicio de la deuda²² frente a la atención de los derechos fundamentales, sobre todo en materia de DESC²³, afectando el grado de compromiso que para entonces tenía el país con el sistema universal de los derechos humanos²⁴.

²⁰ Este concepto acuñado por el economista británico John Williamson refiere a las medidas de política económica de corte neoliberal aplicadas a partir de los años ochenta para, por un lado, hacer frente a la reducción de la tasa de beneficio en los países del Norte tras la crisis económica de los setenta, y por otro, como salida impuesta por el FMI y el BM a los países del Sur ante el estallido de la crisis de la deuda externa. Todo ello por medio de la condicionalidad macroeconómica vinculada a la financiación concedida por estos organismos. Dicho decálogo abordaba 10 medidas tales como, disciplina fiscal, reordenación de las prioridades del gasto público, reforma tributaria, liberalización de las tasas de interés, tipo de cambio de mercado, liberalización del comercio, liberalización de la inversión extranjera directa, privatización, desregulación y derechos de propiedad. Disponible en: <http://omal.info/spip.php?article4820>. Fecha de consulta 21 de mayo de 2019.

De cualquier manera, si nos atenemos a la noción de consenso como “aquel acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios grupos” (Real Academia Española) entendemos que se trató de un “pseudoconsenso”, ya que no hubo un grado de participación del país en la confección del documento, siendo el FMI y el Banco Mundial sus mentores ideológicos. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2008/05/01/economia/1209754546_850215.html. Fecha de consulta 17 de mayo de 2019.

²¹ Krikorian, M. (2010) “La hiperinflación de 1989/1990. Aportes y reflexiones sobre un episodio que marcó la historia argentina”, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, núm. 40, p. 534. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10915/21022>. Fecha de consulta 30 de mayo de 2019.

²² Desde su adhesión a *Bretton Woods* Argentina tuvo ciclos de endeudamiento externo que concluyeron en crisis de pagos internacionales. El primero, durante el gobierno de Frondizi (1958-1962); el segundo durante la junta cívico-militar de 1976-1983 y los terceros durante los gobiernos de Menem (1989-1999) y De la Rúa (1999-2001).

²³ El análisis realizado en el presente trabajo respecto a los mismos no pretende agotar la vasta gama de derechos conculcados en los '90, especialmente en lo que hace a la seguridad social, alimentación adecuada, vivienda y propiedad.

²⁴ No debemos soslayar que Argentina se encuentra supeditada al sistema regional (o interamericano) de derechos y libertades fundamentales, siendo la “Convención Americana de Derechos Humanos” (o “Pacto de San José”) del 22 de noviembre de 1969 uno de sus pactos

2.1.a) La Argentina de los '90 y sus obligaciones internacionales

En este contexto el país había mostrado una buena predisposición en ratificar²⁵ distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente con los denominados “Pactos Gemelos” de 1966²⁶ (“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”) ratificados por el país en 1986 y que años más tarde, con la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22), adquirirían conjuntamente con otros instrumentos en la materia²⁷ “el grado más excelso de supremacía constitucional”²⁸.

Este posicionamiento tutelar-internacional del país en relación a los derechos fundamentales no era algo nuevo, por el contrario, ya se venía manifestando desde su suscripción a la Declaración Universal²⁹ de 1948, piedra angular de

más importantes, ya que entre sus disposiciones proporciona el marco de actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (léase arts. 33 y sgs.).

Asimismo, establece en la mayoría de sus apartados “derechos civiles y políticos” (arts. 3 a 25, Capítulo III), pero también alude al “Desarrollo Progresivo” de los derechos DESC (art. 26, Capítulo IV) que tendría particular relevancia en la causa “Lagos del Campo Vs. Perú” (31/08/17) donde la Corte Interamericana reconoció por primera vez la “justiciabilidad directa” de los DESC.

²⁵ El art. 2 inc. b) de la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados” (1969) establece que es el “...acto internacional por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”. Disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf. Fecha de consulta: 23 de mayo de 2019.

²⁶ Misma suerte corrieron sus respectivos Protocolos Facultativos, por el cual el país reconoce competencia a los Comités para que éstos reciban y examinen esencialmente comunicaciones individuales (v.gr. Protocolo Facultativo DESC del 2008, ratificado por Argentina en 2011).

²⁷ Entre los cuales cabe mencionar las Convenciones referidas a la “Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, a la “Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial” o “contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes”.

²⁸ En ese orden el constitucionalista cordobés Ricardo Haro advierte que esta condición constitucional de los documentos de derechos humanos no deben ser confundidos con los tratados comunes de integración y las normas dictadas en su consecuencia, ya que éstas se encuentran en un segundo orden jerárquico.

²⁹ Una de las cuestiones que orbita alrededor de este decálogo es en torno a su naturaleza jurídica, ya que si bien parecía encontrar un direccionamiento sin oscilaciones en 1968 con la Proclamación de Teherán que reconocía su carácter vinculante, dicho axioma no fue reiterado en la Conferencia Mundial de Viena de 1993. Más allá de esto, adherimos a la postura de Carlos Villán Durán, miembro de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU entre los años 1982-2005, quien concluye que los derechos reconocidos en la DUDH son obligatorios, en especial aquéllos pertenecientes a lo que él denomina “núcleo duro” (v.gr. vida, integridad física y moral, prohibición de esclavitud y servidumbre). Véase Acosta López, J. I. y Duque Vallejo, A. M. (2008) “Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma *Ius Cogens*?”, International

los derechos humanos, que contempla en la mayoría de sus disposiciones derechos civiles y políticos (arts. 3 “derecho a la vida” a 21 “derecho de toda persona de participar en el gobierno de su país”) y en una menor medida a los DESC (arts. 22 “derecho a la seguridad social” a 27 “derecho a tomar parte en la vida cultural”).

2.1.b). Regresividad de los DESC: algunos casos resonantes de los '90

2.1.1.b). Reforma laboral

A ese período se dictaron normas que generaron una mayor desprotección del trabajador, reflejo de aquello fue la conocida “flexibilidad laboral” pensada con la finalidad de reducir costos para contratar y despedir personal³⁰ y que, a su vez, permitía actividades que no tenían las modalidades de un verdadero empleo (v.gr. pasantías, becas, planes sociales, con la obligación de realizar una contraprestación laboral, etc³¹).

Este panorama se iría agravando con disposiciones como las de la ley 24.013 (“de Empleo”) que establecía la reducción de las contribuciones patronales a la seguridad social entre un 50% y 100% o la ley 24.028 que determinaba los “límites indemnizatorios” en los casos de accidentes laborales³².

En cuanto a los sindicatos no estarían exentos de dichas reformas, testimonio de ello fueron los casos del decreto 2284/91 que permitió “elegir” el nivel de negociación sin estar atado al precedente y el decreto 1334/91 que mermó el

Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, N°12, pp. 24-25. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22672.pdf>. Fecha de consulta 9 de julio de 2019.

Por otra parte, entendemos, que la declaración cuenta con una innegable “fuerza” axiológica, ya que su esencia es transmitida en cada tratado ratificado por los Estados como en sus ordenamientos jurídicos, tal es de la Constitución española (1978) que establece “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos” (art. 10, inc. 2, Título I “De los derechos y deberes fundamentales”). Misma línea siguen las Cartas Magnas de la República del Perú (disposiciones finales y transitorias, párrafo cuarto), de Portugal (art. 16.2), de Rumania (art. 20) y de Argentina (art. 75, inc. 22).

³⁰ Marcelo Krikorian advierte que en este período los ingresos de los trabajadores estaban supeditados al rendimiento de la empresa en el mercado conjuntamente con una “polifuncionalidad” del trabajador.

³¹ Krikorian, M. (2013) “Derechos Humanos, políticas públicas y rol del FMI: Tensiones, errores no asumidos y replanteos”, Ed. Platense, La Plata, pp. 137-146. Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/33536>. Fecha de consulta 28 de mayo de 2019.

³² Así por ejemplo en su art. 8 inc. a) establecía para los casos de fenecimiento que “...En ningún caso esta suma podrá ser superior a U\$S 55.000 (cincuenta y cinco mil dólares estadounidenses)”.

poder sindical, disponiendo parámetros (v.gr. productividad) para la homologación de convenios colectivos que versaran sobre aumentos salariales³³.

Estas medidas se tradujeron en obstáculos para el disfrute de los DESC (v.gr. arts. 6 y 7 “derecho a trabajar” o del art. 8 “derecho a de los sindicatos a funcionar sin limitaciones”³⁴) con este alcance lo expresó el órgano supervisor del PIDESC (en adelante Comité DESC) que en el segundo informe del 8 de diciembre de 1999 presentado por Argentina³⁵ señaló una especial preocupación en la “altísima tasa de desempleo” (párr. 12) como en las “reformas legislativas tendientes a aumentar la precariedad de la relación laboral” (párr. 16³⁶).

2.1.2.b.)”La lógica fiscalista” en el derecho a la salud y educación

Por su parte, tanto el derecho a la salud como a la educación, bajo el “slogan” de “mayor autonomía y participación”, sufrirían las consecuencias del proceso de descentralización (y deterioro) gobernada por una “lógica fiscalista”³⁷, la cual buscaba generar menos gastos (alivio fiscal nacional), a través del desplazamiento de las responsabilidades fiscales y administrativas³⁸.

³³ *Ibid.*, nota 30.

³⁴ Si bien el mismo prevé que pueden existir “obstáculos y limitaciones” que prescriba la ley, deben encontrar su basamento en “la seguridad nacional o en el orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”, todo lo cual no fue percibido en las medidas de la época.

³⁵ En el cúmulo de obligaciones contraídas por los Estados partes se encuentra la de presentar informes a los distintos Comités de derechos humanos, mecanismo éste mediante el que se vigila la aplicación de derechos enunciados en los tratados. Respecto del Comité DESC el Estado parte examinado debe informar inicialmente en un plazo de dos años tras adherirse al pacto y luego cada cinco años, para que ulteriormente de presentado el Comité examine cada uno y exponga sus inquietudes y recomendaciones en forma de “Observaciones finales” que servirán de punto de partida para la preparación de los próximos informes periódicos de ese Estado. Para una mayor comprensión de estas obligaciones (sus objetivos) acúdase a la Observación general N° 1 (1998) del Comité DESC.

³⁶ “Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004)”, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pp. 29-31. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf. Fecha de consulta 24 de mayo de 2019.

³⁷ La Ley 24.409 de 1992 fue fiel reflejo de esta lógica, ya que no se preveía una transferencia la transferencia de recursos específicos para sostener los servicios recibidos.

³⁸ Mengo, R., (2007) “La reforma educativa argentina y el neo institucionalismo liberal de los 90”, Cátedra Iberoamericana, *Universitat de les Illes Balears*. Disponible en:

En lo que concierne a la salud se transferiría el mayor porcentaje de hospitales públicos hacia la órbita provincial que repercutía en las condiciones en que este servicio (esencial) era ofrecido³⁹ y dando nacimiento a un “nuevo modelo” de autogestión de hospitales públicos arancelados para los grupos poblaciones que se encontraban en situación de extrema pobreza, dejando de ser, por consiguiente, un servicio universal⁴⁰.

En el ámbito educativo se transfirieron los servicios secundarios y terciarios a las provincias y municipios (quedando únicamente en la esfera nacional el sistema universitario). Si bien Argentina ya había experimentado etapas de descentralización educativa (el primer intento a fines de la década de los '60 con la Ley 17.878⁴¹), en esta ocasión no hubo una ejecución gradual, sino que esta política pública (al igual que en la salud) fue marcada por su celeridad, conspirando contra mejores resultados, ya que no se pudieron crear equipos técnicos, profesionales ni estructuras administrativas y pedagógicas adecuadas para la atención del nuevo servicio social⁴².

2.1.3.b). Progresividad de los DESC y “la satisfacción de sus niveles mínimos”

<https://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/mengo1/La-reforma-educativa-argentina-y-el-neo.cid220776>. Fecha de consulta 22 de mayo de 2019.

En este orden de ideas, Jason Morgan Foster sostiene que los “recortes provinciales” contrarían lo previsto en el art. 2 inc. 2 del PIDESC, en cuanto los Estados partes tienen la obligación de “...garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna”. Para el autor hay dos claros casos de discriminación: “discriminación del tipo social” (ser de Provincias rurales en lugar de los centros urbanos) y de “nacimiento” (por haber nacido en esa Provincia). Véase en tal sentido Morgan-Foster, J. (2003) “*The Relationship of IMF Structural Adjustment Programs to Economic, Social and Cultural Rights: The Argentine Case Revisited*”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 24, p. 602. Disponible en: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1261&context=mjil>. Fecha de consulta 5 de julio de 2019.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*, nota 30, pp. 135-136.

⁴¹ En esta oportunidad el gobierno nacional transfirió 680 escuelas ubicadas en las Provincias de Buenos Aires, Río Negro y La Rioja a las jurisdicciones respectivas. Ya en 1978 la casi totalidad de las escuelas primarias bajo dependencia nacional había sido transferida a las provincias -6700 escuelas y 44.050 docentes-. Ver en tal sentido Vilas, C. (2003) “Descentralización de Políticas Públicas: Argentina en la Década de 1990”, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Ed. Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP), Buenos Aires, p. 9. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/inap/20171117043534/pdf_320.pdf. Fecha de consulta 21 de julio de 2019.

⁴² *Ibid.*

El Comité DESC ha advertido en su Observación general (en adelante OG)⁴³ N°3 (1991) referida a “la índole de las obligaciones de los Estados parte” que más allá del párr. 1 del art. 2 (“progresividad” de los DESC) corresponde a cada Estado miembro una:

...obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles esenciales de cada uno de ellos⁴⁴, ya que si el Pacto se ha de interpretar de manera tal que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser (párr. 10).

Seguidamente pone de relieve la obligación de los Estados parte en su empeño en el disfrute más amplio de los DESC, aunque los mismos demuestren que los recursos disponibles sean insuficientes (párr. 11⁴⁵); en su OG N°2 (1990) sobre “medidas internacionales de asistencia técnica” sostuvo que la tutela de esta clase de derechos adquieren mayor urgencia en los casos que el país atraviesa una etapa de “austeridad” en razón de programas de ajuste.

En una palabra, los Estados parte no pueden alegar la “progresividad” de los DESC para dilatar o retacear el alcance de su efectivización.

2.2. Un constante retorno

⁴³ Una de las funciones fundamentales que tienen los diferentes comités en el ámbito internacional de los derechos humanos es el de la elaboración de OG que facilitan la aplicación y la protección de los derechos contenidos en el tratado correspondiente como a sus protocolos facultativos. Su importancia radica en que crean un cuerpo jurídico universal y vivo, siendo por ello esencial la coherencia y su unicidad entre ellos. Según el catedrático español Fernando Mariño Menéndez las OG son generadoras de dos efectos jurídicos: por un lado, la producción de una práctica continúa y subsidiaria del PIDESC que derivaría en efectos como los establecidos en el art. 31.3.b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (“toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”) y por el otro lado, que se formara una norma consuetudinaria vinculante para las partes. Véase en tal sentido Mariño, F. (1996) “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de Naciones Unidas”, Revista Derechos y Libertades del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, España, pp. 90-91. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1323/DyL-1995-III-6-M.Marino.pdf?sequence=1>. Fecha de consulta 1 de julio de 2019.

⁴⁴ Este postulado es reiterado en la OG N°14 (2002) del “disfrute al más alto nivel posible de salud”, mediante el cual se establece la obligación del Estado parte a “...asegurar como mínimo la satisfacción de los niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto” (párr. 43) y en la OG N° 18 (2005) en relación al “derecho al trabajo”, donde el Comité determina que si bien el pacto sienta la progresividad de los derechos en él enunciados los mismos contienen obligaciones inmediatas (párr. 19).

⁴⁵ Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3. Fecha de consulta 22 de julio de 2019.

Con la asunción de Mauricio Macri como presidente en diciembre del 2015, se esbozaron los puntos centrales de la política exterior, direccionados - primordialmente- a “reinsertar al país en el plano internacional”, siendo entonces necesario restablecer las relaciones con los países occidentales considerados “estratégicos” (Estados Unidos, Unión Europea y China), organismos internacionales de crédito (FMI, Banco Mundial) y otros espacios multilaterales (OMC, G20 financiero⁴⁶).

Con la finalidad de corregir los desequilibrios en el terreno fiscal e inflacionario, el actual gobierno en sus inicios llevó a cabo un ajuste gradual, mientras que el Banco Central se propuso equivalentes objetivos para reducir la inflación.

Más allá de las “buenas intenciones”, la evidente falta de progreso en los frentes aludidos, el endurecimiento de las condiciones financieras internacionales y factores internos, promovieron una implosión convergente, por lo que solicitó nuevamente asistencia financiera al FMI por medio de un acuerdo “*Stand by*”, cuyo préstamo fue equivalente a U\$S50.000 millones, el más cuantioso en la historia del organismo⁴⁷.

Si bien este acuerdo con el organismo colaboró inicialmente a moderar la volatilidad de los mercados y a estabilizar el tipo de cambio, no fue suficiente para generar un clima de confianza en la economía argentina, agudizado por coyunturas exógenas, como la migración de capitales extranjeros y las disputas comerciales entre China y Estados Unidos, entre otros⁴⁸.

Es en este contexto que podemos constatar la situación actual del país, enmarcada por una fuerte devaluación, un aumento pronunciado en las tasas de interés, una inflación galopante y un clima de profunda recesión, todo lo cual -naturalmente- aletargan los elementales valores comprometidos en la concreción de los derechos humanos⁴⁹.

⁴⁶ Maraví, G. e Inés María (2018) “La relación entre Argentina y Estados Unidos durante la presidencia de Mauricio Macri, 2015-2018”, Anuario en Relaciones Internacionales, Instituto de Relaciones Internacionales (IRI), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata. Disponible en: <http://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2018/09/a2018amnorArtGulloMaravi.pdf>, p. 2. Fecha de consulta 13 de mayo de 2019.

⁴⁷ Serra, X., Timini, J., Julia, E. y Casillas, E. (2018) “Argentina: los retos económicos frente a un entorno internacional adverso”, Banco de España, Eurosistema, Boletín Económico 4/2018, p. 3.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁹ Cuenta de esta situación es monitoreada por la misma ONU mediante la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, organismo que alerta cómo la línea de pobreza extrema y

3. El rol del FMI y su vinculación con los derechos humanos

Asiduamente cuando se piensa en el FMI se soslayan varios aspectos que lo suelen vincular con los derechos fundamentales, siendo algunos de ellos que:

- Es un organismo especializado de la ONU desde 1947 y, en consecuencia está vinculado a la organización y a sus disposiciones de cooperación en los términos del artículo 63 de la Carta de la ONU⁵⁰.
- Su actuación en el marco de la “cooperación internacional económica y social” de la Carta de la ONU (art. 55, Capítulo IX), donde se aboga por “niveles de vida más elevados, trabajo permanente” (inc. a) y, entre otros, por el “respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales” (inc. b⁵¹).
- Es un sujeto de derecho por lo que su actuar conlleva consecuencias en el ámbito internacional (respetar los principios y normas generales que orbitan en la comunidad internacional y sus obligaciones asumidas con otros Estados u organizaciones internacionales⁵²).

El paisaje descrito, entendemos resulta cardinal cuando se analiza el “accionar u omisión” del Fondo en torno a los derechos humanos, *máxime* cuando su “Convenio Constitutivo” desconoce en su articulado a los derechos fundamentales (art. 1⁵³).

Paradójicamente los mecanismos “convencionales” y “extraconvencionales” en esta materia han focalizado la relación del FMI y los derechos fundamentales.

pobreza va aumentado con el correr de los años. Para más datos se puede acudir a su página oficial. https://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Portada.html?string_búsqueda=argentina

⁵⁰ Este artículo en su primer inciso dispone que “El Consejo Económico y Social podrá concertar con cualquiera de los organismos especializados de que trata el Artículo 57, acuerdos por medio de los cuales se establezcan las condiciones en que dichos organismos habrán de vincularse con la Organización. Tales acuerdos estarán sujetos a la aprobación de la Asamblea General”. En esta tesitura, no sería comprensible el argumento que exima al organismo de la sujeción de las disposiciones de la ONU en razón de su funcionamiento descentralizado es que, como señala Marcelo Krikorian “...eso no quita que la ONU puede ejercer una competencia de armonización general en los campos económico, social, cultural y técnico, en línea con los propósitos enunciados en los artículos 1.3 y 1.4 de la Carta”, donde se plasma “el respeto irrestricto a los derechos humanos y libertades fundamentales”.

⁵¹ *Ibid.*, nota 30, pp. 68-70.

⁵² *Ibid.*

⁵³ No obstante lo cual, hay párrafos que –estimamos- desembocan en los derechos humanos, tal es el caso del art. 1 inc. v), donde se hace referencia a la oportunidad que se les dará a los países para que corrijan los desequilibrios de sus balanzas de pagos “...sin recurrir a medidas perniciosas para la prosperidad nacional o internacional”. Concebimos que los derechos fundamentales y la prosperidad de un país están indisolublemente vinculados.

En lo que respecta al primero de ellos (convencionales), ya el Comité DESC en su OG N°2 (véase acápite III.1.3.b) sostenía que los organismos como el FMI:

...deberían hacerse los defensores de los proyectos y métodos que contribuyan no sólo a realizar el crecimiento económico u otros objetivos definidos de manera amplia, sino también a potenciar el disfrute de todo el abanico de derechos humanos (párr. 7).

Posteriormente, en su OG N°14 (2002) concerniente al “disfrute al más alto de nivel posible de salud” el órgano señalaba el deber de cooperar en el campo bajo estudio:

...de las instituciones financieras con los Estados parte (párrs. 63 y 64).

Otros de los comité que ha coadyuvado a que esta vinculación mantenga su vigencia es el de los Derechos del Niño que en su OG N°16 (2013) sobre “las obligaciones del Estado en relación al impacto del sector empresarial en los derechos del niño”, precisó que las organizaciones internacionales de desarrollo, finanzas y comercio:

...deben tener normas y procedimientos para evaluar el riesgo de daño a los derechos de los niños/as y adolescentes que los nuevos proyectos lleven aparejado (*así como*)...medidas que ayuden a mitigar dicho riesgo (párr. 47⁵⁴).

Ahora bien, en a lo atinente a los segundos (extraconvencionales) resulta valioso el aporte realizado por el Experto independiente “sobre las consecuencias de la deuda externa”, que realiza el argentino Juan Pablo Bohoslavsky (a cargo desde el 2014 hasta la fecha), quien asocia el rol activo del FMI con las graves repercusiones en el acceso de ciertos derechos (v.gr. trabajo, seguridad social, salud y educación, entre otros) durante la década de los '90 y principios del 2001⁵⁵.

En un sentido análogo se ha pronunciado el Relator Especial “sobre la extrema pobreza y los derechos humanos” endilgando responsabilidad al Fondo en la conculcación de derechos fundamentales por promover medidas -entre las cuales remarca principalmente la “privatización”⁵⁶- tendientes a

⁵⁴ Disponible en: <http://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/observaciones-generales-comite-derechos-del-nino/>. Fecha de consulta 22 de julio de 2019.

⁵⁵ Ver en ese orden el informe del 2 de abril de 2014.

⁵⁶ En la mentada OG N° 16 del Comité de Derechos del Niños se indicaba que “...las tendencias actuales de descentralización, así como la externalización y la privatización de las funciones del Estado afectan el disfrute de los derechos humanos” (párr. 1).

obtener un beneficio económico que afecta en los servicios básicos, repercutiendo en sus más esenciales derechos⁵⁷.

4. Políticas públicas: una deuda en la materia

Como hemos intentado reflejar en los puntos anteriores (véanse acápite III.1 y III.2), nuestro país ha expuesto políticas públicas carentes de perspectiva en derechos humanos, lo cual sigue siendo una cuestión latente en la actualidad, así se puso de manifiesto en el año 2017 con la interrupción intempestiva y masiva de pensiones no contributivas de personas con discapacidad o en la asignación presupuestaria del 2018 en la que se dispuso una disminución del 6% -respecto del 2017- para la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF), conmoviendo los distintos programas a cargo del organismo al conculcar de este modo principios esenciales en la materia como el de no regresividad⁵⁸.

En esta línea argumental, cabe preguntarse, ¿cuáles son los principios y lineamientos que debe seguir un gobierno a la hora de concebir en su perfil público las obligaciones contraídas en la esfera de los derechos humanos?

Con el ánimo de esbozar una respuesta creemos que debe considerarse:

- a) recursos presupuestarios que deben satisfacer los niveles esenciales de cada uno de los derechos.
- b) la asignación de estos recursos asignados bajo criterios de equidad, evitando toda forma de discriminación.
- c) una realización progresiva de estos derechos, reconociendo la plena efectividad de los mismos, sobre todo los económicos, sociales y culturales.
- d) la transversalidad e integralidad existente de las distintas clases de derechos (v.gr. civiles, políticos, económicos, sociales y culturales),

⁵⁷Disponible en: <https://www.presenza.com/es/2018/10/experto-de-la-onu-critica-al-fmi-y-bm-por-promover-la-privatizacion-de-los-servicios-basicos/>. Fecha de consulta 26 de junio de 2019.

⁵⁸ “Políticas Fiscales y Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: Argentina, Brasil, Colombia y Perú” (mayo, 2018) Informe elaborado en ocasión de la Audiencia Temática “Control del gasto público, políticas fiscales y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina” en el marco del 168º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/politicas-fiscales-y-garantia-de-los-derechos-economicos-sociales-y-culturales-en-america-latina/>, pp. 17-19. Fecha de consulta 28 de mayo de 2019.

representando las cualidades esenciales de los derechos fundamentales como son su universalidad, indivisibilidad e interdependencia⁵⁹.

- e) la transparencia y rendición de cuentas a la hora de evaluar la asignación y el ejercicio de los recursos.
- f) por último y no menos importante es la participación ciudadana en todas las fases del proceso presupuestario y de las políticas públicas⁶⁰.

Consideraciones finales

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, los motivos que dieron vida al FMI fueron desnaturalizándose en un marcado tinte tecnocrático, desplazando su finalidad primigenia, cuestión que puede verse reflejado en las modalidades que el organismo impone en muchas oportunidades a los países que acuden en su ayuda.

Efectivamente, como señalamos, el mismo sostuvo políticas totalmente inadecuadas para los Estados aludidos, que terminaron agudizando las crisis que dieron origen a su solicitud. Estas condicionalidades exponen claramente una tendencia ortodoxa que mantiene sus criterios con una uniformidad en sus políticas, que pese a los resultados negativos (caso de

⁵⁹ Ante la lógica “separatista” en torno a la “indivisibilidad e interdependencia” de los derechos humanos que muchos han propugnado –sobre todo países en constante violación de DESC- el Dr. Fabián Salvioli ha considerado que la categorización de “derechos civiles y políticos” por un lado y “DESC” por el otro proviene de un axioma artificial producto de la incapacidad diplomática de la época (1966) y que, con el correr del tiempo dicha condición de los derechos humanos (“interdependencia e indivisibilidad”) –impulsada en la Declaración de Viena como en la Plataforma de Acción de Pekín- ya se avizoraba con la decisión del Consejo Económico y Social al momento de crear un Comité para el monitoreo del PIDESC previendo una composición del mismo equivalente al ya existente al Comité de Derechos Humanos o con el nivel de ratificación actual de ambos tratados que demuestran el consenso que había en 1948. Véase en tal sentido Salvioli, F. (2016) “Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos como criterios rectores para el trabajo de los órganos convencionales de monitoreo: la relación contemporánea entre los pactos internacionales de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales”, O Cinquenário dos dois pactos de direitos humanos da ONU, Vol. 1, Editorial Fortaleza, 2016, pp. 84-87. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/indivisibilidad-e-interdependencia-en-el-pidcp-y-desc.pdf>. Fecha de consulta 1 de julio de 2019.

Adhiriendo a la postura mencionada es que entendemos a los derechos humanos como una “península” y no como un “conjunto de islas separadas”.

⁶⁰ “Políticas Públicas y Presupuestos con Perspectiva de Derechos Humanos: Manual operativo para servidores y servidoras públicos”, Oficina del Alto Comisionado, México, 2010, p. 23-25. Disponible en: http://hchr.org.mx/images/doc_pub/L280211PPDH.pdf. Fecha de consulta 26 de julio de 2019.

México, Rusia y Argentina, entre otros), siguen siendo utilizados sin recoger las particularidades de las experiencias vividas.

En este orden de ideas, nos permitimos ilustrativamente recordar a su vez, la falta de autocrítica sobre lo ocurrido en nuestro país durante los años '90 y 2001, que con las modalidades impuestas, dejó un saldo de severas restricciones en aspectos vinculados con los derechos humanos.

Parece entonces necesario tener presente que el FMI es un sujeto de derecho internacional, que por ende adquiere facultades y contrae “obligaciones” como lo prevé la Carta de la ONU al establecer entre sus objetivos primordiales, la promoción del trabajo y la salud, refiriéndose expresamente al “desarrollo” y al “progreso”.

En el marco de estos objetivos, la experiencia expone la omisión de estas finalidades (“cooperación” y “resguardo”) por parte del organismo especializado, aspecto que se reflejó especialmente en la Argentina en el período mencionado con una conflictiva reconversión (niveles de desempleos, deficiencias en el nivel de vida de la población, etc), a tenor de las directivas establecidas.

Sin duda, las relaciones fluctuantes entre el FMI y Argentina han sido enmarcadas por el poder y la necesidad. Por ello, no sólo debemos aludir a la responsabilidad del Fondo, sino también a los distintos déficits estructurales de nuestro país y a los erráticos ciclos de los distintos gobiernos, que han ido tomando medidas desplazando el tema “debajo de la alfombra”, que si bien en algunos casos han tenido resultados auspiciosos (vgr: la convertibilidad), han terminado agravando aún más la situación de la que se trataba de salir.

Por eso, creemos que no debemos detenernos solamente en el edificio de las condiciones internacionales impuestas, sino también en su interior, en el cual podemos observar que más preocupante que las exigencias referidas, es la situación que lo antecede, el potencial, el basamento del país que plasma un estancamiento que se acrecienta y prolonga hasta la actualidad.

En definitiva, las características de esta fluctuante relación ha signado la dinámica de nuestro país en estas últimas décadas, afectando seriamente la calidad socio-institucional con irreparables consecuencias.

Nos parece imprescindible reformular el perfil público, prestando especial atención a las esenciales prestaciones y proyectos que garanticen nuestro desarrollo interno; como así también buscar alternativas de carácter regional cuyo objetivo permita asistir a los países miembros cuando presentan un problema en su balanza de pagos. Pues, ello ofrecería más cercanía de lo que acontece en la región (sentido de identidad geofísica de los problemas),

condicionamientos más permeables y una mayor celeridad frente a las contingencias que pueda afrontar el país peticionante, sin perjuicio de las alentadoras perspectivas que se presentan con otras entidades transnacionales como el acuerdo firmado entre el MERCOSUR y la Unión Europea.

Referencias bibliográficas

- Acosta López, J. I. y Duque Vallejo, A. M. (2008) “Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma *Ius Cogens*?” , International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, N°12, pp. 24-25. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22672.pdf>. Fecha de consulta 9 de julio de 2019.
- Botto, M. y Tussie, D. (2003) “Los Derechos Humanos en la agenda de los organismos económicos internacionales”, p. 2. Disponible en: http://legacy.flacso.org.ar/uploaded_files/Publicaciones/DDHH_IEI_final04.pdf. Fecha de consulta 28 de mayo de 2019.
- Brenta, N., y Rapoport, M. (2003) “El FMI y la Argentina de los años’90 – de la Hiperinflación a la Hiperdesocupación”, Libro “Los Guardianes del dinero. Las políticas del FMI en Argentina”, Ed. Norma, p. 3. Disponible en: <http://www.elcorreo.eu.org/El-FMI-y-la-Argentina-en-los-anos-90-de-la-Hiperinflacion-a-la-Hiperdesocupacion?lang=fr>. Fecha de consulta 30 de mayo de 2019.
- Brenta, N. (2017) “EL rol del FMI en la deuda externa argentina”, Revista Voces en el Fénix, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas, Plan Fénix, p. 90. Disponible: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/69189>. Fecha de consulta 5 de junio de 2019.
- Krikorian, M. (2010) “La hiperinflación de 1989/1990. Aportes y reflexiones sobre un episodio que marcó la historia argentina”, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, núm. 40, p. 534. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10915/21022>. Fecha de consulta 30 de mayo de 2019.
- Krikorian, M (2013) “Derechos Humanos, políticas públicas y rol del FMI: Tensiones, errores no asumidos y replanteos”, Ed. Platense, La Plata, pp. 68-136. Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/33536>. Fecha de consulta 28 de mayo de 2019.

- Maraví, G. e Inés María (2018) “La relación entre Argentina y Estados Unidos durante la presidencia de Mauricio Macri, 2015-2018”, Anuario en Relaciones Internacionales, Instituto de Relaciones Internacionales (IRI), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata. Disponible en: <http://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2018/09/a2018amnorArtGulloMaravi.pdf>, p. 2. Fecha de consulta 13 de mayo de 2019.
- Mariño, F. (1996) “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de Naciones Unidas”, Revista Derechos y Libertades del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, España, pp. 90-91. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1323/DyL-1995-III-6-M.Marino.pdf?sequence=1>. Fecha de consulta 1 de julio de 2019.
- Mengo, R. (2007) “La reforma educativa argentina y el neo institucionalismo liberal de los 90”, Cátedra Iberoamericana, *Universitat de les Illes Balears*. Disponible en: <https://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/mengo1/La-reforma-educativa-argentina-y-el-neo.cid220776>. Fecha de consulta 22 de mayo de 2019.
- Morgan-Foster, J. (2003) “*The Relationship of IMF Structural Adjustment Programs to Economic, Social and Cultural Rights: The Argentine Case Revisited*”, Michigan Journal of International Law, Vol. 24, p. 602. Disponible en: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1261&context=mjil>. Fecha de consulta 5 de julio de 2019.
- Salvioli, F. (2016) “Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos como criterios rectores para el trabajo de los órganos convencionales de monitoreo: la relación contemporánea entre los pactos internacionales de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales”, *O Cinquentário dos dois pactos de direitos humanos da ONU*, Vol. 1, Editorial Fortaleza, 2016, pp. 84-87. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/indivisibilidad-e-interdependencia-en-el-pidcp-y-desc.pdf>. Fecha de consulta 1 de julio de 2019.
- Serra, X., Timini, J., Julia, E. y Casillas, E. (2018) “Argentina: los retos económicos frente a un entorno internacional adverso”, Banco de España, Eurosistema, Boletín Económico 4/2018, p. 3.

- Tondini, B. y Bianchi, S. (2011) “Los orígenes de los Organismos Multilaterales de Crédito, la creación del FMI, las conferencias de Bretton Woods y la participación de Argentina en el concierto económico mundial”, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Programa Integración Regional, pp. 9-10. Disponible en: <http://www20.iadb.org/intal/catalogo/PE/2008/01601.pdf>. Fecha de consulta 23 de julio de 2019.
- Toussaint, E. (2008) “Aportes recientes a la aplicación de la doctrina sobre la deuda ilegítima”, pp. 69-72, publicado en el compendio del año 2000 “Sobre la deuda ilegítima: Aportes al debate”, Ed. Centro de investigaciones CIUDAD/Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, Ecuador.
- Vilas, C. (2003) “Descentralización de Políticas Públicas: Argentina en la Década de 1990”, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Ed. Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP), Buenos Aires, p. 9. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/inap/20171117043534/pdf_320.pdf. Fecha de consulta 21 de julio de 2019.
- Zárate, C. (2015) “El desgaste del Fondo Monetario Internacional y la urgencia de una nueva arquitectura internacional”, Revista Informe Integrar, No. 94, Instituto de Integración Latinoamericana, pp. 2-5. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/72492/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Fecha de consulta 3 de abril de 2019.

El control de convencionalidad en materia de prescripción de delitos de lesa humanidad^(*)

Conventionality control with regard to the prescription of crimes against humanity

José Sebastián Cornejo Aguiar¹

Sumario: I. Orígenes del control de convencionalidad. II. Finalidades del control de convencionalidad. III. Aparición de los delitos de lesa humanidad. IV. Problemas de aplicación de la convención internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y delitos de Lesa Humanidad. – Conclusiones. – Referencia bibliográfica.

Resumen: El objetivo del presente artículo es desarrollar el concepto y alcance de como la figura del control de convencionalidad en el sistema interamericano, ha sido de

^(*) Recibido: 23 julio 2019 | Aceptado: 17 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

¹ Abogado por la Universidad Internacional SEK (Quito, Ecuador). Especialista en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador); Candidato a Master en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador); Evaluador de la Revista Colombiana de fundamentación jurídica DIKAION, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana; Autor de los libros *Mundo, Alma y Vida*; *Senderos de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial*; *Breves Nociones de la Criminología, la Penología y la Victimología en el Contexto Criminal*; *Teoría General de los Recursos y Remedios Procesales en el COGEP*, *La Antijuridicidad y las Causas Excluyentes del Injusto Penal en el COIP*; coautor del Libro *Legitimación de la Pena en el Sistema Penal Ecuatoriano y sus Teorías*; y, *El Proceso Penal Acusatorio en Iberoamérica*. Conferencista nacional e internacional en Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo.
scor1719@hotmail.com

trascendental incidencia en ciertos pronunciamientos en los cuales los jueces, han establecido pautas de interpretación en la aplicación de leyes, que, traen consigo el cuestionamiento de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, impedirían el juzgamiento, generando debate en relación a la vulneración de los principios de legalidad y la prohibición de retroactividad, lo cual podría denotar una posible crisis en la observancia y aplicación de las garantías en el proceso penal.

Palabras clave: derechos, control de convencionalidad, tutela, juzgamiento, prohibición de retroactividad, delitos de lesa humanidad.

Abstract: the objective of this article is to develop the concept and scope of how the figure of conventionality control in the inter-American system has been of transcendental incidence in certain pronouncements in which judges have established interpretation guidelines in the application of laws, which, bring with them the questioning of the imprescriptibility of crimes against humanity, would impede prosecution, generating debate in relation to the violation of the principles of legality and the prohibition of retroactivity, which could denote a possible crisis in the observance and application of guarantees in criminal proceedings.

Keywords: rights, conventionality control, guardianship, trial, prohibition of retroactivity, crimes against humanity.

I. Orígenes del control de convencionalidad

Debemos partir, indicando, que el control de convencionalidad, como es sabido, supone la aplicación del derecho supranacional al derecho interno de cada país que, en el marco de un tratado, se ha sometido a ese orden. Esta interrelación de ordenamientos se verifica en dos planos: el internacional y el interno.

En el plano internacional un órgano supranacional analiza si un acto o dispositivo de derecho interno es compatible con normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y conforme a ello, dispone la inaplicación, reforma o derogación del dispositivo “anticonvencional”. En este nivel también se encuentra el deber de los Estados de adoptar, en sus

medidas de derecho interno, garantías para la vigencia de los derechos humanos.

En el plano interno, los magistrados de cada ordenamiento particular evalúan la compatibilidad de los dispositivos de derecho interno, con la Convención Americana y otros instrumentos internacionales.

En ese orden de ideas en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica, en palabras del maestro Néstor Pedro Sagués, en su artículo *El control de convencionalidad, en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos- sociales. Concordancias y diferencias en el sistema europeo*, cuando manifiesta que en los casos Myrna Mack Chang², Tibi³, Almonacid Arellano⁴, trabajadores cesados del Congreso y Radilla

² Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto en el que Guatemala se encontraba sumida en un conflicto armado interno, donde se realizaron ejecuciones extrajudiciales selectivas con un propósito de “limpieza social”. Myrna Mack Chang realizaba actividades de investigación sobre las comunidades de población en resistencia y las políticas del Ejército guatemalteco hacia las mismas. El 11 de septiembre de 1990 Myrna Mack fue asesinada por agentes militares, luego de haber sido vigilada. Hubo muchas obstrucciones en el proceso penal que se inició. No se pudo juzgar ni sancionar a todos los autores materiales e intelectuales. Para lo cual la Corte declara que: El Estado violó el derecho a la vida, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial y la integridad personal, en perjuicio de varios familiares de Myrna Mack Chang.

³ Los hechos del presente caso se refieren al señor Daniel Tibi, ciudadano francés de 36 años que residía en Ecuador y se dedicaba al comercio de piedras preciosas y arte ecuatoriano. El 27 de septiembre de 1995 agentes de la INTERPOL del Guayas, detuvieron al señor Daniel Tibi por presuntamente estar involucrado en el comercio de droga. Cuando se realizó su arresto, los policías no le comunicaron los cargos en su contra. Se le informó que se trataba de un “control migratorio”. El señor Tibi permaneció bajo detención preventiva, en forma ininterrumpida, en centros de detención ecuatorianos, desde el 27 de septiembre de 1995 hasta el 21 de enero de 1998, en donde fue objeto de actos de tortura y amenazas por parte de los guardias de la cárcel, con el fin de obtener su autoinculpación. La Corte declara: que el Estado violó el Derecho a la Libertad Personal y a la Protección Judicial, así como las Garantías Judiciales, y el Derecho a la Propiedad Privada.

⁴ Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del régimen militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar, en donde Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente. En 1978 se adoptó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho. La Corte dictamina que: el estado incumplió sus obligaciones y violó varios derechos al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, mediante la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 el cual es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado.

Pacheco⁵, alegan el derecho interno para eximirse de algunos deberes (Sagués, 2011, p.1-2.), estas alegaciones no son procedentes al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, que indica: «*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.*»(Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1980)

En concordancia con el artículo 46 de la referida Convención, misma que delimita que:

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.
2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe. (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1980)

Lo cual evidencia, que los actores responsables de garantizar los derechos humanos se ampliaron de forma importante, hacia las técnicas de interpretación de los derechos, en donde el control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente.

Recordemos que el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que: «*los Estados parte se comprometen a respetar los derechos que ella establece, pero también a garantizar su pleno y libre ejercicio (...)*»(Convención Americana de Derechos Humanos, 1978)

Esto significa que el Estado tiene la obligación de respetar, pero también la de garantizar los derechos previstos en los ordenamientos internacionales,

⁵ Los hechos del presente caso se refieren al señor Rosendo Radilla Pacheco, quien era una persona involucrada en diversas actividades de la vida política y social de su pueblo, Atoyac de Álvarez, estado de Guerrero. El 25 de agosto de 1974 fue detenido por miembros del Ejército de México mientras se encontraba con su hijo en un autobús. Posteriormente a su detención, fue visto en el Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, con evidencias de haber sido agredido físicamente. No se volvió a saber de su paradero. La Corte declara que: el Estado es responsable de la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, así como por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, incumpliendo el Estado el deber de adoptar disposiciones de derecho interno sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada de personas.

denotando así de esta manera que el control de convencionalidad, es además reafirmado por la Corte Interamericana en una familia de casos como son: La Cantuta, Boyce vs. Barbados, Fermín Ramírez, Raxcacó Reyes, Heliodoro Portugal, entre otros.

Esta multiplicidad de sentencias permite detectar ya la existencia de un derecho procesal transnacional consuetudinario, afirmativo del control de convencionalidad en el sistema interamericano. En este contexto, el control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional, lo cual implica que los jueces nacionales deberán desarrollar de oficio una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales. (Carbonell Miguel, 2012, p. 12-15)

Particularmente en países en los cuales la Convención tiene rango constitucional o forma parte del bloque de constitucionalidad, al ejercer dicho control de convencionalidad los jueces nacionales pueden, según sus respectivas competencias, no solo desaplicar sino incluso anular las normas internas contrarias a la Convención Americana.

Dando a entender de esta manera que el control de convencionalidad, es un mecanismo judicial creado al interior del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para propugnar por la defensa de los principios democráticos y los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, que comporta uno de los asuntos de mayor importancia jurídica y política en la actualidad en la región.

Lo cual en palabras de Leonardo García Jaramillo, en su artículo “*El control de convencionalidad*”, establece que:

El control de convencionalidad se ejerce entre las normas del derecho interno y la Convención, toda vez que el control vincula al juez y a los demás funcionarios de los países suscriptores de la Convención en la tarea de limitar el poder político y defender los derechos humanos. Los países suscriptores se obligan a interpretar toda norma nacional de conformidad con la Convención. En caso de incompatibilidad, los organismos locales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la violación de los derechos protegidos internacionalmente. Si un Estado es parte de la Convención Americana todos sus órganos están sometidos a sus decisiones y, por lo tanto, deben velar por que los efectos otorgados a las decisiones no se reduzcan por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, como sostuvo la Corte en Gelman contra Uruguay (2011). Dicho control ha permitido que distintos países avancen hacia la incorporación de estándares en la protección de derechos, a pesar incluso de que gobernantes de turno o mayorías representadas en el

Parlamento u organizadas en un referendo, hubiesen defendido una posición diferente. (García Leonardo, 2014, p. 1)

Dando a entender que el control de convencionalidad, realiza un juicio de adecuación entre la norma concreta del derecho interno y la Convención u otro tratado suscrito sobre la protección de los derechos. Con este análisis de adecuación material se estudia el eventual incumplimiento de obligaciones internacionales relativas a la protección de derechos humanos. Se interpreta el derecho local a la luz de la jurisprudencia de la Corte con el fin de subsumir un supuesto de hecho concreto, en el campo de aplicación de una norma identificada previamente en abstracto.

A partir de esta interpretación se determina si en la aplicación del derecho interno el juez nacional realizó una actuación que contraría la Convención. De existir dicha contradicción entre la actuación local y la normativa convencional, se fundamenta para el caso concreto la prelación de la Convención sobre el derecho interno, inclusive sobre su Constitución. Luego se especifican las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención que acontecieron por cuenta de las prácticas internas. El hecho internacionalmente ilícito que se le atribuye al Estado le genera responsabilidad internacional por las violaciones a los derechos reconocidos en la Convención u otros tratados. Finalmente en sentencia se le ordena al Estado poner fin a la conducta identificada como contraria a la Convención, reparar integralmente a las víctimas y adoptar medidas para garantizar la no repetición.

Es por ello que sin duda el Ecuador en su articulado asume, entre otras cosas, un carácter plurinacional e intercultural del Estado respetando y garantizando la igualdad de derechos, como sucede en el art. 11.2 de la Constitución de la República del Ecuador, que manifiesta: «*Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades*».

Este artículo es un pilar fundamental que nos permite entender como el Ecuador busca garantizar el reconocimiento pleno de los derechos, siendo una manera adecuada la aplicación no solo de las normas constitucionales y legales sino también con la efectivización del uso y aplicación del principio de convencionalidad.

1.1 Principales Pronunciamientos sobre el control de Convencionalidad

Los pronunciamientos sobre el control de convencionalidad en 28 sentencias, en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha construido un importante conjunto de criterios interpretativos respecto de

dicha figura jurídica, dándonos a entender que en síntesis el control de convencionalidad es un mecanismo que se aplica para verificar que una Ley, Reglamento o Acto de una Autoridad de un Estado, se adecúa a los principios, normas y obligaciones establecidas en la Convención Americana de los Derechos Humanos, convirtiéndose de esta manera en una herramienta que busca el respeto y garantía de los derechos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos, más aun tomando en consideración que la Constitución de un «Estado constitucional de justicia y derechos», como la del Ecuador, debe tener un propósito definido, el cual implica que los medios para ejercer el poder de regulación estatal sean jurídicos y no solo políticos, debido a que es la única forma de garantizar el pleno ejercicio de los derechos y la efectiva tutela de las libertades, siendo oportuno de esta manera realizar una enunciación de los principales casos donde se evidencia la necesidad de aplicación del control de convencionalidad.

1. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile:** Este es el primer caso en donde la Corte encontró que la ley de amnistía, tuvo como efecto inmediato el cese de las investigaciones y el archivo del expediente, dejando en la impunidad a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Para lo cual la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por los efectos de las disposiciones de la Convención, en otras palabras, el poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención americana sobre derechos humanos.(Caso Almonacid Arellano vs Chile, 2006)
2. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú:** Se evaluó la convencionalidad del artículo 9 del decreto ley No. 25640 que prohibía expresamente la posibilidad de interponer amparo contra sus propios efectos. (Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, 2006)
3. **Caso la Cantuta vs. Perú:** La Corte, se encuentra ante dos leyes de amnistía, las mismas que carecen de efectos jurídicos, por ser incompatibles con los estándares internacionales. (Caso la Cantuta vs. Perú, 2007)

4. **Caso Boyce y otros vs. Barbados:** La Corte tuvo ante sí la ley de delitos contra las personas de 1868, que establecía la pena de muerte obligatoria para las personas condenadas por el delito de homicidio, en donde la impugnación de la constitucionalidad consistía en la revisión si la ley era violatoria de derechos y libertades fundamentales. (Caso Boyce y otros vs. Barbados, 2007)
5. **Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá:** La Corte aborda dos momentos de revisión del derecho interno, como son: la falta de tipicidad penal de la desaparición forzada al momento de ocurrir los hechos, y la tipificación posterior del delito. (Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, 2008)
6. **Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos:** Se realiza un control de convencionalidad del artículo 57 del Código de Justicia Militar, tomando en consideración que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención, sus jueces, como parte del aparato del estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. (Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, 2009)
7. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay:** Paraguay declaró como área silvestre protegida bajo dominio privado a parte del territorio reclamado por una Comunidad indígena, ignorando el reclamo que la Comunidad había hecho sobre dichas tierras. Como consecuencia de este control la Corte le ordenó al estado asegurarse de que el decreto No. 11.804 de 2008 no representara un obstáculo para la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad. (Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, 2010).
8. **Caso Fernández Ortega y otros vs. México:** Se realiza un control de convencionalidad del artículo 57 del Código de Justicia Militar, tomando en consideración que cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención, sus jueces, como parte del aparato del estado, están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por los efectos de las disposiciones de la Convención. (Caso Fernández Ortega y otros vs. México, 2010)
9. **Caso Rosendo Cantú y otra vs. México:** Se realiza un control de convencionalidad del artículo 57 del Código de Justicia Militar,

tomando en consideración que cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención, sus jueces, como parte del aparato del estado, están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por los efectos de las disposiciones de la Convención (caso Rosendo Cantú y otra vs. México, 2010).

10. **Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia:** La Corte determinó que por tratarse de violaciones graves a los derechos humanos, y en consideración de la naturaleza de los hechos, el estado no podrá aplicar leyes de amnistía, ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in ídem. (Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, 2010).
11. **Caso Vélez Loor vs. Panamá:** La Corte determina que la potestad exclusiva es para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención. Y no conocer la constitucionalidad de un decreto que no fue aplicado. (Caso Vélez Loor vs. Panamá, 2010)
12. **Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil:** Se realiza un control de convencionalidad a una ley de amnistía y se establece la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos, debido a que no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados. (Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil, 2010)
13. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México:** La Corte da un nuevo paso en la ampliación del alcance del control de convencionalidad incluyendo como destinatarios de la obligación de realizarlo, además de los jueces a los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 2010)
14. **Caso Gelman vs. Uruguay:** la Corte nuevamente amplía el alcance de la obligación de ejercer el control difuso de convencionalidad estableciéndolo como función y tarea de todas las autoridades públicas y no sólo del poder judicial. (Caso Gelman vs. Uruguay, 2011)
15. **Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela:** La Corte determinó que el control de convencionalidad, debe disponer el conocimiento de los hechos que supongan dejar sin efecto nombramientos, remover o destituir jueces temporales o provisorios a la autoridad competente,

en el marco de un proceso en el que la persona involucrada pueda ejercer su derecho de defensa, se cumpla con la obligación de motivar la decisión y pueda acceder a un recurso efectivo, garantizando la permanencia debida en el cargo. (Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, 2011)

16. **Caso López Mendoza vs. Venezuela:** La Corte determinó que independientemente de las reformas legales que el estado deba adoptar, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este tribunal. (Caso López Mendoza vs. Venezuela, 2011)
17. **Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina:** La Corte destaca la importancia de que los órganos judiciales argentinos aseguren que los procedimientos internos en los cuales se debate el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cumplan con el propósito y fin así como las demás obligaciones derivadas de la Convención. (Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, 2011)
18. **Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile:** Con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este tribunal. (Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, 2012)
19. **Caso Furlan y Familiares vs. Argentina:** Respecto a la necesidad de tener en cuenta las situaciones de vulnerabilidad que pueda afrontar una persona, especialmente cuando se trate de menores de edad o personas con discapacidad, con el fin de que se les garantice un trato preferencial respecto a la duración de los procesos judiciales y en el marco de los procesos en que se disponga el pago de indemnizaciones ordenadas judicialmente. (Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, 2012)
20. **Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala:** Sus argumentos sobre el control difuso de convencionalidad los planteó en el marco del análisis de las medidas de reparación, respecto del control de convencionalidad en sede interna. (Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, 2012)
21. **Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador:** Como consecuencia del control complementario de convencionalidad que la ley de amnistía General para la

Consolidación de la paz carece de efectos jurídicos, la Corte precisó que el estado debería asegurarse de que aquélla no represente un obstáculo para la investigación de los hechos materia del caso, ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en el salvador.(Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 2012)

22. **Caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala:** La Corte no hizo control complementario de convencionalidad de norma alguna, pero en el análisis de las medidas de reparación en el caso concreto, reiteró la obligación de las autoridades de hacer un control de convencionalidad. (Caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala, 2012)
23. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia:** Determina que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales, de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí.(Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia,2012)
24. **Caso Mendoza y otros vs. Argentina:** Realizó un control complementario de convencionalidad respecto de la ley 22.278 y del Código penal de la nación y ordenó al estado, como consecuencia del control, adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en la sentencia. (Caso Mendoza y otros vs. Argentina,2013)
25. **Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina:** Determino que el estado deberá integrar a los currículos de formación o planes de estudio de la policía Federal argentina y de la policía de la provincia de buenos aires, así como de la policía Judicial de dicha provincia, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, cursos de capacitación sobre las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos, particularmente el derecho a la vida, y sobre la obligación de investigar con debida diligencia y la tutela judicial efectiva.(Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina, 2013)
26. **Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú:** la Corte estima pertinente ordenar al estado que implemente, en un plazo razonable, programas permanentes de derechos humanos y derecho

internacional humanitario en las escuelas de formación de las Fuerzas armadas, incluyendo específicamente cuestiones de desaparición forzada de personas (Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú, 2013)

27. **Caso J. vs. Perú:** En este caso, la Corte realizó un control complementario de convencionalidad respecto del artículo 13.c del decreto ley No. 25.475, teniendo como parámetro de convencionalidad el artículo 8.2.f) de la CADH, que establece el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. En este caso, la Corte no consideró “necesario ordenar la reforma del artículo 13.c del decreto ley.(Caso J. vs. Perú, 2013)
28. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname:** En este caso, la Corte se enfrenta, en un control complementario de convencionalidad a una “omisión legislativa”, teniendo como parámetro de convencionalidad los artículos 8.2.h) y 25 de la CADH, debido a la inexistencia en la práctica de un tribunal Constitucional. (Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, 2014)

Cabe destacar que en aquellos sistemas de control de convencionalidad donde la jurisprudencia vertida resulta obligatoria para todos los operadores jurídicos y sujetos del ordenamiento jurídico, el control de convencionalidad está, necesariamente, destinado a tener un mayor impacto y relevancia. En tal supuesto las sentencias tienen un efecto jurídico vinculante.

Lo cual a la par de los casos antes enunciados, nos permite entender como en el año 2006, al resolver el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, la Corte Interamericana citó por primera vez en su jurisprudencia, de manera expresa, el término “*control de convencionalidad*”. En dicho caso, la Corte declaró que el Poder Judicial chileno aplicó una norma que tuvo como efecto el cese de las investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, dejando en la impunidad a los responsables. (Caso Almonacid Arellano vs Chile, 2006) Así, la Corte declaró que si bien “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”, recordó que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. (Caso Almonacid Arellano vs Chile, 2006)

II. Finalidades del control de convencionalidad

El control de convencionalidad se entiende como la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de los Derechos Humanos y su jurisprudencia, en donde la referida obligatoriedad de la Convención deviene de su celebración y aprobación por cada uno de los estados suscriptores de la misma.

Esta obligación constitucional de interpretación de las normas relativas a derechos humanos de conformidad con fuentes internacionales encierra un auténtico control de convencionalidad, que nos demuestra como la evolución jurisprudencial del control de convencionalidad, y la aplicación de este supone que toda autoridad pública, en ejercicio de sus competencias y de las normas procesales vigentes en el derecho interno, debe:

ejercer un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado interamericano respectivo y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la corte interamericana. (Ibáñez Rivas, Salazar, & González Pérez, 2017, p. 69)

Por lo cual podría decirse que el control de convencionalidad es un principio fundamental en las labores que desarrolla la Corte Interamericana, debido a que permite una revisión de las violaciones de derechos humanos cometidas en alguno de los Estados Parte en relación a las disposiciones consagradas por la Convención Americana y la interpretación que de ella hace la Corte desde sede interna, tal es así que las sentencias de la Corte Interamericana han exhortado a las autoridades del Estado a aplicar un control de convencionalidad, con la finalidad de que realice un análisis entre los actos y normas internas y los principios y derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado conforme se ha podido evidenciar en las 28 sentencias antes enunciadas. Sin embargo, y una vez entendida la trascendencia del control de convencionalidad, es pertinente indicar que este tiene varios aspectos específicos como son:

- a) Prevención de violaciones de derechos humanos y del incumplimiento de las correspondientes obligaciones estatales, ya que reposa sobre una lógica preventiva en materia de respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana. (Ibáñez Rivas, Salazar, & González Pérez, 2017, p.70-71)

- b) Fortalecimiento del diálogo judicial entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana, ya que toda autoridad pública está obligada a aplicar el control de convencionalidad, es innegable que los funcionarios vinculados a la administración de justicia tienen un rol protagónico, dada la “dimensión especial” de su papel como garantes de los derechos protegidos en los tratados internacionales de derechos humanos.(Ibáñez Rivas, Salazar, & González Pérez, 2017, p.71)
- c) Consolidación del *ius commune* interamericano, en donde el control de convencionalidad también es un instrumento práctico, inmediato e interesante, que a partir del diálogo entre las jurisdicciones internas y la Corte Interamericana, está produciendo un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano al concebirse ahora como un “sistema integrado” de protección de derechos, debido a que involucra no sólo a los dos órganos de protección a que se refiere la Convención Americana, Comisión Interamericana y Corte Interamericana, sino también, con particular intensidad y de manera concomitante a todas las autoridades nacionales de los Estados parte, que deben participar activamente en la garantía efectiva de los derechos humanos, sea en su dimensión nacional o internacional .(Ibáñez Rivas, Salazar, & González Pérez, 2017, p.77).
- d) Entendimiento del control concentrado de convencionalidad propiamente realizado por la Corte Interamericana, en donde esta revisa las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del “control de convencionalidad”, siempre y cuando el análisis se derive del examen que se realice de la compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.(Camarillo Govea Laura Alicia & Rábago Rosas Elizabeth Nataly, 2016, p.129)
- e) El control difuso de convencionalidad, que consiste en el deber de todas las autoridades nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte que interpreta ese corpus iuris interamericano y que implica reconocer la relevancia y la pertenencia de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico. (Camarillo Govea Laura Alicia & Rábago Rosas Elizabeth Nataly, 2016, p.131)

En síntesis podríamos decir que el control de convencionalidad implica que los Estados no pueden invocar el derecho interno para no cumplir con el

derecho internacional, en razón de que el control de convencionalidad plantea que cada autoridad del Estado, particularmente el poder judicial, es responsable de controlar la aplicación efectiva de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el plano interno, en relación de garantizar el principio *pro homine*, que consistirá en aplicar la interpretación más favorable para el efecto del goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona.

III. Aparición de los delitos de lesa humanidad

Para el Catedrático Kai Ambos (2012, p.178-181) *«el uso del concepto de crímenes de lesa humanidad, podría remontarse a la declaración del 28 de mayo de 1915 dada por los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, en la que se hizo alusión a las masacres de la población armenia en Turquía.»*

En esta declaración, las atrocidades cometidas fueron descritas como *«crímenes contra la humanidad por los cuales todos los miembros del Gobierno turco serán declarados responsables junto a sus agentes implicados en las masacres.»* (Schwelb Egon, 1946, p. 178)

Dando a entender que los crímenes fueron cometidos por ciudadanos de un Estado contra sus propios conciudadanos y no contra los de otro Estado. Los juicios de Núremberg fueron similares en su naturaleza, en tanto trataron aquellos delitos cometidos por los alemanes contra sus propios compatriotas.(Clark, Roger S., 1990, P. 193-195)

Dando como resultado, que los Juicios de Núremberg, sean procesos jurisdiccionales emprendidos a iniciativa de las fuerzas de las naciones aliadas, vencedoras al final de la Segunda Guerra Mundial, en los que se determinó y sancionó las responsabilidades de dirigentes, funcionarios y colaboradores con el régimen nacionalsocialista de Adolfo Hitler en los diferentes crímenes y abusos cometidos en nombre del III Reich alemán a partir del 1 de septiembre de 1939.

Desarrollados en la ciudad alemana de Núremberg entre 1945 y 1949, el proceso que obtuvo mayor repercusión en la opinión pública mundial fue el conocido como el Juicio principal de Núremberg o Juicio de Núremberg y que celebró a partir del 20 de noviembre de 1945 el Tribunal Militar Internacional, en contra de 24 de los principales dirigentes supervivientes capturados del gobierno nazi y de varias de sus principales organizaciones.

Otros 12 procesos posteriores fueron conducidos por el Tribunal Militar de los Estados Unidos entre los cuales se encuentran los llamados Juicio de los doctores y Juicio de los jueces.

Dando como resultado la tipificación de los crímenes y abusos realizada por los tribunales en Núremberg y los fundamentos de su constitución representaron un avance jurídico que sería aprovechado posteriormente por las Naciones Unidas, para el desarrollo de una jurisprudencia específica internacional en materia de crímenes en contra de la paz, crímenes de guerra y crímenes en contra de la humanidad, así como para la constitución a partir de 1998 del tribunal permanente de la Corte Penal Internacional. (Clark, Roger S., 1990, p. 200-210)

En otros términos, podríamos, decir, entonces, que el delito de lesa humanidad, surge a merced de la evolución del derecho internacional, en donde estos crímenes de lesa humanidad difieren de sus antecedentes históricos tanto en su fundamento como en los ámbitos de validez de sus normas tipificantes.

Tal es así que la materialización de la responsabilidad penal internacional del individuo trae consigo un emergente sistema internacional de justicia penal. El cual dentro sus conductas delictivas trae al crimen contra la humanidad o de lesa humanidad, el mismo que su definición fue objeto del siguiente desarrollo paulatino:

1. La Convención de la Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907: Determinaba que las raíces más profundas de la definición del crimen contra la humanidad se ubican en la Cláusula Martens, que fue acuñada por el preámbulo de la IV Convención de la Haya de 1907 sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, tal es así que con la terminación de la Primera Guerra Mundial, el 25 de enero de 1919 se realiza la Conferencia de Paz Preliminar, donde se dio vida a la Comisión de la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y de la Aplicación de las Penas por Violaciones a las Leyes y Costumbres de la Guerra, a la que fue encomendada la labor de realizar un informe sobre la responsabilidad derivada de la guerra, a fin de negociar con base en dicho documento la solución al conflicto, mediante su incorporación al tratado de paz que se pensaba realizar con posterioridad, es decir, el Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919. (Servín Rodríguez Alexis, 2013, p 218.)

2.-Los estatutos de los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio y la Ley Número 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania: En donde lo trascendental es que el Tribunal Militar Internacional de Núremberg tuvo su origen en la Conferencia de 1943, en donde los aliados, además de diseñar las líneas generales de lo que sería más tarde el sistema internacional de Naciones Unidas, y de realizar unas declaraciones respecto al futuro de Italia y Austria, pusieron de manifiesto en la Declaración de Moscú de 1943, su voluntad de castigar a los militares y miembros del Partido Nazi por los

crímenes cometidos por las fuerzas bajo su mando y responsabilidad. En el documento se destacaba que los aliados habían tenido conocimiento y evidencias de las atrocidades, masacres y ejecuciones en masa hechas a sangre fría en los territorios ocupados. Una vez finalizada la guerra, el 8 de agosto de 1945 los aliados adoptaron el Acuerdo de Londres. (Servín Rodríguez Alexis, 2013, p 225.)

3.- *Los Principios de Núremberg, el Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, y las tres convenciones relacionadas con el crimen contra la humanidad*: El 21 de noviembre de 1947, la Asamblea General de Naciones Unidas, además de solicitar a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg, le encomendó la elaboración de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, en donde los Principios de Núremberg conservaron el nexo a la guerra y definieron al crimen contra la humanidad como:

El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él. (Principles of international law recognized in the charter of the Nuremberg tribunal and in the judgment of the tribunal, 1950)

Por su parte, el desarrollo del Proyecto de Código fue largo y lento, al tiempo que estuvo lleno de dificultades; entre las cuales se pueden destacar las siguientes:

- a) El proyecto de Código de 1951, donde la Comisión decidió eliminar de su definición la “*masividad*” como forma de perpetración del crimen, lo cual produjo que se recurriera de nueva cuenta al “*nexo a la guerra*” para definirlo, a fin de evitar que una serie de delitos domésticos fuesen convertidos en crímenes contra la humanidad. (Servín Rodríguez Alexis, 2013, p 227.)
- b) En 1980 la Comisión de Derecho Internacional retomó el tema del Proyecto de Código a petición de la Asamblea General y consideró que el concepto de crímenes contra la humanidad se había vuelto autónomo jurídicamente hablando, pues ya no se encontraba vinculado con los crímenes de guerra o con los crímenes contra la paz, así como determinó que dicho crimen puede ser cometido no sólo en el contexto de un conflicto armado, sino también con

independencia de cualquiera de este tipo de conflictos. (Servín Rodríguez Alexis, 2013, p 228.)

- c) En el Proyecto de Código de 1991, el crimen contra la humanidad pierde su nombre e identidad, en tanto se sustituye por las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, aunque se reafirma la desconexión de dicho crimen con el nexo a la guerra, señalando que éste puede ocurrir incluso en tiempo de paz. (Servín Rodríguez Alexis, 2013, p 229.)
- d) El Proyecto de Código de 1996 incorpora importantes cambios en la definición del crimen contra la humanidad, ya que la misma fue construida en términos de dos elementos clave: la escala y la acción del Estado. (Servín Rodríguez Alexis, 2013, p 230.)

4.- Los crímenes de lesa humanidad en los estatutos de los tribunales penales internacionales ad hoc: El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, fue creado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, el cual establece que dicho tribunal tiene jurisdicción para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas a partir del 1o. de enero de 1991 en el territorio de la antigua Yugoslavia.

De igual manera el crimen de lesa humanidad en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que fue creado por el Consejo de Seguridad y tiene jurisdicción para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1991, en donde el Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) homicidio intencional; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos. (Servín Rodríguez Alexis, 2013, p 231-235.)

3.1. Aspectos relevantes de los Delitos de Lesa Humanidad:

Los crímenes de lesa humanidad son conductas tipificadas por la Corte Penal Internacional y que, por sus características, agravan a la humanidad entera, tal es así que conforme se ha indicado la definición de crímenes de lesa humanidad puede entenderse como una caracterización que se le ha dado a

algunos tipos de crímenes considerados por sus implicancias ciertamente graves ya que tienen como finalidad primordial eliminar personas, torturarlas, hacerlas sufrir a través de alguna modalidad cruenta, y que se efectúa de manera sistemática para así afectar a una gran masa de individuos pertenecientes a una población, dentro de los cuales debe destacarse algunos aspectos específicos como son:

- a) *Nexo con la guerra*: Se puede determinar, que en primer momento, los delitos de lesa humanidad, tienen relación con la guerra, ya que como se puede evidenciar, en los principios de Núremberg, específicamente en el VI, se determina, que todas las conductas que son consideradas como crímenes contra la humanidad tienen conexión con cualquier crimen de guerra.

Por otra parte así el Estatuto del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, en su artículo 5, nos habla de la competencia del Tribunal, para juzgar estos crímenes siempre y cuando se los haya cometido en el curso de un conflicto armado.

- b) *Ataque generalizado y sistemático*: Dentro del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, en su artículo 3, así como en el artículo 7 del Estatuto de Roma, se puede evidenciar que para que se constituya como un crimen de Lesa humanidad, debe existir un curso de un ataque generalizado y sistemático a una población civil.(Marcelo Ferreira, 1992, p. 25-35)

En donde se puede apreciar que contiene los siguientes elementos constitutivos: “*ataque*” “*generalizado*” “*sistemático*” “*contra una población civil*”, que se pueden entender de la siguiente manera:

- i. **Ataque.**- Constituye, los actos de violencia contra la población civil, sea en un marco de paz o de un conflicto armado, debido a que el tipo penal no especifica tal situación, lo que si se determina, es que vayan enmarcados en una línea de conducta, tales acciones u omisiones y que sean de carácter múltiple, y sea generalizado o sistemático.
- ii. **Generalizado.**- Se refiere a la cantidad de víctimas, entendiéndose como la multiplicidad del ataque a gran escala, sin embargo no existe una determinación objetiva al respecto, es por ello, que se debería establecer la dimensión que tuvo el ataque.
- iii. **Sistemático.**- Es decir, debe existir una proyección previa de cometer dicho ataque, por lo que implica que exista una organización que tenga como objetivo atacar a los miembros de la población civil, ejecutando actos, planificando, de manera

organizada lo que le otorga el carácter de sistemático, para alcanzar el fin específico.

- iv. **Población civil.-** Es decir debe tratarse de un ataque a personas que sean civiles, por lo que además se requiere que sea trate de ataque colectivo y no de actos individuales o aislados.

Entendido estos elementos es de suma importancia, que nos concentremos en el estudio del delito de lesa humanidad en el ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, el cual en el artículo 89, del Código Orgánico Integral Penal, da la descripción del delito de lesa humanidad y manifiesta que:

Son delitos de lesa humanidad aquellos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil: la ejecución extrajudicial, la esclavitud, el desplazamiento forzado de la población que no tenga por objeto proteger sus derechos, la privación ilegal o arbitraria de libertad, la tortura, violación sexual y prostitución forzada, inseminación no consentida, esterilización forzada y la desaparición forzada, serán sancionados con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años.

Lo cual sin lugar a dudas refleja el avance que se ha ido dando en el marco del derecho penal internacional y derecho humanitario, que a través del tiempo fue creando normas, que prohibían ciertas conductas, y de esa manera pretendieron proteger los bienes jurídicos de mayor trascendencia e importancia para el Hombre, tal es así que el concepto fue evolucionando a través de la historia y ampliándose la nómina de actos prohibidos, llegando a la definición más elaborada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que reclama también, la concreción de elementos objetivos y subjetivos para conformar un tipo penal especial, que en términos generales se trata de los delitos contra la humanidad aquellos cometidos contra bienes jurídicos fundamentales como la vida, integridad física, libertad, que pueden cometerse en tiempo de paz o de guerra, pero necesariamente en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, donde se le exige al autor el conocimiento de dicho ataque.

No obstante es importante destacar que adicionalmente este tipo de delito denominado lesa humanidad tiene ciertas características específicas como son:

- a) **Es imprescriptible**: El artículo 80 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta que:

Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles.

Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía.(...).(Constitución de la República del Ecuador, 2008). En correlación con el artículo 75,

numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, cuando se refiere a la prescripción de la pena, manifestando que:

(...) No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y daños ambientales. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

b) Ámbito espacial de aplicación: El artículo 14 del Código Orgánico Integral Penal, determina que:

Las normas de este Código se aplicarán a: (...)2. Las infracciones cometidas fuera del territorio ecuatoriano, en los siguientes casos: d) Cuando la infracción penal afecta bienes jurídicos protegidos por el Derecho Internacional, a través de instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, siempre que no se haya iniciado su juzgamiento en otra jurisdicción. (...) (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

c) Ámbito temporal de aplicación: El artículo 16 ibídem, determina que: Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas:

(...)4. Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

d) Ámbitos de validez: Conforme se ha evidenciado previamente es necesario determinar que los alcances y límites de la ley penal. encontramos el ámbito material que son las normas aplicables, el ámbito temporal que determina el momento y hasta cuando está vigente la norma, el ámbito espacial que determina en que demarcación geográfica o espacio tiene aplicación la norma y por último el ámbito personal que señala a quien o a quienes se aplica la norma. (Marcelo Ferreira, 1992, p. 50-55) Se permite derivar notas características como son:

Ámbito Material	Inderogabilidad/ Inadmistiabilidad
Ámbito Personal	Responsabilidad Individual
Ámbito Temporal	Imprescriptibilidad/ Retroactividad
Ámbito Espacial	Jurisdicción Universal

Presupuestos, que dentro del ordenamiento jurídico Ecuatoriano, se cumplen tal como se ha evidenciado en los artículos antes invocados.

IV. Problemas de aplicación de la convención internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y delitos de Lesa Humanidad

Los eventos sucedidos durante las dos guerras mundiales, en especial bajo el régimen nazi de la Alemania de la segunda guerra, los Estados pusieron su vista en las diferentes formas de violencia generada en esos conflictos, con especial alarma en lo que tenía que ver con prácticas de aniquilamiento sistemático contra el ser humano, sin importar si era o no combatiente; justificado o no por posturas políticas y legales de la época.

Este panorama presentó una necesidad de reforzamiento del sistema jurídico internacional en materia de derechos humanos y en la creación de normas que permitieran la humanización de los conflictos que producían guerras. De estas reflexiones nacen las Convenciones de Ginebra y sus protocolos adicionales conocidos hoy en día como parte del Derecho Internacional Humanitario, asimismo inicia todo un proceso normativo internacional para la protección de los derechos Humanos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas. Así se producen textos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que permiten centrar la atención en la especial protección del ser humano y lo pone como punto central para los Estados. (Huertas Díaz Omar, 2013, p. 16-17)

No obstante en el marco de operatividad de los pronunciamientos de las Corte Interamericana de Derechos Humanos y específicamente después de adquirir jerarquía constitucional la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Delitos de Lesa Humanidad, introdujo un nuevo espacio en el cual al ser caracterizados estos delitos como imprescriptibles, la Convención impone a los Estados el deber de juzgar en todos los casos y sin límites temporales a los presuntos autores, sin embargo la aplicación retroactiva de esta Convención en los casos Arancibia Clavel⁶ y Simón⁷, permitió advertir en la Corte Argentina la aplicación directa del

⁶ Es un caso de homicidio calificado y asociación ilícita, en el cual se expresa a favor de la aplicación retroactiva de la Convención respecto a crímenes contra la Humanidad, en cuanto esas normas han estado vigentes desde tiempo inmemorial y pertenecen al *ius cogens*.

⁷ Es un caso de privación ilegítima de libertad, en donde la convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad solo debía haberse esbozado colateralmente como elemento de prueba de una costumbre internacional que obliga al Estado a castigar esos crímenes. Pero no

derecho internacional, y la omisión o reinterpretación de los principios de derecho público, toda vez que quienes apoyan el modo de interpretación de la vigencia de la Convención se basan en la existencia de una norma consuetudinaria (*ius cogens*) que recoge la obligación de castigar y juzgar tales delitos. (Albanese, 2008, p. 116-119)

Tomando en consideración que la concepción de los delitos de lesa humanidad y su imprescriptibilidad aparecen conceptualizados a raíz de los horrores que le toco vivir al mundo especialmente en Alemania Nazi, cuando la prescripción amenazaba con convertirse en fuente de impunidad de los crímenes de guerra practicados durante la segunda guerra mundial por los vencidos; en ese orden de ideas el derecho internacional consuetudinario establece que cierto tipo de crímenes internacionales son imprescriptibles.

Tomándose en consideración que cuatro son los elementos fundamentales de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad:

- a) *El derecho a la verdad*: En razón del esclarecimiento de la verdad, la reconstrucción de la memoria histórica, la aplicación de la justicia y la implementación de las reformas institucionales necesarias para garantizar la no repetición de lo sucedido. (Medina Otazu Augusto, 2010, p. 13)
- b) *Ius cogens*: Que hace referencia a normas imperativas de derecho, en contraposición a las dispositivas de derecho. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario. (Medina Otazu Augusto, 2010, p. 14)
- c) *Garantía de la no repetición*: Por tratarse de delitos graves se trata de exigir la sanción de estos delitos para garantizar la no repetición de estos hechos que socavan los cimientos del estado democrático. (Medina Otazu Augusto, 2010, p. 15)
- d) *La reparación*: Constituye la obligación de la indemnización a la parte lesionada, y la obligación de la reparación social queda cumplida cuando se expía la pena, que es de indemnización dada a la sociedad por la perturbación que le causa el delito. (Medina Otazu Augusto, 2010, p. 16)

Preceptos que nos permiten entender el porque es necesaria la imprescriptibilidad de estos delitos, tomando en consideración que el

invocarlos como normas jurídicas aplicables al caso porque son posteriores a los hechos bajo juzgamiento.

Derecho se produce como consecuencia de crisis, revoluciones, guerras o rebeliones, quizás, como señala Kant, como consecuencia del mal radical presente en la naturaleza humana. En el caso del Derecho Internacional Penal esta constatación es lamentablemente evidente, pues la Segunda Guerra Mundial impulsó decisivamente el desarrollo sistemático del Derecho Internacional Penal. Así es como a partir de los juicios de Núremberg y Tokio comenzó a elaborarse un cuerpo de doctrina y de jurisprudencia en esta materia y más aún con el paso cardinal que se produjo a raíz de la guerra en los Balcanes y en la región de África Central, en Ruanda y Burundi, durante los primeros años de la década de los 90, en donde estos conflictos condujeron a la creación de dos tribunales internacionales penales ad-hoc, para juzgar las graves violaciones a los derechos humanos Derecho Internacional Humanitario producidas durante los mismos. (Aguilar Cavallo Gonzalo, 2014, p. 147- 151)

Conclusiones

1. El control de convencionalidad, como es sabido, supone la aplicación del derecho supranacional al derecho interno de cada país que, en el marco de un tratado, se ha sometido a ese orden. Esta interrelación de ordenamientos se verifica en dos planos: el internacional y el interno.
2. La multiplicidad de sentencias permite detectar la existencia de un derecho procesal transnacional consuetudinario, afirmativo del control de convencionalidad en el sistema interamericano.
3. El control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional, lo cual implica que los jueces nacionales deberán desarrollar de oficio una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales.
4. El delito de lesa humanidad, surge a merced de la evolución del derecho internacional, en donde estos crímenes difieren de sus antecedentes históricos tanto en su fundamento como en los ámbitos de validez de sus normas tipificantes.
5. La materialización de la responsabilidad penal internacional del individuo trae consigo un emergente sistema internacional de justicia penal. El cual dentro sus conductas delictivas trae al crimen contra la humanidad o de lesa humanidad.
6. los pronunciamientos de las Corte Interamericana de Derechos Humanos y específicamente después de adquirir jerarquía constitucional la

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Delitos de Lesa Humanidad, introdujo un nuevo espacio en el cual al ser caracterizados estos delitos como imprescriptibles, la Convención impone a los Estados el deber de juzgar en todos los casos y sin límites temporales a los presuntos autores.

7. La aplicación retroactiva de esta Convención, permitió advertir en la Corte Argentina la aplicación directa del derecho internacional, y la omisión o reinterpretación de los principios de derecho público, toda vez que quienes apoyan el modo de interpretación de la vigencia de la Convención se basan en la existencia de una norma consuetudinaria (*ius cogens*) que recoge la obligación de castigar y juzgar tales delitos.

Referencia bibliográfica

- Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2014). *Crímenes Internacionales y la Imprescriptibilidad de la Acción Penal y Civil: Referencia al Caso Chileno*. *Revista Ius Et Praxis*. Recuperado de <http://www.aprodeh.org.pe/documentos/marconormativo/legal/Crimenes-Internacionales-y-la-imprescriptibilidad-de-la-accion-penal-y-civil.pdf>
- Albanese, S. (Ed.). (2008). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Camarillo Govea, Laura Alicia, & Rábago Rosas, Elizabeth Nataly. (2016). El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos. *Revista IIDH*, 64. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170508_01.pdf
- Carbonell, Miguel. (2012). Introducción general al control de convencionalidad. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/11.pdf>
- Clark, Roger S. (1990). *Crimes Against Humanity at Nuremberg*. USA: The Nuremberg Trial and International Law.
- Convención Americana de Derechos Humanos (1978).
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1980).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (2006)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso la Cantuta vs. Perú (2007)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Boyce y otros vs. Barbados (2007)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (2009)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Ortega y otros vs. México (2010)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (2010)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (2010)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Loor vs. Panamá, (2010)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil (2010)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay (2011)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela (2011)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Mendoza vs. Venezuela (2011)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina (2011)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina (2012)

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (2012)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (2012)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala (2012)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (2012)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mendoza y otros vs. Argentina (2013)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina (2013)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú (2013)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso J. vs. Perú (2013)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname (2014)
- Ecuador. Registro oficial no. 449. Constitución de la República del Ecuador (20 de octubre de 2008).
- Ecuador. Registro oficial suplemento No. 180. Código Orgánico Integral Penal (10 de febrero de 2014).
- Ferreira, Marcelo. (1992). Crímenes de lesa humanidad: fundamentos y ámbitos de validez. Recuperado de <http://www.gordillo.com/DH6/capXIII.pdf>
- García, Leonardo. (2014). El control de convencionalidad. *Temis*. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332014000300013
- Huertas Díaz, Omar. (2013). El debate de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en Colombia: Análisis desde la perspectiva de los derechos humanos. *Derechos Humanos Democracia y Ambiente*. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/viewFile/41188/42900>
- Ibáñez Rivas, J. M., Salazar, P., & González Pérez, L. R. (2017). *Control de convencionalidad*.

- International Law Commission. Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal. (1950). *Yearbook of the International Law Commission*.
- Medina Otazu, Augusto. (2010). La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y las obligaciones del Estado Peruano con la Comunidad Internacional. *Pensamiento penal Argentina*. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110207_03.pdf
- Sagués, Néstor Pedro. (2011). El control de convencionalidad, en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos- sociales. Concordancias y diferencias en el sistema europeo. *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, 1-2.
- Schwelb, Egon. (1946). *Crimes Against Humanity*. Martinus Nijhoff: Dordrecht: Brit. Y.B.
- Servín Rodríguez, Alexis. (2013). La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional. *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/viewFile/4864/6215>

A proteção dos dados pessoais na internet enquanto direito humano à privacidade de tutela internacional (*)

The protection of personal data on the internet as a human right to internationally protected privacy

La protección de los datos personales en internet como derecho humano a la intimidad protegida internacionalmente

Caroline Aparecida Vianna Davariz¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. **1.** Os dados pessoais enquanto bens jurídicos tutelados pela proteção à privacidade. **2.** Proteção de dados pessoais no Marco Civil da Internet, na lei 13.709/2018 e no Regulamento UE 2016/679. **3.** A importância do reconhecimento da proteção de dados pessoais enquanto direito

(*) Recibido: 27 marzo 2019 | Aceptado: 15 julio 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

¹ Acadêmica em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). carolinedavariz@hotmail.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

humano de tutela internacional à vida privada. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: As tecnologias de captação de dados pessoais estão cada vez mais avançadas, de forma que qualquer clique, publicação, mensagem ou busca feitos pelas pessoas naturais rapidamente se tornam uma mercadoria ou, pior, um alvo de espionagem e ataques. Este artigo aborda a necessidade de se proteger os dados pessoais como integrantes do direito humano à privacidade, assim como a necessidade de conferir-lhe tutela internacional de direito humano, afim de que informações associáveis à pessoas naturais sejam entendidos como extensão de sua personalidade merecedoras de integral proteção por fazerem parte da esfera privada dos indivíduos, cabendo somente a estes decidir, salvo as casos expressos em lei, o que deve ser feito com tais informações. Para tanto, foi feita pesquisa nas legislações nacionais e internacionais, bem como pesquisa nas doutrinas de Francisco Rezek, Flávia Piovesan, Danilo Doneda, Valerio Mazzuoli, Antônio Augusto Cançado Trindade, Sidney Guerra, Marcel Leonardi, Uadi Bulos, Alexandre Moraes, Paulo Gustavo Gonet Branco, Ingo Sarlet, Pablo Gagliano, Rodolfo Pamplona, Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal.

Palavras-chave: dados Pessoais, tratamento de dados, direito à privacidade, direito à vida privada.

Abstract: Personal data capture technologies are increasingly advanced, so that any click, post, message or search made by natural people quickly becomes a commodity or, worse, a target of espionage and attacks. This article addresses the need to protect personal data as part of the human right to privacy, as well as the need to grant it international protection of human rights, so that information associated with natural persons is understood as an extension of their personality deserving full protection for being part of the private sphere of individuals, and it is only up to them to decide, except in cases expressed in law, what should be done with such information. Therefore, research was made in national and international legislation, as well as in the doctrines of Francisco Rezek, Flávia Piovesan, Danilo Doneda, Valerio Mazzuoli, Antônio Augusto Cançado Trindade, Sidney Guerra, Marcel Leonardi, Uadi Bulos, Alexandre Moraes, Paulo Gustavo Gonet Branco, Ingo Sarlet, Pablo Gagliano, Rodolfo Pamplona, Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias and Nelson Rosenthal.

Keywords: personal data, data treatment, right to privacy, right to privacy.

Resumen: Las tecnologías de captura de datos personales están cada vez más avanzadas, de modo que cualquier clic, publicación, mensaje o búsqueda hechos por las personas naturales rápidamente se convierten en una mercancía o, peor, un blanco de espionaje y ataques. Este artículo aborda la necesidad de proteger los datos personales como integrantes del derecho humano a la privacidad, así como la necesidad de conferirle tutela internacional de derecho humano, a fin de que informaciones asociadas a las personas naturales sean entendidas como extensión de sus personalidades, merecedoras de protección en el marco de la Convención de las Naciones Unidas. Para ello, se hizo investigación en las legislaciones nacionales e internacionales, así como investigación en las doctrinas de Francisco Rezek, Flávia Piovesan, Danilo Doneda, Valerio Mazzuoli, Antônio Augusto Cançado Trindade, Sidney Guerra, Marcel Leonardi, Uadi Bulos, Alexandre Moraes, Paulo Gustavo Gonet Branco, Ingo Sarlet, Pablo Gagliano, Rodolfo Pamplona, Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias y Nelson Rosenvald.

Palabras clave: datos personales, tratamiento de datos, derecho a la privacidad, derecho a la vida privada.

INTRODUÇÃO

Na atual e supermoderna era globalizada, o fluxo de dados através da internet é cada vez maior, assim como as tecnologias de captação dos nossos dados pessoais estão sempre tornando-se mais sofisticadas. Cada clique, cada mensagem, cada busca e cada publicação geram alguma forma de dado que, nas mãos das empresas e dos grandes estrategistas de marketing, viram propaganda, oferecimento de produtos, serviços, entre outras coisas.

Essa evolução tecnológica e social acontece de forma extremamente célere, e o Direito precisa estar sempre atento às tais novidades, afim de não deixar de salvaguardar valores, garantias e direitos preciosos à sociedade.

A todo momento explodem casos de espionagem de governos e pessoas privadas, grandes vazamentos de dados pessoais de usuários de determinado serviço ou produto, e comércio de dados e registros eletrônicos a fim de traçar perfis dos usuários mundiais, para assim vender produtos e oferecer

serviços e conteúdo. São situações que expõem os usuários da rede mundial de internet, pois informações, fotos, vídeos, registros eletrônicos, dentre tantos outros dados, com conteúdos completamente restritos à vida privada destes usuários, podem ser expostos a terceiros.

Valendo-se do método dedutivo, estabelece-se a definição de dados pessoais pertinentes a este estudo, bem como faz-se uma análise de quais documentos internacionais tratam do direito à privacidade, e também do tratamento constitucional e civil que o mesmo recebe no Brasil. Além disso, é feita uma apreciação do conceito e da extensão da privacidade. Estas são as premissas gerais do método dedutivo.

Parte-se, então, para um exame das leis específicas de proteção de dados no cenário nacional e europeu, a fim de pinçar o que há de melhor em tais normas e demonstrar como tais legislações são orientadas e construídas no sentido de proteger a vida privada. Por último, finalmente discute-se sobre como os dados pessoais podem ser enquadrados como uma faceta da proteção à vida privada, e qual seria a vantagem de reconhecer tal proteção perante a tutela internacional dos direitos humanos.

1. OS DADOS PESSOAIS ENQUANTO BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE

Para que se possa demonstrar como os dados pessoais merecem a proteção internacional do direito humano à privacidade, primeiro é necessário definir o que aqueles são propriamente. Na legislação nacional, os dados pessoais são tratados tanto no Marco Civil da Internet quanto na Lei 13.709/2018, sendo que esta lei trata apenas sobre proteção dos dados pessoais.

O Marco Civil da Internet, apesar de dedicar alguns dispositivos ao tratamento de dados pessoais³, em nenhum momento cuidou-se de trazer alguma definição do que seriam os referidos dados nem mesmo o seu tratamento. Por outro lado, a Lei 13.709/2018, em seu artigo 5º, traz que os dados pessoais são as informações relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável, e vai além disso, dispondo também que existem dados pessoais sensíveis, isto é, aqueles dados pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à

³ Segundo o art. 5º, X, Lei 13.709/2018, tratamento é toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, desde que vinculados a uma pessoa natural.

A respeito dos dados sensíveis, estes merecem especial tratamento porque, segundo DONEDA (2006, p. 160), estes constituem uma categoria de informações que, caso sejam conhecidas e processadas sem o consentimento da pessoa natural titular, possuem um grande potencial para a utilização discriminatória.

Já no cenário internacional, há semelhante definição presente no número 1 do art. 4º do Regulamento (UE) 2016/679, o qual trata os dados pessoais enquanto toda informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, isto é, o titular dos dados. Além disso, o referido Regulamento ainda dispõe que “é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular”.

Sendo assim, para este estudo, considerar-se-á que os dados pessoais são todas aquelas informações que possam ser associadas a uma pessoa natural, seja ela identificada ou apenas identificável; e também que existem dados pessoais de ordem sensível, os quais merecem especial proteção. Agora, passa-se a uma breve análise da tutela do direito à privacidade tanto no cenário internacional quanto no Brasil, para que ao fim se possa enquadrar a proteção de dados pessoais como um dos seguimentos do direito humano à privacidade.

1.1 O DIREITO À PRIVACIDADE DE TUTELA INTERNACIONAL

O direito à privacidade faz parte da disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo este um ramo do Direito Internacional Público, nascido logo após o fim da Segunda Guerra Mundial com o propósito de proteger direitos de todos os cidadãos, sem quaisquer discriminações de raça, cor, sexo, língua, religião, condição política, condição social entre outras características (MAZZUOLI, 2018, p. 751).

É na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que a privacidade é tutelada pela primeira vez enquanto Direito Humano. Segundo PIOVESAN (2011, p. 201), a Declaração Universal combina o discurso liberal da cidadania com o discurso social, consagrando um consenso sobre valores de cunho universal e indivisível.

Conforme o art. 12º da Declaração Universal, “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei”.

Acontece que esta Declaração não é um tratado e tampouco instituiu qualquer órgão internacional de índole judiciária ou semelhante para garantir o cumprimento de suas disposições, assim como não previu procedimentos para os destinatários do direito reclamarem sua protecção (REZEK, 2018, p. 263-264).

Logo, seus dispositivos são normas meramente substantivas, não constituindo nenhuma obrigação jurídica para os Estados participantes da Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. Por outro lado, a Declaração tem servido de referencial ético para vários tratados internacionais sobre direitos humanos (MAZZUOLI, 2018, p. 807-808).

Somente mais tarde, em 1966, é que as Nações Unidas lança o Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, o qual não apenas protege, dentro muitos outros direitos, o direito à privacidade, como cria uma Comitê específico para fiscalizar a concretização das normas pactuadas, e mecanismos de acesso a esse Comitê por parte dos destinatários do Pacto. Em seu art. 17, n.º 1, está disposto que “Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação”.

Além disso, as Nações Unidas criaram o Tribunal Internacional de Justiça, também denominado de Corte Internacional de Justiça, na Conferência de São Francisco, em 1945, atribuindo-lhe a função de órgão jurisdicional principal. Sobre isto:

A CIJ é dotada de funções tanto contenciosa como consultiva. No exercício da primeira, dirime controvérsias internacionais submetidas ao seu conhecimento pelos Estados litigantes. Todos os estados-Membros das Nações Unidas são *ipso facto* Partes no Estatuto da CIJ, mas apenas alguns deles aceitam a jurisdição obrigatória da CIJ consoante o artigo 36 de seu Estatuto, a célebre “cláusula Raul Fernandes”, ou cláusula facultativa da jurisdição obrigatória. Em aditamento, cerca de 128 convenções multilaterais e 166 tratados bilaterais contêm cláusulas prevendo o recurso à CIJ para a solução de controvérsias sobre sua interpretação ou aplicação, as chamadas cláusulas compromissórias. Além da petição unilateral instituindo procedimentos (contenciosos), com base nas cláusulas compromissórias, ou então na cláusula facultativa, podem os Estados litigantes celebrar um acordo especial (*compromis*) para submeter sua controvérsia à CIJ.

A par da função contenciosa da CIJ, acionada tão só pelos Estados litigantes, a CIJ também exerce a função consultiva, mediante a emissão de Pareceres, sobre questões jurídicas, a ela solicitados pelos organismos habilitados a fazê-lo pela Carta das Nações Unidas e por seu próprio Estatuto (artigo 65) (TRINDADE, 2013, p. 17-18).

Também merecem destaque neste contexto histórico a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, a qual resguardou o direito à vida privada no seu art. 8º; bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, a qual introduz, em seu art. 11, o direito à vida privada enquanto parte da proteção à honra e à dignidade.

A Convenção Europeia supracitada, a fim de assegurar o respeito aos direitos ali previstos, criou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, dispondo, também, acerca de sua organização interna, e o procedimento para receber a tutela do Tribunal.

Em paralelo, a Convenção Americana designou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos para conhecer dos assuntos relativos ao cumprimento dos compromissos elencados na Convenção. “Em linhas gerais, [...] a Comissão atua como instância preliminar à jurisdição da Corte (REZEK, 2018, p. 267)”.

Após esta exposição dos documentos internacionais que tutelam o direito à vida privada, faz-se necessário analisar o que o conceito de privacidade é capaz de abarcar.

Um grande marco na história dos debates acadêmicos acerca da privacidade é o artigo intitulado “*The right of privacy*” dos autores Samuel D. Warren; Louis D. Brandeis, publicado em 1890. Nesta obra, os autores alertavam sobre o uso da fotografia pela imprensa como uma forma de causar danos na medida em que as imagens expunham a privacidade dos indivíduos.

Partindo desses problemas, os autores analisam um bom número de decisões de tribunais ingleses e americanos, deduzindo então a existência de um princípio geral na *common law*, o *right of privacy*. Assim, utilizando o termo “*right to be let alone*”, propõem um novo “*tort*”, a invasão do “*privacy*” que constituiria uma profunda ofensa, que lesionaria o senso da própria pessoa sobre sua independência, individualidade, dignidade e honra (ZANINI, 2015, p. 11).

Sobre o “*right to be let alone*”, ou o “direito de ser deixado só”, DONEDA (2006, p. 8) descreve que o direito passou a preocupar-se com a privacidade num período marcado pela percepção da pessoa humana enquanto peça central do ordenamento jurídico, ou seja, uma interpretação estritamente individualista. É só posteriormente, após muita evolução jurídica, que a

privacidade passa a ser entendida enquanto aspecto fundamental do desenvolvimento da personalidade e da pessoa.

Acontece que nessa mais recente acepção, a expressão “privacidade” tornou-se, como elucida LEONARDI (2012, p. 46-47), uma verdadeira “palavra-camaleão”, utilizada para se referir a uma infinidade de interesses, haja vista que não há nenhum indicativo positivado da extensão desse direito.

A este estudo interessa tratar da privacidade enquanto um direito da pessoa natural de proteger sua intimidade e vida privada. Assim, o direito à proteção aos dados pessoais, já conceituados como informações relacionadas às pessoas naturais, informações as quais podem inclusive pertencer a uma ordem sensível, pode, sim, ser entendido como uma faceta da proteção à privacidade.

Conforme escreveu BULOS (2018, p. 572), o direito à privacidade, também denominado vida privada, teria por objeto todos os relacionamentos do indivíduo, como suas relações comerciais, profissionais, de estudo, de convívio diário, entre outras; enquanto a intimidade, contida dentro da privacidade, seriam as relações mais íntimas e pessoais desse indivíduo, envolvendo afinidades familiares, amizades próximas e companheiros que participam de sua vida pessoal.

O direito à privacidade funciona, portanto, como uma faculdade do indivíduo de constranger terceiros a não violarem aquelas informações e situações que somente a ele dizem respeito, as quais não deseja tornar públicas (BRANCO, 2018, p. 285). Em outras palavras, é manter-se livre da ingerência de outras pessoas. Neste sentido,

O atributo básico do direito à privacidade seria, portanto, a capacidade de o indivíduo controlar a circulação de informações a seu respeito. [...] a privacidade significa o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. A privacidade é, assim, o poder de revelar-se seletivamente ao mundo e não significa apenas o direito de ser deixado em paz, mas também o direito de determinar quais atributos de si serão usados por outros (LEONARDI, 2012, p. 67-68).

Portanto, este é o sentido que se dá ao direito à privacidade que melhor pode abarcar o direito à proteção de dados no cenário das tutelas internacionais. Agora, parte-se a uma análise de como a privacidade é tratada no Brasil.

1.2 O DIREITO À PRIVACIDADE NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elencou um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, os quais têm fundamento na proteção da dignidade da pessoa humana (BULOS, 2018, p.526). Mas haveria alguma diferença substancial entre direitos fundamentais e direitos humanos, dos quais se falou no tópico anterior?

A nomenclatura direitos fundamentais é utilizada para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um Estado, enquanto a expressão direitos humanos possui relação com os documentos de direito internacional, os quais conferem posições jurídicas de proteção a todo ser humano, independentemente de sua vinculação com alguma ordem constitucional, isto é, um caráter universal (SARLET, 2018, p. 307).

Portanto, a diferença diz respeito a quem se destinam os direitos dessas duas categorias, porém não há dúvidas de que ambos buscam tutelar a máxima da dignidade humana, reconhecendo uma série de direitos entendidos como direitos naturais da pessoa humana. Inclusive, o texto da Constituição está diretamente ligado à edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos no que tange a incorporação de direitos subjetivos humanos (MORAES, 2015, p. 28).

A Constituição Brasileira protege a privacidade em seu art. 5º, inciso X, quando dita que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Como já elucidado anteriormente, intimidade e vida privada são conceitos que não podem ser dissociados, pois a esfera da intimidade, apesar de mais restrita, está contida dentro da esfera da vida privada.

O resguardo da privacidade é imprescindível para a saúde mental dos seres humanos e o desenvolvimento de sua personalidade. Ser submetido à exposição dos próprios erros, dificuldades e limites para terceiros pode trazer prejuízos incalculáveis (BRANCO, 2018, p. 285), assim como ter seus gostos, relacionamentos e informações pessoais expostos sem o próprio consentimento.

É tão certo que a privacidade faz parte do desenvolvimento da personalidade humana que o Código Civil Brasileiro de 2002, em seu art. 21, assegurou o direito à privacidade enquanto um direito da personalidade com o seguinte texto: “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Ensinam GAGLIANO e PAMPLONA (2018, p. 200) que os direitos da personalidade são aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais. A preocupação do direito com a personalidade nasceu também no pós-guerra quando, em 1948, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Sobre isto:

Com o pós-guerra, os Códigos foram paulatinamente reformados, vindo a sua grande maioria, na atualidade, a proteger, expressa e amplamente, os direitos da personalidade. [...] Entre nós, os direitos da personalidade foram admitidos após importantes contribuições doutrinárias, alçadas à altitude legislativa por normas esparsas e consagradas pelo Texto Constitucional de 1988 (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 191-192).

Os direitos fundamentais, portanto, funcionam como diretrizes gerais, garantias de todo cidadão, enquanto os direitos da personalidade são fruto da apreensão desses valores fundamentais, regulados na disciplina do Direito Privado. São direitos imprescindíveis aos indivíduos e ao Estado Democrático de Direito, de forma que devem ser tutelados tanto pelo Direito Público quando pelo Direito Privado, em constante diálogo entre os dois (TARTUCE, 2017, p. 151), no que se convencionou denominar de ótica civil-constitucional.

Embora a privacidade receba, como visto, toda uma proteção de ordem constitucional e civil, é preciso lembrar que ela não constitui um valor absoluto e blindado de quaisquer formas de mitigação. A vida privada, na verdade, é constantemente violada, por exemplo com os raio-X de aeroportos, câmeras de vigilância de prédios e ruas, a fiscalização de e-mail corporativo, entre outras (TARTUCE, 2017, p. 203-206).

É difícil precisar os limites, até que ponto deve haver proteção da privacidade e até que ponto a mitigação da proteção não fere a dignidade humana. Certo é que as informações atinentes à vida privada e à intimidade devem ser protegidas dentro de um limite que não viola os interesses públicos, os interesses da justiça e os interesses sociais (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 452). O caminho mais seguro, ao que parece, é estabelecer em lei os contornos de permissão de manipulação por parte de terceiros de informações e situações da vida privada de um indivíduo.

Ademais, resta nítido que a proteção de dados pessoais é conceito perfeitamente abarcado pela privacidade protegida pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, haja vista que as informações pessoais estão dentro da esfera da vida privada. Portanto, agora, parte-se ao tópico que irá analisar as leis brasileiras que regulam a proteção de dados pessoais, bem como analisar o Regulamento UE 2016/679, a fim de pinçar o que há de mais positivo nestas legislações que possa contribuir para o cenário da tutela internacional.

2. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO MARCO CIVIL DA INTERNET, NA LEI 13.709/2018 E NO REGULAMENTO UE 2016/679

O Marco Civil da Internet, como é popularmente conhecida a Lei 12.965/2014, trouxe uma construção dos direitos civil na internet, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Esta legislação, como dito anteriormente, não traz uma definição própria do que seriam os dados pessoais, e em seu art. 3º, III, onde estabelece os princípios que regem o uso da internet, sinaliza que a proteção de dados pessoais deve ser objeto de legislação específica.

É neste sentido que nasceu a Lei 13.709/2018, a qual dispõe exclusivamente sobre a proteção dos dados pessoais. Mas a necessidade de lei específica não significa que o Marco Civil não tenha conferido nenhum grau de proteção aos dados pessoais. Tanto o é, que a sua Seção II traz regras próprias para a proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas.

Estabelece o art. 10 do Marco Civil que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada das partes direta ou indiretamente envolvidas, de forma que o provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros e conteúdo das comunicações privadas mencionados mediante ordem judicial.

O §3º do art. 10 do Marco Civil traz uma exceção ao acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição. A lei não menciona quem são tais autoridades, no entanto, conforme esclarece LIMA (2014, p. 157), olhando para a *ratio legis* e a *occasio legis* do Marco Civil, é plausível concluir que o legislador se referia aos Delegados de Polícia e aos membros do Ministério Público, em consonância com o art. 15 da Lei 12.850/2013, a lei de organizações criminosas.

Art. 15, Lei 12.850/2013: O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

A redação das leis também não deixa claro que as referidas autoridades só podem requerer os dados quando estiverem diante de organizações

criminosas ou em qualquer situação no âmbito cível. Mas certo é que os atos administrativos precisam ter motivação clara, explícita e congruente, de forma que a solicitação dessas autoridades administrativas deve contemplar justificativas plausíveis, aplicáveis e pertinentes (LIMA, 2014, p. 157).

Ainda sobre a proteção dos dados pessoais, estabelece o art. 11 do Marco Civil que em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet, deverão ser obrigatoriamente respeitados os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Além disso, seus parágrafos 1º e 2º estabelecem que a proteção conferida pelo Marco Civil é aplicável a todos os dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil. E ainda que será aplicável às atividades realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que estas ofertem serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

Para toda essa proteção, é preciso estar atento à redação do art. 7º do Marco Civil, o qual estabelece os direitos do usuário de internet. O inciso VII estabelece que é proibido o fornecimento a terceiros dos dados pessoais do usuário, exceto quando este consinta de forma livre, expressa e informada.

Neste sentido, vê-se que o consentimento do usuário tem papel central na proteção dos dados pessoais, e o inciso VIII determina que sejam prestadas informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais; e que seus dados pessoais só poderão ser utilizados para finalidade que justifiquem sua coleta, não sejam vedadas pela legislação, e que estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet.

Também é um direito do usuário, conforme o inciso X, a exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas no próprio Marco Civil.

Mas mais importante de tudo, é dizer que o Marco Civil elencou como primeiro direito do usuário, no inciso I do art. 7º, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Quanto à Lei 13.709/2018, esta nasce para regular especificamente o tratamento de dados pessoais, seja esse tratamento feito por pessoa física ou

jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de salvaguardar os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e de livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, conforme se extrai do art. 1º do referido diploma. Portanto, esta lei completa a proteção do Marco Civil, trazendo um amparo muito mais detalhado.

O art. 2º é preciso ao estabelecer que a proteção de dados se fundamenta, dentre outros, no respeito à privacidade, na inviolabilidade da intimidade, no livre desenvolvimento da personalidade, na dignidade e nos direitos humanos. E não se pode olvidar que a lei também manda, em seu art. 6º, que o tratamento de dados seja orientado pelos princípios, dentre outros, da finalidade, adequação, transparência, segurança e prevenção⁴.

Além disso, a Lei 13.709/2018 também coloca o consentimento do usuário de internet como peça central do tratamento de dados. Tanto é que o art. 7º, I, estabelece que o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado mediante o fornecimento de consentimento pelo titular, ao passo que o art. 8º vem regular em quais termos o consentimento deve ser exercido para ser considerado válido.

Segundo o referido dispositivo, o consentimento deve ser fornecido por escrito em cláusula destacada das demais cláusulas contratuais, ou por outro meio capaz de demonstrar a manifestação da vontade do titular, sendo que o consentimento deve referir-se a finalidades determinadas, ao passo que as autorizações genéricas para o tratamento de dados são nulas.

Outrossim, o usuário pode revogar seu consentimento a qualquer momento, mediante manifestação expressa através de procedimento gratuito e facilitado, sendo válidos os tratamentos realizados enquanto ainda havia consentimento, até que haja o requerimento de eliminação dos dados.

⁴ I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

Observa-se, porém, que é dispensada a exigência de consentimento para aqueles dados tornados manifestamente públicos pelo seu titular, o que não significa a desobrigação dos agentes de tratamento das obrigações previstas na Lei 13.709/2018, especialmente o que tange aos princípios gerais e garantias do titular, conforme parágrafos 4º e 6º do art. 7º.

Igualmente é necessário consentimento específico para que o controlador⁵ comunique ou compartilhe os dados pessoais com outros controladores.

O consentimento deve ser expressado logo após o usuário ter acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados. Como regula o art. 9º, as informações deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva sobre a finalidade específica do tratamento, a forma e duração do tratamento, a identificação do controlador, informações de contato do controlador, informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade, responsabilidades dos agentes que realizam o tratamento, e direitos do titular, com menção explícita aqueles contidos no art. 18 da mesma lei.

Caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo, ou não tenham sido apresentadas com transparência e clareza, o consentimento será considerado nulo (art. 9º, §1º). Além disso, em caso de alteração de alguma informação a que se refere o art. 9º, o controlador deverá informar ao titular a alteração, oportunizando o novo consentimento sobre as mesmas (art. 8º, §6º).

Ao tratar dos direitos dos titulares, o art. 17 constitui que toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade. Neste mesmo sentido, o art. 18 elenca uma série de direitos do titular em face do controlador, relativos aos dados dos quais é titular.

Também é importante dizer que, conforme os arts. 15 e 16, quando ocorre uma das hipóteses elencadas pela lei de término do tratamento de dados pessoais, o usuário tem direito a requerer a eliminação de seus dados, ressalvada apenas a conservação para finalidades de cumprimento de obrigação legal ou regulatória por parte do controlador, estudo por órgão de pesquisa (garantindo-se, dentro do possível, a anonimização⁶), transferências

⁵ Segundo o art. 5º, VI, Lei 13.709/2018, controlador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

⁶ Anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo (Art. 5º, XI, Lei 13.709/2018).

a terceiro (desde que respeitados os requisitos), ou uso exclusivo do controlador, vedado o acesso por terceiros e desde que anonimizados os dados.

Sendo assim, a proteção da Lei 13.709/2018, conforme seu art. 3º, incide sobre todas as operações de tratamento realizadas por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independente do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que a operação de tratamento seja realizada no território nacional; ou desde que a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou fornecimento de bens ou serviços no território nacional; ou desde que o tratamento de dados seja de indivíduo localizado no território nacional; ou desde que os dados pessoais objeto de tratamento tenham sido coletados no território nacional, isto é, quando o titular se encontrava no território nacional no momento da coleta.

Por outro lado, excluem-se do âmbito da lei, nos termos do art. 4º, o tratamento de dados realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; jornalísticos e artísticos; acadêmicos; segurança pública; defesa nacional, segurança do Estado; ou atividades de investigação e repressão de infrações penais. O §1º desse dispositivo afirma que o tratamento de dados realizados para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou perseguição de infrações penais deve ser regulado por legislação específica.

É extremamente importante destacar que a Lei 13.709/2018 teve o cuidado de reservar especial proteção aos dados pessoais sensíveis e aos dados pessoais de crianças e adolescentes. O art. 11 trabalha as hipóteses em que os dados pessoais sensíveis podem ser tratados, frisando a necessidade de consentimento específico e trazendo um rol taxativo das hipóteses em que o consentimento é dispensável.

Já o art. 14 manda que o tratamento dos dados pessoais de crianças e adolescentes seja realizado sob a orientação do princípio do melhor interesse e da legislação pertinente, isto é, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Aqui, o consentimento ganha um corpo ainda mais especial, pois é necessário que, além das regras do art. 8º, este seja dado por um dos pais ou pelo responsável legal, e o controlador deverá realizar todo o esforço razoável para verificar que o consentimento foi realmente dado pelo responsável.

Ademais, o §3º do art. 14 permite que sejam coletados dados pessoais de crianças sem o referido consentimento quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal ou para a proteção da criança e do

adolescente. Porém esses dados só podem ser utilizados uma única vez e não podem ser armazenados, tampouco repassados a terceiros.

Por último, cabe mencionar a Medida Provisória nº 869 de 2018, publicada no Diário Oficial da União no dia 28 de dezembro de 2018, a qual altera a Lei nº 13.709/2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Apesar de produzir efeitos jurídicos imediatos, a Medida Provisória precisa da posterior apreciação pelas Casas do Congresso Nacional para se converter definitivamente em lei ordinária. O prazo inicial de vigência de uma Medida Provisória é de 60 dias e é prorrogado automaticamente por igual período caso não tenha sua votação concluída. Se não for apreciada em até 45 dias, contados da sua publicação, entra em regime de urgência⁷.

Considerando que já houve a prorrogação automática e já foi ultrapassado o 45º dia, a Medida Provisória nº 869 está em regime de urgência para ser votada até o dia 04 de abril de 2019. Se aprovada e, portanto, convertida em lei ordinária, fica instituída a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, um órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República, dotado de autonomia técnica (art. 55-B da Lei 13.709/2018).

A ANPD é composta por um Conselho Diretor (órgão máximo), um Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, uma Corregedoria, uma Ouvidoria, um órgão de assessoramento jurídico próprio, e unidades administrativas e unidades especializadas necessárias à aplicação da Lei 13.709/2018. As competências da ANPD e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade estão previstas, respectivamente, nos arts. 55-J e 58-B.

Por fim, há de se falar no Regulamento UE 2016/679. Este, sem dúvida, foi exímio parâmetro para a construção da Lei 13.709/2018, e em muito se assemelham as duas legislações, cabendo destacar que em alguns pontos a Legislação Comunitária aprofunda-se mais na proteção dos dados pessoais e prevê uma quantidade maior de situações, até por sua natureza especial comunitária.

O referido Regulamento estabelece regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, pautando-se

⁷ CONGRESSO NACIONAL. Entenda a Tramitação da Medida Provisória. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/entenda-a-tramitacao-da-medida-provisoria>>.

nos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, também são elencados no art. 5º, princípios norteadores do tratamento de dados⁸.

Como o observado até agora, no Regulamento o consentimento também é posto como elemento essencial do tratamento de dados. Neste sentido, adverte o seu art. 6º que o tratamento só é lícito quando se verificar que o titular dos dados tenha dado seu consentimento para o tratamento com finalidade específica.

Sobre o consentimento, dispõe o art. 7º que, quando este for dado por escrito, o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma que se distinga claramente dos outros assuntos do contrato, de modo inteligível e de fácil acesso, com linguagem simples e clara. E também está posto enquanto direito do titular a faculdade de retirar o seu consentimento a qualquer momento, assegurados meios fáceis de fazê-lo.

Outrossim, o Regulamento manda em seu art. 7º/n.º 4 que se verifique se para a execução de um contrato, foi dado consentimento para tratamentos de dados os quais não são realmente necessários à referida execução.

Por outro lado, há casos taxativos em que se dispensa o consentimento do titular, previstos nas alíneas do n.º 1 do art. 6º, relativos a tratamento de dados necessário para execução de um contrato no qual o titular de dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular; para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento está sujeito; para a defesa de interesses vitais do titular ou de outra pessoa singular; para o exercício de funções de interesse público ou exercício da autoridade

⁸ b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, em conformidade com o artigo 89.o, n.o 1 (limitação das finalidades);

c) Adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados (minimização dos dados);

e) Conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados; os dados pessoais podem ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, em conformidade com o artigo 89.o, n.o 1, sujeitos à aplicação das medidas técnicas e organizativas adequadas exigidas pelo presente regulamento, a fim de salvaguardar os direitos e liberdades do titular dos dados (limitação da conservação);

f) Tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas (integridade e confidencialidade).

pública de que está investido o responsável pelo tratamento; para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam proteção de dados pessoais.

Aqui também se observa o dever de prestar informações de forma concisa, clara, transparente, inteligível e de fácil acesso, usando uma linguagem clara e simples, no que tange ao conteúdo dos contratos de tratamento de dados, conforme a redação do art. 12º. Neste sentido, vem o art. 13º elencando quais informações o responsável pelo tratamento dos dados deve fornecer aos titulares quando os dados pessoais forem recolhidos junto do titular; e o art. 14º listando as informações que o mesmo responsável deve disponibilizar quando os dados pessoais não forem recolhidos junto do titular.

Caso o responsável pelo tratamento dos dados não forneça as referidas informações nos prazos previstos no Regulamento, o titular dos dados tem o direito de acessar aos seus dados pessoais e pedir esclarecimento sobre as informações que lhes são devidas, nos termos do art. 15º/n.º 1. Além disso, o n.º 2 do mesmo artigo assevera que, quando os dados pessoais forem transferidos para um país terceiro à Comunidade ou uma organização internacional, o titular dos dados tem o direito de ser informado das garantias adequadas.

Dentre os direitos conferidos aos titulares pelo Regulamento, destaca-se os direitos à retificação e apagamento de dados, o direito à limitação do tratamento, e o direito de não ser sujeito a decisões individuais automatizadas.

Quanto à retificação, assegura o art. 16º que o titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento a retificação dos dados pessoais inexatos que lhe digam respeito. Isso porque, tendo em conta as finalidades do tratamento, o titular de dados tem o direito a ver seus dados pessoais acertados.

Relativo ao apagamento, o qual na legislação brasileira é denominado esquecimento, o art. 17º institui que o titular tem o direito de exigir o apagamento dos seus dados pessoais quando na ocorrência das hipóteses das alíneas a) a f) do n.º 1. Na hipótese do responsável pelo tratamento ter tornado públicos os dados pessoais e ser obrigado a apaga-los, deverá tomar as medidas que forem razoáveis para informar aos responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais que o titular dos dados solicitou o apagamento (n.º 2). Ademais, o n.º 3 do mesmo artigo traz as hipóteses em que não se pode exigir o apagamento dos dados.

Já sobre o direito à limitação, assevera o art. 18º que o titular tem o direito de limitar o tratamento de seus dados pessoais quando o titular contestar a exatidão dos dados pessoais; quando o tratamento for ilícito e o titular opte pela limitação ao invés do apagamento; quando o responsável pelo tratamento já não precisar mais dos dados pessoais para os fins do tratamento, mas esses dados sejam requeridos pelo titular para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial; ou se tiver o titular exercido o seu direito de oposição, até que se verifique os motivos legítimos do responsável pelo tratamento.

Quando o tratamento de dados é limitado, isso significa, segundo o n.º 2 do art. 18º, que os dados pessoais só podem ser usados com o consentimento do titular ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial, de defesa dos direitos de outra pessoa singular ou coletiva, ou por motivos ponderosos de interesse público da União ou de um Estado-Membro.

Por último, há o direito de não ser sujeito a nenhuma decisão tomada de forma exclusivamente automatizada, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na esfera jurídica do titular ou que o afete significativamente de forma similar.

A título elucidativo, o portal eletrónico da Comissão Europeia traz um exemplo do que seria o a decisão individual automatizada:

Uma pessoa recorre a um banco para obter um empréstimo. É-lhe pedido que insira os seus dados e o algoritmo do banco informa-o sobre se o banco irá ou não conceder o empréstimo, indicando a taxa de juro proposta. A pessoa deve ser informada de que pode manifestar a sua opinião, contestar a decisão e solicitar que a decisão tomada pelo algoritmo seja revista por uma pessoa⁹.

Portanto, salvo as exceções do n.º 2 do art. 22º, os titulares não podem ser submetidos, quando desejarem contratar, a uma resposta automatizada por parte do responsável pelo tratamento dos dados, seja essa resposta baseada ou não num perfil definido. Sobre os perfis, esclarece também o portal eletrónico da Comissão Europeia:

A definição de perfis é efetuada quando os seus aspetos pessoais são avaliados para fazer previsões sobre si, mesmo que não seja tomada qualquer decisão. Por exemplo, se uma empresa ou organização avaliar as suas características

⁹ COMISSÃO EUROPEIA. Posso ser sujeito a decisões individuais automatizadas, incluindo a definição de perfis? Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rights-citizens/my-rights/can-i-be-subject-automated-individual-decision-making-including-profiling_pt

(como a idade, o sexo ou a altura) ou o classificar numa categoria, isto significa que está a definir o seu perfil¹⁰.

No que tange ao âmbito de aplicação do Regulamento, este foi dividido em dois aspectos: aplicação material e aplicação territorial. O art. 2º estabelece como âmbito de aplicação material todo o tratamento de dados pessoais feitos por meios total ou parcialmente automatizados ou não automatizados, e exclui do âmbito o tratamento efetuado no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito da União, no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas efetuadas por pessoa singular, ou o tratamento efetuado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública.

Já o art. 3º institui que o âmbito de aplicação territorial será sobre todo o tratamento de dados pessoais efetuado por um responsável ou subcontratante que esteja situado no território da União, independente do tratamento ocorrer dentro ou fora da União. E também recai o âmbito territorial sobre o tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, ainda que o responsável ou subcontratante deste não esteja estabelecido na União, mas ofertar bens ou serviços aos titulares que estão na União. Por último, também está resguardado pelo âmbito territorial o tratamento de dados pessoais feitos por um responsável ou subcontratante não estabelecido na União, mas num lugar em que se aplique o direito de um Estado-Membro por força do direito internacional público.

Cabe destacar que o Regulamento também reservou dispositivos especiais para o tratamento de dados de crianças e dados sensíveis. Estabelece o art. 8º que, quando tratar-se de dados de crianças, o consentimento só será lícito quando dado ou autorizado pelos titulares da responsabilidade parental da criança. Ademais, por criança entende-se os menores de 16 anos, podendo os Estados-Membros dispor no seu direito uma idade inferior para os efeitos desse tratamento especial, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos.

Assim como descrito na legislação brasileira, o responsável pelo tratamento de dados precisa despender todo o esforço adequado para verificar que o consentimento foi dado ou autorizado pelo titular das responsabilidades parentais (art. 8º/n.º 2).

Quanto aos dados sensíveis, estes não recebem tal nomenclatura no Regulamento, porém o art. 9º elenca uma categoria especial de dados

¹⁰ *Idem.*

pessoais que merece mais atenção. Neste sentido, o texto normativo proíbe o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos, dados relativos à saúde ou relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

Porém, o n.º 2 deste mesmo artigo traz as hipóteses em que pode haver o tratamento dos dados pessoais sensíveis. Ademais, o n.º 4 permite aos Estados-Membros ampliar as condições para tratamento de dados pessoais relativos aos dados genéticos, biométricos e relativos à saúde.

Sendo assim, como bem se pode observar no art. 32º, o Regulamento UE 2016/679 se preocupa em estabelecer um dever de segurança para com os dados pessoais das pessoas singulares/naturais, nunca se olvidando das técnicas disponíveis para a salvaguarda de um nível de segurança adequado.

Neste sentido, os arts. 33º e 34º impõem aos responsáveis pelo tratamento de dados a obrigação de notificação, respectivamente, tanto da autoridade de controle quanto do titular em caso de violação dos dados pessoais, no prazo e na forma previstos em lei.

A autoridade a que se refere o art. 33º é aquela instituída no art. 51º. Este dispositivo autoriza que os Estados-Membros estabeleçam uma ou mais autoridades públicas independentes, que ficarão responsáveis pela fiscalização da aplicação do Regulamento, a fim de defender os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares quanto ao tratamento de seus dados pessoais, bem como facilitar a livre circulação desses dados na União. Os artigos seguintes regulamentam como se dará a independência, as regras, a competência, atribuição, deveres e poderes dessas autoridades.

Destaca-se também a criação do Comitê Europeu para a Proteção de Dados, prevista no art. 68º, sendo este um organismo independente da União dotado de personalidade jurídica, também regulado nos artigos seguintes a respeito de suas atribuições, competência, poderes e deveres.

Relativo à preocupação com a segurança, pode-se citar a autorização que o Regulamento dá no art. 40º para que os Estados-Membros, as autoridades de controle, o Comitê e a Comissão promovam a elaboração de códigos de conduta destinados a contribuir para a correta aplicação do Regulamento, tendo em vista as características dos diferentes setores de tratamento e as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas.

Nesta mesma linha está a permissão do art. 42º, para que aqueles mesmos sujeitos promovam, especialmente ao nível da União, a criação de

procedimentos de certificação em matéria de proteção de dados, bem como selos e marcas de proteção de dados, para efeitos de comprovação da conformidade das operações de tratamento com o presente Regulamento.

Por último, é de muita relevância o estabelecido no art. 50º do Regulamento. Segundo este, quando se tratar de países terceiros e organizações internacionais, a Comissão e as autoridades de controle devem tomar medidas necessárias para:

- a) Estabelecer regras internacionais de cooperação destinadas a facilitar a aplicação efetiva da legislação em matéria de proteção de dados pessoais;
- b) Prestar assistência mútua a nível internacional no domínio da aplicação da legislação relativa à proteção de dados pessoais, nomeadamente através da notificação, comunicação de reclamações, e assistência na investigação e intercâmbio de informações, sob reserva das garantias adequadas de proteção dos dados pessoais e de outros direitos e liberdades fundamentais;
- c) Associar as partes interessadas aos debates e atividades que visem intensificar a cooperação internacional no âmbito da aplicação da legislação relativa à proteção de dados pessoais;
- d) Promover o intercâmbio e a documentação da legislação e das práticas em matéria de proteção de dados pessoais, nomeadamente no que diz respeito a conflitos jurisdicionais com países terceiros.

Portanto, o próprio Regulamento tem aspirações internacionais e universais, criando seus próprios meios de contribuir com o cenário internacional no que tange à proteção de dados pessoais.

O Regulamento, por todo exposto, é, hoje, sem dúvidas, a legislação mais avançada a respeito da proteção dos dados pessoais. Sendo assim, é um excelente norte para o estabelecimento de normas internacionais e até mesmo nacionais, vide o exemplo da Lei Brasileira 13.709/2018.

Posto todos os pontos vantajosos de todas as legislações a que este tópico se propôs a tratar, agora passa-se a uma análise da relevância de ver todas essas formas de proteção acontecendo numa escala universalizada, a partir do reconhecimento da proteção de dados enquanto direito à privacidade.

3. A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ENQUANTO DIREITO HUMANO DE TUTELA INTERNACIONAL À VIDA PRIVADA

O século XX foi palco de grandes tragédias culminadas a partir das guerras mundiais, merecendo destaque a Segunda Guerra Mundial e os horrores praticados nos campos de concentração da Alemanha nazista. Indubitavelmente, é no pós-guerra que os direitos da pessoa humana

ganharam relevância, consagrando-se no âmbito internacional como forma de resposta aos episódios de horror e violação vivenciados até então (GUERRA, 2015, p. 491).

Neste sentido, começa a aflorar o processo de internacionalização dos direitos humanos com o estabelecimento de um sistema internacional de proteção ao indivíduos, sob o referencial do “direito a ter direitos”, expressão utilizada por Hannah Arendt, de forma que passou a ser possível responsabilizar o Estado quando, internamente, não apresentassem desempenho satisfatório na proteção desses direitos (MAZZUOLI, 2018, p. 762).

Como já descrito anteriormente, em 1945 surge a Organização das Nações Unidas, e em 1948, aprova-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Estes são os marcos mais importantes do processo de internacionalização da proteção à dignidade humana. A partir daí, vários tratados internacionais destinados a proteger os direitos humanos são produzidos¹¹.

Este momento histórico é reverenciado pela ascensão dos indivíduos enquanto sujeitos de direitos humanos internacionais, recebendo proteção contra as possíveis violações praticadas por seus Estados nacionais, sejam estas através da ação do próprio Estado, ou através de sua omissão quanto ao seu dever de garantidor de direitos fundamentais.

Isto se dá porque as violações praticadas pelos Estados, na hipótese de não haver um sistema internacional apto, ficariam impunes e os indivíduos nunca teriam perspectivas de atingir um ideal de paz e segurança. Sobre isto:

Nasce ainda a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Nesse prisma, a violação a direitos humanos não pode ser aceita como questão doméstica do Estado, mas deve ser enfrentada como problema de relevância internacional (PIOVESAN, 2011, p. 201).

¹¹ Surge, então, no âmbito da Organização das Nações Unidas, um sistema global de proteção dos direitos humanos, tanto de caráter geral (a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) como de caráter específico (v.g., as convenções internacionais de combate à tortura, à discriminação racial, à discriminação contra as mulheres, à violação dos direitos das crianças etc.). Revolucionou-se, a partir desse momento, o tratamento da questão relativa ao tema dos direitos humanos. Colocou-se o ser humano, de maneira inédita, num dos pilares até então reservados aos Estados, alçando-o à categoria de sujeito do Direito Internacional Público. Paradoxalmente, o Direito Internacional, feito pelos Estados e para os Estados, começou a tratar da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado, único responsável reconhecido juridicamente, querendo significar esse novo elemento uma mudança qualitativa para a sociedade internacional, uma vez que o direito das gentes não mais se cingiria aos interesses nacionais particulares (MAZZUOLI, 2018, p. 763).

O caráter jurídico vinculativo e obrigatório da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como trabalhado em tópico anterior, surgiu em 1966 através do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Estes dois documentos incorporaram e exploraram com maior precisão os direitos previstos na Declaração de 1948.

O direito à privacidade está previsto no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, e este documento possui um sistema de proteção consubstanciado a partir da elaboração de relatórios produzidos pelos Estados signatários sobre as medidas por eles adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto (art. 40), bem como um mecanismo de comunicação interestatal, através do qual um Estado signatário pode alegar que outro Estado parte não vem cumprindo as obrigações que lhe impõe o Pacto (art. 41).

Além disso, merece especial destaque o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, também de 1966, pois este prevê o direito de petição ao Comitê pelos indivíduos sujeitos à jurisdição do Pacto que aleguem ser vítimas de uma violação, esta cometida por esses Estados Partes, de qualquer dos direitos enunciados no próprio Pacto (art. 1º).

Além disso, o art. 2º do Protocolo Facultativo também assegura aos indivíduos que se considerem vítimas da violação de qualquer dos direitos enunciados no Pacto e que tenham esgotado todos os recursos internos disponíveis, o direito de apresentar uma comunicação escrita ao Comitê para que este a examine.

E não se pode olvidar, ainda, dos sistemas regionais de proteção já mencionados, isto é, o sistema Interamericano e o Europeu, e há, ainda, como assevera PIOVESAN (2013, p. 150), o sistema Africano e um incipiente sistema Árabe, com uma proposta de criação de um sistema regional Asiático. Portanto existe o sistema global e os regionais coexistindo¹².

¹² Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção, e, por isso, deve ser aplicada a norma que, no caso concreto, melhor proteja a vítima. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais (PIOVESAN, 2013, p. 150).

Sendo assim, entende-se que o complexo sistema de proteção aos direitos humanos é indivisível, deve ser compreendido de forma unitária, isto é, uma única fonte onde a norma mais benéfica para a proteção do direito humano do indivíduo deva prevalecer.

Portanto, quando se trata do direito à vida privada, tão salvaguardado pelas normas internacionais e nacionais, como já se viu no tópico 1 deste estudo, não há qualquer impedimento de que a proteção aspirada no Regulamento UE 2016/679, por exemplo, funcione como um parâmetro internacional de proteção de dados enquanto não surgir um documento propriamente integrante do sistema global.

Isso porque é muito importante proteger os dados pessoais. Estes manifestamente são informações advindas da personalidade e individualidade de cada pessoa natural, não podendo ficar desamparados perante a tutela internacional, dependendo apenas da proteção dos Estados nacionais, haja vista que uma das próprias razões de ser do Direito Internacional é o reconhecimento da capacidade violadora destes Estados.

As informações pessoais, histórico de busca, histórico de compras virtuais, mensagens trocadas, fotos e vídeos postados, textos e outras mídias publicados, tudo isso, como trabalhado no tópico 1.2, é projeção da personalidade do indivíduo, é sua manifestação no mundo. É algo tão importante que ascende ao *status* de direito fundamental e de direito humano, reconhecido na Constituição da República Federativa do Brasil e numa série de Tratados Internacionais.

Nada mais justo, então, que todos estes dados pessoais sejam compreendidos enquanto um aspecto do direito à privacidade. Isso viabilizaria, por exemplo, o exercício da comunicação interestadual dos Estados partes, bem como o direito de petição dos indivíduos sujeitos à jurisdição do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Esta forma de interpretação não é utópica ou mesmo incoerente. Por todo o exposto até este ponto do estudo, está evidente que a privacidade está apta a abarcar a proteção dos dados pessoais, pois as próprias regulamentações orientam a proteção de dados no direito à vida privada e a doutrina reconhece que as informações pertinentes às relações privadas e íntimas são objeto jurídico da proteção à vida privada.

Superada a evidência da proteção de dados pertencer à tutela da privacidade; aponta-se que é inequívoca a importância dessa interpretação ser alçada à tutela internacional. Assumindo a referida interpretação e adotando parâmetros internacionais de direitos humanos já existentes, como o

Regulamento UE 2016/679, bem como parâmetros de legislação nacional quando estes forem benéficos à melhor proteção da dignidade humana, os indivíduos possuirão sólidos mecanismos de se proteger contra violações a direitos inerentes a sua existência. Mecanismos estes aptos a obrigar Estados parte das Nações Unidas a honrarem o conteúdo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões que gravitam o direito à proteção de dado e direito à privacidade tornam-se cada vez mais complexas, merecendo proteção integral por parte do Direito, tanto no cenário nacional quanto no internacional, uma vez que não se pode ignorar a globalização, tão pouco o potencial que os Estados nacionais possuem de violar direitos atinentes à dignidade humana.

Dessa forma, o presente estudo buscou traçar o cenário internacional e brasileiro de proteção à privacidade e aos dados pessoais, e a partir disso demonstrar como a proteção de dados está inserida na própria proteção à privacidade, através de pesquisa doutrinária e de legislações nacionais e internacionais. Foram trabalhados a definição de dados pessoais, a extensão da privacidade e seu tratamento enquanto direito da personalidade, direito fundamental e direito humano.

Por fim, fica esclarecido que as informações configuradas enquanto dados pessoais são tão parte da personalidade do indivíduo, que certamente só poderiam pertencer à esfera de sua vida íntima e privada. Sendo assim, não resta dúvidas de que a proteção aos dados privados, com todo o seu conteúdo e características, é uma nuance do extenso e geral direito humano, fundamental e personalíssimo à privacidade.

Por toda a sua relevância à dignidade humana, é certo que a proteção dos dados pessoais merece tutela internacional através da proteção à vida privada, uma vez que as legislações sobre o tema demonstram a responsabilidade do Estado de agir de forma que não viole as proteções estabelecidas, bem como fiscalizar as pessoas naturais e jurídicas que realizam tratamento de dados, a fim de analisar se estas respeitam as legislações de proteção.

Se estes são deveres do Estado para com a dignidade humana, nada mais justo do que permitir mecanismos internacionais capazes de coagir os Estados a respeitar um dever internacional de proteção à privacidade, emanado de um Tratado com força vinculativa e obrigatória.

REFERÊNCIAS

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. pp. 267-326. In. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.
- BRASIL. **Código civil (2002)**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.
Acesso em: 26 mar. 2019.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 26 mar. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em:
<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13709-14-agosto-2018-787077-publicacaooriginal-156212-pl.html>>. Acesso em: 26 mar. 2019.
- BRASIL. **Medida Provisória nº 869**, de 27 de dezembro de 2018. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Disponível em:
<<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/135062>>. Acesso em: 26 mar. 2019.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

- COMISSÃO EUROPEIA. **Posso ser sujeito a decisões individuais automatizadas, incluindo a definição de perfis?** Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rights-citizens/my-rights/can-i-be-subject-automated-individual-decision-making-including-profiling_pt>. Acesso em: 26 mar. 2019.
- CONGRESSO NACIONAL. **Entenda a Tramitação da Medida Provisória.** Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/entenda-a-tramitacao-da-medida-provisoria>>. Acesso em: 26 mar. 2019.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral.** 16. ed. Salvador: Juspodivm.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 88, 439-459. 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral.** 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.
- GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet.** 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.
- LIMA, Caio César Carvalho. Garantia da privacidade e dados pessoais à luz do Marco Civil da internet. pp. 148-164. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet.** São Paulo: Atlas. 2014.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 31. ed. São Paulo: Atlas. 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 1948. Disponível em:

<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos**, de 1966. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos**, de 1966.

Disponível em:

<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-311-16-junho-2009-588912-publicacaooriginal-113605-pl.html>>.

Acesso em: 26 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro, pp. 199-210. In.: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Marcia. **Proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coleção doutrinas essenciais, v. 6. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. pp. 305-402. In.: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília : FUNAG, 2013. Disponível em:

<<http://funag.gov.br/loja/download/1018-tribunais-internacionais-contemporaneos.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, de 1953. Disponível em:

<https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia**, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **O surgimento e o desenvolvimento do right of privacy nos estados unidos**. Revista Brasileira de Direito Civil. vol. 3. Jan/Mar. 2015. Disponível em: <<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume3/02---rbdcivil-volume-3---o-surgimento-e-o-desenvolvimento-do-right-of-privacy-nos-estados-unidos.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

**Direitos humanos e crimes contra a humanidade:
estudo e análise sobre a competência do Tribunal Penal
Internacional frente aos atos realizados pelo grupo
estado islâmico por motivações religiosas ^(*)¹**

**Human rights and crimes against humanity:
study and analysis of the jurisdiction of the
International Criminal Court over acts performed by
the Islamic state group on religious grounds**

**Derechos humanos y crímenes contra la humanidad:
estudio y análisis de la jurisdicción de la Corte Penal
Internacional sobre los actos realizados por el grupo
estatal islámico por motivos religiosos**

Leonardo Pessigato Tufik Rangel²

Marcelo Fernando Quiroga Obregon³

(*) Recibido: 20 setiembre 2018 | Aceptado: 10 julio 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-
NoComercial 4.0 Internacional

- ¹ Artigo originado de pesquisa realizada na Disciplina de Direito Internacional I, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV
- ² Acadêmico de Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV.
leo.pessigato10@hotmail.com
- ³ 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

Sumário: Introdução. **1.** Direitos humanos e Direito Internacional: breve conceituação. **2.** Direito Penal Internacional - a competência do Tribunal Penal Internacional e a questão dos crimes contra a humanidade: conceituação e análise. **3.** Ponto nevrálgico: a possibilidade do tribunal penal internacional responsabilizar os atos realizados pelo grupo estado islâmico por motivações religiosas. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente excerto possui como escopo tratar dos denominados “crimes contra a humanidade” praticados pelo Grupo Estado Islâmico do Iraque e do Levante no território do Iraque e da Síria, bem como fazer uma análise da (im)possibilidade/competência do Tribunal Penal Internacional - primeiro tribunal penal internacional permanente, estabelecido em 2002, em Haia, pautado no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998 - em responsabilizar criminalmente as condutas praticadas pelo grupo terrorista radical sunita supracitado por motivações religiosas contra cristãos. Para isto, faz-se uma construção histórica, conceitual/terminológica dos Direitos Humanos internacionais, bem como um estudo do Direito Fundamental à liberdade geral e liberdade religiosa (crença) com a contribuição teórica de Ingo Wolfgang Sarlet, expoente jurídico no estudo dos Direitos Humanos Fundamentais. Passado isso, há também uma devida conceituação do que vem a ser os “crimes contra a humanidade”, bem como a competência de julgar e condenar do TPI. Por fim, o ponto nevrálgico do referido excerto: da possibilidade ou não (e quais meios) do Tribunal Penal Internacional julgar e condenar os crimes contra a humanidade praticados pelo Grupo Estado Islâmico aos cristãos por motivações religiosas, em território do Iraque e da Síria.

Palavras-chave: estado islâmico, crimes contra a humanidade, Tribunal Penal Internacional.

Abstract: The present excerpt aims to address the so-called "crimes against humanity" committed by the Islamic State Group of Iraq and the Uprising in the territory of Iraq and Syria, as well as to make an analysis of the (im)possibility/competence of the International Criminal Court - the first permanent international criminal court, established in 2002 in The Hague, based on the Rome Statute of the International Criminal Court of 1998 - to hold criminally responsible the conduct of the above-mentioned Sunni radical terrorist group for religious reasons against Christians. For

this purpose, a historical, conceptual/terminological construction of international human rights is made, as well as a study of the Fundamental Right to general freedom and religious freedom (belief) with the theoretical contribution of Ingo Wolfgang Sarlet, legal exponent in the study of fundamental human rights. After that, there is also a proper conceptualization of what "crimes against humanity" are, as well as the ICC's competence to judge and condemn. Finally, the crux of this excerpt: the possibility or not (and what means) of the International Criminal Court to judge and condemn the crimes against humanity committed by the Islamic State Group to Christians for religious reasons, on the territory of Iraq and Syria.

Keywords: islamic state, crimes against humanity, International Criminal Court.

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto abordar los denominados "crímenes contra la humanidad" cometidos por el Grupo Estatal Islámico de Irak y el Levantamiento en el territorio de Irak y Siria, así como hacer un análisis de la (im)posibilidad/competencia de la Corte Penal Internacional -la primera corte penal internacional permanente, establecida en 2002 en La Haya, basada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998- para responsabilizar penalmente de la conducta del mencionado grupo terrorista radical sunita por razones religiosas contra los cristianos. Para ello, se realiza una construcción histórica, conceptual/terminológica de los derechos humanos internacionales, así como un estudio del Derecho Fundamental a la libertad general y a la libertad religiosa (creencia) con el aporte teórico de Ingo Wolfgang Sarlet, exponente legal en el estudio de los derechos humanos fundamentales. Después de esto, también hay una conceptualización adecuada de lo que son los "crímenes contra la humanidad", así como la competencia de la CPI para juzgar y condenar. Por último, el quid de la cuestión: la posibilidad o no (y qué significa) de que la Corte Penal Internacional juzgue y condene los crímenes contra la humanidad cometidos por el Grupo de Estados Islámicos contra los cristianos por motivos religiosos, en el territorio de Irak y Siria.

Palabras clave: Estado islámico, crímenes contra la humanidad, Tribunal Penal Internacional.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, apesar de várias regulamentações acerca de Direitos humanos, há grandes violações dos mesmos. É inegável a conclusão que todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais, pois somos inerentes a este.

O presente excerto possui como escopo analisar a competência do Tribunal Penal Internacional (TPI) frente aos atos cometidos pelo Grupo Estado Islâmico do Iraque e Levante a civis por motivações religiosas, sendo estas condutas tipificadas como crimes contra a humanidade, logicamente violadoras de Direitos Humanos Fundamentais. Por isso, este trabalho parte da análise dos casos repugnantes cometidos pelo grupo radical islâmico em seus territórios de controle (Iraque e Síria).

Posto isso, como estrutura jurídico-argumentativa, este referido artigo desenvolveu-se em algumas etapas, sendo a primeira um trabalho sobre a noção de Direitos humanos e direitos fundamentais, apresentando a questão história, conceituação e terminologia sobre estes, entendendo ser de ímpar importância o trabalho sobre os Direitos Humanos, base do presente trabalho. Não obstante, por fim, fundamentou-se um dos principais objetos do trabalho: o direito à liberdade geral e o direito fundamental específico à liberdade religiosa.

Passada a fase supra, desenvolveu-se um dos pilares deste excerto: o estudo sobre a competência do tribunal penal internacional e, principalmente, a questão dos crimes contra a humanidade por conduta islâmica. Discorreu-se sobre a conceituação dos crimes contra a humanidade, seu fundamento e valor para o tema, bem como o que é e quais são os crimes de competência do tribunal Penal Internacional, mesmo que superficialmente, nesta fase.

Por fim, o ponto nevrálgico do tema: a análise da possibilidade do TPI responsabilizar criminalmente as condutas realizadas pelo Grupo Islâmico contra civis por motivações religiosas. Posto isso, é apresentado meio legais para que o Tribunal Penal Internacional julgue (ou não) tais crimes, partindo-se do estudo do Estatuto de Roma para se buscar soluções legais para a criminalização daquele.

1 DIREITOS HUMANOS E DIREITO INTERNACIONAL: BREVE CONCEITUAÇÃO

De certa forma, podemos considerar que os direitos do ser humano surgem com a própria existência do mesmo, com o surgimento do mundo. Entretanto, há doutrinadores que optam por fazer uma escala evolutiva a partir de determinados períodos históricos.

Podemos dizer que a origem dos Direitos humanos fundamentais não se dá na antiguidade, mas podemos considerar que boa parte de suas noções ali se deram, pois compreende-se uma forte questão que estes eram inerentes a condição humana. Foi o ponto chave para até, posteriormente, a afirmação das noções de direitos fundamentais. O pensamento greco-romano e judaico-cristão, oriundos da filosofia clássica, é o ponto de partida para valores fundamentais presentes hoje na nossa *Lex Mater* (Constituição Federal Brasileira de 1988), como a noção da dignidade da pessoa humana, da liberdade e igualdade dos cidadãos.

Em sede de Direito Internacional dos Direitos Humanos, passado isso, momento marcante, também, para a história dos Direitos humanos fundamentais, foi o período pós 2ª Guerra Mundial. Nesta fase, criou-se o que se chama de Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), em 1948, conhecida por ser uma carta de princípios que proclama a proteção aos direitos humanos tanto civis como políticos, e também aos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Entende-se esta como fundadora de uma nova compreensão de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, sendo esta tida como “[...] código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados”⁴.

Todavia, demonstrou-se insuficiente apenas normatizar os direitos humanos fundamentais e controlar suas possíveis transgressões. Dessa atitude, surge o dever de a Comunidade internacional zelar pela punição de quem viesse a violar os direitos presentes em tal normatização.

A partir dessa afirmação, urge necessário um regime fixação de regras de responsabilidade penal em nível mundial àqueles que venham a violar os direitos e se omitir aos deveres em relação à humanidade, com desiderato de punir condutas típicas que desrespeitem a dignidade da pessoa humana.

Assim, por força da terceira dimensão dos direitos fundamentais e, não obstante, pela proteção humana, estipulou-se, na Conferência Diplomática

⁴ PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. Revista dos tribunais, São Paulo, n. 23, p. 79-91, abr-junho. 1998. p. 81.

de 1998, realizada em Roma, a aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI). O referido tribunal passaria a ter competência restringida *aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, sendo estes crimes: o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, o crime de agressão*⁵. Neste diapasão, a transgressão a direitos humanos fundamentais não pode ser aceita como questão de competência exclusiva do Estado, mas deve ser entendida e combatida como obstáculo de magnitude internacional.

Em suma, deve-se conceder obrigações internacionais aos Estados, sendo que devidas transgressões a direitos humanos internacionais devem ser responsabilizadas, pois os direitos humanos fundamentais devem ser respeitados e reconhecidos de forma universal.

1.1. A QUESTÃO CONCEITUAL E TERMINOLÓGICA DOS DIREITOS HUMANOS

Despretensiosamente (sem querer esgotar o objeto do presente tópico), podemos dizer que os direitos humanos fundamentais representam a união de regras, princípios e deveres ligados à noção de soberania popular, que visam, como salienta⁶ a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status sociais.

A par da dificuldade de conceituação e delimitação/correspondência do objeto do presente tópico, afirma Ingo Sarlet (2017, p. 302) que:

[...] também é verdade que seguem sendo utilizadas outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, apenas para referir algumas das mais importantes, mas que correspondem (salvo no caso da expressão “direitos humanos”) a categorias em geral mais limitadas do que o complexo mais amplo representado pelos direitos fundamentais.

Tal problematização se deve ao fato de que, não obstante toda essa heterogeneidade dos conceitos, boa parte da doutrina trate como similares os

⁵ ONU. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**, de 16 de julho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 01 de set. 2018.

⁶ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 526.

conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais, o que é errôneo. Tanto que o ilustre autor Ingo Sarlet (2017, p. 303) apregoa o seguinte:

Assim, pela especial relevância da questão e por se tratar seguramente das duas expressões mais utilizadas e aceitas, é preciso dedicar alguma atenção ao problema da possível (a depender do critério!) distinção entre os assim chamados “direitos humanos” e os “direitos fundamentais”, distinção que desde logo é aqui assumida como correta. Muito embora existam os que sustentam a equivalência entre as duas noções, considerando até mesmo irrelevante a discussão em torno da eventual diferença ou identidade entre direitos humanos e direitos fundamentais,⁸⁰⁹ o fato é que as diferenças, especialmente quando se tiverem bem presentes os critérios para tanto, são evidentes e têm sido reconhecidas por ampla doutrina e mesmo em caráter jurisprudencial, ainda que não se possa falar aqui em uma posição uníssona no direito brasileiro.

E continua (2017, p. 303):

De acordo com o critério aqui adotado, o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.

Goza de especial relevância tal diferenciação para este presente excerto uma vez que, à análise da competência do Tribunal Internacional, estaremos através da discussão de direitos analisados pela órbita internacional, não se restringindo à paira de princípios constitucionalmente positivados.

1.2. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À LIBERDADE GERAL E O DIREITO FUNDAMENTAL ESPECÍFICO À LIBERDADE RELIGIOSA

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, no que tange ao direito geral de liberdade (ou liberdade geral), pode-se salientar que seu início se deu durante o período da Revolução Francesa, no século XVIII, através de um documento histórico chamado de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 (2017, p. 486). Tal declaração, à época inspirada nos movimentos Iluministas, inaugurou o que podemos denominar de direitos às liberdades e direitos fundamentais do homem, com escopo à proteção de toda a

humanidade. Em seu artigo 4º, afirmava que “a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique ao próximo”⁷.

Nesse diapasão, doutrinariamente, sobre os direitos de liberdade geral, afirma Ingo Sarlet que (2017, p. 486):

[...] o direito geral de liberdade funciona como um princípio geral de interpretação e integração das liberdades em espécie e de identificação de liberdades implícitas na ordem constitucional. [...] a positivação de um direito geral de liberdade tem a vantagem de introduzir no ordenamento jurídico uma cláusula geral que permite dela derivar, por meio de interpretação extensiva, outras liberdades não expressamente consagradas [...] Com efeito, a liberdade, como faculdade genérica de ação ou de omissão, concede ao indivíduo um amplíssimo leque de possibilidades de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal que não pode ser apreendido por meio de liberdades específicas previstas em textos normativos.

E continua (2017, p. 486):

Em síntese, o direito geral de liberdade assume relevância jurídico-constitucional, para efeitos de aplicação às situações da vida, quando e na medida em que não esteja em causa o âmbito de proteção de uma liberdade em espécie. O direito geral de liberdade também cumpre, portanto, a função de assegurar uma proteção isenta de lacunas da liberdade e das liberdades.

Passada devida explanação sobre o direito de liberdade geral historicamente afirmado, necessário é discorrer sobre o objeto mais importante do presente tópico: o direito de liberdade religiosa. Bulos (2017, p. 578) assevera que a liberdade de crença é a liberdade de acreditar ou não em algo. E segue dizendo que:

[...] a liberdade de crença engloba o direito de escolher a própria religião (aspecto positivo) e o direito de não seguir religião alguma, de ser agnóstico ou ateu (aspecto negativo). O limite à liberdade de crença situa-se no direito mútuo, não podendo prejudicar outros direitos.

Inicialmente postulado na fundamental declaração universal de Direitos do Homem de Cidadão de 1948, o referido princípio teve importante conceituação, no art. 18 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, que asseverava que

[...] toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou

⁷ **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Importante exposição sobre tal princípio faz Ingo Sarlet (2017, p. 512), quando afirma que a liberdade religiosa (crença e culto):

[...] constituem uma das mais antigas e fortes reivindicações do indivíduo, e, levando em conta o seu caráter sensível e mesmo a sua exploração política, sem falar nas perseguições e mesmo atrocidades cometidas em nome da religião e por conta da intolerância religiosa ao longo dos tempos, a liberdade religiosa foi uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos e a alcançar a condição de direito humano e fundamental consagrado na esfera do direito internacional dos direitos humanos e nos catálogos constitucionais de direitos.

Assim, dada toda essa relevância que o referido princípio possui, pode-se dizer que se trata de um axioma universalmente consagrado, que se relaciona até mesmo com o valor da dignidade da pessoa humana, vez que expressa a escolha do ser humano se guiar perante uma crença ou não, denominada vertente de direito negativo.

2 DIREITO PENAL INTERNACIONAL - A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A QUESTÃO DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: CONCEITUAÇÃO E ANÁLISE.

No que diz respeito ao Tribunal Penal Internacional, seu estatuto, mais conhecido atualmente como Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, diz que aquele é competente para julgar crimes nucleares do DIP, os quais constam no rol do Capítulo II (Competência, Admissibilidade e Direito Aplicável), Artigo 5.1, senão vejamos:

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

[...]

b) Crimes contra a humanidade;

Os crimes supracitados são os que recebem maior atenção do Tribunal em questão, não por serem os mais graves, mas sim pelas suas peculiaridades.

Destarte, não é o objetivo aqui (ainda), adentrar nas peculiaridades do TPI, nem de todos crimes constantes no rol, mas sim do objeto do presente tópico: os crimes contra a humanidade.

Posto isto, por óbvio, em primeiro contato, citemos a origem deste crime em tela. A primeira aparição do crime contra a humanidade de forma dotada de atecnia foi na Cláusula Martens, de apresentação do Delegado Friedrich von Martens, nas Convenções de Haia de 1899 e IV Convenção de Haia de 1907. A referida cláusula dizia que

Até que um código mais completo das leis de guerra seja editado, as altas partes contratantes consideram conveniente declarar que, em casos não incluídos nas regulamentações por elas adotadas, os civis e beligerantes permanecem sob a proteção e a regulamentação dos princípios do direito internacional, uma vez que estes resultam dos costumes estabelecidos entre povos civilizados, dos princípios da humanidade e dos ditames da consciência pública.

Cretella Neto (2008, p. 343) diz, também, que há houve passagem importante. Vejamos:

Outra ocasião na qual a expressão “crimes contra a humanidade foi empregada, ainda não tecnicamente, como rótulo para uma categoria específica de crimes internacionais, remonta à declaração conjunta de 28.5.1915, emitida pela França, Grã-Bretanha e Rússia, denunciando o massacre da população armênia na Turquia, perpetrado pelo Governo Otomano. Esses atos foram designados “crimes contra a civilização e a humanidade” pelos quais todos os membros do governo turco deveriam ser responsabilizados

Isto posto, infere-se que o “bem jurídico” internacionalmente protegido é⁸:

a ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da comunidade internacional, que se manifesta por meio de um ataque generalizado ou sistemático aos direitos humanos fundamentais de determinada população

E continua, com brilhante ilação, afirmando que⁹:

o principal objeto do jus cogens é precisamente o de assegurar a prevalência dos valores e interesses fundamentais da comunidade internacional como um

⁸ NETO, José Cretella. **Curso de Direito Internacional Penal**. Rio Grande do Sul: Ed. Unijuí, 2008. p. 345.

⁹ Ibid., p. 346.

todo, cuja violação atenta contra os valores da comunidade, atingindo a consciência da humanidade

O artigo 7º, do Estatuto de Roma, define quais são as condutas que se enquadram como “crimes contra a humanidade, sendo elas:

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de *apartheid*;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Ademais, os apontamentos acima realizados quebram o paradigma que o direito internacional se esgota na ideia de regulamentação entre relações de estados, trazendo um novo horizonte onde a valorização humana tem um espaço importante, responsabilizando aqueles que violam os interesses destes, sinalizando um desenvolvimento no que tange a esfera do Direito internacional.

Em sede de caracterização, os crimes contra a humanidade possuem dois requisitos cumulativos, segundo Cretella Neto (2008, p. 365): devem estes ser cometidos em quantidade numerosa e de forma deliberada. Não pode,

logicamente, o referido crime ser praticado de forma distanciada, excluída, isolada.

Baseado nisso, lição de grande valor possui Cretella Neto (2008, p. 365), quando assevera que:

Em geral, os crimes contra a humanidade resultam assassinatos de grandes contingentes populacionais civis, o que é, também, uma característica do genocídio. Os crimes contra a humanidade, todavia, são mais amplos que o genocídio, que é direcionado à eliminação de grupos específicos de pessoas, com base em características que os distinguem do restante da população.

3 PONTO NEVRÁLGICO: A POSSIBILIDADE DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL RESPONSABILIZAR OS ATOS REALIZADOS PELO GRUPO ESTADO ISLÂMICO POR MOTIVAÇÕES RELIGIOSAS

3.1 ESTADO ISLÂMICO DO IRAQUE E DO LEVANTE: BREVE EXPLANAÇÃO

Antes de se adentrar à análise da possibilidade de responsabilização dos atos cometido pelo Grupo Estado Islâmico, vale explicar em que se consiste este. O Estado Islâmico do Iraque e do Levante (EIIL), ou Estado Islâmico do Iraque e da Síria (EIIS), é um grupo terrorista jihadista islamita. Se concentra, de forma mais numerosa, no Oriente Médio. Também é conhecido pelas siglas na língua inglesa ISIS ou ISIL. Em meados de 2014, o presente grupo radical sunita anunciou que seu líder, Abu Bakr al-Baghdadi, autoproclamou-se califa de algumas regiões do Iraque e da Síria.

Superficialmente, vale dizer que o grupo radical islâmico força os cidadãos das áreas em que domina a se converterem ao islamismo, além se guiarem de acordo com as peculiaridades do referido grupo, como a interpretação sunita e a égide de suas leis. Os que se recusam às ordens islâmicas, são passíveis dos castigos cruéis radicais, como as torturas e penas de mortes impostas. Os principais alvos deste são os xiitas, cristãos yazidis etc.¹⁰

A formação deste grupo se deu à época do embate entre os EUA e Iraque, gerando uma enorme instabilidade política à época, o que gerou solo fértil para que o grupo radical terrorista se desenvolvesse rapidamente, com numerosos aliados já desde sua origem. Hodiernamente, pode-se dizer, com tranquilidade, que o mesmo é o grupo militar com mais poder financeiro

¹⁰ FERNANDES, Cláudio; SILVA, Daniel Neves. Estado Islâmico – Grupo terrorista. Disponível em: <<https://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/estado-islamico-grupo-terrorista.htm>>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

do mundo, tendo inúmeras formas de aglomeração de capital, como doações, petróleo, sequestros, roubo, pilhagem e extorsão, impostos sobre minorias religiosas e escravidão¹¹.

Por fim, o grupo radical objeto deste presente tópico se consolidou em terras Iraquianas e Sírias, mantendo posturas intolerantes e violentas àqueles que não se submetem aos seus postulados gerando, assim, assombrosas violações aos direitos humanos fundamentais, principalmente quando se toca em questões de motivações religiosas e étnicas.

Prova da afirmação supra é atestada em relatório fruto de parceria entre Missão de Assistência das Nações Unidas para o Iraque (UNAMI) e Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), onde revela ataques desumanos do denominado Estado Islâmico do Iraque e do Levante a comunidade étnico-religiosa curda Yazidis e demais também comunidades étnico-religiosas¹².

O referido relatório recolheu o testemunho de milhares yazidis remanescentes dos ataques islâmicos, em agosto de 2014. Estes afirmam ser alvos de inúmeras mortes praticadas, escravidões das variadas formas, inclusive sexual, crueldade, conversões ao islamismo, deslocamentos e demais violações de direitos humanos fundamentais pelo prisma internacional.¹³

3.2 DA (IM)POSSIBILIDADE DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL RESPONSABILIZAR CRIMINALMENTE OS CRIMES COMETIDOS PELO GRUPO RADICAL ISLÂMICO POR MOTIVAÇÕES RELIGIOSAS NO IRAQUE E NA SÍRIA.

Sem dúvidas, os crimes¹⁴ cometidos nos territórios iraquiano e sírio, sendo maioria crimes de guerra e crimes contra a humanidade, seja ele pelo deslocamento constrangido e perseguição de civis por motivações religiosas

¹¹ Conheça seis fontes de renda do 'Estado Islâmico'. 2015. Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151119_financiamento_estado_islamico_lgb >. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

¹² Relatório da ONU cita 'atrocidades terríveis' cometidas pelo Estado Islâmico no Iraque. 2016. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/relatorio-da-onu-cita-atrocidades-terríveis-cometidas-pelo-estado-islamico-no-iraque/> >. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

¹³ Ibid.

¹⁴ 'Staggering array' of gross human rights abuses in Iraq – UN report. 2014. Disponível em: < https://news.un.org/en/story/2014/10/480092-staggering-array-gross-human-rights-abuses-iraq-un-report#.VC1wW_ldV8F >. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

são passíveis de tratamento e sanções por competência do Tribunal Penal Internacional.

É de se considerar que o surgimento do Tribunal Penal Internacional visou assegurar direitos humanos consagrados e a ruptura da impunidade perante crimes graves que vinham acontecendo ao longo da história. Na brilhante ilação de Piovesan (2014, p. 88) este surgiu como:

Aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, deste modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. [...] Desta forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementariedade e do princípio da cooperação.

Todavia, chegamos, aqui, no ponto nevrálgico do presente excerto: os principais territórios de controle do Estado Islâmico, qual seja o Iraque e a Síria, não estão sujeitos ao Estatuto de Roma, pois não ratificaram o mesmo, conforme dados oficiais¹⁵. Eis o problema: como responsabilizar penalmente o grupo radical terrorista sunita pelos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional se aquele (ISIL) está especificamente postado em Estados-partes (Iraque e Síria) que não são signatários do Tribunal de Haia?

Sob perspectiva teórica, em sede doutrinária, sobre esta questão, o ilustre autor Fabio Konder Comparato (2010, p. 463) assevera que:

Em qualquer hipótese, o tribunal Penal Internacional somente poderá exercer sua jurisdição, caso o Estado em cujo território tenha sido cometido o crime, ou o Estado de que seja nacional a pessoa acusada de cometê-lo, seja parte no Estatuto, ou tenha ele aderido (art.12.2).

O Conselho das Nações Unidas para os Direitos Humanos recomenda que o caso seja investigado e julgado pelo Tribunal Penal Internacional¹⁶, pelas constantes violações aos direitos humanos fundamentais cometidas pelo grupo ultrarradical sunita objeto deste estudo, uma vez que mesmo com todas as evidentes violações, o grupo se mantém impune. Não obstante, com isso,

¹⁵ The States Parties to the Rome Statute. Disponível em: < https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx >. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

¹⁶ REUTERS. Conselho da ONU recomenda ações contra Estado Islâmico por genocídio e crimes de guerra. 2016. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/mundo/conselho-da-onu-recomenda-acoes-contr-estado-islamico-por-genocidio-crimes-de-guerra-1-15639477#ixzz5QM1sP3VV> >. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

aconselha que os países em que se mantém o grupo islâmico aderem ao Estatuto de Roma, que em seu art. 12 diz que:

1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5º.
2. Nos casos referidos nos parágrafos *a)* ou *c)* do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3º:
 - a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;
 - b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.

Por este motivo, com vista a combater a impunidade, a promotoria, através da pessoa do promotor-chefe da corte, Fatou Bensouda, recomenda que, mesmo que os Estados-partes não sejam signatários, “[...] há cidadãos de outros países, como Inglaterra e França, acusados de participar dos crimes. O TPI poderia, pelo menos na teoria, reivindicar sua competência para julgar essas pessoas”¹⁷

Contudo, o promotor supracitado afirma que há enorme dificuldade disso acontecer, uma vez que, em primeiro caso, cabe aos Estados-partes que não aderiram ao Tribunal Penal Internacional conter e reprimir as atrocidades cometidas pelo Estado islâmico, responsabilizando penalmente estes.

Goza de melhor prestígio, não obstante as considerações teóricas feitas anteriormente, que o Conselho de Segurança da ONU trabalhe em conjunto com o Tribunal Penal Internacional. Afirmando, pois, uma vez que, em seu art.13 do Estatuto de Roma, apregoa-se que o Tribunal poderá exercer sua jurisdição no que se refere aos crimes do art. 5º deste mesmo estatuto, porém se, apresentadas as dificuldades até aqui expostas pela responsabilização do grupo radical islâmico, [...] o Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes.¹⁸

¹⁷ PINHEIRO, Aline. **TPI ainda não tem competência para investigar Estado Islâmico, diz Promotora**. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-abr-08/tpi-ainda-nao-investigar-estado-islamico-promotora> >. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

¹⁸ ONU. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**, de 16 de julho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 01 de set. 2018.

Nessa mesma linha, o brilhante Fábio Konder Comparato (2010, p. 464) afirma que:

Extraordinariamente, porém, o conselho de segurança da ONU pode, de acordo com o disposto no capítulo VII da Carta das Nações Unidas, tomar a iniciativa de pedir ao Procurador que abra um inquérito sobre a ocorrência de fato definido como crime pelo Estatuto. Nessa hipótese, não haverá restrição alguma à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Flávia Piovesan e Daniela Ikawa (2013, p. 267 – 268) contribuem brilhantemente para o assunto, quando afirmam que:

Uma vez que o conselho vincula todos os Estados-membros das Nações Unidas e não apenas os Estados-partes do Estatuto de Roma, a atuação conjunta dos membros permanentes no sentido de instigar a denúncia de violações pelo Conselho pode dar às investigações do Tribunal uma efetividade maior do que aquela proporcionada pela atuação de membros não permanentes ou não membros diretamente junto ao Tribunal. A participação do Conselho junto ao Tribunal, contudo, não implica uma mera submissão do Tribunal Penal Internacional a um regime menos igualitário entre os Estados. [...] a participação do Conselho de Segurança nas atividades do Tribunal pode possibilitar que esse tenha, em seus primeiros momentos de existência, um alcance universal, tão essencial quando a igualdade entre os Estados para a concretização do princípio da imparcialidade.

Entretanto, há de se salientar que o Conselho da ONU é um órgão de grande influência política, o que leva a questionar se os interesses e posições das grandes potências do mundo não viriam a se sobrepor ao que é mais importante nestes conflitos: os direitos humanos fundamentais. Sendo assim, há uma certa insegurança quanto a ingerência do presente Conselho nas questões peculiares ao Tribunal Penal Internacional, uma vez que este tem, em seus princípios basilares, a defesa da imparcialidade em suas atividades, enquanto o Conselho da ONU é altamente discricionário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão que paira sobre o presente excerto não é no âmbito da normatização, pois podemos considerar que os direitos humanos fundamentais estão devidamente expressos em âmbito internacional, seja em qual diploma for. As condutas praticadas pelo Grupo radical Estado Islâmico são passíveis de responsabilização criminal, uma vez que se encontram perfeitamente tipificadas no Estatuto de Roma como crimes contra a humanidade. Também, podemos dizer, sobre a competência do Tribunal Penal Internacional, uma vez que este é apto/competente para julgar e condenar os crimes bárbaros apresentados no decorrer deste artigo, sendo tipicamente quando os Estados (Iraque e Síria) são signatários do Estatuto

de Roma, ou em sede de exceção (o que é o caso), quando estes Estados não são signatários deste estatuto, podendo, com o auxílio do Conselho da ONU, mesmo que aqueles não tenham ratificado, conhecer e julgar os crimes praticados num determinado território, como se verifica neste presente trabalho.

Todavia, mesmo com todo este aparato normativo-estrutural, atos repudiáveis vêm sendo cometido pelo Grupo Radical Sunita por motivações religiosas em territórios iraquianos e sírios, atingindo milhares de vítimas que ficam de braços cruzados vendo/sentindo/sofrendo com toda essa maré de impunidade.

Posto isto, reflete-se: mesmo com todas as questões supracitadas, por que, ainda, cristãos e outras minorias étnicas/religiosas ainda são perseguidas e violentadas por motivações religiosas e não há movimentações, seja de quem for, para que haja uma devida contenção e punição dos grupos terroristas que cometem estas barbaridades?

Reside, aqui, uma crítica: muitas investidas para a concretização dos direitos humanos fundamentais dessas vítimas se chocam com obstáculos diplomáticos, mesmo que o motivo seja de relevância humana. Sendo assim, uma possível – e “simples” (deveria ser) – solução para todo este impasse é haver vontade política dos responsáveis para que haja uma devida concretização dos postulados fundamentais dessas vítimas que aguardam esperançosamente (e com urgência) uma atitude dos responsáveis para tal, agindo com menos discricionariedade e mais imparcialidade.

REFERÊNCIAS

BBC. **Conheça seis fontes de renda do 'Estado Islâmico'**. 2015.

Disponível em:

<https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151119_financiamento_estado_islamico_lgb>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CPI, ICC. **The States Parties to the Rome Statute**. Disponível em:

<https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERNANDES, Cláudio; SILVA, Daniel Neves. **Estado Islâmico – Grupo terrorista**. Disponível em:
<<https://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/estado-islamicogrupo-terrorista.htm>>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NETO, José Cretella. **Curso de Direito Internacional Penal**. Rio Grande do Sul: Ed. Unijuí, 2008.
- ONU. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**, de 16 de julho de 1998. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 01 de set. 2018.
- ONU. **Relatório da ONU cita ‘atrocidades terríveis’ cometidas pelo Estado Islâmico no Iraque**. 2016. Disponível em:
<<https://nacoesunidas.org/relatorio-da-onu-cita-atrocidades-terriveis-cometidas-pelo-estado-islamico-no-iraque/>>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.
- PINHEIRO, Aline. **TPI ainda não tem competência para investigar Estado Islâmico, diz Promotoria**. 2015. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2015-abr-08/tpi-ainda-nao-investigar-estado-islamico-promotoria>>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. Revista dos tribunais, São Paulo, n. 23, p. 79-91, abr-junho. 1998.
- REUTERS. **Conselho da ONU recomenda ações contra Estado Islâmico por genocídio e crimes de guerra**. 2016. Disponível em:
<<https://oglobo.globo.com/mundo/conselho-da-onu-recomenda-acoes-contra-estado-islamico-por-genocidio-crimes-de-guerra-1-15639477#ixzz5QM1sP3VV>>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

- UN. **‘Staggering array’ of gross human rights abuses in Iraq – UN report.** 2014. Disponível em:
<https://news.un.org/en/story/2014/10/480092-staggering-array-gross-human-rights-abuses-iraq-un-report#.VC1wW_ldV8F>. Acesso em:
28 de agosto de 2018.
- USP. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

DERECHO CONSTITUCIONAL

**Coleta e tratamento de dados pessoais:
pontos de equilíbrio e coexistência de direitos e de
deveres fundamentais (*)**

**Collection and processing of personal data:
points of balance and coexistence of fundamental rights
and duties**

**Recolección y tratamiento de datos personales:
puntos de equilibrio y coexistencia de derechos y
deberes fundamentales**

Lucas Marques Assad¹

Gabriel Tristão Mazzoli Coutinho²

Bruna Lyra Duque³

Sumário: Introdução. **1.** Breve relato dos interesses que permeiam a coleta e o tratamento de dados pessoais. **2.**

(*) Recibido: 30 junio 2019 | Aceptado: 10 agosto 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

- ¹ Graduando do curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. lucassad.marques@gmail.com
- ² Graduando do curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. gabrieltrista@hotmail.com
- ³ Doutora e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Empresarial pela FDV. Coordenadora do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito de Família e Sucessões da FDV. Professora de Direito Civil da graduação e pós-graduação *lato sensu* da FDV. Advogada. bruna@lyraduque.com.br

Legitimidade das finalidades e das ações dos controladores de dados pessoais: criação do banco de dados ao tratamento. **3.** Limites do direito à privacidade em uma sociedade conectada e seus paradoxos. **4.** Responsabilidade civil dos controladores de dados e deveres fundamentais nas relações privadas. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: Este artigo trata sobre a legitimidade e os limites da coleta e do tratamento de dados pessoais pelos controladores frente ao direito à privacidade dos titulares, tendo como foco de análise a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, que sucedeu ao Marco Civil da Internet. Objetiva-se averiguar em que circunstâncias é possível a conciliação entre liberdade e privacidade. Para isso, serão analisadas, de início, as ações dos controladores para obter informações pessoais e quando estas se tornam abusivas. Em seguida, analisar-se-á a redefinição do direito à privacidade. Por fim, será abordado a figura da responsabilidade civil dos controladores com intuito de pontuar, criticamente, a Lei Geral de Proteção de Dados. O cerne deste trabalho é elucidar como alcançar pontos de equilíbrio que permitam a coexistência de direitos e de deveres fundamentais, diante da regulamentação proposta nesta nova estrutura normativa de dados.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados, controladores de dados, liberdade, direito à privacidade.

Abstract: This article is about the legitimacy and the limits of the collection and treatment of personal data by controllers in contrast to its holders' right to privacy, using as an analysis focus the brazilian General Data Protection Law, which succeeded the Civil Internet Landmark. The objective is to ascertain in which circumstances the conciliation between liberty and privacy is possible. Therefore, the controllers actions to obtain personal data and when those become abusive will be analysed at first. Subsequently, the analysis will be transported to the redefinition of the right to privacy. At last, the civil responsibility of data controllers will be analysed in order to evaluate, critically, the General Data Protection Law. The main goal of this project is to elucidate how to reach balance points that allow the coexistence of fundamental rights and fundamental duties, to the eyes of the regulation proposed in this current normative structure of data.

Key-words: General Data Protection Law, data controllers, liberty, right to privacy.

Resumen: Este artículo trata sobre la legitimidad y los límites de la recolección y el tratamiento de datos personales por parte de los responsables del tratamiento en relación con el derecho a la privacidad de los titulares, centrándose en la Ley General de Protección de Datos de Brasil, que sucedió dentro del Marco Civil de Internet. El objetivo es determinar en qué circunstancias es posible conciliar la libertad y la vida privada. Para ello, se analizarán en primer lugar las acciones de los responsables del tratamiento para obtener información personal y cuándo se convierten en abusivos. A continuación, se analizará la redefinición del derecho a la privacidad. Finalmente, se abordará la figura de la responsabilidad civil de los responsables del tratamiento con el fin de puntualizar críticamente la Ley General de Protección de Datos. El núcleo de este trabajo es dilucidar cómo alcanzar puntos de equilibrio que permitan la coexistencia de derechos y deberes fundamentales, dada la regulación propuesta en este nuevo marco regulador de datos.

Palabras clave: Ley General de Protección de Datos, responsables del tratamiento, libertad, derecho a la intimidad.

INTRODUÇÃO

A rápida evolução tecnológica, que teve início a partir da metade do século XX, culminou na chamada era da informação. A informação em si passou a ter um valor comercial (MATOS, 2005, p. 5) cuja principal característica é o acesso fácil com a dispersão e a obtenção de dados que podem atingir diretamente a privacidade das pessoas.

O atual cenário trouxe uma situação como nunca antes vista, principalmente, com a evolução e massificação da internet, que passou a fazer a interligação de um quantitativo expressivo de dados e equipamentos por todo o mundo, e mais, um novo conceito de ambiente, o denominado virtual.

Sob este aspecto, chegou-se a um embate entre a necessidade e a liberdade de comunicação, consubstanciado no avanço tecnológico e um ordenamento jurídico, cujo processo revisional é mais lento, obrigando inclusive aos legisladores e profissionais do direito a passarem a compreender os meandros tecnológicos presentes em tais relações, tendo em vista que tais avanços representam um impacto direto na questão da personalidade e da responsabilidade civil.

Neste cenário, entrou em vigor a Lei 12.965/14, que passou a ser conhecida como Marco Civil da Internet (ARNAUDO, 2017, p. 6). O objetivo do Marco é a regulamentação dos direitos e deveres dos usuários da internet, instituindo uma regulamentação para o uso, a proteção e a transferência de dados pessoais no Brasil, nos âmbitos privado e público, definindo as figuras envolvidas, as suas atribuições e as responsabilidades com fundamento na liberdade.

Outro fato que também influenciou essa iniciativa foi o implemento do comércio eletrônico nos últimos anos - tanto de bens e serviços privados como também da disponibilização de serviços públicos pela internet e redes sociais -, proporcionando aos fornecedores uma base de informações, contendo dados pessoais e preferências de milhares de pessoas ávidas pelo consumo, agregando valor de mercado aos bancos de dados.

Com intuito ainda de regular de forma mais detalhada a matéria, foi publicada a Lei 13.709/2018, que introduziu delimitações conceituais importantes, tais como: quem é o titular de dados (“a quem se referem os dados”); quem é o controlador (“compete as decisões sobre o tratamento dos dados, seja pessoa natural ou jurídica, bem como pública ou privada”); quem é o operador (“realiza o tratamento em nome do controlador”).

Ademais, por meio da MP 869, foi introduzida também a figura do encarregado e da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), sendo que o encarregado, indicado pelo controlador, será o responsável pelo canal de comunicação entre o Titular, o Controlador e a Agência Nacional de Proteção de Dados. Já a função básica da ANPD é a fiscalização das empresas e órgãos públicos ou privados para garantir o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados. Isto inclui garantir as devidas punições para casos de vazamento de dados pessoais e o uso indevido das informações dos usuários.

A regulamentação define, ainda, o dado pessoal como toda e qualquer informação que permita identificar ou torne identificável o seu titular (artigo 5º, I, Lei nº 13.709/18). Já o tratamento dos dados é o processo de coleta, utilização, acesso, transmissão, processamento, arquivamento, armazenamento e transferência (artigo 5º, X, Lei nº 13.709/18).

Uma das preocupações da lei foi a questão do armazenamento destes dados, dos *logs* de acessos e outros, que devem ser guardados com segurança e sigilo por parte também dos provedores de acesso à internet.

Este artigo, portanto, busca explicar como alcançar os pontos de equilíbrio que permitam a coexistência de direitos e de deveres, diante do progresso tecnológico e das regras impostas pela LGPD.

1. BREVE RELATO DOS INTERESSES QUE PERMEIAM A COLETA E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Destaca-se, inicialmente, a participação ativa dos usuários brasileiros nas redes sociais e como as postagens diárias são feitas com divulgações das suas vidas.

Muito embora a LGPD esteja alicerçada na liberdade de expressão dos usuários da rede, é crucial que as empresas operadoras, ao coletarem as informações desses indivíduos, solicitem permissão para a utilização dos seus dados pessoais, havendo a necessidade do detalhamento específico sobre como serão utilizados, inclusive, de forma destacada das demais cláusulas contratuais.

A expressa autorização, ante um processo transparente, por parte do titular acerca de como serão utilizados os seus dados, acarretará na negativa de utilização indevida dos dados por ele fornecidos, uma vez que houve uma prévia disponibilização dessas informações por parte do usuário, considerando-se também o cumprimento de todas as vertentes para a formalização do negócio jurídico, conforme disposto no artigo 104 do Código Civil brasileiro⁴.

E, nesse contexto, o controlador torna-se responsável, pois cabe ao mesmo as decisões sobre o tratamento dos dados na forma da lei, sendo relevante a transparência na utilização dos dados e a restrição de seu uso às finalidades previamente informadas aos seus titulares, bem como a obtenção da devida autorização.

Desse modo, ater-se-á ao chamado “princípio da necessidade” (LIMA, 2016, p.134), um princípio do direito penal que pode ser aplicada de forma análoga ao tratamento de dados, no sentido de usar o mínimo necessário para se atingir o objetivo informado quando da captação, bem como restringir-se também ao prazo necessário.

Assim, o aparente conflito de interesses entre o titular dos dados em manter a sua privacidade e o controlador que pode dispor dessas informações conforme estabelecido em um contrato previamente estipulado, não merece ser considerado, em abstrato, como uma regra. Isto será factível, é claro,

⁴ Artigo 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, 2019).

quando existir um ambiente legítimo e equilibrado, de tal forma que o titular possa compreender e se manifestar de forma livre e inequívoca sobre o uso que será dado às informações por ele fornecidas.

A observância e adequação, por parte das instituições públicas ou privadas, com as responsabilidades na figura de seus controladores, quando do tratamento dos dados pessoais - principalmente os considerados como “dados pessoais sensíveis”, que são os relativos à origem racial, política, fé religiosa, saúde e outros (artigo 5º, inciso II, Lei nº 13.709/18), captados para determinadas finalidades -, deverá observar premissas e restrições previstas na lei, como forma de evitar possíveis conflitos.

No entanto, o dano causado por terceiro ao usuário de rede é indenizável, desde que seja devidamente comprovado o descumprimento contratual e a violação à LGPD (artigo 42, Lei nº 13.709/18).

Diante deste cenário, existe uma linha tênue entre a utilização necessária e a desnecessária referente aos dados pessoais coletados para a consecução da finalidade contratada, de forma que a responsabilidade do controlador estará no cerne dos embates e dos balanceamentos da conjugação dos direitos e dos deveres fundamentados aí envolvidos.

2. LEGITIMIDADE DAS FINALIDADES E DAS AÇÕES DOS CONTROLADORES DE DADOS PESSOAIS: CRIAÇÃO DO BANCO DE DADOS AO TRATAMENTO

Vistos os interesses que permeiam a discussão do tratamento de dados pessoais, faz-se importante compreender a problemática em questão sob a ótica dos controladores de dados, estabelecendo-se as seguintes premissas: se as suas ações são legítimas ou abusivas em relação à privacidade dos titulares; qual será o limite da privacidade na Era Digital; e como se dará a figura da responsabilidade civil em relação aos controladores em caso de violação da privacidade.

A informação sempre foi um bem valioso, porém tornou-se ainda mais relevante com os avanços tecnológicos e com o advento da internet, já que nunca foi tão fácil obter e gerenciar informações, atribuindo-as um novo “valor de mercado” (MATOS, 2005, p. 5).

Com isso, é possível apontar duas transformações econômicas: a primeira é uma transição para uma economia centrada na informação e a segunda é a migração para uma comunicação globalmente integrada por meio da internet, o que Blenker (apud CASTELLANO, 2005, p. 5) denomina de “economia da informação em rede”.

Não é difícil compreender o interesse dos controladores no tratamento de dados pessoais. A partir desse tratamento, torna-se concebível a criação de bancos de dados e de perfis de consumo, o que permite direcionar investimentos e personalizar a venda de produtos e serviços, mas, também, permite um maior controle sobre a pessoa, anulando a autonomia e a voz do indivíduo sobre seu “patrimônio informativo” (TEFFÉ; MORAES, 2017, p. 121).

Existem requisitos legais para criação de bancos de dados e cadastros dos consumidores a fim de que a esfera individual seja preservada, como já regulamenta o Código de Defesa do Consumidor, especificamente nos artigos 43 ao 45. Dessa maneira, são garantidos os direitos básicos do consumidor, em especial, os direitos de comunicação, de acesso e de correção de dados (SCHERAIBER, 2002, p. 157).

Destaca-se que criação de banco de dados e de perfis de consumo pelos controladores em si não é uma violação *a priori*, pelo contrário, é um interesse legítimo que possui previsão legal, o que possibilita a sua conciliação com a autonomia e a privacidade dos titulares. Para tanto é necessário saber de qual forma os controladores de dados adquirem informações pessoais para, assim, averiguar em quais situações essa possibilidade é passível de ser concretizada.

Os bancos de dados podem ser formados por meio de formulários nos quais os consumidores têm consciência de que estão fornecendo dados pessoais, ficando a seu critério fornecer ou não (MATOS, 2005, p. 9). Por outro lado, sites da internet, no momento do acesso do consumidor, podem implantar um programa “espião”, no disco rígido do computador do internauta, que capta informações para o depósito no banco de dados do site sem que haja solicitação ou permissão de seu titular, sendo este programa denominado *cookie* (SCHERAIBER, 2002, p. 152).

Entretanto, o *cookie* não transmite vírus e só tem seu acesso aqueles que o colocaram no *hard disk* do usuário, podendo ser muito útil ao criar carrinhos de compra, que, em caso do consumidor perder a sua conexão, possibilita que este não perca também suas compras em potencial, mas também abre a possibilidade da venda de dados para empresas interessadas em *mailing lists*⁵ (ZANELATO, 2002, p. 186).

⁵ Ciro Scheraiber (2002, p. 154) afirma que *as mailing lists* “passam a remeter, em massa, milhares ou milhões de propagandas comerciais que ao chegarem ao destinatário entopem o seu endereço eletrônico ou e-mail de forma até a causar-lhe problemas técnicos, além de lhe proporcionar importante dispêndio de tempo para examinar tais mensagens, a fim de selecionar aquilo que é proveitoso e o que não é, fazendo com que o seu computador deixe de lhe ser útil.”

A captação de dados particulares possibilita a conduta do “Tratamento Personalizado”, como descreve Roberto Pompeu de Toledo (apud SCHERAIBER, 2002, p. 153), na qual pessoas desconhecidas se dirigem umas às outras pelo nome como se fossem íntimas, reagindo ao anonimato de massificação, o que faz com que o consumidor seja levado a investir e a comprar serviços e produtos não solicitados. Consoante a isso, Marco Antonio Zanellato (2002, p. 177) adverte:

Estariamos, assim, sob o domínio do mal na World Wide Web? Nada mais absolutamente falso. Essas tecnologias, ao tomar conta das informações pessoais na Web, melhoram incrivelmente a nossa vida, com sites personalizados, banners que parecem feitos sob medida para nós, ofertas de comércio eletrônico irresistíveis etc. O desafio, a esta altura, é traçar os limites entre o que é aceitável e o que é abuso de privacidade na Internet.

Dessa maneira, o tratamento de dados pessoais representa um campo fértil para o desenvolvimento da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV, da CR/88) e da livre concorrência (artigo 170, inciso IV, da CR/88), princípios gerais da Ordem Econômica brasileira, ambos também reconhecidos pela Lei 13.709/18 em seu artigo 2º (inciso VI), o que é benéfico não só para as empresas, mas também para os próprios consumidores.

Além disso, as tecnologias empregadas para propiciar o tratamento personalizado é um retrato do desenvolvimento econômico, do avanço tecnológico e da real inovação presente nas relações jurídicas atuais, fundamentos, igualmente, protegidos pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Tais direitos, todavia, não são absolutos e devem estar em consonância com outras regras trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados, como o respeito a privacidade (artigo 2º, I), a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem (artigo 2º, inciso IV) e o livre desenvolvimento da personalidade (artigo 2º, inciso VII).

Assim, é necessário estabelecer um critério delimitativo entre a ação dos controladores e a forma pela qual ocorre o uso dos dados pessoais dos titulares.

Defende-se que o *cookie* não é um meio legítimo para a obtenção de dados pessoais, mesmo que seus interesses o sejam, enquadrando-se como uma espécie de ilícito informático, uma vez que é um meio não-explicito de coleta (ZANELATO, 2002, p. 181). Diante disso, Jason Catlett (apud ZANELATO, 2002, p. 184) “considera que os cookies só devem ser usados com autorização explícita dos usuários”.

Chega-se, pois, ao ponto crucial para revestir de legitimidade a obtenção de dados pessoais pelos controladores: o consentimento.

Nota-se que o consentimento deve ser caracterizado como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”, segundo o artigo, 5º, inciso VII, da Lei Geral de Proteção de Dados, possibilitando-se a coexistência entre o tratamento de dados pessoais e a privacidade de seu titular.

O consentimento do titular é o maior álibi dos controladores. Reforça-se que tal consentimento deve ser provado pelo controlador e pode ser revogado a qualquer momento pelo titular, conforme dispõe o artigo 8º da LGPD.

Porém, há uma exceção à regra, uma vez que o controlador pode usar dados pessoais sem o consentimento do titular para análise de risco de crédito (sistema de *credit scoring*) segundo o julgado do STJ, desde que não se utilize dados sensíveis (CORRÊA, 2017, p. 264) e que garanta o direito de acesso às fontes dos dados e o direito de explicação da lógica do seu tratamento (MONTEIRO, 2018, p. 8), o que culminou na criação da Súmula 550⁶.

Mesmo com tal exceção, a regra é que para haver o tratamento de dados por parte do controlador deve haver o consentimento expresso do titular, o que reporta as discussões para as políticas de privacidade dos sites. Tais políticas são contratos de adesão, ou seja, contratos que possuem suas cláusulas estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor modifique ou discuta seu conteúdo, conforme regulamentado pelo artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor (MATOS, 2005, p. 25)

Os contratos de adesão designam um sistema de *opt-out* (“pegue ou deixe”) (CASTELLANO, 2016, p. 40). Logo, ao aceitar a política de privacidade, os consumidores estão concordando com o tratamento de dados proposto, consumando uma permuta entre sites e usuários de produtos e serviços, em troca de dados pessoais (MATOS, 2005, p. 25 e 26).

Para tanto, as políticas de privacidade devem ser claras no sentido de informar os titulares sobre o propósito e a forma de tratamento dos dados pessoais, respeitando, assim, o princípio da finalidade (artigo 6º, inciso I, Lei

⁶ “A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo” (BRASIL, 2015).

nº 13.709/18) de tal modo que a coleta e o tratamento de dados não sejam como uma “rede jogada ao mar para pescar qualquer peixe” (MULHOLLAND, 2018, p. 164). Consoante a isso, destacamos o trecho inicial da política de privacidade do Google (2019, p.1):

Quando você usa nossos serviços, está confiando a nós suas informações. Entendemos que isso é uma grande responsabilidade e trabalhamos duro para proteger essas informações e colocar você no controle.

Esta Política de Privacidade destina-se a ajudar você a entender quais informações coletamos, porque as coletamos e como você pode atualizar, gerenciar, exportar e excluir essas informações.

Nota-se que o Google não apenas elucida quais informações são coletadas e porque são coletadas, mas permite que o próprio titular atualize, gerencie, exporte e exclua informações. Essa medida protetiva é conhecida como privacidade por design (*privacy by design*) na qual são incorporados à própria arquitetura do sistema desenvolvido mecanismos protetores que criam condições para que o usuário preserve e gerencie sua privacidade e a coleta e tratamento de seus dados (CASTELLANO, 2016, p. 47), o que é um reflexo da redefinição de privacidade à autodeterminação informativa.

Assim, o contrato de adesão, que é a política de privacidade, torna-se ainda mais legítimo, quando se pautar na transparência (artigo 6º, inciso I, Lei nº 13.709/18) e observar as regras de boa prática e governança (artigo 50, Lei nº 13.709/18), garantindo maior segurança e proteção aos dados pessoais por meio da criptografia⁷, da anonizimação⁸ de dados e de uma autorregulação dos próprios agentes de mercado, o que permite a criação de selos de qualidade utilizados como diferenciais competitivos (REIS; SPALER, 2018, p. 297).

Por conseguinte, faz-se importante a atitude proativa dos controladores para adequarem-se à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Sendo legítimo o interesse na coleta e no tratamento de dados, desde que observados os meios legais para tanto, como o formulário e o consentimento dos titulares.

Com efeito, propõe-se um equilíbrio entre os direitos dos titulares, com amplo respeito ao núcleo privado dos mesmos, e a preservação da autonomia dos controladores no exercício das suas atividades econômicas, desde que

⁷ Tiago Matos (2005, p. 28) define criptografia “como a arte de cifrar a escrita, de modo a torná-la ilegível para quem não possuir o respectivo código.”

⁸ Artigo 5º, inciso III, da Lei 13.709/18 - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento (BRASIL, 2019).

observados os deveres fundamentais correspectivos aos direitos fundamentais dos titulares.

3. LIMITES DO DIREITO À PRIVACIDADE EM UMA SOCIEDADE CONECTADA E SEUS PARADOXOS

O ordenamento jurídico fundamenta a proteção da esfera privada do indivíduo tanto no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República como no artigo 21, do Código Civil (MULHOLLAND, 2018, p. 171).

O termo “direito à privacidade”, por sua vez, trata-se de um conceito genérico e amplo de tal modo que a privacidade corresponderia ao gênero do qual são espécies os direitos à intimidade, honra e imagem, conforme a doutrina clássica (REIS; SPALER, 2018, p. 283).

O direito à honra compreende a reputação (honra objetiva) e autoestima da pessoa (honra subjetiva); o direito à imagem diz respeito à não reprodução da representação fotográfica de uma pessoa (imagem-retrato) e à forma pela qual o indivíduo é visto no meio social onde vive (imagem-atributo) (MATOS, 2005, p. 15); e, por fim, o direito à intimidade alude à proteção do núcleo mais interno e secreto da privacidade (REIS; SPALER, 2018, p. 283).

Tradicionalmente, o conceito mais essencial de privacidade advém da ideia do “direito de estar só” (*the right to be let alone*), proposta por Warren e Brandeis, em 1890, sob uma perspectiva liberal individualista. Posteriormente, no século XX, a teoria clássica italiana já dividia a privacidade em *diritto ala sagraatezza* (impedimento a ingerências alheias na vida privada) e *diritto ala riservatezza* (direito de defender-se da divulgação de notícias particulares por terceiros), extraindo daí a inviolabilidade pessoal que refere-se ao poder legal de evitar os demais, a qual é o elemento central da “Teoria das Esferas” de Henkel (CÔRREA, 2017, pp. 258 e 259).

Entretanto, com o advento da internet e o desenvolvimento da biotecnologia, o acesso a dados pessoais por terceiros e sua conseqüente divulgação foram facilitados, expandindo as formas potenciais de violação da esfera privada, o que levou ao surgimento um novo conceito de privacidade (*privacy*) referente ao direito de ter controle sobre seus próprios dados (MULHOLLAND, 2018, p. 173), a chamada autodeterminação informativa que atua como uma ferramenta de consolidação da personalidade (CÔRREA, 2017, p. 262). Nesse sentido, Rodotà (apud MULHOLLAND, 2018, p. 172) apregoa que a privacidade pode ser definida como:

o direito de manter o controle sobre as próprias informações sendo a esfera privada aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências,

informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo.

Diversamente disso, na prática, as redes sociais virtuais impactaram diretamente na expectativa de privacidade das pessoas, uma vez que dificilmente o indivíduo conseguirá obter um alto grau de controle de suas informações, de modo que a velocidade da circulação de informação é inversamente proporcional à sua capacidade de controle (TEFFÉ; DE MORAES, 2017, p. 122).

Portanto, o direito à privacidade, mesmo sendo um direito fundamental inviolável, irrenunciável, imprescritível e intransmissível, hoje encontra limites práticos em uma sociedade conectada na qual a rigidez de seus atributos já não é mais sustentável, uma vez que os indivíduos flexibilizam o uso dos seus dados ao aceitarem os termos e as condições das políticas de privacidade (REIS; SPALER, 2018, p. 289).

Por outro lado, é possível evidenciar o paradoxo da proteção de dados pessoais a partir da lógica do “queremos tudo”: os consumidores querem as conveniências do desenvolvimento tecnológico, porém não estão dispostos a negociar sua privacidade para obtê-los, como apontado pelo Índice EMC de Privacidade. Segundo o levantamento, 91% dos entrevistados valorizam o acesso mais fácil à informação, enquanto apenas 27% trocariam parte de sua privacidade por maior conveniência e facilidade online (CASTELLANO, 2005, p. 51).

Então, quanto ao novo conceito de privacidade ligado à autodeterminação informativa que este encontra limites na sociedade conectada, o que torna sua atuação plena como um direito fundamental inviolável e irrenunciável impossível. Paradoxalmente, nota-se que a tutela da privacidade está sendo regida através da lógica do “queremos tudo”, na qual os usuários querem os benefícios tecnológicos, mas não estão dispostos a abdicar parte de sua privacidade para tanto.

A responsabilidade civil dos controladores frente à violação de privacidade dos usuários é uma forma de estabelecer limites neste jogo de interesses. Mas, pretende-se, fazendo uso de uma abordagem dialética, criticar a noção de reciprocidade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais para abarcar a visão dicotômica entre direitos e deveres presente no referido conteúdo normativo.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CONTROLADORES DE DADOS E DEVERES FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A celeridade no processo de informação não só pode ser verificada na tutela da personalidade, como também na incidência da responsabilidade civil nesse cenário (CÔRREA, 2017, p. 255). Vale destacar, inicialmente, um dos Princípios para a Governança e Uso da Internet – o princípio da inimputabilidade da rede, presente no Marco Civil da Internet em seu artigo 18, o qual restringe o combate a ilícitos virtuais aos responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte a fim de impedir a censura e promover a liberdade de expressão (BEZERRA; WALTZ, 2014, p.168).

Porém, isso não significa que os controladores de dados estão completamente isentos de responsabilidade civil em casos de abuso da privacidade. Pelo contrário, há uma seção apenas para delegar as responsabilidades do controlador na Lei Geral de Proteção de dados – a Seção III, do Capítulo VI, identificada como “Da Responsabilidade e do ressarcimento de danos”.

Na referida seção, o controlador tem a obrigação de reparar os danos ocasionados aos titulares dos dados nas esferas patrimonial, moral, individual ou coletiva (artigo 42, Lei nº 13.709/18).

Ao reverso, os agentes de tratamento não serão responsabilizados quando realizaram o tratamento que lhes é atribuído (artigo 43, I Lei nº 13.709/18); quando não houver violação à legislação de proteção de dados (artigo 43, II Lei nº 13.709/18); e quando o dano for proveniente de culpa exclusiva do titular de dados ou de terceiros (artigo 43, inciso III Lei nº 13.709/18).

Assim, a responsabilidade civil é uma consequência dos atos praticados pelos agentes de tratamento, quando não cumprido o dever atribuído ao controlador de dados, mesmo frente ao princípio da inimputabilidade da rede.

Na verdade, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é uma cartilha de deveres para os controladores, mas que precisa delimitações quanto à necessária autorresponsabilidade dos usuários, no exercício das suas atividades nas redes, o que resultará no desejável equilíbrio entre as obrigações recíprocas assumidas nas relações jurídicas estabelecidas entre partes, como bem elucidado por Bruna Lyra Duque e Adriano Sant’Ana Pedra (2013, p. 153):

Assim, na tentativa de relacionar a autonomia com os deveres, no que diz respeito à horizontalidade dos deveres fundamentais, pode-se identificar no

constitucionalismo uma ideia simples, a saber: quem possui direitos deve também possuir deveres (DIMOULIS & MARTINS, 2011, p. 339). Tal contraprestação ocorre, por exemplo, no caso do indivíduo que tem a sua intimidade preservada, nas redes sociais, e igualmente respeita a intimidade de outrem no mesmo universo virtual.

Com isso, critica-se a interpretação *in abstracto* da tutela absoluta da privacidade, pois isto colocaria, em todos os casos, a tutela do direito do usuário numa situação jurídica de vantagem (ganho), enquanto o dever do controlador se colocaria numa posição de desvantagem (sem ganho) gerando, assim, uma relação desequilibrada.

Pinheiro e Haikal (apud COSTA; PENDIUK, 2018, p. 31) apontam que, frente à responsabilização atribuída aos invasores de dispositivos alheios para obtenção ilícita de informações, o usuário também é responsável pela proteção de seus dispositivos. Assim, é imperioso mencionar os deveres dos titulares no uso e na proteção de dados pessoais, assim como foi feito com os controladores de dados.

Para tanto, o usuário deve tomar as seguintes precauções: utilizar senhas, códigos e dados biométricos, evitando o acesso desautorizado; deixar o sistema de *firewall* e de detecção de intrusos sempre ativo; e comunicar a autoridade policial quando perceber alguma atividade suspeita, buscando imediatamente a ajuda de um especialista, enquanto isso deve-se evitar o uso do dispositivo (COSTA; PENDIUK, 2018, p. 33).

O uso consciente e a proteção de dados devem ser incentivados, por meio de uma educação em ética e segurança, principalmente dentro dos ambientes familiares onde, muitas vezes, a tecnologia é fornecida à crianças e adolescentes indiscriminadamente, ou seja, os pais e responsáveis também têm que cumprir com os seus deveres (COSTA; PENDIUK, 2018, p. 28).

Nesse sentido, destaca-se a “Teoria das quatro modalidades de regulação” proposta por Lessig, na qual sustenta que os indivíduos têm o seu comportamento limitado por diferentes elementos independentes e complementares: a lei, as normas sociais, o mercado e a arquitetura (CASTELLANO, 2005, p. 15).

Assim, não é possível a plena proteção e segurança dos usos de dados mediante a mera legislação e arquitetura desenvolvida pelos controladores para tal, é necessário que as normas sociais influenciem a opinião pública, criando uma conscientização coletiva. Com isso, faz-se necessário evidenciar os deveres que os próprios titulares têm com o uso responsável e a proteção de dados pessoais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação fomentada entre o titular de dados e o controlador é uma troca legítima e pautada em interesses recíprocos. Defende-se que não há violação na privacidade do indivíduo, quando os deveres dos controladores são cumpridos. A premissa de violação da privacidade não pode ser uma regra.

O controlador torna-se responsável, pois cabe ao mesmo as decisões sobre o tratamento dos dados na forma da lei (princípio da necessidade), sendo relevante a transparência na utilização dos dados e a restrição de seu uso às finalidades previamente informadas aos seus titulares, bem como a obtenção da devida autorização.

No ambiente contratual, portanto, as cláusulas presentes nos termos eletrônicos têm que ser explícitas a ponto de esclarecer ao usuário a forma que os seus dados serão utilizados, assim o titular não poderá alegar desconhecimento ou um parcial entendimento acerca do acordo.

A relação entre os sujeitos envolvidos deve ser marcada pela reciprocidade e pela correspectividade de direitos e deveres, nas quais os efeitos jurídicos são comumente de interesses para ambos os lados, quanto aplicada nas obrigações contraídas.

Assim, há o entendimento que hoje a privacidade, apesar de se tratar de um direito fundamental inviolável, encontra limites em uma sociedade conectada, visto que o indivíduo utiliza essas informações, que tem um certo valor para os controladores, como “moeda de troca” para ter acesso a outros serviços do seu interesse, sendo claro que se trata de uma escolha na qual o indivíduo exerce a liberdade, delineada pela autonomia privada nas relações jurídicas.

Não haverá direito violado do titular de dados pelo controlador, caso o balanceamento aos direitos do sujeito de direitos e da sua personalidade sejam atendidos, bem como se os deveres impostos ao controlador forem respeitados, garantindo-se, assim, os três pilares sancionados pelo Marco Civil da Internet: privacidade dos usuários, neutralidade da rede e liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Jocelino Soares de; CORRÊA, Edson Simões; CARNEIRO, Rogério de Queiroz Trabuco. **Marco Civil da Internet Não Foi Regulamentado Análise do Nó Crítico: Falta de Consenso Sobre Neutralidade e Proteção de Dados**. 2016. 47 f. Primeiro Passo do Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação Lato Sensu em

“Estado, Políticas Públicas e Gestão de entidades da sociedade civil”) – Fundação Santo André e Fundação Abramo, Santo André, 2016.

Disponível em:

<<https://bibliotecadigital.fpabramo.org.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/161/Marco%20Civil%20da%20Internet%20N%C3%A3o%20Foi%20Regulamentado.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 7 mar. 2019.

ARNAUDO, Daniel. O Brasil e o Marco Civil da Internet: O Estado de Governança Digital Brasileira. **Instituto Ingarapé**, Rio de Janeiro, artigo estratégico 25, abr. 2017. Disponível em:

<<https://igarape.org.br/marcocivil/pt/>>. Acesso em: 9 mar. 2019.

BEZERRA, Arthur Coelho; WALTS, Igor. Privacidade, neutralidade e inimitabilidade da internet no Brasil: Avanços e Deficiências no Projeto do Marco Civil. **Revista Eptic Online**, Sergipe, v..16 n.2, p.161-175, mai./ago. 2014. Disponível em:

<<http://repositorio.ibict.br/bitstream/123456789/858/2/Arthur.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 mar. 2019.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição.

São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 8 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 7 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 7 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº. 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 15 ago. 2018. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 7 mar. 2019.

- CASTELLANO, Ana Carolina Costa. **Privacidade e proteção de dados eletrônicos: uma análise jurídico-regulatória do Marco Civil da Internet sob perspectiva das teorias de regulação do ciberespaço de Lessig e Murray**. 2016. 106 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em:
<http://bdm.unb.br/bitstream/10483/15882/1/2016_AnaCarolinaHeringerCostaCastellano_tcc.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2019.
- CORRÊA, Rafael. Os plúrimos sentidos da privacidade e sua tutela: a questão da proteção de dados pessoais e sua violação na atual construção jurisprudencial brasileira. In: FACHIN, Luiz Edson; CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RUZYK, Carlos Eduardo; KROETZ, Maria Cândida Pires Vieira do Amaral (Coord.). **Jurisprudência Civil Brasileira: Métodos e Problemas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- COSTA, Roberto Renato da; PENDIUK, Fábio. Direito digital: o Marco Civil da Internet e as inovações jurídicas no ciberespaço. **FESPFR Publica**, Curitiba, v. 2, n., 2018. Disponível em:
<<http://publica.fesppr.br/index.php/publica/article/view/129/38>>. Acesso em: 8 mar. 2019.
- DUQUE, Bruna Lyra. **A causa do contrato: entre direitos e deveres**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018.
- DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 147-161, jul./dez. 2013. Disponível em:<<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/345/335>>. Acesso em: 9 mar. 2019.
- LIMA, Renato. Manual de Processo Penal. São Paulo: 7. Ed. Juspodivm, 2019
- MATOS, Tiago Farina. Comércio de dados pessoais, privacidade e Internet. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Rio Grande do Sul, n. 7, 18 jul. 2005. Disponível em:
<<https://core.ac.uk/download/pdf/16049789.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2019.
- MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil?. **Instituto Ingarapé**, Rio de Janeiro, artigo estratégico 39, dez. 2018. Disponível em:
<<https://www.sanderecella.com.br/wp->

content/uploads/2018/12/Sander-Cella-Direito-Empresarial-Digital-
lgpd-gdpr-Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protecao-
de-Dados-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Redes
sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil: análise a partir
do Marco Civil da Internet. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n.1, p. 108-146,
jan./abr. 2017. Disponível em:

<<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6272> >. Acesso em: 6
mar. 2019.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de
direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de
Dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias
Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018.

Disponível em:

<[http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603/p
df](http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603/pdf)>. Acesos em: 9 mar. 2019.

REIS, Rafael Almeida de Oliveira; SPALER, Mayara Guibor. Limites do
direito fundamental à privacidade frente a uma sociedade conectada.
Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR,
Curitiba, ano 3, n. 3, p. 280-302, dez. 2018. Disponível em:

<[http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-
content/uploads/2018/12/revista-esa-8.pdf](http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/12/revista-esa-8.pdf)>. Acesso em: 7 mar. 2019.

SCHERAIBER, Ciro Expedito. “Mailing Lists” e o Direito do Consumidor.
**Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do
Estado de São Paulo**, São Paulo, ano 2, v. 1, n. 4, p. 147-166, jul.
2002. Disponível em:

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Bibliote
ca/Cadernos_Tematicos/direito_e_internet.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/direito_e_internet.pdf)>. Acesso em: 7 mar.
2019.

ZANELATO, Marco Antonio. Condutas Ilícitas na Sociedade Digital.
**Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do
Estado de São Paulo**, São Paulo, ano 2, v. 1, n. 4, p. 167-227, jul.
2002. Disponível em:

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Bibliote
ca/Cadernos_Tematicos/direito_e_internet.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/direito_e_internet.pdf)>. Acesso em: 8 mar.
2019.

**Acesso de pacientes oncológicos aos cuidados paliativos
na rede pública hospitalar:
um direito humano fundamental (*)**

**Access of cancer patients to palliative care in the public
hospital network:
a fundamental human right**

**Acceso de pacientes oncológicos a los cuidados
paliativos en la red pública hospitalaria:
un derecho humano fundamental**

Margareth Vetis Zaganelli¹

Júlia Chequer Feu Rosa²

Laura de Amorim Ferreira³

Maria Carolina Müller Naegele⁴

(*) Recibido: 20 febrero 2019 | Aceptado: 10 julio 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

- ¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estágios de Pós-doutorado na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB), na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO) e na Università degli Studi Del Sannio (UNISANNIO). Professora Titular de Direito Penal e Processual Penal e de Teoria do Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do *Bioethik* - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES) e do Grupo de Estudos e Pesquisas MIGRARE: Migrações, Fronteiras e Direitos Humanos (UFES). mvetis@terra.com.br
- ² Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Membro do *Bioethik* - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1588519824707724>. juliacr1@me.com
- ³ Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Membro do *Bioethik* - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES) lauramorim98@gmail.com
- ⁴ Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Membro do *Bioethik* - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES). mariacarolinaegele@gmail.com

Sumário: Introdução - 1. A Realidade de Pacientes Oncológicos no Brasil - 2. O Papel do Sistema Público de Saúde no Atendimento aos Pacientes Oncológicos- 3. A Nova Resolução do Ministério da Saúde para Organização dos Cuidados Paliativos – Considerações finais – Referências.

Resumo: O câncer se constitui em um problema de saúde pública no Brasil e a segunda causa de óbito por doença no país. O registro de novos casos de câncer tem crescido nos últimos anos, evidenciando assim, o impacto social e econômico que esta patologia ocasiona. O sistema público de saúde, muitas vezes, se mostra ineficaz no atendimento integral aos pacientes oncológicos. Por isso, o presente artigo tem por escopo a necessidade premente de implementação dos cuidados paliativos na rede pública hospitalar, no sentido de acompanhar o desenvolvimento da doença, de modo a garantir o direito humano fundamental da dignidade humana do paciente, até mesmo nos momentos finais da vida. Destarte, o presente trabalho é fruto de pesquisa qualitativa, com base em pesquisa bibliográfica e documental. Além de apresentar a nova Resolução do Ministério da Saúde sobre o tema, que visa organizar as formas de aplicação de cuidados paliativos em pacientes com doenças crônicas, incluindo o câncer, busca assinalar o patamar que o país ainda necessita alcançar na humanização do tratamento dos pacientes oncológicos.

Palavras-chave: cuidados paliativos, dignidade humana, oncologia, direito humano fundamental.

Abstract: Cancer is a public health problem in Brazil and the second cause of death due to illness in the country. The registry of new cases of cancer has grown in the last years, evidencing, thus, the social and economic impact that this pathology causes. The public health system is often ineffective in providing comprehensive care to cancer patients. Therefore, this article has as its scope the urgent need to implement palliative care in the public hospital network, in order to follow the development of the disease, guarantee the fundamental human right of the patient's human dignity, even in the final moments of life. Thus, the present work is the result of qualitative research, based on bibliographical and documentary research. In addition, it is presented the new Resolution of the Ministry of Health on the

subject, which aims to organize the forms of application of palliative care in patients with chronic diseases, including cancer, and seeks to indicate the level that the country still needs to reach in the humanization of the treatment of patients cancer patients.

Keywords: palliative care, human dignity, oncology, fundamental human right.

Resumen: El cáncer se constituye en un problema de salud pública en Brasil y la segunda causa de muerte por enfermedad en el país. El registro de nuevos casos de cáncer ha crecido en los últimos años, evidenciando así el impacto social y económico que esta patología ocasiona. El Sistema público de salud, muchas veces, se muestra ineficaz en la atención integral a los pacientes oncológicos. Por eso, el presente artículo tiene por objeto la necesidad urgente de implementación de los cuidados paliativos en la red pública hospitalaria, para acompañar el desarrollo de la enfermedad, para garantizar el derecho humano fundamental de la dignidad humana del paciente, incluso en los momentos finales de la vida. De este modo, el presente trabajo es fruto de una investigación cualitativa, basada en la investigación bibliográfica y documental. Además de presentar la nueva Resolución del Ministério da Saúde sobre el tema, que pretende organizar las formas de aplicación de cuidados paliativos en pacientes con enfermedades crónicas, incluyendo el cáncer, busca señalar el nivel que el país todavía necesita alcanzar en la humanización del tratamiento de los pacientes oncología.

Palabras clave: cuidados paliativos, dignidad humana, oncología, derecho humano fundamental.

Introdução

Ao considerarmos o Brasil do século XIX até o presente momento, nota-se um avanço considerável no conceito de saúde. Inicialmente, com base em uma visão causalista que reduzia a doença a uma lesão ligada somente a aspectos fisiológicos, o país, assim como grande parte do mundo, adotava uma visão individualista da saúde, em que a assistência médica possuía objetivos curativos separado drasticamente da convivência social. No entanto, conforme aconteciam mudanças políticas e culturais ao redor do

mundo, voltando-se para a coletividade, a área da saúde foi afetada, criando a concepção de “Atenção à Saúde”, no qual o atual Sistema Único de Saúde (SUS) se baseia. Assim, após a criação do SUS por meio do movimento da Reforma Sanitária Brasileira de meados dos anos 70, o Estado passou a adotar uma visão de integralidade, equânime e universal da saúde, numa perspectiva assistencial de caráter coletivo e massivo, que adota além de métodos curativos uma política com fins preventivos.

Surge ainda na década de 1970 uma nova perspectiva médica que passou a adentrar o tratamento dos pacientes: os cuidados paliativos. Esse tipo de tratamento, como uma maneira de garantir maior conforto, dignidade e paz nos momentos finais de uma doença, normalmente é um método a longo prazo que dá atenção completa e interdisciplinar ao paciente. Esta é considerada uma modalidade de assistência recente no Brasil, possuindo alguns desafios como a escassez de políticas públicas. O tema conseguiu um avanço em 2018 com a publicação da Resolução nº 41, que dispõe algumas orientações sobre a organização dos cuidados paliativos para o SUS.

No âmbito da saúde, há ainda problemas relacionados ao envelhecimento populacional, que causam uma sobrecarga no sistema público, gerando altos índices de doenças típicas de populações que possuem grande expectativa de vida, como o câncer, problemas cardíacos e diabetes. Nesse sentido, a Organização Mundial da Saúde (OMS) reportou um aumento de 31% no número de mortes por câncer no Brasil nos últimos 15 anos, alcançando um número de 223,4 mil pessoas (UOL, 2017). Logo, surge a problemática do câncer para o tratamento com os cuidados paliativos.

O câncer é uma doença crônica progressiva, originária do crescimento desordenado de células, que causa muita dor e sofrimento ao paciente terminal, bem como aos seus familiares. Apesar do aumento dos níveis de cura, já sendo considerado em muitos casos uma doença crônica, que permite um grande período de sobrevida em convivência com a doença, porém, contando com altos índices de terminalidade, o câncer ainda é uma das doenças que mais depende dos cuidados paliativos. Assim, havendo o sofrimento pela doença e pelo tratamento, é imprescindível, como direito básico fundamental, os cuidados paliativos para amenizar o processo de morte, mantendo a convivência social, o ambiente adequado e uma atenção familiar e legal.

No entanto, devido a dificuldades como superlotação, dificuldade de diagnóstico e falta de prevenção adequada, mesmo havendo uma previsão legal para o direito à morte digna e autodeterminada, os problemas no tratamento paliativo oncológico persistem no sistema público de saúde.

Desse modo, avalia-se as dificuldades e necessidades do atendimento aos pacientes no real cenário de saúde pública brasileira, com base na importância do acompanhamento médico e dos cuidados paliativos para o recurso terapêutico oncológico.

Destarte, o presente trabalho é fruto de pesquisa qualitativa, com base em pesquisa bibliográfica e documental. Além de apresentar a nova Resolução do Ministério da Saúde sobre o tema, que visa organizar as formas de aplicação de cuidados paliativos em pacientes com doenças crônicas, incluindo o câncer, busca assinalar o patamar que o país ainda necessita alcançar na humanização do tratamento dos pacientes oncológicos.

1. A realidade de pacientes oncológicos no Brasil

É compreensível que em decorrência dos avanços tecnológicos e a crescente hospitalização da vida, espera-se sempre que haja uma cura para a situação dos enfermos. Todavia, a morte é um processo pelo qual todos passarão e que precisa ser vista como natural e vivida de maneira digna e intensa (HELENO, 2013).

Para tanto, recomenda-se como medida ativa para a garantia da morte digna, a adoção de cuidados paliativos juntamente com os curativos e preventivos (OMS, 2014, p. 10). Primeiramente, tratando dos cuidados preventivos, destaca-se a importância de um tratamento funcional e completo que melhore as chances não só de recuperação, como também do controle da dor. Nos países em desenvolvimento, há maior dificuldade no diagnóstico da doença. Logo, com base nessa importância da prevenção para aliviar o sistema público tanto financeiramente quanto em termos de pacientes, o Instituto Nacional do Câncer (INCA), indicou métodos de prevenção e atenção à fatores de risco em relação à doença, que podem ser encontrados no ambiente físico, ser herdados, ou representar comportamentos ou costumes próprios de um determinado ambiente social e cultural (INCA, 2011, 49 p.), e que podem surgir após anos de uma única exposição ou exposições continuadas (INCA, 2011, 50 p.).

Assim, levando em consideração a orientação da OMS, o diagnóstico precoce do câncer e as medidas de prevenção intrinsecamente ligadas aos padrões de vida sociais do país, pode haver redução dos custos do tratamento nos sistemas de saúde, que hoje somam US\$ 1,1 trilhão ao redor do mundo (ONCOGUIA, 2017). Ademais, surge com essa redução uma disponibilidade de realojamento dos custos para aqueles pacientes em estado terminal que necessitam dos cuidados paliativos de forma mais completa e que, por vezes, devido à extensão do tratamento tornam-se excessivamente

caros ao sistema público, que deve oferecer tratamento a outras pessoas, fazendo muitos pacientes recorrerem à tratamentos particulares ou filantrópicos (OMS, 2014, p. 62-65).

Posteriormente ao diagnóstico, torna-se primordial o tratamento curativo aliado ao paliativismo para permitir a manutenção dos padrões sociais de convivência e envelhecimento, com a melhor qualidade de vida possível, e quando não há chances de cura, facilitar o processo de aceitação da morte. Assim, diz-se que o paliativismo será um tratamento companheiro dos métodos curativos, de modo que:

The Worldwide Palliative Care Alliance recommends that all governments integrate palliative care into their country's health system³, alongside curative care. At a minimum, palliative care should be provided even when curative care is unavailable. (OMS, 2014, p. 8)

Nesse caso, os cuidados paliativos são necessários justamente por sua significação, mencionada anteriormente. Todavia, eles constituem ajuda muito mais complexa e necessária do que se supõe por seu significado, já que, por tratarem os sintomas físicos, sociais e psicológicos, garantem a qualidade de vida dos envolvidos e a dignidade dos pacientes e seus familiares nos momentos finais da vida.

No entanto, não se pode esquecer que mesmo durante o tratamento curativo, os cuidados paliativos devem ser adotados para o controle da dor e de alguns aspectos psicossociais associados à doença, de modo que na fase terminal, o tratamento paliativo se torna predominante para garantir melhor qualidade de vida, alterando somente o foco do tratamento. Assim, destaca-se que os cuidados paliativos modernos se organizam nesse sentido em dois níveis de cuidado, o geral e o específico. Sobre isso comenta-se sobre a existência de três níveis de cuidados paliativos, a dizer:

i) Por meio de uma "abordagem de cuidados paliativos" adotada por todos os profissionais de saúde, desde que sejam educados e qualificados através de treinamento apropriado; ii) "cuidados paliativos generalistas" fornecido por profissionais de cuidados primários e por aqueles que cuidam de pacientes com doenças de risco, com um conhecimento básico de cuidados paliativos, e; iii) "cuidados paliativos específicos" fornecidos por times especializados para atender aqueles pacientes com problemas complexos (OMS, 2014, p. 7).⁵

⁵ i) through a 'palliative care approach' adopted by all healthcare professionals, provided they are educated and skilled through appropriate training ii) 'general palliative care' provided by primary care professionals and those treating patients with life-threatening diseases, with a good basic knowledge of palliative care, and iii) 'specialist palliative care' provided by specialised teams for patients with complex problems.

No caso dos gerais, trata-se de uma concomitância com o tratamento curativo em progressão, atuando nas áreas necessárias que foram se apresentando para possibilitar maiores índices de melhora, como por exemplo na atenção religiosa aos pacientes. Já no caso dos específicos, a presença ocorrerá nos momentos finais, em que a cura se afasta como opção viável e passa a trazer dor ao enfermo. Dessa maneira, no período terminal, tenta-se manter a autonomia do paciente, preservando o autocuidado e sua relação social para a despedida junto aos entes queridos. Nesse quadro, apesar da dificuldade na identificação dos últimos dias de vida de um paciente que frequentemente apresenta quedas e melhoras, o reconhecimento desta fase é essencial para o período de luto, devendo a família ser auxiliada por comitês de luto que são benéficos para aceitação da morte.

Nos casos de pacientes oncológicos, há uma transformação completa na sua realidade e de sua família. Inicia-se uma rotina hospitalar que afasta o paciente das atividades costumeiras, e o faz sentir-se sozinho e até mesmo abandonado, em um momento delicado que é o fim da vida, resultado de um isolamento, muitas vezes responsável por problemas de natureza psicológica e social. O mesmo sucede aos filhos e cônjuges, que abandonam a vida cotidiana, adaptando-se a rotina hospitalar, além de estarem sujeitos a sentimentos de impotência, culpa e estresse, uma vez que lidam diariamente com o sofrimento do familiar e com a possibilidade de ele não resistir ao tratamento curativo. É diante disso, que se configura a importância do tratamento paliativo, que deveria ser disponibilizado a toda unidade familiar que se encontra nessa situação (OMS, 2014, p. 2).

Todavia, o sistema público de saúde - o mais indicado para difundir essa prática e oferecê-la a todos - não se mostra plenamente eficaz dentro de casos oncológicos. A necessária organização dentro dos sistemas públicos de saúde, que no Brasil são precários, interfere no diagnóstico da doença, referência e qualidade dos tratamentos bem como amparo social.

Por conseguinte, os cuidados paliativos para esses pacientes são ainda mais necessários a partir do diagnóstico tardio, para melhorar a qualidade de vida, e a taxa de sobrevivência constituindo um dos seus princípios fundamentais. Sabe-se que o tratamento ideal deve conter uma equipe multidisciplinar (HELENO, 2013, p. 42), os cuidados paliativos para esses pacientes são ainda mais necessários a partir do diagnóstico tardio.

Contudo, não é sempre que esse tratamento ideal acontece, visto que além da tardia iniciação dos cuidados paliativos ainda resiste a falta de equipes multidisciplinares e centros especializados com o suporte necessário (GERONUTTI, 2011). Ademais, o que se vê é a centralização dos médicos

em detrimento dos outros profissionais da saúde. A interdisciplinaridade se propõe como uma unidade de reciprocidade entre os diversos saberes, sem hegemonia de uma especialidade sobre a outra.

2. O papel do sistema público de saúde na realidade de pacientes oncológicos no Brasil

Há no país uma grande demanda de pessoas que necessitam do apoio oferecido pelo sistema público de saúde no Brasil chamado de Sistema Único de Saúde (SUS). Embora muito criticado, o papel que desempenha o SUS é muito complexo. Mesmo sendo amplamente utilizado, o sistema recebe a cada ano menos investimentos, ao passo que mais pessoas buscam seu acesso.

Com relação ao trato oncológico, em dezembro de 2005, a Portaria GM/MS nº 2.439, instituiu a Política Nacional de Atenção Oncológica e inseriu cuidados paliativos como elemento essencial a uma assistência integral às pessoas com câncer, juntamente com a prevenção, promoção, diagnóstico, tratamento e reabilitação, levando em consideração a realidade brasileira e a necessidade de atenção para o acesso de consultas e exames, além do alto custo dos procedimentos relacionadas ao câncer.

Esta, foi revogada pela Portaria nº 874 de 16 de maio de 2013, instituindo a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), objetivando a redução da mortalidade e contribuição para a melhoria da qualidade de vida dos usuários com câncer, por meio de auxílios como prevenção, detecção precoce, tratamento oportuno e também dos cuidados paliativos. Também há dentro do SUS, auxílios ambulatoriais e hospitalares, sendo os últimos divididos em Unidades de Assistência de Alta Complexidade (UNACONS) e Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACONS) (LOBOS, 2017).

Contudo, as falhas do SUS permanecem evidentes. Conforme supracitado, pela falta de investimentos, o sistema carece de uma organização que atenda a demanda de maneira eficiente e rápida. Muito embora, através das portarias, tenham-se instituído localizações e ferramentas que garantam o tratamento de câncer pela rede pública, problemas como a dificuldade em se diagnosticar diferentes tipos de câncer, bem como a demora para a realização do tratamento, implicam diretamente na qualidade de vida do paciente e nas chances de cura, além da possibilidade de aumento da sobrevida.

É em vista disso que se entende o descaso do governo para com a importância de um tratamento integral dentro de casos oncológicos. Apesar da

importância dos cuidados paliativos, abordados nesse trabalho, há ainda grande negligência por parte do governo, que investe pouco no setor oncológico do SUS, e dentro da própria instituição, que também erra em não buscar exercer as ferramentas e autoridade dadas pelo governo.

Em vista da situação difícil do sistema público, muitos pacientes oncológicos buscam auxílios, como os cuidados paliativos, em organizações privadas e instituições filantrópicas. Cita-se:

Quando se trata de investimentos nessa área, é frequente que a principal fonte não seja governamental, mas sim proveniente de instituições religiosas, filantrópicas ou auxílios internacionais para pacientes que necessitam pagar pelos serviços. (VICTOR, 2016, p. 268)

Em uma análise otimista, considerar parcerias entre tais organizações privadas e o Estado, ou entre o sistema público e instituições filantrópicas podem ser imaginadas como uma possível solução para os problemas de oferta de serviços e realização de processos de tratamento por vias públicas. Deve-se assegurar acima de tudo a devida atenção despendida aos pacientes oncológicos, seja ela através unicamente do sistema público ou com apoios externos.

3. Nova resolução para organização dos cuidados paliativos

Diante do quadro citado anteriormente, em outubro de 2018 foi instituída a resolução nº 41, que dispõe sobre a organização dos cuidados paliativos para o SUS, juntamente com os cuidados continuados integrados (art 1º) e demais considerações de portarias de consolidação, que dispõem de políticas de assistência aos pacientes do sistema público de saúde, incluindo o câncer e demais doenças crônicas.

Conforme enuncia o art 1º, parágrafo único, os citados cuidados continuados integrados deverão ser ofertado no âmbito das Redes de Atenção à Saúde (RAS), que ajudam para melhorar a eficácia na produção de saúde e contribui para o avanço do processo de efetivação do SUS, mas que devem ter alguns fundamentos considerados, como a economia de escala, qualidade, suficiência, acesso e disponibilidade de recursos (BRASIL), que como já mencionados, atualmente não funcionam efetivamente no país. Se funcionando corretamente, essas RAS ofertariam atenção básica, atenção domiciliar, atenção ambulatorial, atenção de urgência e emergência e atenção hospitalar (SILVA, 2018, p.3). Cuidados tão importantes para o tratamento de doentes crônicos que precisam de atenção especial principalmente na fase final de vida.

Em razão desta atenção especial, surge a necessidade dos cuidados ofertados por uma equipe multidisciplinar, como apresenta o art 2º, composta por diversos profissionais especializados em variadas áreas de atuação. Essa importância advém da objetivação da melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas sociais, psicológicos e espirituais (BRASIL, 2018).

De acordo com o art 3º, a nova organização, objetivo principal da resolução, tem como objetivo:

- I - *integrar os cuidados paliativos na rede de atenção à saúde;*
- II - *promover a melhoria da qualidade de vida dos pacientes;*
- III - *incentivar o trabalho em equipe multidisciplinar;*
- IV - *fomentar a instituição de disciplinas e conteúdos programáticos de cuidados paliativos no ensino de graduação e especialização dos profissionais de saúde;*
- V - *ofertar educação permanente em cuidados paliativos para os trabalhadores da saúde no SUS;*
- VI - *promover a disseminação de informação sobre os cuidados paliativos na sociedade;*
- VII - *ofertar medicamentos que promovam o controle dos sintomas dos pacientes em cuidados paliativos; e*
- VIII - *pugnar pelo desenvolvimento de uma atenção à saúde humanizada, baseada em evidências, com acesso equitativo e custo efetivo, abrangendo toda a linha de cuidado e todos os níveis de atenção, com ênfase na atenção básica, domiciliar e integração com os serviços especializados.* (BRASIL, 2018). (grifos da autora).

Todos importantes no âmbito do paciente, e que visam uma melhoria do sistema de saúde para os atendimentos. O que pode se contrapor as falhas do SUS supracitadas, e que deverão ser analisadas ao longo da aplicação prática dessas regras.

Os princípios que orientam a organização dos cuidados paliativos estão dispostos no art 4º e dizem respeito ao início precoce desses cuidados junto ao tratamento modificador da doença, além de investigações para melhor compreensão e controle de situações estressantes (art 4º, I), ao alívio da dor e sintomas que possam causar sofrimento (art 4º, II), que inclui o cuidado com os familiares, a afirmação da vida e aceitação da morte como processo natural (art 4º, III), aceitação da evolução da doença, não acelerando (eutanásia) ou retardando (distanásia) a morte (art 4º, IV), incentivar a qualidade de vida com melhoria do percurso da doença (art 4º, V), integração

dos aspectos psicológicos e espirituais no cuidado com o paciente (art 4º, VI), suporte que permita o paciente viver de modo autônomo e ativo até a sua morte (art 4º, VII), oferta de um sistema de apoio para a família conseguir lidar com a doença e o luto (art 4º, VIII), trabalho pela equipe multidisciplinar para abordar necessidades do paciente e familiares (art 4º, IX), comunicação sensível e empática, respeitando a verdade (art 4º, X), respeito à autodeterminação (art 4º, XI), estímulo da livre manifestação de vontade para tratamento médico (art 4º, XI) e esforço para cumprimento da vontade manifestada por diretivas antecipadas de vontade (art 4º, XII).

Em relação aos medicamentos disponibilizados pelo SUS para o tratamento de sintomas relacionados aos cuidados paliativos, que como o próprio art 7º incide, serem opióides, devem seguir as normas sanitárias vigentes e observar as pactuações entre as instâncias de gestão do SUS.

Ressalta-se que os opióides são um requisito para um tratamento paliativo adequado, sendo o acesso a tais medicamentos para controle da dor um problema mundial. Em realidade, 80% da população mundial não possui o acesso adequado a tais medicamentos, e no Brasil, isto não é diferente, com um nível de 1 a 10 miligramas de morfina por pessoa no país (OMS, 2014, p. 28-29). Isso se deve a certos problemas como: regulações excessivas, falta de estoque e distribuição, medo de intervenção legal, dentre outros (OMS, 2014, p. 29)

Portanto, a nova resolução promove a organização e disseminação dos cuidados paliativos no tratamento de pacientes com doenças crônicas e terminais para que eles tenham uma morte humanizada, dispondo de menor sofrimento possível. De modo que seus familiares não sintam a morte de seu ente querido como algo ruim e sim uma passagem natural do ciclo de vida. Para isso, é imprescindível o uso da resolução, que em muitos aspectos pode contrapor os recursos muitas vezes escasso sistema público de saúde, levando a maior atenção dos entes governamentais para a situação.

Considerações finais

Os cuidados paliativos são um processo fundamental dentro do tratamento oncológico - em especial em situação de final de vida. É essencial para a garantia de uma morte digna à todo paciente, além de assegurar atenção também à unidade familiar, que sente-se fragilizada pela perda do ente e que já sofria com as mudanças rotineiras. Em vista disso, há uma compreensão de que os cuidados paliativos, muito além de parte do acompanhamento da saúde do paciente, trata-se de um direito humano, que deve ser garantido pelo Estado, em especial dentro do sistema público, em busca de atender

todos os indivíduos de maneira eficaz. Considerando o quadro problemático de saúde pública no país, deve-se também levar em conta possibilidades que trazem essa mesma eficácia - no sentido de garantir a realização de cuidados paliativos em pacientes - de alguma outra forma, como por exemplo parcerias estatais e particulares. Infere-se então, que os cuidados paliativos se relacionam diretamente com casos oncológicos, uma vez que garantem a qualidade de vida e morte digna dos pacientes, assegurando por fim o pleno direito humano no qual consiste em seu resultado.

Referências

- BRASIL. Ministério da Saúde. As Redes de Atenção à Saúde. **Portal do Departamento de Atenção Básica**. Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/portaldab/smp_ras.php>. Acesso em: 16 fev. 2019.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.439 GM, de 08 de dezembro de 2005**. Institui a Política Nacional de Atenção Oncológica: Promoção, Prevenção, Diagnóstico, Tratamento, Reabilitação e Cuidados Paliativos, a ser implantada em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/gm/2005/prt2439_08_12_2005.html>. Acesso em: 03 jan. 2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 874, de 16 de maio de 2013**. Institui a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/gm/2013/prt0874_16_05_2013.html>. Acesso em: 03 jan. 2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução nº 41, de 31 de outubro de 2018**. Dispõe sobre as diretrizes para a organização dos cuidados paliativos, à luz dos cuidados continuados integrados, no âmbito Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51520746>. Acesso em: 16 fev. 2019.
- FREIRE, Maristela do Carmo Barbosa; PETRILLI, Antônio Sérgio; SONSOGNO, Maria Cecília. Humanização em oncologia pediátrica: novas perspectivas na assistência ao tratamento do câncer infantil. **Grupo Editorial Moreira Jr**. Disponível em:

<[http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?id_materia=3642&fase=i
mprime](http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?id_materia=3642&fase=i
mprime)>. Acesso em: 03 jan. 2018.

HELENO, Sônia Lara Alves. Cuidados Paliativos em Pediatria. **Revista Evidências**. Abr. 2013. 41-49 p. Disponível em: <<https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/10233/2/7..pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

INCA, Instituto Nacional do Câncer (Brasil). **ABC do Câncer: Abordagens Básicas para o Controle do Câncer**. Rio de Janeiro, INCA. 2011. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/abc_do_cancer.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2019.

INCA, Instituto Nacional do Câncer (Brasil). **Ações de enfermagem para o controle do câncer: uma proposta de integração ensino-serviço**. 3. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: INCA, 2008. Disponível em: <http://www.inca.gov.br/enfermagem/docs/ficha_tecnica.pdf> Acesso em: 02 jan. 2018.

INCA, Instituto Nacional do Câncer (Brasil). Cuidados paliativos. **INCA**. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/tratamento/cuidados_paliativos>. Acesso em: 04 jan. 2018.

INCA, Instituto Nacional do Câncer (Brasil). Assistência. **INCA**. Disponível em: <<http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/ABRASCO/assistencia.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

LOBOS, Thiago Cepas. A Assistência Onco-hematológica no SUS: CACON & UNACON. **Observatório de Oncologia**. Disponível em: <<http://observatoriodeoncologia.com.br/a-assistencia-onco-hematologica-no-sus-cacon-unacon/>> Acesso em: 02 jan. 2018.

MARTINS, Gabrieli Branco; DA HORA, Senir Santos. Desafios à Integralidade da Assistência em Cuidados Paliativos na Pediatria Oncológica do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva. **Revista Brasileira de Cancerologia**. v. 63, n. 1. 2017. 29-37 p. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/rbc/n_63/v01/pdf/06b-artigo-desafios-a-integralidade-da-assistencia-em-cuidados-paliativos-na-pediatria-oncologica-do-instituto-nacional-de-cancer-jose-alencar-gomes-da-silva.pdf> Acesso em: 02 jan. 2018.

MATTOS, DWG. **Avaliação do cuidado de fim de vida dos pacientes pediátricos com tumores sólidos atendidos na Seção de Oncologia**

Pediátrica do Hospital do Câncer I do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva. [dissertação]. Rio de Janeiro: Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva; 2016.

MORTES por câncer aumentaram 31% no Brasil em 15 anos, afirma OMS. **UOL.** 03 fev. 2017. Disponível em:

<<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2017/02/03/mortes-por-cancer-aumentaram-31-no-brasil-em-15-anos-afirma-oms.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

ONCOGUIA. Mortes por câncer aumentaram 31% no Brasil em 15 anos, afirma OMS. **Instituto Oncoguia**, 07 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.oncoguia.org.br/conteudo/mortes-por-cancer-aumentaram-31-no-brasil-em-15-anos-afirma-oms/10347/7/>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

PEREIRA, PAP. A interdisciplinaridade das políticas sociais na perspectiva dialética. In: Monnerat, GL; Almeida, NLT, Rosimary GS, org. **A intersetorialidade na agenda das Políticas Sociais.** Campinas: Papel Social; 2014. 23-29 p.

SILVA, Poliane Rodrigues Caixeta. **O Olhar da Equipe Multiprofissional Acerca dos Cuidados Paliativos em Oncologia: Sua Formação, Experiência, Desafios e Avanços na Sua Atuação.** Dissertação (Residência Multiprofissional em Saúde). Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/23798/3/OlharEquipeMultiProfissional.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

VICTOR, Germana Hunes Grassi Gomes. Cuidados Paliativos no Mundo. **Revista Brasileira de Cancerologia.** v. 3, n. 62, 2016, 267-270 p., Trimestral. Disponível em: http://www1.inca.gov.br/rbc/n_62/v03/pdf/11-resenha-cuidados-paliativos-no-mundo.pdf. Acesso em: 17 nov. 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global Atlas of Palliative Care at the End of Life.** Disponível em: <https://www.who.int/nmh/Global_Atlas_of_Palliative_Care.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2017.

DERECHO CIVIL

Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante^(*)

Configuration, testing and quantification of lost profits

Juan Carlos García Huayama¹

Sumario: Introducción. **1.** Concepto de lucro cesante. **2.** Lucro cesante “actual” y “futuro”. **3.** Lucro cesante y el daño por pérdida de oportunidad. **4.** Lucro cesante y actividades inmorales. **5.** ¿Existe lucro cesante en el caso personas desempleadas o que realizan actividad no remunerada al momento del evento dañoso? **6.** El costo de sustitución de servicios no remunerados aportados por la víctima y la privación de un bien de uso particular: ¿constituyen lucro cesante? **7.** Prueba de la existencia del lucro cesante. **8.** Cuantificación del lucro frustrado. **9.** Lucro cesante y el deber de mitigar el daño. – A modo de conclusión. – Referencias bibliográficas.

Resumen: La evaluación desplegada en el presente trabajo permite arribar a la conclusión, entre otras, de que el estándar o dosis de prueba exigida a la víctima diverge según se trate de acreditar el daño emergente o el lucro cesante. En el caso del daño emergente, se necesita aportar prueba que acredite con certeza la existencia del perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, al sustraerse una entidad que ya formaba parte del mismo. En cambio, en el lucro cesante el nivel

^(*) Recibido: 03 agosto 2019 | Aceptado: 17 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

¹ Fiscal Provincial Titular de la Segunda Fiscalía Civil y Familia de Chiclayo. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Piura. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la misma casa de estudios.
juancarlosgh1@hotmail.com

de prueba exigido está constituido por una razonable probabilidad de que, a consecuencia del daño, el perjudicado no incrementará su acervo patrimonial porque no percibirá algunos ingresos esperados conforme al normal acontecer de las cosas y de las circunstancias del caso específico.

Palabras clave: carga probatoria dinámica, daño *res ipsa loquitur*, negligencia médica.

Abstract: This article evaluates the different instruments that have been applied in the judicial evidentiary activity in order to assign the burden of proof in a process in which medical malpractice liability is discussed on the basis of various cases that have occurred in the national territory and also on the basis of comparative experience. The result of this evaluation allows us to come to the conclusion, among others, that the standard or dose of proof required of the victim differs, depending on whether it is a question of proving the emerging damage or the loss of profit. In the case of emergent damage, it is necessary to provide evidence that accredits with certainty the existence of the actual damage suffered in the victim's estate, by removing an entity that was already part of it. On the other hand, in the case of loss of profit, the level of proof required is constituted by a reasonable probability that, as a consequence of the damage, the injured party will not increase his assets because he will not receive some expected income according to the normal course of things and the circumstances of the specific case.

Keywords: dynamic burden of proof, damage *res ipsa loquitur*, medical malpractice.

Introducción

El concepto de lucro cesante es milenario y, teóricamente, ha permanecido hasta nuestros días sin variaciones verdaderamente significativas², no obstante, en la práctica judicial que se realiza sobre esta clase de daño, se incurre en diversos equívocos, tales como considerarlo equivalente a un

² MORALES MORENO señala que desde el Derecho romano se mencionan y separan reiteradamente los dos ámbitos del daño patrimonial: daño emergente y lucro cesante (MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid: Thomson Reuters, 2010, p. 22).

daño futuro, o inclusive suponer que es una modalidad de la denominada “pérdida de una oportunidad” (*perte d'une chance*).

Se verifica igualmente que un sector de nuestra jurisprudencia asume un criterio excesivamente riguroso en la determinación del lucro cesante, exigiendo para su reconocimiento certeza absoluta de la ganancia frustrada, sin tener en cuenta que por su propia naturaleza, el lucro cesante “ofrece muchas dificultades para su determinación y límites por participar de todas las vaguedades e incertidumbre propias de los conceptos imaginarios”³ y que, por lo tanto, para su demostración basta una probabilidad objetiva que resulte del desarrollo normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, sin que esto conlleve a reconocer “sueños de ganancias”.

En ocasiones, se llega al absurdo de sostener que para resarcir el lucro cesante no bastará con acreditar su existencia, sino también demostrar el monto matemáticamente preciso de las ganancias perdidas, desestimando injustamente el resarcimiento de un perjuicio inequívoco simplemente porque al accionante no le fue posible debido a las dificultades inherentes de este tipo de daño —no por desidia o negligencia—, establecer el alcance exacto de la ganancia frustrada.

A través del estudio de doctrina y jurisprudencia, en el presente artículo nos proponemos tratar de manera breve diversos aspectos problemáticos que se presentan en torno al lucro cesante, para llevar a la reflexión que contrariamente a lo que con frecuencia se supone, se trata de un tema donde aún queda mucho por explorar.

1. Concepto de lucro cesante

En términos generales, corresponde señalar que no existe controversia en admitir que la categoría de daño patrimonial está integrada por el daño emergente y el lucro cesante. El primero está constituido por la disminución patrimonial efectivamente sufrida por el perjudicado a consecuencia del hecho dañoso, en tanto que se concibe como lucro cesante a aquel ingreso o ganancia neta frustrada a consecuencia del acto dañino; o en otros términos, se corresponde con “el no incremento en el patrimonio del dañado”⁴ sea por el incumplimiento de un contrato o por el acto ilícito. Se aprecia que a diferencia de lo que ocurre con el daño emergente, donde

³ Sentencia del Tribunal Supremo español del 27 de junio de 1967, citada por LÓPEZ JACOISTE, José Javier, *La responsabilidad civil extracontractual*, Madrid: Universitaria, 2010, p. 115.

⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 6.ª ed., Lima: Rodhas, 2011, p. 247.

el valor económico salió o saldrá del patrimonio, en el lucro cesante, el valor económico no entró o no entrará en el patrimonio del perjudicado.

Diferenciados los conceptos de daño emergente (*damnum emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*), podemos concluir que el primero constituye un empobrecimiento patrimonial, mientras que el segundo constituye una falta de enriquecimiento o falta de crecimiento patrimonial; en el primero, la pérdida o detrimento consiste en algo que sale del patrimonio, mientras que en el segundo consiste en algo que deja de entrar en él; en un caso, hay riqueza perdida, algo que se va y, en el otro, riqueza no conseguida, algo que no llega; en un caso, hay la disminución de una utilidad integrada previamente en el patrimonio del sujeto perjudicado y, en el otro, privación de una utilidad no poseída, pero que se habría poseído y formado parte de su activo patrimonial⁵.

La catedrática de la Universidad Complutense de Madrid Elena VICENTE DOMINGO⁶ refiere que a pesar de la clara diferencia conceptual entre daño emergente y lucro cesante, la jurisprudencia española los confunde con cierta frecuencia, como ocurrió en el conocido “Caso del fresón”, donde una empresa fabricante de fresones defectuosos, resarcó a los progenitores de un niño que se asfixió al comer este dulce, pues resultó acreditado que presentaba un defecto de diseño ya que tenía un tamaño superior al permitido. El caso se emitió en los medios y la publicidad que Antena 3 le dio fue errónea, pues se equivocó en el nombre de la empresa fabricante del fresón. Como consecuencia de la alarma social que provocó la noticia, la empresa relacionada de manera equivocada sufrió una considerable disminución en sus ventas y accionó contra el citado canal de televisión por los daños ocasionados con la información incorrecta. Al resolver el caso, la Audiencia de Madrid con sentencia de fecha 23 de mayo del 2000 entendió que la reducción en el volumen de facturación de las mercancías era daño emergente y no podía proyectarse en el futuro. Fue el Tribunal Supremo quién corrigió este error con la STS de fecha 21 de octubre del 2007, indicando lo siguiente:

[S]e ha acreditado la existencia de efectiva reducción en el volumen de facturación de las mercancías comercializadas. No estamos ante la pretensión de obtener unas ganancias futuras o meras expectativas sino ante un lucro cesante con verosimilitud suficiente a la vista de la trayectoria de la empresa [...] Por todo ello debe estimarse el presente motivo de

⁵ MEDINA CRESPO, Mariano, “El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte”, en *Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*. Recuperado de <<https://bit.ly/2X6EnDD>>.

⁶ VICENTE DOMINGO, Elena, *El lucro cesante*, Madrid: Reus, 2014, pp. 25-30.

casación y determinar la obligación de indemnizar el lucro cesante considerando la proyección del beneficio empresarial.

Otro caso que expone la aludida profesora es el referido a las consecuencias patrimoniales derivadas de haber adquirido una sección o piso de un inmueble en cuya edificación hubo vicios⁷. El Tribunal Supremo equivocadamente calificó al reclamo de estos daños como lucro cesante, específicamente, como sueño de ganancia no reparable, estableciendo en la STS del 24 de abril de 1997 lo siguiente:

[S]e prevé una depreciación de futuro si es que los inmuebles de los actores se enajenan y se obtiene, por ende, una disminución del valor de mercado, lo cual, supone supeditar tal menoscabo a circunstancias aún no acontecidas y, lo que es peor, no acreditadas, porque puede ocurrir que se vendan o no los inmuebles, que el precio de venta sea o no inferior al real, y en especial, que, tras la reparación que también se ordena a cargo del recurrente, no se restaure la anomalía.

En realidad, en el caso analizado se trataba de daño emergente por vicios de construcción, pues la depreciación o pérdida de valor en el bien consiste en un daño patrimonial efectivo y real, con independencia de que el bien se venda o no. Si se hubiera considerado de esta manera —agrega la citada jurista—, en vez de rechazarse la pretensión se debió haber indemnizado la pérdida de valor del bien como daño emergente.

2. Lucro cesante “actual” y “futuro”

Es equivocado asumir que el daño emergente siempre se identifica con un daño actual y que el lucro cesante invariablemente corresponde a daño futuro. El momento para considerar la actualidad y futuro del daño está determinado por la sentencia. Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser presentes o futuros. Al respecto, Félix TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA aclaran que desde el momento en que todo daño es efecto o consecuencia de una acción u omisión, cronológicamente es siempre posterior al suceso en que tal acción u omisión vino a consistir. Sin embargo, cuando hablamos de la clasificación de daño presente o actual y daño futuro, el momento de análisis es aquel en que se expide la resolución judicial que resuelve sobre los mismos⁸.

⁷ *Ibid.*, pp. 30-32.

⁸ TRIGO REPRESAS, Félix y Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 451. En el mismo sentido DE TRAZEGNIES GRANDA opina: “Sin embargo, debemos reiterar que esto no significa que el daño emergente sea presente, mientras que el lucro cesante es futuro. La fecha para considerar el pasado, presente y futuro en este caso es la sentencia. Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden

En la misma línea se ubica Fabián ELORRIAGA DE BONIS⁹ cuando sostiene lo siguiente:

El lucro cesante puede ser pasado o futuro. La distinción entre uno y otro viene marcada por la existencia de un proceso judicial en el que se pretende hacer efectiva la responsabilidad civil del agresor. Desde este punto de vista, el lucro cesante pasado está constituido por las ganancias o utilidades frustradas con anterioridad al proceso judicial, concretamente hasta antes de la sentencia; y el lucro cesante futuro es el que se produce más allá de la conclusión del proceso. La suma del lucro cesante pretérito con la del lucro cesante futuro es el lucro cesante total al que tiene derecho el perjudicado.

En similares términos, se ha pronunciado la Corte Suprema de la República en la Casación N.º 1318-2016-Huancavelica, en cuyo cuarto considerando se alega lo siguiente:

[M]ientras en el daño emergente un bien sale o saldrá de la esfera patrimonial de la víctima; en el lucro cesante un valor no ingresa o no ingresará al referido patrimonio. Por ello no es posible identificar daño emergente con el perjuicio pasado y lucro cesante con el futuro, pues no es el tiempo de su producción lo relevante para distinguirlos, sino que salga o no ingrese algún bien patrimonial a la esfera económica del sujeto perjudicado. De allí que pueda existir daño emergente y lucro cesante pasados o futuros, respectivamente: daño emergente pasado: reintegro de gastos efectuados; daño emergente futuro: sumas que salen del reclamante en fecha posterior al momento de la liquidación y pago; lucro cesante pasado: lo que se dejó de percibir desde la producción del daño hasta la liquidación; lucro cesante futuro: lo que se deja de percibir desde la liquidación hasta la finalización del periodo indemnizable.

En este sentido, para la doctrina y jurisprudencia actual es irrefutable que tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser presentes o

ser pasados, presentes o futuros. El lucro cesante es siempre futuro con respecto al daño. Pero entre esa fecha y la sentencia puede haberse producido un lucro cesante que ya será considerado como pasado y además cabe la posibilidad de que las consecuencias del daño sigan afectando en adelante la posibilidad de ganancias futuras". (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, t. II, 7.ª ed., Lima: PUCP, 2001, p. 37).

⁹ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, "Daño físico y lucro cesante", en AA. VV, *Derecho de daños*, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2002, p. 58. Igualmente, MANZANARES CAMPOS indica que: "El lucro cesante puede ser tanto actual (privación de ganancias de un sujeto lesionado, por imposibilidad de trabajar desde el ilícito hasta la sentencia), como futuro (ganancias frustradas por la subsistencia de la incapacidad para laborar, más allá de la sentencia, o cuando la misma es permanente). Esto no significa que el daño emergente sea permanente, mientras el lucro cesante sea futuro. El lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño. Pero entre esa fecha y la sentencia puede haberse producido un lucro cesante que ya será considerado como pasado y además cabe la posibilidad que las consecuencias del daño sigan afectando en adelante la posibilidad de ganancias futuras. (MANZANARES CAMPOS, Mercedes, *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual*, Lima: Grijley, 2008, p. 44.

futuros, delimitándose ambos estadios por el momento en que se expide la resolución que pone fin al proceso. Esta conclusión se ilustra claramente con un ejemplo referido a un accidente vehicular con lesiones corporales, donde será: i) *daño emergente actual*, el costo de reparación del vehículo y gastos médicos de los afectados antes de finalizar el proceso; ii) *lucro cesante actual*, son los ingresos que las víctimas dejan de percibir en tanto dure la incapacidad para laborar; iii) *daño emergente futuro*, los gastos que corresponderá afrontar luego de dictada la sentencia, a consecuencia de la incapacidad permanente; y iv) *lucro cesante futuro*, las ganancias o ingresos que se dejarán de percibir luego de finalizar el proceso como consecuencia de la incapacidad permanente para realizar actividad lucrativa¹⁰.

3. Lucro cesante y el daño por pérdida de oportunidad

En la pérdida de *chance* concurre un elemento de certeza, referido a la oportunidad que era real y también sobre su pérdida definitiva. Y otro elemento de incertidumbre, en cuanto a que no puede determinarse si, de no haber sido alterada la situación por el hecho del responsable, la ganancia se habría logrado o la pérdida evitada. De modo que la *chance* se encuentra a mitad del camino entre el daño cierto (resarcible plenamente) y el perjuicio puramente imaginado o hipotético (no resarcible)¹¹.

No hay argumento válido que permita equiparar la figura de la pérdida de oportunidad con un supuesto de lucro cesante, pues la discusión que se da en los eventos en que se presenta la pérdida de oportunidad es bien diferente; aquí no se trata de dejar de percibir unos ingresos respecto de los cuales ya se tenía el derecho a recibirlos cuando se presenta una situación nociva, sino de verificar qué tipo de consecuencias se generan cuando se frustran unas posibilidades o esperanzas de obtener un beneficio o evitar una pérdida que, por la acción del tercero, nunca se sabrá si se iban a producir o no¹².

¹⁰ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, 2.^a ed., Madrid: Dykinson, 2015, p. 167.

¹¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Frustración de chances en la responsabilidad profesional”, en MORELLO Augusto M. y María M. AGOGLIA (coord.), *Las responsabilidades profesionales. Libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, en La Plata: Platense, 1992, p. 220.

¹² Similar parecer tiene NAVEIRA ZARRA, para quien la pérdida de oportunidad —a diferencia del lucro cesante—, se caracteriza por falta de certeza acerca de la consecución del resultado perseguido y que se refiere, no a la frustración de ganancias esperadas, sino a la de las expectativas, esperanzas o posibilidades de conseguir una determinada ventaja o beneficio. (NAVEIRA ZARRA, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2006, p. 91). También DE

Ahora bien, se ha dejado sentado que en materia de chance lo que se busca resarcir no son las ganancias que hubiera obtenido el agraviado de no haberse verificado el evento dañoso, pues se trata de un concepto incierto y por demás aleatorio. Tampoco se pretende indemnizar la probabilidad de obtener dichas ganancias, como hubiera sucedido si verdaderamente existiese un lucro cesante que reclamar; por el contrario, lo que se busca reparar es la pérdida de oportunidad que tuvo el agente dañoso de mantenerse en una situación que seguramente le hubiese otorgado la posibilidad de obtener beneficios. En este sentido, será preciso evaluar el valor económico que hubiese tenido dicha oportunidad a efectos de asignarle un valor discrecional. La indemnización, entonces, nunca podrá ser igual al monto que estaba sometido al alea propio de la chance, sino conforme a la pérdida efectiva de la oportunidad de intervenir en ella, la misma que deberá ser apreciada y juzgada por el órgano jurisdiccional correspondiente, de acuerdo con las calidades del sujeto frustrado¹³.

Como se observa, el lucro cesante no comparte con la pérdida de oportunidad la incertidumbre intrínseca, pues aquel para ser reparado debe estar dotado de certeza y, por lo tanto, no resarce la pérdida de una mera expectativa o una simple posibilidad de conseguir futuros beneficios. En

TRAZEGNIES, opina que “A primera vista, la indemnización por pérdida de *chance* u oportunidad puede ser una variante del lucro cesante. Sin embargo, no puede dejar de señalarse las diferencias entre esta situación y la normal en el caso del lucro cesante. Quizá la distinción fundamental consiste en que la pérdida de *chance* u oportunidad se hace necesaria la intervención de otros elementos que son inciertos, para que la ventaja o ganancia frustrada hubiera sido efectivamente posible [...] Notemos que no hay una ganancia cierta que se frustra, como en el caso típico del lucro cesante: lo único que era cierto e indubitable era la posibilidad de participar en un evento que quizá podría aportar una ganancia. Estamos, pues, ante una combinación de certidumbre y de incertidumbre en una proporción determinada” (DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 46-47). Igualmente, FEMENÍA LÓPEZ alega que: “la delimitación entre la pérdida de oportunidad y el lucro cesante corresponde realizarse en base al juicio de probabilidad referido a la producción del perjuicio. En este sentido, la pérdida o frustración de una expectativa o posibilidad de ganancias futuras no debe identificarse con el lucro cesante, ya que el beneficio o ganancia que éste comporta es cierto en la medida que el damnificado tiene un interés legítimo en la percepción de dichos lucros al momento de producirse el evento dañoso”. (FEMENÍA LÓPEZ, Pedro, *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 94).

¹³ OSTERLING PARODI, Felipe y REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso, “La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza. A propósito del artículo 1332 del Código Civil”, en *Osterling Abogados*. Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20equidad%20y%20su%20funcion%20cuantificadora.pdf>.

este sentido Eduardo ZANNONI¹⁴, refiriéndose a los eventos por pérdida de oportunidad, indica:

[N]o se trata, por supuesto, del tradicional lucro cesante, pues el daño que este importa es cierto en la medida que el damnificado tiene un interés legítimo a la percepción de estos lucros al momento del evento dañoso. En otras palabras: el rubro lucro cesante, indemniza no la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho, es decir, *título*, al tiempo en que acaece el *eventus damni*.

Sin embargo, en diversas ocasiones se asimila erróneamente el lucro cesante con la pérdida de oportunidad. Así sucede con el fallo emitido por la Cámara de Apelación de Rafaela, Argentina¹⁵, en donde se adoptan como equivalentes ambos conceptos.

El actor solo solicitó resarcimiento por *pérdida de chance* o *lucro cesante*, por lo cual y ponderando el fallecimiento del menor de 19 años que iba en la moto y sin casco, no respetando la prioridad de paso de los vehículos que transitaban por la derecha, ni deteniendo el suyo a pesar de poder hacerlo, fue atropellado por el conductor de un Ford Fiesta, cuya responsabilidad se adjudicó en segunda instancia en un 60 %, condenándose al pago de la suma de US\$8 180, siendo la de la víctima del 40 %.

Igualmente, en el caso de una joven profesora de matemáticas que falleció a consecuencia de un error de diagnóstico en un centro hospitalario, al omitirse practicar un examen que habría permitido reconocer el trauma encéfalo craneano que padecía, la jurisprudencia argentina sostuvo que, a pesar de no obrar prueba en el expediente de la existencia de un lucro cesante para los padres, debía indemnizarse dicho rubro como una pérdida de oportunidad de recibir ayuda económica en el futuro. En el caso relatado, el daño presentado era la muerte de la profesora, y el tema de los ingresos dejados de percibir por los padres con ocasión de la muerte de su hija debía ser entendido como lucro cesante, que debió quedar plenamente demostrado. No debió acudirse, como se hizo en este caso, ante la falta de prueba de estos perjuicios, a la aplicación de la pérdida de oportunidad¹⁶.

De igual forma, la jurisprudencia colombiana en casos sobre no obtención de futuros ascensos debido a la muerte o lesiones que sufre la víctima,

¹⁴ Eduardo ZANNONI, citado por GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 90.

¹⁵ GIRALDO GÓMEZ, *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil*, ob. cit., p. 92.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 93-95.

analiza el tema como una consecuencia que debería tenerse en consideración al momento de calcular el lucro cesante¹⁷. Acá consideramos que, bajo la apariencia de lucro cesante, realmente se esconde la denominada pérdida de oportunidad.

4. Lucro cesante y actividades inmorales

Ha quedado establecido que con el lucro cesante no se modifica el patrimonio de la víctima en la forma que tiene al acontecer el hecho ilícito, sino que se afecta la posibilidad de incrementarlo o aumentarlo de forma *legítima*¹⁸. Esto último, para un sector de la doctrina supone excluir la reparación de aquellas ganancias que el perjudicado hubiera obtenido con infracción de preceptos legales imperativos, así como aquellas otras cuya obtención se realice a través de medios inmorales o contrarios a las buenas costumbres. Esta línea de opinión es seguida por Alejandra ABREVAYA, para quien quedan excluidas de indemnización por lucro cesante, no solamente todas las ganancias obtenidas en actividades ilícitas, sino también aquellas que se perciben por actividades inmorales “pues es claro que el derecho no puede convalidar, ni siquiera en el campo resarcitorio, actividades que al mismo tiempo condena por una u otra vía, más allá de resultar írrita su reclamación y consecuente admisión”¹⁹. Así también lo entiende cierta jurisprudencia italiana, que denegó resarcimiento por lucro cesante a una mujer dedicada a la prostitución, estableciendo que esta actividad “aunque penalmente lícita, es contraria a las buenas costumbres, la ganancia que de ella deriva es consecuencia de relaciones que no tienen tutela legal por la ilicitud de la causa, de modo que no constituye daño resarcible el impedimento, total o parcial, del ejercicio de la prostitución causado por el hecho ilícito de un tercero”²⁰.

Sin embargo, otro sector doctrinario propugna que debe distinguirse entre los ingresos procedentes de actividades ilícitas de aquellas otras simplemente inmorales. Esta posición asume Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA cuando alega que no debe confundirse moralidad con legalidad. Y,

¹⁷ *Ibid.*, p. 96.

¹⁸ ELORRIAGA DE BONIS, “Daño físico y lucro cesante”, art. cit., p. 57.

¹⁹ ABREVAYA, Alejandra, *El daño y su cuantificación judicial*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 301.

²⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Disminuciones psicofísicas*, t. I, Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 440. En sentido contrario resolvió cierta jurisprudencia colombiana, que reconoció indemnización por lucro cesante a unas hijas que lo reclamaron por la muerte su madre que vivía de la prostitución y para determinar el quantum se tomó como referencia el salario mínimo vital (Cfr. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y Catalina MARTÍNEZ TAMAYO, *Responsabilidad civil extracontractual*, 11.ª ed., Bogotá: Temis, 2003, p. 333).

por ejemplo, en el caso de la prostitución, sí se encuentra proscrita en un determinado país y, consecuentemente, es ilegal, no cabe duda que la damnificada en estas actividades ejercidas clandestinamente, no puede aspirar a una indemnización. Pero si la actividad considerada como inmoral no se encuentra prohibida sino que, por el contrario, está sujeta a autorizaciones y se ejerce libremente, dentro de las condiciones, no parece haber razón válida para que la indemnización no sea procedente: moral y derecho son disciplinas profundamente relacionadas, pero no idénticas²¹.

Concordamos con la última postura, pues si bien no puede pretenderse resarcimiento por actividades que infringen preceptos legales imperativos, sin embargo, respecto a las ganancias frustradas derivadas de actividades que contrarían las buenas costumbres, sí pueden originar el deber de resarcir.

5. ¿Existe lucro cesante en el caso personas desempleadas o que no realizan actividad lucrativa al momento del evento dañoso?

Si una persona que realizaba actividad remunerada fallece o queda incapacitada para laborar a consecuencia de un hecho ilícito, nadie discute que ello genera un lucro cesante que puede ser reclamado por ella misma o por otros legitimados, según el caso. El problema se presenta, en el supuesto de las personas que al momento del hecho lesivo no trabajan por diversas razones, como sucede con los desempleados, jubilados, aquellos que no pueden laborar en razón a su edad o se encuentran todavía en fase de aprendizaje, etc.

El profesor argentino Luis MOISSET DE ESPANÉS²² opina que en aquellos casos donde al momento del hecho dañoso el perjudicado no obtiene ingresos, pero pueda llegar a producirlos, se deberá distinguir los siguientes supuestos:

- Como regla, la persona potencialmente productiva pero que no obtiene ingresos actualmente no podrá reclamar lucro cesante, pues el perjuicio sufrido sería meramente conjetural (se pierden ganancias que se obtendrían si esta persona que no trabaja, hipotéticamente, trabajara).
- No obstante, si las lesiones sufridas se traducen en una incapacidad prolongada o permanente, el lucro cesante sí sería indemnizable,

²¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 39-40.

²² MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Guillermo TINTI y Maximiliano CALDERÓN, “Daño emergente y lucro cesante”, en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Recuperado de <<https://bit.ly/2ZjyuAx>>.

pues de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas y a la necesidad difundida de trabajar para vivir, puede presumirse verosímilmente que a pesar de la inactividad actual, la persona hubiera trabajado en el futuro.

Sobre el particular consideramos que las personas potencialmente productivas pero que están desempleadas o no realizan una actividad remunerada al tiempo que acaece el daño, en principio no deben obtener resarcimiento a cuenta de lucro cesante, pues el perjuicio sufrido sería hipotético o conjetural, sustentado en posibilidades de trabajos que no desarrollaban en la realidad. Así, en el caso de una persona de avanzada edad, que al momento de su fallecimiento no realizaba actividad lucrativa, se rechazó la indemnización que solicitó su hijo por lucro cesante, alegando el órgano jurisdiccional lo siguiente:

[E]ste perjuicio está representado por lo que el occiso producía y se trasladaba o beneficiaba a su familia. La víctima en caso de autos y conforme surge de las propias manifestaciones del reclamante, contaba a la fecha del fallecimiento con ochenta y cuatro años de edad, se encontraba internada en un instituto geriátrico. Frente a esta realidad, no puede haber dudas que en el plano que ahora me ocupa, el doctor (L) hijo de la fallecida, no ha sufrido perjuicio económico alguno, de manera que el ítem bajo estudio merece ser rechazado²³.

En cuanto a la pérdida de posibilidades de reinserción laboral que a consecuencia del daño sufren los sujetos que no generaban ingresos en este momento, consideramos que se trata de un daño por pérdida de oportunidad, pues se frustra su legítima expectativa de incorporarse al mercado laboral, siendo evaluada en función a las circunstancias del caso concreto, entre las que merecerían destacarse la edad, la cualificación profesional o el grado de incapacidad.

En los supuestos donde son los padres quienes reclaman lucro cesante por la muerte de un hijo menor de edad que no realizaba actividad lucrativa, indica Mariano MEDINA CRESPO, que en primer lugar, desde el punto de vista económico lo normal es que los hijos, hasta que se independizan económicamente, constituyen para los padres un costo y no una fuente de ingresos, de modo que el fallecimiento de un hijo conlleva, en términos puramente monetarios, una disminución de gastos y no una pérdida de ingresos; en segundo lugar, lo común es que los padres conserven su autonomía económica y no precisen ayuda de los hijos, quienes destinan sus ingresos laborales al sostenimiento del núcleo familiar constituido al

²³ GHERSI, Carlos Alberto, *Cuantificación económica: valor de la vida humana*, 4.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 218.

independizarse; y tercer lugar, el único supuesto en que los padres sufren un perjuicio económico por la muerte de su hijo es cuando éste contribuía en vida al sostenimiento de la familia. Salvo este último supuesto, es sumamente difícil que pueda resarcirse a los padres de una víctima menor de edad que no trabaja, ni en concepto estricto de lucro cesante, ni por concepto de pérdida de oportunidad, pues esta constituye una mera posibilidad, sin rango alguno de probabilidad y verosimilitud²⁴.

En el caso de quienes se encuentran todavía en fase de aprendizaje (por ejemplo, estudiantes universitarios que están próximos a culminar sus estudios profesionales), no se produce realmente una pérdida cierta de ganancia, sino que el daño afecta a la oportunidad de obtener una ganancia futura. No se trata, de un lucro cesante porque cuando se le producen las lesiones o la muerte, no cobra rentas ni tiene salarios, ni su actividad más común (ser estudiante), es susceptible de producir ganancias. Se trataría, en cambio, de un daño resarcible dentro de la categoría de la pérdida de oportunidad, siempre que las posibilidades de que hubiera conseguido una ventaja no fueran desdeñables²⁵.

Cuando se trata de personas jubiladas, no debe descartarse el resarcimiento a cuenta de lucro cesante si la víctima acredita que desempeñaba de manera regular o permanente otras actividades que le generaban ingresos adicionales a los beneficios previsionales por ley reconocidos y, que a consecuencia del hecho dañoso no continuará percibiéndolos.

6. El costo de sustitución de servicios no remunerados aportados por la víctima y la privación de un bien de uso particular: ¿constituyen lucro cesante?

Cierto sector de la doctrina argentina considera que el lucro cesante no debe ser restringido a pérdida de “remuneraciones” por una determinada tarea, pues hay otras que generan “beneficios materiales no dinerarios”, en interés propio o de allegados, cuya pérdida también configura un lucro cesante en sentido amplio, tal como ocurre, en el típico ejemplo del ama de casa, cuya actividad genera utilidades para ella y el grupo con el que convive, y quien de ninguna manera puede ser equiparada a un desocupado²⁶.

²⁴ Mariano MEDINA CRESPO, citado por FEMENÍA LÓPEZ, *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, ob. cit., pp. 100-101.

²⁵ *Ibid.*, p. 101.

²⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Disminuciones psicofísicas*, ob. cit., p. 432.

Similar parecer asume el profesor Javier TAMAYO JARAMILLO²⁷, quien comentando el artículo 1614 del Código Civil colombiano —que define el lucro cesante como “la ganancia o provecho que dejó de reportarse”—, entiende que habiéndose incluido el término genérico “provecho”, se generará lucro cesante no solo ante la supresión del ingreso de dinero o de cosas para el patrimonio de la víctima, sino también en la supresión de todo tipo de beneficios que dejan de reportarse, siempre que sean susceptibles de evaluarse pecuniariamente. Bajo esta premisa, agrega el referido autor, corresponde reconocer la existencia de lucro cesante en la hipótesis donde un ama de casa que estuviera casada o tuviese hijos, fallece a consecuencia de un accidente, pues las víctimas se han visto privadas de un beneficio que, si bien no constituía el ingreso periódico de cosas o dinero, no por ello dejaba de ser útil en el desarrollo de sus vidas. Y para efectos de calcular la indemnización bastará averiguar cuánto cuesta en el comercio de prestación de servicios la obtención de un beneficio similar al que fue suprimido.

Por nuestra parte, creemos que en el ejemplo típico de la dueña de casa, nos encontramos dentro del entorno del daño emergente, y no del lucro cesante como consideran los autores citados, teniendo en cuenta que contratar a otra persona para que sustituya los trabajos que el ama de casa fallecida o incapacitada realizaba en el hogar, conlleva costos o egresos que implican un detrimento patrimonial efectivo²⁸. Es más, en cuanto a las personas que se dedican por completo a labores de atención a su cónyuge e hijos, desde de la década de los ochenta del siglo pasado, se comenzó a valorar económicamente esa particular situación, para lo cual empleó la denominada “cuantificación por sustitución”, lo que implica reconocer que ante la desaparición de la persona como unidad productiva, sus tareas serán encargadas a otra persona que recibe por esa labor una remuneración, que será la base de la reparación del daño emergente²⁹.

Es más, la jurisprudencia argentina estima que aun cuando la víctima no estuviese casada ni constituyera una familia con hijos, su actividad referida a labores del hogar en beneficio propio también debe ser indemnizada

²⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, Bogotá: Legis, 2007, p. 479.

²⁸ Se pronuncia en el mismo sentido FEMENÍA LÓPEZ, cuando alega: “Por nuestra parte, compartimos la idea de calificar los gastos de sustitución como daño emergente, por cuanto en sentido laxo, sería el coste de reparación del daño sufrido en ese concreto ámbito y creemos que también en los supuestos en que no se invierte en la sustitución del ama de casa, la cantidad asignada responde a la misma finalidad y fundamento” (FEMENÍA LÓPEZ, *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, ob. cit., p. 102).

²⁹ GHERSI, *Cuantificación económica: valor de la vida humana*, ob. cit., p. 224.

como daño emergente, pues el costo de reemplazo implica una disminución patrimonial efectiva. Se estableció al respecto lo siguiente: “Es indemnizable en términos de daño emergente, la repetición de las cantidades obladas a la señora B., cuando ésta efectuara las labores hogareñas en los tres días de cada semana a favor de la aquí accionante”³⁰.

De otro lado, con relación a la privación un bien de uso particular o personal, Antonio Manuel MORALES MORENO sostiene que dicha privación tiene un contenido económico distinto de la propia cosa, por lo tanto, la cuantía de la indemnización es en principio la correspondiente al valor de uso del bien, durante el tiempo que el perjudicado ha sido privado de dicha utilización. Este valor puede calcularse por el costo que tiene en el mercado la obtención de la utilidad de un bien similar, durante el tiempo que no ha podido ser utilizado por el perjudicado. Sobre esta base, considera el citado jurista, que no existe inconveniente en admitir que la privación de un bien de uso personal o particular constituye un lucro cesante, porque es una ventaja económica que el perjudicado no ha podido obtener³¹.

En nuestra opinión, el perjuicio que proviene de la privación del beneficio que conlleva utilizar un bien destinado al uso particular o personal califica como daño emergente, no como lucro cesante. Es claro, por ejemplo, que cuando un vehículo de uso estrictamente particular queda temporalmente en un taller para que se reparen los daños ocasionados, cabe suponer que durante dicho lapso el afectado optará por trasladarse sea en taxi, ómnibus o alquilar un coche, sustitución que necesariamente conlleva la disminución de su esfera patrimonial, es más, inclusive si se movilizara caminando o fuese traslado por un amigo de forma gratuita, también cabría reconocer una verdadera disminución patrimonial producida por la pérdida que sufre ese sujeto en el “capital” o “valor de uso” del que se ha visto privado.

7. Prueba de la existencia del lucro cesante

El daño por lucro cesante puede ser consecuencia de la inejecución de una relación obligacional previamente pactada o de la vulneración del deber genérico de no causar daño a los demás (*neminem laedere*). En ambos supuestos, corresponderá al accionante acreditar haber sufrido un daño cierto, pero esta certeza, por la propia naturaleza de esta clase de daño, tiene carácter relativo pues se apoya en un juicio de probabilidad objetiva y no de seguridad.

³⁰ *Ibid.*, p. 225.

³¹ MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, ob. cit., pp. 62-64.

No debe perderse de vista que la prueba del lucro cesante, se adentra en lo que Lluís MUÑOZ SABATÉ³² denomina “hechos virtuales”, que son aquellos que no han sucedido pero que podrán suceder o hubieran podido suceder. Y tratándose la prueba del lucro frustrado de un hecho virtual, la dificultad se encuentra en que resultará necesario predecir lo que el perjudicado hubiera ganado en caso de no haber incumplido la otra parte el contrato, o en caso de no haberse producido el evento determinante de la responsabilidad extracontractual. Aquí, a las naturales dificultades probatorias además se añade, en mayor proporción que en otros supuestos, la general tendencia de la gente en exagerar sus beneficios frustrados.

Sobre esta base, no es posible exigir certeza absoluta allí donde no puede haberla. En consecuencia, la doctrina moderna está conforme en que para llegar a establecer la existencia del lucro cesante basta con un juicio de probabilidad, sin que este deba ser seguro, exacto o infalible. Hay que conformarse con consideraciones fundadas y razonables, dentro del proceso de la normalidad de las cosas y no aspirar a una certeza que es simplemente imposible de encontrar en la especie. De lo contrario, ocurre que en aras de la certeza, se sacrificaría la reparación de un daño que es real y efectivo³³.

La Corte Suprema de la República admite la inherente dificultad probatoria que acompaña al lucro cesante, estableciendo que “la diferencia más trascendental entre daño emergente y lucro cesante [...] está en la mayor dificultad de prueba inherente a éste último, con el resultado de que esta figura se presta más fácilmente para ser sometida a una apreciación equitativa”³⁴ o que debido a que resulta “imposible determinar con exactitud qué es lo que va a ocurrir en el futuro, solo es exigible cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto”³⁵.

En la misma línea de pensamiento se ubica Renald FISHER³⁶, quien expresa lo siguiente:

[M]ientras que el concepto de daño positivo tiene una base firme, pues se refiere siempre a hechos pasados, el del lucro cesante participa de todas sus vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios. El único

³² MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, 4.^a ed., Madrid: La Ley, 2017, p. 252.

³³ ELORRIAGA DE BONIS, “Daño físico y lucro cesante”, art. cit., p. 63.

³⁴ SALA CIVIL PERMANENTE (ponente: Sra. jueza Diana RODRÍGUEZ), *Casación N.º 3499-2015 La Libertad*, Lima: 5 de abril del 2016.

³⁵ SALA CIVIL PERMANENTE (ponente: Sr. juez Carlos CALDERÓN), *Casación N.º 704-2016 Callao*, Lima: 9 de marzo del 2017.

³⁶ Renald FISHER, citado por MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, ob. cit., pp. 254-255.

jalón sólido de razonamiento es la frustración de aquellos hechos de que hubiera brotado con seguridad la pretendida ganancia, a no haberse interpuesto el evento dañoso. Pero siempre cabrá la duda, más o menos fundada, de si, a no ser, otra circunstancia cualquiera hubiera venido a interrumpir el curso normal de las cosas. Sería demasiado severo el Derecho si exigiese al perjudicado la prueba matemática irrefutable de que esa otra posible circunstancia no se habría producido, ni la ganancia hubiera tropezado con ningún otro inconveniente. Mas, por otra parte, la experiencia constante nos enseña que las demandas de indemnización más exageradas y desmedidas tienen su asiento en este concepto imaginario de las ganancias no realizadas. Incumbe al Derecho separar cuidadosamente estos “sueños de ganancia” como los llamaba DERNBURG, de la verdadera idea de daño. No basta, pues, la simple *posibilidad* de realizar la ganancia, como no se exige tampoco absoluta *seguridad* de que ésta se habría verificado sin la intromisión del hecho dañoso. Ha de existir una cierta probabilidad *objetiva* que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto.

En el mismo sentido, Maita María NAVEIRA ZARRA³⁷ estima que a diferencia de lo que sucede con el daño emergente, cuya comprobación de su existencia no planteará mayores complicaciones; la determinación del lucro cesante resulta bastante dificultosa, considerando que este representa la ganancia que el perjudicado habría ingresado a su patrimonio de no haber tenido lugar el hecho dañoso, la determinación de su existencia requiere reconstruir de algún modo, los acontecimientos que, en ausencia de aquél, se habrían desarrollado. Esa reconstrucción de los

³⁷ NAVEIRA ZARRA, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., pp. 88-89. También es del mismo parecer SANTOS BRIZ, quien alega: “A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el *lucrum cessans* se apoya en la presunción de cómo habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso. Ese juicio de probabilidad plantea el problema del momento en que ha de hacerse, por quién ha de ser hecho y con qué criterio ha de hacerlo. En cuanto al primer punto, también a diferencia del daño emergente que se produce en el momento del hecho que lo causa, para el lucro cesante ha de esperarse el curso ulterior de los sucesos. Este pronóstico ulterior nos ha de llevar a concretar un interés cierto del perjudicado, ya que no puede protegerse intereses inseguros o inciertos, pero cuidando de no exigir una certeza absoluta incompatible con el concepto de “ganancia frustrada”. Como dice el art. 252, p. 2, del Código alemán, ha de tratarse de una ganancia frustrada que, con cierta probabilidad, fuera de esperar según el curso normal (ulterior) de las cosas o las circunstancias del caso concreto”. (SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, Madrid: Montecorvo, 1986, p. 267). Igual, en palabras de MORALES MORENO: “El problema de la prueba del lucro cesante es, sin duda, complejo. La complejidad proviene de que este tipo de daño es, a menudo, un daño que se produce y concreta en el futuro; un lucro, justificado en el contrato, que el acreedor habría llegado a obtener de no haberse producido el incumplimiento. Y la obtención de un lucro futuro tiene siempre cierta dosis de incertidumbre o aleatoriedad, pues depende de múltiples factores externos y de la propia conducta futura del acreedor. Aunque estas razones no pueden excluir su indemnización anticipada, explican la cautela de los tribunales en el reconocimiento de ésta”. (MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, ob. cit., p. 25).

acontecimientos, se deberá realizar atendiendo al que sería el curso normal de los acontecimientos en el caso concreto, sin que sea necesario acreditar una certeza absoluta en cuanto a la realización de las ganancias, certeza por lo demás inalcanzable, pero sin que, al mismo tiempo, se entienda comprendido en tal concepto los denominados “sueños de ganancia”.

Es claro que tanto la jurisprudencia y la doctrina moderna aceptan que el estándar o dosis de prueba exigida a la víctima diverge, según se trate de acreditar el daño emergente o el lucro cesante. En el caso del daño emergente, se necesita aportar prueba que acredite con *certeza* la existencia del perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, al sustraerse una entidad que ya formaba parte del mismo. En cambio, en el lucro cesante el nivel de prueba exigido está constituido por una razonable *probabilidad* de que a consecuencia del daño, el perjudicado no incrementará su acervo patrimonial porque no percibirá algunos ingresos esperados conforme al normal acontecer de las cosas y de las circunstancias del caso específico³⁸.

Para superar las dificultades de prueba, algunos ordenamientos jurídicos utilizan criterios abstractos de determinación del lucro cesante, basados en su probabilidad, por ejemplo, el artículo 252 del BGB dispone que “como lucro cesante se entiende la ganancia que, de acuerdo con *el curso normal de las cosas* o con las circunstancias particulares, en especial de acuerdo con las disposiciones y precauciones adoptadas, podía ser verosímilmente esperada”³⁹.

A pesar de la dificultad probatoria explicada en los párrafos anteriores, un sector de nuestra jurisprudencia asumiendo un criterio excesivamente restrictivo, exige certeza absoluta de la ganancia frustrada. Es más, llega al absurdo de concluir que para indemnizar el lucro cesante no bastará con acreditar su existencia, sino también el monto matemáticamente preciso de

³⁸ Del mismo parecer es ELORRIAGA DE BONIS quien aprecia lo siguiente: “El lucro cesante, como todo daño, debe ser probado, y no escapa a esta regla general. Sin embargo, por la especial naturaleza de este perjuicio, su acreditación solamente es posible por vía indirecta, a través de presunciones y siempre mediante el aporte de circunstancias objetivas que validen las cantidades que se infieren por concepto de lucro cesante. Con todo esto, no es razonable pretender una prueba con precisión matemática en cuanto a la existencia y monto del lucro cesante, ya que ello es claramente imposible. Es por eso que la prueba que debe exigirse a este respecto no puede ser tan rigurosa como la que procede para el caso de daño emergente, ya que una exageración a este respecto, a la larga, va a frustrar los propósitos que se ha tenido presente a la hora de dar cabida a un capítulo indemnizatorio de ese tipo, y, más que a ninguna otra cosa, debe estar orientada a establecer la posibilidad cierta de las utilidades o ganancias que se reclaman a esta razón” (ELORRIAGA DE BONIS, “Daño físico y lucro cesante”, art. cit., p. 63).

³⁹ MORALES MORENO, Incumplimiento del contrato y lucro cesante, ob. cit., p. 25.

las ganancias perdidas. En esta línea se ubica la sentencia emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad que conoció del proceso seguido por doña Fanny Dilcia Sáenz Almeyda, en nombre propio y de sus dos menores hijos, contra la empresa de transportes Móvil Tours Sociedad Anónima y Julio Diógenes Delgado Chávez sobre indemnización por daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la muerte de su esposo y padre de sus hijos, en un accidente de tránsito ocurrido con fecha 13 de mayo del 2009.

En este caso, la demandante en el rubro correspondiente a lucro cesante, solicitó la suma de tres millones doscientos nueve mil novecientos cincuenta y seis con 00/100 nuevos soles (S/3'209 956.00) por los ingresos económicos que su esposo hubiera percibido hasta la edad de jubilación obligatoria (70 años), como producto del trabajo subordinado que realizaba para Labin Perú Sociedad Anónima y Canal N. La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de la Libertad en la resolución de vista desestimó la indemnización en este extremo por considerar que la parte actora no probó adecuadamente la cuantía exacta del lucro cesante; y ello debido a que, aun cuando acreditó los ingresos que su cónyuge percibía al momento del accidente, no presentó ninguna prueba que acredite fehacientemente que este hubiera continuado trabajando para las mismas empresas que en ese momento lo empleaban hasta llegar a la edad de 70 años.

En la decisión comentada, la Sala Superior equivocadamente no distingue entre los problemas que plantean la prueba sobre la existencia de la ganancia frustrada y la que plantea la prueba de su cuantía, aspectos que son distintos. En el caso comentado, considero que la existencia del lucro cesante surge por la propia naturaleza de las cosas, ya que a consecuencia del fallecimiento del cónyuge de la accionante y padre de sus menores hijos, es evidente que se perderá el sostenimiento familiar que el occiso proveía y hubiera seguido proveyendo a favor de los integrantes de la parte demandante; es más, en el caso de hijos menores de edad dado su estado de necesidad, corresponde presumir la dependencia económica con relación a sus padres.

Ante la natural dificultad para cuantificar con absoluta certeza la ganancia dejada de percibir, se tendrá acudir para tal efecto al criterio de equidad conforme lo establece el artículo 1332 del Código Civil, pero nunca dicha dificultad inherente al lucro cesante debe dar lugar a desconocer su existencia. La distinción es importante porque la existencia del daño no puede negarse solo en base a la dificultad que implica delimitar su magnitud.

Asimismo, los integrantes de la Sala Superior de La Libertad para denegar el resarcimiento a cuenta de lucro cesante argumentaron que la actora no presentó ninguna prueba que acreditara con certeza absoluta que la víctima hubiera continuado trabajando para las mismas empresas que lo empleaban hasta llegar a la edad de setenta años. En palabras expresas del citado órgano jurisdiccional “[...] no se ha demostrado que en ambos centros laborales haya existido la certeza de que se iba a mantener laborando hasta la edad cronológica de los setenta años [...] pues pudieron haberse generado diversas circunstancias que hubiesen conllevado al rompimiento del vínculo laboral con las mismas”. Al respecto, consideramos que dicha demostración es imposible de realizar y constituiría una prueba diabólica para la reclamante demostrar que no ocurrirían los sucesos o circunstancias extraordinarias expresadas en la resolución para evitar la concesión del lucro cesante. Además, no es correcto que ante la dificultad para calcular matemáticamente lo que la víctima habría percibido entre el momento en que ocurrió el accidente y la fecha de cese de la vida útil o esperada, se deniegue el resarcimiento indicando que en ese periodo temporal la víctima podría haber enfermado gravemente, o podría haber sufrido un accidente, o haber perdido su trabajo, todo lo que habría impedido percibir la suma de dinero que se contabilizan en el cómputo del lucro cesante, pues

[E]videntemente, estas suposiciones se apartan del curso normal de los acontecimientos y del juicio de probabilidad aplicable en la especie. Lo natural es que un sujeto comience su vida laboral a partir, más o menos, entre los 20 ó 25 años, y luego la continúe en ascenso hasta su jubilación, sin que los infortunios frustren, en la inmensa mayoría de los casos estos sucesos⁴⁰.

En el caso comentado, la Corte Suprema de la República correctamente declaró nula la sentencia expedida por la Sala Superior, ordenando que se emita nueva resolución de vista. Expresa entre sus fundamentos lo siguiente:

[L]a cuantificación exacta del lucro cesante exigido en la demanda nunca podrá ser fijada en términos de certeza, pues su determinación se encuentra sujeta a variables futuras cuya producción es incierta. En efecto, al tratar de determinar a cuánto ascienden los beneficios económicos que la demandante y sus hijos dejarán de recibir a causa del fallecimiento del señor Miguel Ángel Loyola Chumbiauca, siempre existirá un grado de incertidumbre que no podrá ser superado por el juez, pues aun cuando ha sido posible identificar a cuánto ascendían los ingresos mensuales que aquel obtenía como producto de su trabajo subordinado en el momento del accidente, todavía pueden plantearse dudas respecto a qué parte de estos ingresos habría beneficiado realmente a la actora y sus hijos, por cuánto tiempo su

⁴⁰ ELORRIAGA DE BONIS, “Daño físico y lucro cesante”, art. cit., p. 66.

esposo habría mantenido estos mismos ingresos, por cuánto tiempo se habrían seguido beneficiado los hijos de estos ingresos, por cuánto tiempo habría mantenido su el esposo su aptitud para el trabajo, etcétera.

Empero, estas circunstancias —que no son atribuibles a la conducta procesal de la parte actora, sino a las particulares propias que involucra el caso— no pueden ser empleadas por el órgano jurisdiccional como medio para fundamentar un criterio que termine por negar a la víctima el acceso a una reparación, pues ello restringe injustificadamente el derecho de la víctima a una reparación adecuada e integral de los daños sufridos.

Un aspecto importante a considerar es que se encuentra una notable diferencia entre aquellos supuestos donde la fuente de ingreso y la correspondiente ganancia existían con anterioridad al daño y es éste último el que la impide (p. ej., se incendia una casa que estaba alquilada y ello determina la extinción del contrato de arrendamiento), sobre los que además puede establecerse el límite temporal de los lucros frustrados en el periodo estricto que media entre la producción del daño y el pago efectivo de la indemnización; y aquellos otros supuestos de ganancias estrictamente futuras que dependen de muchos factores (p. ej., el incendio que impide la iniciación de una empresa hotelera), cuya determinación únicamente puede realizarse en base a un juicio de probabilidad o verosimilitud atendiendo al curso normal de los acontecimientos⁴¹.

De lo indicado se tiene que la exigencia probatoria del lucro cesante será inversamente proporcional al juicio de probabilidad, en otros términos, cuanto mayor sea la probabilidad de que el lucro cesante se hubiera obtenido, menor será la exigencia en la prueba del mismo y, al contrario, cuanto menor sea la probabilidad de obtención del lucro cesante, mayor será su exigencia probatoria⁴². Así, la presunción del juicio de probabilidad aplicado al curso normal de los acontecimientos se aprecia, por ejemplo, en el caso de una taxista que se ve privado de las ganancias que obtenía, durante el tiempo que el vehículo deba permanecer en el taller para ser reparado, acá se puede deducir de manera sencilla la existencia del lucro cesante por la propia naturaleza y normalidad de las cosas; igual ocurre, en los supuestos donde a consecuencia de las lesiones corporales sufridas, el perjudicado deja de realizar la actividad productiva que venía desempeñando. Empero, en este último supuesto se debe tener en cuenta que, para lograr el resarcimiento de las ganancias dejadas de obtener a consecuencia de lesiones corporales, es necesario demostrar la labor

⁴¹ ISAZA POSSE, María Cristina, *De la cuantificación del daño*, Bogotá: Temis, 2015, pp. 29-30.

⁴² FEMENÍA LÓPEZ, *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, ob. cit., p. 41.

productiva que ejercía la víctima con anterioridad al daño, su quebrantamiento a raíz de este y la pérdida de los ingresos que se derivan de ello. Según esta regla probatoria, no es suficiente acreditar las lesiones físicas que ha padecido la víctima, ya que ellas, por sí solas, no determinan el perjuicio por concepto de lucro cesante, sino que hay que demostrar la forma en que este daño corporal ha incidido en la capacidad de generar la renta y cuánto ha influido en ello⁴³.

8. Cuantificación del lucro frustrado

Luego que quedar demostrada la existencia del lucro cesante, corresponderá establecer la cuantía de los ingresos frustrados. A tal efecto, se deben tomar en consideración los siguientes parámetros:

8.1 Ingresos percibidos por el perjudicado

La regla es que para determinar la cuantía del lucro cesante se deben considerar todos los ingresos que percibía la víctima con anterioridad al hecho dañoso y tomarlos como base para calcular las ganancias dejadas de percibir como consecuencia del mismo. En el curso natural de las cosas, resulta altamente probable que si una persona ha quedado impedida de trabajar por un determinado periodo de tiempo, queda privada de un ingreso semejante al que tenía antes del accidente por todo el lapso que ha durado su incapacidad laboral⁴⁴.

Empero, a estos ingresos deben descontarse los gastos necesarios para generarlos. No debe olvidarse que el lucro cesante representa la utilidad o ganancia de la que fue privada la víctima por el hecho ilícito. De ello se sigue que los ingresos que constituyen la base de cálculo a este respecto no pueden ser los brutos sino los netos, es decir, deben descontarse de ellos los gastos necesarios en que debía incurrir la víctima para generarlos, puesto que de lo contrario se le estaría otorgando una utilidad o ganancia irreal, no ajustada a los ingresos netos.

En diversas ocasiones la jurisprudencia nacional equivocadamente asimila el lucro frustrado con las remuneraciones o ingresos brutos que percibía el afectado al momento del hecho dañoso, así tenemos por ejemplo, la sentencia casatoria N.º 3990-2013-Lima sobre indemnización de daños y perjuicios por accidente de tránsito, donde a consecuencia de un choque y volcadura de un ómnibus de la empresa de transportes Cruz del Sur que se dirigía desde Moquegua a Lima, la demandante Noemí Cruz de Beingolea

⁴³ ELORRIAGA DE BONIS, “Daño físico y lucro cesante”, art. cit., p. 68.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 63-68.

sufrió graves lesiones en el rostro. En el fundamento décimo tercero de esta resolución, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, se expuso: “En cuanto al *lucro cesante* (ganancia efectiva dejada de percibir) le corresponde a la demandante por ciento ochenta y tres días, los mismos que representan seis meses y un día, los que a razón de S/1 196.65, que es el monto mensual que percibe la actora, hace un total de S/7 179.90”.

La aludida sentencia casatoria tomó como base para el cálculo del lucro cesante los ingresos brutos que generaba la víctima como docente de la Escuela Superior de Música, sin que se haya procedido a deducir por ejemplo, los descuentos que habitualmente se realiza a los trabajadores, como puede ser los aportes que dan derecho a obtener la pensión de jubilación —AFP u ONP—, las contribuciones a Essalud —o a un seguro de salud privado, como puede ser una EPS—, el impuesto a renta de quinta categoría y, asimismo, los egresos que en el curso usual de las cosas realiza un trabajador para cumplir con la prestación de servicios (gastos de traslado al centro laboral y otros en que necesariamente debía incurrir la víctima para generar la ganancia)⁴⁵.

No se debe equiparar las remuneraciones brutas dejadas de percibir con la ganancia frustrada a consecuencia del evento dañoso. La propia Corte Suprema de la República, en la Casación N.º 7625-2016-Callao, sobre indemnización de daños y perjuicios por despido arbitrario, sostiene que el lucro cesante constituye:

[L]a ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo, el que no puede asimilarse a las remuneraciones devengadas, toda vez que constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada [...]. Mientras el primero, es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica como consecuencia del daño; el segundo, son las remuneraciones que el trabajador no pudo cobrar por falta de contraprestación efectiva de trabajo, tiene naturaleza retributiva y no indemnizatoria a diferencia del primero, lo que implica establecer una

⁴⁵ El mismo error se percibe en la sentencia casatoria N.º 7589-2014-Cañete, donde se indica: “El lucro cesante es una forma de daño patrimonial y viene a ser las ganancias o expectativas legítimas que se ven frustradas como consecuencia del evento dañoso [...]. Estando a lo señalado, al haberse probado que la remuneración del actor ascendía a S/437.44 conforme se observa del contrato que corre a fojas 65 del acompañado, debe considerarse el periodo dejado de laborar que transcurrió desde el 31 de octubre al 15 de diciembre de 2005 y desde el 16 de agosto de 2006 hasta el 12 de octubre de 2007, que equivale a 1 año, 3 meses y 14 días. Siendo así, por lucro cesante debe otorgarse a favor del actor la suma ascendente a S/7 071.94, que correspondería por el periodo no laborado”.

diferencia conceptual y de categoría jurídica; motivo por que la causal denunciada deviene en fundada.

La jurista argentina Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ⁴⁶ establece algunos componentes de la retribución que corresponden tomarse en cuenta a fin de resarcir el lucro cesante:

- Habitación y comida suministradas por el empleador, pues el lucro cesante se integra no solamente por la retribución directamente dineraria, sino también por prestaciones en especie con valor económico.
- Propinas que, si bien no resultan obligatorias desde un punto de vista normativo, si la costumbre determinaba que la víctima efectivamente las percibiera en su actividad, se impone el resarcimiento, pues el suceso ha impedido la comunidad de esos ingresos no antijurídicos.
- Premios, siempre que la empleadora no solamente los abone, sino también que existiese alguna verosimilitud de que la víctima los habría percibido durante su inmovilización.
- Los viáticos no deber ser considerados para calcular el lucro cesante pues, aunque nominalmente integren la remuneración, no representan un beneficio o enriquecimiento personal de quien los percibe, sino que están destinados a afrontar las erogaciones anexas a la actividad.
- Los ingresos por horas extras se reconocen a título de lucro cesante, solo si existiese la posibilidad de cumplir trabajos fuera de horario y si la víctima las había utilizado previamente con alguna regularidad.

8.2 Periodo indemnizable

En el supuesto de incapacidad temporal, el periodo indemnizable estará delimitado por la duración de las consecuencias del suceso dañoso, es decir, equivaldrá al tiempo durante el cual el perjudicado se encuentre incapacitado para generar los ingresos que deja de percibir.

En caso se trate de una incapacidad permanente o muerte de la víctima, se tomará en cuenta la vida probable de esta según los índices de supervivencia esperada⁴⁷. En tal sentido, la duración del periodo indemnizable será inversamente proporcional a la edad que tenía la víctima al momento en que ocurrió el daño. Es decir, a menor edad, mayor será la expectativa de vida y mayor el periodo indemnizable y viceversa.

⁴⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Disminuciones psicofísicas*, ob. cit., pp. 419-423.

⁴⁷ ISAZA POSSE, *De la cuantificación del daño*, ob. cit., p. 30.

Tratándose de daños reflejos o indirectos, no solamente se debe tomar en consideración las expectativas de vida de la víctima inicial, sino también de los demandantes, pues el periodo indemnizable variará, tomando en cuenta que la expectativa de vida puede ser diferente⁴⁸. Por ejemplo, cuando son los padres quienes reclaman la pérdida económica que les ocasiona la muerte de su hijo, si solamente se considerara la edad probable hasta que hubiera vivido el hijo, podría acontecer que los padres resultaran sobre compensados, ya que, en el curso normal de los acontecimientos, ellos fallecerían mucho antes que sus hijos. Si un hijo tenía 45 años (víctima inicial) y sus padres 75 (víctima por rebote), al hijo le restarían 25 años de vida útil, resultando presumible que sus padres no vivirían hasta los 100 años⁴⁹.

Ante la muerte de un padre o madre de familia, se debe atender el periodo de dependencia económica de los hijos. Normalmente la edad de 18 años es el límite de la obligación alimentaria de los padres para con sus hijos, sin embargo, subsiste esa obligación cuando éstos continúan con éxito estudios de una profesión u oficio conforme señala el artículo 424 del Código Civil. En esta consideración, frente a la muerte de un progenitor, la indemnización debería comprender el tiempo que normalmente toma culminar la formación superior, es decir, podrá aceptarse la edad de dependencia económica en 25 años⁵⁰.

También, en caso de fallecimiento de la víctima inicial, a efecto de determinar el ingreso frustrado debe descontarse los gastos que el ahora occiso destinaba a su propia subsistencia o autoconsumo (la denominada cuota *sibi*). Lo anterior en la medida que, en virtud del fallecimiento, dicho dinero ya no será empleado por la víctima en sus gastos personales y, por su particular destinación, tampoco les corresponde a los dependientes económicos. Un sector de la doctrina nacional indica que a partir de lo previsto en el artículo 648.6 del Código Procesal Civil, el porcentaje de los gastos personales a ser deducidos correspondería al 40 % de los ingresos, en tanto dicho monto resulta inembargable para garantizar obligaciones alimentarias⁵¹. Desde nuestra perspectiva, consideramos que un parámetro razonable es el establecido por la Corte Interamericana de Derechos

⁴⁸ *Ibid.*, p. 31.

⁴⁹ ELORRIAGA DE BONIS, “Daño físico y lucro cesante”, art. cit., p. 91.

⁵⁰ MARTÍNEZ RAVE y MARTÍNEZ TAMAYO, *Responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., p. 317.

⁵¹ TORRES MALDONADO, Marco Andrei, “¿Cómo valorar y cuantificar el daño material (daño emergente y lucro cesante)? en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 244, Lima: enero del 2019, p. 110.

Humanos, que regularmente deduce de la suma a liquidar como lucro cesante, una cuota correspondiente al 25 % por gastos personales, así sucede en el párrafo 28 de la sentencia del 14 de septiembre de 1996 (reparaciones y costas) expedida en el caso *El Amparo vs. Venezuela*⁵² y en el párrafo 75 de la sentencia del 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas) recaída en el caso *Castillo Páez vs. Perú*⁵³. Ahora, teniendo en cuenta que sentencias de dicho órgano del Sistema Interamericano constituyen parámetros a tener en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico, nada impide presumir la cuota *sibi* en el mismo porcentaje.

En la Casación N.º 1318-2016-Huancavelica, publicada en el diario oficial el 2 de mayo del 2017, sobre indemnización de daños y perjuicios seguida don Gaspar Melanio Huamán Espinoza contra el Seguro de Salud – Essalud, para determinar la cuantía del lucro cesante, la Corte Suprema de la República conjugó los factores antes mencionados: ingresos percibidos por el perjudicado así como el periodo indemnizable —determinado por la edad del lesionado cuando acaeció el hecho dañoso y el lapso que faltaba para que llegase al final de su vida útil o productiva, fijada para el caso específico en 70 años—. En el proceso que origina la sentencia casatoria el demandante solicitó la suma de S/200 000.00 por lucro cesante, alegando que prestaba servicios en la entidad pública PROVIAS Departamental del

⁵² “28. Con base en la información recibida y los cálculos efectuados por el actuario designado *ad effectum*, la Corte calculó que la indemnización que corresponde otorgar a cada una de las víctimas o sus familias, se basa en la edad que tenían aquéllas al momento 7 de la muerte y los años que les faltaban para llegar a la edad en que se calcula la cifra de la expectativa normal de vida en Venezuela o el tiempo que permanecieron sin trabajar en el caso de los dos sobrevivientes. La Corte basó sus cálculos tomando como salario base un monto no menor al costo de la canasta alimentaria básica por ser una cantidad superior al salario básico rural al momento de los hechos. *Una vez efectuado dicho cálculo, se le aplicó una deducción del 25 % por gastos personales, como lo ha hecho en otros casos. A ese monto se le sumaron los intereses corrientes desde la fecha de los hechos hasta el presente*”. [El resaltado es nuestro].

⁵³ “75. Sobre el lucro cesante, la Corte considera equitativo utilizar la base que representa el salario mínimo mensual en el Perú a la fecha, que de acuerdo con el Decreto de Urgencia No. 074-97, de 31 de julio de 1997, publicado en “El Peruano” el 3 de agosto de 1997, es de S./345.00 que procede estimar en dólares, a una tasa de cambio promedio entre S./2,652 y 2,659 por dólar según la tabla de cambio aplicado (supra 68.C.c.). El cálculo se realizará sobre la base de 12 salarios anuales, más una gratificación adicional correspondiente a 2 meses de salario por año, de acuerdo con las normas peruanas (supra 68.C.d.) más favorables para los trabajadores... Esto se multiplica por 49 años, período que media entre la edad que tenía la víctima al momento de su desaparición y el término de la expectativa de vida de un varón en el Perú, en el quinquenio 1990-1995, que es de 71 años (supra 68.C.a). *A esta cantidad deberá restarse el 25 %, por concepto de gastos personales, y sumarse luego los intereses corrientes. En consecuencia, el monto traído a valor presente a la fecha de esta sentencia por este rubro es de US\$35 021,80 (treinta y cinco mil veintiún dólares de los Estados Unidos de América con ochenta centavos)*”. [El resaltado es nuestro].

Ministerio de Transportes y Comunicaciones de Huancavelica, teniendo el cargo de conductor y percibiendo una remuneración mensual no menor de S/1 200.00, sin embargo, a consecuencia de una mala práctica médica quedó con graves secuelas, ocasionando que por el resto de su existencia no pueda continuar laborando como conductor de vehículos, actividad que desempeñaba desde los 18 años de edad, porque al sentarse en el asiento de cualquier vehículo, no puede contener que la orina salga por la vía vesical. Al respecto se expuso lo siguiente:

[C]omo no es el terreno de las hipótesis el propio de la cuantificación de la indemnización, para establecer el monto adecuado a pagar por lucro cesante debe partirse (en este caso): (i) de la remuneración que percibía la víctima al momento del accidente, ingreso que no era infrecuente, sino que era el que de forma continua recibía el demandante por las actividades que efectuaba, tal como se verifica con los documentos de fojas diez y once; y (ii) del tiempo en que sufrirá el perjuicio, para lo cual se apreciará su edad y el fin ordinario del régimen laboral. En esas condiciones, se observa: (i) que el demandante ganaba mensualmente como remuneración (R) la cantidad de S/948.10, monto al que ya se retrajo los aportes y descuentos; y (ii) que el accidente aconteció cuanto tenía 46 años de edad y que, por lo tanto, tenía 24 años de vida productiva económica ordinaria, es decir, 288 meses (M). De lo que resulta que la fórmula de pago que objetiva el monto de la indemnización por este concepto sería: Lucro cesante = R x M (948.10 x 288) = S/271,900.80.

8.3 La equidad

En verdad, tratándose de daños patrimoniales no debe acudirse ciegamente a la equidad como criterio de cuantificación habitual, menos con la equivocada creencia que esta otorga el poder de obrar arbitrariamente. Solo se recurrirá a la equidad como un criterio de valoración subsidiario, en el supuesto donde a pesar de haberse probado el daño, existan circunstancias que razonablemente impidan establecer con exactitud su cuantía, según se concluye del artículo 1332 del Código Civil que dispone: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo en juez con valoración equitativa”⁵⁴.

⁵⁴ Así lo ha entendido también la Corte Suprema de la República en la Casación N.º 2449-2015-Callao sobre Indemnización por daños y perjuicios, en cuyo décimo octavo considerando estableció: “En consecuencia, al no haber probado la parte actora los elementos para que opere la indemnización por responsabilidad extracontractual, como, la conducta antijurídica, el factor de atribución, nexo causal ni el daño sufrido, *no es posible la aplicación de las disposiciones que contiene el artículo 1332 del Código Civil, puesto que previamente, se requiere la acreditación del daño, para que el Juez pueda fijar el monto del resarcimiento aplicando su valoración equitativa*, condición que no ha sido satisfecha por el demandante, por lo que, en aplicación del artículo 200 del Código Procesal Civil, el Colegiado declaró infundada la demanda incoada”. [El resaltado es nuestro].

En la Casación N.º 724-2015-Moquegua sobre indemnización por daños y perjuicios, publicada en el diario oficial con fecha 1 de agosto del 2016, se afirma que la valoración equitativa a que se refiere el artículo 1332 del Código Civil, solo debe emplearse como criterio para cuantificar daño extrapatrimonial, mas no el lucro cesante. Así, en el octavo considerando de la mencionada sentencia casatoria se estipula:

[E]n lo relativo al lucro cesante, configurado como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo, se tiene que [...] el monto fue fijado con una valoración equitativa, al no existir prueba objetiva de la misma; premisa, por demás errada, en tanto, lo previsto por el artículo 1332 del Código Civil: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”, va dirigido a la valoración de los daños inmateriales o también conocidos como “daños morales” que son aquellos que afectan intereses jurídicos que carecen de un correlato, como son la salud, la vida, el honor, la libertad, entre otros.

Se equivoca la Corte Suprema de la República, cuando sostiene que no procede recurrir al criterio de equidad para cuantificar el lucro cesante y restringe su aplicación únicamente a los daños no patrimoniales, pues con esta afirmación se desconoce las dificultades que habitualmente se presentan para establecer con exactitud el monto de la ganancia frustrada, dificultad que surge por la propia naturaleza de este daño y no por negligencia o inercia de la parte reclamante. Además, descartar la equidad como criterio subsidiario de medición cuantitativa del lucro cesante ocasionaría consecuencias perniciosas en la práctica, pues el juzgador ante las diversas dificultades que impiden determinar con precisión matemática el ingreso frustrado y encontrándose impedido de estimar prudencialmente su monto, simplemente optaría por desestimar su resarcimiento, ocurriendo que en aras de la certeza, se sacrificaría la reparación de un daño que es real y efectivo. Sería una injusticia desestimar el resarcimiento de un perjuicio inequívoco simplemente porque al accionante no le fue posible debido a las dificultades inherentes que conlleva —y repetimos, no por desidia o negligencia—, establecer el alcance preciso de la ganancia frustrada.

La idea es que una vez probada la existencia del daño, tiene que darse siempre una respuesta positiva al *quantum*, y si este no resulta delimitado o no lo está de forma completa, el juez tiene que acudir necesariamente a la equidad. La valoración equitativa presupone, en algunos casos, la imposibilidad absoluta de la prueba del valor del daño —como sucede cuando se trata de valorar los perjuicios de índole personal, en cuanto no mensurables con criterios de equivalencia— y, en otros, su imposibilidad

relativa, que es lo que precisamente acontece con el lucro cesante futuro. Por esta razón se ha indicado que el uso de la equidad, como instrumento subsidiario de integración, también se condice con las exigencias funcionales del resarcimiento del daño patrimonial, con referencia no solo al lucro cesante, sino inclusive, en ocasiones, al daño emergente⁵⁵.

En buena hora que la conclusión expuesta en la sentencia antes aludida resulta aislada, ya que en otras ocasiones la Corte Suprema de la República, con mejor criterio reconoce que sí resulta factible acudir al criterio de equidad en aquellos supuestos donde a pesar de haberse probado la existencia de lucro cesante, concurren circunstancias o eventualidades específicas que hagan especialmente dificultoso determinar el monto al que este asciende. Así ocurre en la Casación N.º 3499-2015-La Libertad⁵⁶ correspondiente a un proceso sobre indemnización por daños y perjuicios por el fallecimiento del cónyuge y padre de sus dos menores hijos de la accionante a consecuencia de un accidente de tránsito, donde luego de reconocer que la cuantificación exacta del lucro cesante exigido en la demanda nunca podrá ser fijada en términos de certeza, dado que su determinación se encuentra sujeta a variables futuras cuya producción es incierta, se concluyó lo siguiente:

[E]sta circunstancia no impide que el órgano jurisdiccional pueda aplicar al caso criterios que, sobre la base de la equidad y las reglas de la experiencia, permitan arribar a una determinación razonada del lucro cesante cuando, a pesar de haberse probado su existencia, existan circunstancias que razonablemente impidan al demandante acreditar con

⁵⁵ MEDINA CRESPO, “El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte”, art. cit.

⁵⁶ En la misma orientación la Casación N.º 2677-2012-Lima, derivada del proceso sobre Indemnización por daños y perjuicios formulado por don Humberto Terrelonge Palomino contra la Universidad Nacional Federico Villarreal, estableció: “(i) que el despido arbitrario efectuado en contra del demandante le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, dado que hubo una “falta de ingresos de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima”, quien se vio privado de beneficios que hubiera obtenido de haber continuado laborando para la recurrente; (ii) que el pago del lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas, pues ello constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada; (iii) *que siendo ello así es posible acudir a lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil (dispositivo que ha sido expresamente ignorado por la Sala Superior), norma que expresamente refiere que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto, el juez deberá fijarlo con valoración equitativa*; (iv) que dicha valoración equitativa no entraña una decisión arbitraria e inmotivada, pues ello repugna nuestro ordenamiento constitucional, por lo que debe ser necesariamente justificada, utilizando para ello algunos parámetros que le permitan arribar a una decisión que permita restablecer, en lo posible, la situación a los límites anteriores al daño, confrontado ello con los hechos sucedidos”. [El resaltado es nuestro]. Igualmente, la Casación N.º 550-2013-Lambayeque señala: “En cuanto al lucro cesante [...] es correcto el monto indemnizatorio fijado por el juzgador, en virtud de la valoración equitativa y prudencial contemplada en el artículo 1332 del Código Civil”.

exactitud la cuantía a la que ésta asciende (no por causa de negligencia o insuficiencia probatoria, debe precisarse).

En similar sentido, la Corte de Suprema de Justicia de Colombia con sentencia de fecha 20 de enero del 2009⁵⁷ señaló que la deficiencia probatoria respecto a la cuantía no impide la tasación del lucro cesante, así indicó lo siguiente:

No obstante, la deficiencia probatoria respecto a la cuantía del lucro cesante no impide su tasación, en virtud de que habiéndose causado el daño resultaría abiertamente contrario a la equidad negar su reconocimiento en el caso concreto, en el que quedó claro que el señor Patiño Montes es abogado y que en el ejercicio de dicha profesión obtenía un ingreso que le permitía atender sus propias necesidades y la de su familia. La jurisprudencia con sustento en el principio de la equidad ha pregonado que pese a las consecuencias inherentes a la carga probatoria impuesta al perjudicado, *hay eventos en los que sería injusto no concretar la cuantía de la indemnización, pretextando que aunque está demostrada la existencia del agravio no ha sido posible cuantificarlo en su exacta dimensión, puesto que el juzgador cuenta con distintas y muy variadas facultades enderezadas a tal finalidad, sin prescindir, claro está, de los criterios de equidad que impiden soslayar los derechos de los afectados, en el momento de realizar su tasación.* [El resaltado es nuestro].

Sin embargo, la liquidación del lucro cesante de forma equitativa es subsidiaria y no exime al interesado de la obligación de aportar pruebas sobre la existencia del mismo, esto deviene en un requisito previo e indispensable para la evaluación equitativa. La aplicación subsidiaria de la equidad es reconocida en la Casación N.º 18713-2015-Lima, publicada en el diario oficial el 3 de octubre del 2017, en cuyo sexto considerando se indica que a efecto de fijar el *quantum* indemnizatorio por lucro cesante

[N]o es necesario que se aplique de forma preliminar la valoración del resarcimiento previsto en el artículo 1332 del Código Civil, pues corresponde primero analizar los medios probatorios aportados al proceso, los mismos que pueden ofrecer de forma correcta el monto indemnizatorio, a diferencia, de un daño no patrimonial como es el daño moral, que por la naturaleza de ese tipo de daño que implica afectación a la vida sentimental del ser humano, consistiendo en el dolor, pena o sufrimiento de la víctima, será difícil establecer el *quantum*, por lo cual, se requiere la aplicación de la valoración equitativa del Juez.

9 Lucro cesante y el deber de mitigar el daño

El deber de evitar o mitigar el daño en nuestro país se encuentra expresamente regulado en el artículo 1327 del Código Civil que indica: “El

⁵⁷ Sentencia citada por ISAZA POSSE, *De la cuantificación del daño*, ob. cit., p. 37.

resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”, norma que también resulta aplicable en el ámbito extracontractual, por su especial importancia al momento de evaluar la extensión o límites de la indemnización, en los diversos tipos de daño, sea que deriven de la inejecución de una relación obligacional previamente establecida o como consecuencia de la infracción del deber genérico de no causar daño a los demás.

En términos generales, se puede decir que sobre su base se espera que el acreedor del resarcimiento adopte todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado⁵⁸. No obstante, esta carga se encuentra sujeta a ciertos límites, pues no resulta razonable que se imponga realizar actividades gravosas extraordinarias, sino solamente las actividades normales, dictadas por la ordinaria diligencia, acorde con las circunstancias particulares⁵⁹.

La carga⁶⁰ de mitigar los daños no debe ser equiparada con la concurrencia causal de la víctima en el hecho dañoso o concausa a que se refieren los artículos 1326 y 1973 del Código Civil. Esta se trata de un problema de causalidad, en el sentido de atribución de responsabilidad, previo o coetáneo al daño, en tanto que, en el primer caso, la problemática está referida a la extensión del daño resarcible, posterior a la realización del hecho dañoso. En tal sentido, se puede afirmar que la carga de mitigar los daños constituye una regla autónoma y distinta de la concausa⁶¹.

La aplicación del deber de evitar o, al menos mitigar el daño tiene especial importancia en el resarcimiento del lucro cesante, pues impide el peligro que este se extienda excesivamente, en otras palabras, permite establecer un límite temporal a la indemnización. En consecuencia, si el perjudicado puede evitar o reducir el lucro cesante, deberá hacerlo adoptando las medidas razonablemente necesarias y sin realizar sacrificios excesivos,

⁵⁸ Ana SOLER PRESAS, citada por MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, ob. cit., p. 180.

⁵⁹ MEDINA VILLANUEVA, Jorge Eduardo, *La culpa del dañado en la responsabilidad civil extracontractual*, Granada: Comares, 2017, pp. 155-166.

⁶⁰ En realidad, se trata de una carga, ya que no constituye una conducta obligatoria o coercible para el perjudicado, sino que le resulta potestativa, pero en caso de incumplimiento dará lugar a que no obtenga resarcimiento respecto del daño que razonablemente se pudo haber evitado.

⁶¹ MEDINA VILLANUEVA, *La culpa del dañado en la responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., pp. 155-166.

contrariamente, si se mantiene impávido no será resarcido en los daños que pudo haber contrarrestado, conforme a una actuación de buena fe⁶².

El jurista nacional Daniel UGARTE MOSTAJO resume una interesante jurisprudencia argentina sobre responsabilidad extracontractual, donde se hace alusión al deber de mitigar el daño en el resarcimiento del lucro cesante: un agricultor demandó al Departamento General de Irrigación el pago de una indemnización por la ganancia dejada de percibir como consecuencia de la destrucción de la toma de agua por la que regaba su propiedad y la consiguiente imposibilidad de cultivar sus tierras durante los años 1993 a 1995. El evento dañoso se habría producido cuando personal contratado por el Departamento General de Irrigación realizaba, con una máquina retroexcavadora, los trabajos de limpieza y profundización del canal de regadío donde se encontraba la toma del demandante. Si bien en primera y segunda instancia se condenó a la entidad demandada al pago de US\$192 000.00, en casación, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza redujo el monto de la indemnización al importe de US\$35 453.77 (incluidos intereses), al considerar que había quedado acreditado en autos que la reparación de la toma no habría llevado al demandante un lapso mayor a 90 días y que su costo no superaría los US\$7 000.00, por lo que correspondía ordenar la indemnización únicamente de las cosechas arruinadas por la falta de riego durante el tiempo que hubieran demandado las reparaciones, pero de allí en más, el daño sufrido debía ser atribuido al propio demandante. Asimismo, la Suprema Corte precisó que la actividad mitigadora del daño antes mencionada no habría exigido al actor altas fuentes de financiamiento y tampoco lo sometía a posiciones peligrosas o riesgosas, ni a eventuales daños a terceros. En otras palabras, se consideró que las medidas mitigadoras antes mencionadas eran perfectamente razonables y, por ende, exigibles al demandante dadas las circunstancias del caso concreto⁶³.

En nuestro país, la Corte Suprema de la República en diversas sentencias casatorias expedidas en procesos sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despidos arbitrarios, entiende que en el tiempo libre que tenía el actor durante el periodo del cese —dada la inexistencia de vínculo laboral—, podía realizar otras actividades y generar determinadas ganancias. Con este argumento implícitamente está recurriendo al deber de mitigar el daño para delimitar la cuantía del lucro cesante, ya que se evalúa

⁶² MORALES MORENO, Incumplimiento del contrato y lucro cesante, ob. cit., p. 181.

⁶³ UGARTE MOSTAJO, Daniel, “La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú”, en *Derecho PUCP*, n.º 80, Lima: 2018, pp. 119-159.

la factibilidad del reclamante para adoptar razonables medidas mitigadoras del daño patrimonial ocasionado por el despido.

Así, por ejemplo, en la Casación N.º 2120-2017-Junín, originada en una demanda formulada por don Germán Humberto Huerta contra la Gerencia Regional de la Red Asistencial Essalud de Junín, donde el actor alegó haber laborado como cirujano dentista durante más de ocho años hasta que fue despedido arbitrariamente, y que desde este momento dejó de percibir sus remuneraciones por el periodo de 20 meses, ingresos frustrados que deben entenderse como lucro cesante. La Corte Suprema de la República en el sexto considerando de la sentencia analizada estableció que para delimitar el lucro cesante corresponde tener en cuenta que “el demandante era un médico odontólogo, el mismo que durante el despido arbitrario, si bien es cierto dejó de percibir el sueldo correspondiente por la entidad demandada, no se vio imposibilitado de ejercer su profesión”.

Lo mismo ocurre en la Casación N.º 2677-2012-Lima, originada en una demanda formulada por un trabajador de una institución pública de educación superior que fue despedido y reincorporado luego de ocho años, donde se alegó:

[E]l hecho del despido no significó que (el actor) las horas que se encontraba libre —dada la inexistencia de vínculo laboral— no pudiera utilizarlas para obtener determinadas ganancias; es decir, dejó de percibir las remuneraciones que le entregaba mensualmente la universidad, y ese es un daño que debe ser reparado, pero no con el sueldo que se dejó de percibir porque ello [...] constituiría un enriquecimiento indebido, pues lo que presumiblemente percibió en el tiempo libre en que estuvo vinculado laboralmente con la impugnante, no lo hubiera obtenido de mantenerse la referida relación laboral.

Consideramos saludable recurrir al deber de mitigación del daño como parámetro de delimitación del lucro cesante ocasionado al trabajador despedido arbitrariamente, con esto se evita que los accionantes oculten que durante el periodo de cese generaron ganancias, que, en alguna medida, menguaron el ingreso dejado de percibir. Esto, claro está, evaluando las circunstancias del caso concreto (edad, capacitación profesional, estado de salud del accionante, duración del despido, etc.), además que conforme al curso normal de los acontecimientos y que se debe trabajar para vivir, se puede llegar a la conclusión que el accionante durante el periodo de cese, podía desarrollar otras actividades lucrativas destinadas a mitigar las retribuciones frustradas a consecuencia del despido.

A modo de conclusión

1. El lucro cesante puede ser pasado o futuro. El punto de distinción entre uno y otro viene establecido por el momento en que se dicta la sentencia en el proceso judicial en el que se pretende hacer efectiva la responsabilidad civil. Desde este punto de vista, el lucro cesante pasado estará constituido por las ganancias frustradas hasta el momento en que se emite la sentencia correspondiente; y el lucro cesante futuro es el que se produce más allá de la conclusión del proceso.
2. La pérdida de oportunidad no constituye un supuesto de lucro cesante. La pérdida de oportunidad a diferencia del lucro cesante, se caracteriza por falta de certeza acerca de la consecución del resultado esperado y se refiere, no a la frustración de ganancias esperadas, sino a la de las expectativas, esperanzas o posibilidades de conseguir una determinada ventaja o beneficio.
3. Es irrefutable que no se pueda resarcir el lucro cesante derivado de actividades ilícitas por vulnerar preceptos legales imperativos, que obviamente no generan la obligación de indemnizar, sin embargo, respecto a las ganancias frustradas derivadas de actividades que contrarían las buenas costumbres, sí pueden originar el deber de resarcir.
4. Las personas potencialmente productivas pero que están desempleadas o no realizan una actividad remunerada al tiempo que acaece el daño, en principio no deben obtener resarcimiento a cuenta de lucro cesante, pues el perjuicio sufrido sería hipotético, sustentado en posibilidades de trabajos que estas no desarrollaban en los hechos.
5. El estándar o dosis de prueba exigida a la víctima diverge, según se trate de acreditar el daño emergente o el lucro cesante. En el caso del daño emergente, se necesita aportar prueba que acredite con *certeza* la existencia del perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, al sustraerse una entidad que ya formaba parte del mismo. En cambio, en el lucro cesante el nivel de prueba exigido está constituido por una razonable *probabilidad* de que, a consecuencia del daño, el perjudicado no incrementará su acervo patrimonial porque no percibirá algunos ingresos esperados conforme al normal acontecer de las cosas y de las circunstancias del caso específico.
6. El juez no debe acudir ciegamente a la equidad como criterio de cuantificación, con la equivocada creencia que esta otorga el poder de obrar arbitrariamente. Solo se recurrirá a la equidad en los supuestos donde a pesar de haberse probado el daño, existan circunstancias que

razonablemente impidan establecer con exactitud su cuantía, según se concluye del artículo 1332 del Código Civil.

7. El deber de mitigar el daño tiene especial importancia en la indemnización del lucro cesante, pues impide el peligro que este tipo de daño se extienda excesivamente. En consecuencia, si el perjudicado puede evitar o reducir el lucro cesante, tiene la carga de hacerlo para lo cual adoptará las medidas razonablemente necesarias y sin realizar sacrificios excesivos, pues en caso contrario, si se mantiene impávido no será resarcido en los daños que pudo haber contrarrestado, conforme a una actuación de buena fe.

Referencias bibliográficas

Abrevaya, Alejandra, *El daño y su cuantificación judicial*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

De Trazegnies Granda, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, t. ii, 7.^a ed., Lima: PUCP, 2001.

Elorriaga de Bonis, Fabián, “Daño físico y lucro cesante”, en AA. VV, *Derecho de daños*, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2002.

Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 6.^a ed., Lima: Rodhas, 2011.

Femenía López, Pedro, *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Gherzi, Carlos Alberto, *Cuantificación económica: valor de la vida humana*, 4.^a ed., Buenos Aires: Astrea, 2008.

Giraldo Gómez, Luis Felipe, *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

Isaza Posse, María Cristina, *De la cuantificación del daño*, Bogotá: Temis, 2015.

López Jacoiste, José Javier, *La responsabilidad civil extracontractual*, Madrid: Universitaria, 2010.

Manzanares Campos, Mercedes, *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual*, Lima: Grijley, 2008.

Martínez Rave, Gilberto y Catalina Martínez Tamayo, *Responsabilidad civil extracontractual*, 11.^a ed., Bogotá: Temis, 2003.

- Medina Crespo, Mariano, “El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte”, en *Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*. Recuperado de <<https://bit.ly/2X6EnDD>>.
- Medina Villanueva, Jorge Eduardo, *La culpa del dañado en la responsabilidad civil extracontractual*, Granada: Comares, 2017.
- Moisset de Espanés, Luis, Guillermo Tinti y Maximiliano Calderón, “Daño emergente y lucro cesante”, en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Recuperado de <<https://bit.ly/2ZjyuAx>>.
- Morales Moreno, Antonio Manuel, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid: Thomson Reuters, 2010.
- Muñoz Sabaté, Lluís, *Técnica probatoria*, 4.^a ed., Madrid: La Ley, 2017.
- Naveira Zarra, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2006.
- Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil*, Madrid: Montecorvo, 1986.
- Tamayo Jaramillo, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, t. ii, Bogotá: Legis, 2007.
- Torres Maldonado, Marco Andrei, “¿Cómo valorar y cuantificar el daño material (daño emergente y lucro cesante)? en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 244, Lima: enero del 2019.
- Trigo Represas, Félix y Marcelo López Mesa, *Tratado de responsabilidad civil*, t. i, Buenos Aires: La Ley, 2004.
- Ugarte Mostajo, Daniel, “La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú”, en *Derecho PUCP*, n.º 80, Lima: 2018.
- Vicente Domingo, Elena, *El lucro cesante*, Madrid: Reus, 2014.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, 2.^a ed., Madrid: Dykinson, 2015.
- Zavala de González, Matilde, “Frustración de chances en la responsabilidad profesional”, en Morello Augusto M. y María M. Agoglia (coord.), *Las responsabilidades profesionales. Libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, en La Plata: Platense, 1992.

Zavala de González, Matilde, *Disminuciones psicofísicas*, t. i, Buenos Aires: Astrea, 2011.

DERECHO COMERCIAL-FINANCIERO

Revisión de la ordenación del comercio internacional y su relación con el cambio climático y el desarrollo de los pueblos^(*)

Review of the management of international trade and its relationship to climate change and peoples' development

José Lominchar¹

Sumario: Presentación: urgencia de revisión para los cambios en curso. **1.** Desarrollo: impacto de la actividad humana en el cambio climático y su implicación legislativa. **2.** Estudio de caso: transporte y cambio climático. – Conclusiones. – Referencia bibliográfica.

Resumen: El fenómeno del cambio climático, el cual actualmente cuenta con una fuerte presencia en las políticas nacionales e internacionales, ha trascendido la problemática ambiental, afectando a ámbitos como la economía, el comercio, la legislación internacional o la seguridad humana. Se ha convertido en un punto de fricción entre el Ordenamiento internacional y domésticos, urgiéndose una revisión de casación, tal como aquí se plantea. Se ofrece aquí una revisión de conjunto de las relaciones entre comercio internacional, cambio climático y desarrollo de los pueblos.

Palabras clave: cambio climático, problemática ambiental, comercio internacional, desarrollo, legislación.

^(*) Recibido: 15 julio 2019 | Aceptado: 16 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 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 (UCJC). Profesor de Escuelas de Negocios y Consultor de Ciarconsulting. ciarconsulting@protonmail.com

Abstract: The phenomenon of climate change, which currently has a strong presence in national and international policies, has transcended environmental problems, affecting areas such as the economy, trade, international legislation and human security. It has become a point of friction between international and domestic law, urging a review of cassation, as proposed here. A review of the whole of the relations between international trade, climate change and the development of peoples is offered here.

Keywords: climate change, environmental issues, international trade, development, legislation.

Presentación: urgencia de revisión para los cambios en curso

Urge hoy revisar el Derecho y la Política internacional para comprender los cambios que se vienen produciendo y cómo está emergiendo un nuevo orden (Sánchez-Bayón 2012, 15 y 16. VV.AA. 2014), con sensibilidad por las relaciones entre el comercio internacional y el cambio climático (Dpto. Cambio Climático-ONU). El problema del cambio climático está ligado estrechamente con el desarrollo económico y productivo de las sociedades, si bien este desarrollo económico resulta fundamental para que los países en desarrollo mejoren los medios de subsistencia económicos y la calidad de vida de sus ciudadanos, este crecimiento de índole económico resulta imprescindible para incrementar la capacidad de adaptación de los países que se encuentran en vías de desarrollo a los efectos negativos derivados del cambio climático.

No podemos olvidar que este crecimiento económico y el desarrollo de las sociedades se ha dado teniendo un impacto al alza en el índice de los usos de energía, teniendo como consecuencia una mayor emisión de *gases de efecto invernadero* (GEI). El desafío al que hace frente la sociedad internacional del siglo XXI desde las esferas gubernativas, legislativas, sociales y productivas es el enfrentar el hecho del cambio climático pretendiendo desligar el desarrollo económico de las sociedades con un alto índice de emisiones de gases de efectos invernadero. Es la integración del Comercio Internacional y su normativa en la legislación internacional un elemento clave para hacer frente al fenómeno global del cambio climático y la

protección del medio ambiente como derecho humano (Sánchez-Bayón y Pazos, 2013).

El comercio internacional se convierte en un agente clave dentro del entorno internacional que posibilita se asignen y utilicen eficientemente los recursos. Por un lado es un eficaz instrumento que contribuye al desarrollo de las sociedades y aún a menor demanda de recursos energéticos y materias primas. Por otro lado resulta de interés analizar si el crecimiento económico y el desarrollo que permite este comercio debe ser considerado y utilizado como instrumento que permite conseguir finalidades de índole superior como es el Derecho a la vida que está estrechamente ligado al derecho a un medioambiente sano.

En nuestro artículo dejaremos de manifiesto que el sistema multilateral de Comercio internacional y los múltiples tratados internacionales han propiciado cierto grado de solapamiento e interferencia afectando a la unidad y coherencia del derecho internacional.

El Comercio internacional es 32 veces mayor que en 1950, existe un mayor liberalismo comercial. Estamos por tanto ante un gran desafío internacional. El Comercio Internacional y Cambio Climático están unidos en la incidencia de la variación de temperaturas en el planeta, el incremento del consumo de energía, la gestión de recursos y el transporte y las rutas comerciales. Todo ello tiene conexión con las normas vigentes: OMC, Acuerdos internacionales multilaterales, protocolo de Kioto, etc. La emisión y control de GEI son “Prioritarios” para atender las relaciones de la OMC y el nuevo régimen internacional sobre Cambio Climático.

La cadena de Cambio Climático > GEI > Producción económica > Transporte, genera gran controversia y las políticas para mitigar vía aranceles no son la solución ni funcionan.

1. Desarrollo: impacto de la actividad humana en el cambio climático y su implicación legislativa

No estamos ante un concepto o una idea nueva, ya desde principio de siglo era una idea fatalista y hoy en día los diferentes estudios científicos demuestran que el cambio climático tiene origen antropogénico. Todo ello tiene una doble dimensión:

- Futurible: Los GEI y su impacto en el planeta.
- Las derivadas del hombre que ya podemos observar

Existe un interés evidente en un Derecho internacional específico de protección del medio ambiente y que su corpus normativo se aplique en la legislación internacional.

El desarrollo potencial del derecho humano a un medio ambiente sano y su posible aplicación para ser el medio legal alternativo para proteger el medio ambiente se plantea con dificultad. Si bien el derecho a un medio ambiente sano es un derecho fundamental (recogido en la declaración de derechos humanos emergentes), es evidente que el mayor reto que tiene la sociedad internacional es el cambio climático.

La “preocupación común de la humanidad” podría vincular también: el desarrollo sostenible y la equidad intergeneracional. Ese concepto de Derecho humano a un medio ambiente sano aparece recogido en “Declaración de Estocolmo”, “Corte africana Derecho de los pueblos” y en la “Convención sobre los derechos del niño”.

Cada día son más las evidencias sobre el principio al Derecho Humano a un medio ambiente sano, así ha ido madurando en los últimos 20 años y algunos estados ya han adoptado ese principio; Existe una aceptación a nivel nacional e internacional, algunos acuerdos internacionales reconocen la conexión protección Medio ambiente y Derechos humanos. Algunos aportes institucionales (Informe Ksentini o Proyecto Pacto) así lo apoyan. Exploremos el concepto “preocupación común de la humanidad” y su potencial ámbito de aplicación.

Shelton (Shelton D.2012), nos ofrece 3 puntos de como la protección del Medio ambiente y los derechos humanos son un conjunto:

- Como protección del medio ambiente se tiene como objetivo mejorar la vida humana y también así sería una categoría de derecho humano.
- El objetivo principal de protección del medio ambiente es la conservación de la naturaleza.
- Las políticas de protección ambiental y los derechos humanos son diferentes pero pueden compartir objetivos sociales comunes.

Existen dos enfoques para considerar el derecho humano a un medio ambiente sano en el derecho internacional del medio ambiente (Informe Ksentini y Proyecto Pacto)².

² El informe Ksentini: informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General sobre Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales

El concepto “preocupación común de la humanidad” es un concepto ambiental consecuencia de las negociaciones internacionales para contrarrestar el efecto invernadero.

El concepto “preocupación común de la humanidad” se relaciona con:

- Áreas de bienes comunes globales.
- Áreas exclusivas de cada estado.

Es un término utilizado en muchos instrumentos jurídicos no vinculantes:

- Convención cambio climático: Conservar el medio ambiente.
- Convenio diversidad biológica: Preocupación sobre la explotación de recursos naturales.

Ante el potencial ámbito de aplicación del concepto “Preocupación común de la humanidad” en la reunión de expertos de 1990, se consideró que el concepto no es norma de derecho internacional pero podría convertirse en principio de derecho consuetudinario.

Como hemos adelantado, el comercio internacional y el cambio climático están estrechamente ligados en múltiples dimensiones; sobre la incidencia de la variación de las temperaturas, en los patrones de ventaja comparativa de los países, en el consumo de energía, en la gestión de residuos y en aspectos vinculados al transporte como por ejemplo lo concerniente al consumo de energías fósiles, gestión de aguas y emisiones de gases de efecto invernadero (Dióxido de carbono (CO₂), Metano (CH₄), Óxido nitroso (N₂O), Hidrofluorocarbonos (HFC), Perfluorocarbonos (PFC), Hexafluoruro de azufre (SF₆).

Otra dimensión a tener en cuenta es la logística como por ejemplo la sostenibilidad de los materiales empleados en la producción del embalaje de los bienes o incluso los materiales empleados en la producción de los bienes en sí mismos. En cuanto al transporte el comercio internacional y el fenómeno del cambio climático interactúan en lo que atañe al impacto en el medioambiente del uso de rutas comerciales y la creación de infraestructuras.

Aparte del amplio debate sobre si el crecimiento económico y el comercio afectan negativamente al medio ambiente, existen vínculos entre las normas vigentes de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y las normas

y culturales, incluido el derecho al desarrollo es un estudio de la comisión de la ONU de derechos humanos sobre “Derechos humanos y Medio Ambiente” (16-11-2011). Aquí se incluyó un derecho humano internacional a un medio ambiente sano y además recomienda su aplicación inmediata como Derecho humano por los órganos competentes.

establecidas en diversos acuerdos ambientales multilaterales (Sánchez-Bayón, 2012 y 14). El control de las emisiones de gases de efecto invernadero parece ser una prioridad para las agendas nacionales e internacionales, pero resulta de relevancia prestar una atención especial a la relación que se debe dar entre la OMC y el nuevo régimen internacional sobre el cambio climático para que los objetivos perseguidos se cumplan.

La interrelación existente entre el comercio y el cambio climático sigue siendo muy controvertida. El aumento de los flujos de comercio puede afectar a las emisiones de gases de efecto invernadero mediante el aumento de la producción económica, el cambio de la combinación de los factores de producción de los países, y el aumento de la disponibilidad de bienes respetuosos del medio ambiente, servicios y tecnologías.

Además, el comercio se basa en el transporte, en sí misma una fuente importante y con rápido aumento de las emisiones. La contabilización de las emisiones de carbono debido al comercio es una tarea difícil que implica interacciones complejas; en última instancia, la liberalización comercial puede tanto crear presiones para aumentar o reducir las emisiones más pronunciadas en los países en desarrollo, y el segundo más evidente en las economías industrializadas.

El comercio desempeña un papel crítico en el despliegue de tecnologías vitales para la mitigación del cambio climático y la adaptación (OMC PNUMA.2009). También puede facilitar los esfuerzos de adaptación, en función de si las comunidades vulnerables pueden generar ingresos del comercio y si disponen de acceso a los mercados mundiales, por ejemplo, durante la escasez de alimentos. Debiéndose incentivar el establecimiento de las políticas complementarias que sean necesarias para maximizar estos beneficios, así como los esfuerzos para crear las capacidades mencionadas.

En el corto plazo, las políticas adoptadas para mitigar la amenaza del cambio climático tienden a aumentar los costos de producción y por lo tanto puede tener un impacto en la competitividad de ciertas industrias en el mercado global (OMN, PNUMA, Grupo Intergubernamental de expertos sobre cambio climático). Aunque políticamente suelen resultar más atractivas, las medidas a corto plazo para compensar tales desventajas competitivas frente a una serie de desafíos que requieren de un mayor esfuerzo y mucho más complejo pero sin duda mucho más eficaz en el largo plazo. Esto se aplica, en particular, a las medidas de ajuste en frontera, como los aranceles u otras obligaciones de cumplimiento impuestas a las importaciones intensivas en carbono.

Dada su naturaleza son objeto de posibles restricciones al comercio internacional, como por ejemplo los ajustes fronterizos denominados de riesgo que desataron una disputa comercial ante la Organización Mundial del Comercio (Gómez, F2013 Cambio Climático y ajustes fiscales en a la frontera). Sus beneficios, a su vez, han sido ampliamente cuestionados, así como su aplicación en formas que ayuden a evitar una demanda legal que resulta técnicamente y administrativamente compleja, al mismo tiempo que muchos países industrializados consideran que las medidas comerciales para evitar las fugas de carbono.

Un debate paralelo ha abordado el papel de los aranceles aplicados a las tecnologías climáticas (Hoppstostock, J2010): Dichos aranceles tienden a ser más altos en países en vías de desarrollo que en los países desarrollados (Third World Network. 2008). La reducción de ellos podría apoyar la difusión de las tecnologías necesarias para reducir las emisiones, sin embargo, sería también reducir una fuente importante de ingresos públicos en los países en desarrollo y esto puede afectar negativamente a las industrias nacionales.

Un obstáculo para la reforma es la clasificación de mercancías en la OMC, ya que no cuenta con una categoría para bienes respetuosos con el medioambiente. Se han propuesto varias soluciones con diferentes ventajas y desventajas, pero siguen existiendo fuertes controversias sobre el enfoque más viable.

Por último, los derechos de propiedad intelectual, en particular las patentes, se han convertido en un tema importante en el debate sobre el cambio climático.

Los países en desarrollo temen que las patentes sean un obstáculo para la transferencia de tecnologías que favorezcan los procesos medioambientalmente respetuosos a sus países, mientras que muchos países industrializados y algunas asociaciones empresariales sostienen que los derechos de propiedad intelectual son una condición previa para las inversiones en los mercados extranjeros.

La investigación empírica sugiere que la propiedad intelectual no es un obstáculo importante para la transferencia de tecnologías del clima a los países en desarrollo en la actualidad.

En consecuencia, el debate puede ser el reflejo de las divisiones más amplias entre los países en desarrollo y el mundo desarrollado, no existiendo soluciones ni fáciles, ni consensuadas. Sólo un debate abierto y basado en la evidencia puede ayudar a superar estas divisiones.

Ha existido una rápida expansión del comercio internacional así como una intensa liberalización del mismo en las últimas décadas. El volumen del comercio mundial es casi 32 veces mayor que el nivel de 1950. En términos generales y absolutos la proporción del comercio de mercancías y el producto interior bruto (PIB) a nivel global ha aumentado de menos de un 20 por ciento a más del 50 por ciento en menos de medio siglo. Esto se debió en parte a que los aranceles se redujeron de 18 por ciento en Europa y un 15 por ciento en Norte América a finales de 1950 y alrededor de un 4 por ciento en los países del Atlántico Norte a finales del siglo 20 (Baldwin, R 2006).

Paralelamente, se ha producido un drástico incremento en el dióxido de carbono (CO₂) las concentraciones en la atmósfera, de alrededor de 310 ppm (partes por millón) en la década de 1950 a alrededor de 390 ppm al final del siglo XX (World Bank, 2010).

2. Estudio del caso: transporte y cambio climático

La expansión simultánea del comercio, una mayor liberalización del comercio y el incremento en la intensidad así como de modalidades de contaminación medioambiental plantean preguntas sobre los impactos climáticos de esta liberalización del comercio y su repercusión en materia legislativa. A nivel mundial el 36% de las exportaciones son de países desarrollados, el doble que en 1960. Es evidente que este crecimiento del comercio internacional tiene impactos inevitables en el medio ambiente y genera efectos positivos y negativos.

La cuestión es sencilla de identificar: Si optamos por un proceso de liberación comercial más fuerte tendremos un impacto mayor en el fenómeno del cambio climático.

El estudio de Grossman y Krueger en 1991 sobre consecuencias de la liberación e intercambio en América tras crear la zona de libre cambio Canadá-Usa-México establece 3 factores/efectos por el proceso de liberalización en Medio Ambiente:

1. Escala: Análisis del impacto medioambiental por el aumento de los GEI como consecuencia del aumento de la actividad productiva.
2. Composición: Los procesos de liberación permiten que un país desvíe su producción hacia los productos en los que tiene una ventaja comparativa; eficiencia económica. Esta especialización provoca optimización de recursos y favorece el medio ambiente.
3. Técnico: Compensa a la Escala y Composición. Porque la liberación permite aumentar la disponibilidad y se reducen de este modo costes

de bienes, servicios y tecnologías. Aumentan ingresos para la población y supone una mayor sensibilización con el Medio Ambiente.

El aumento del Comercio Internacional supone un aumento del crecimiento económico y este a su vez aumenta el desarrollo social y la consecuencia es el uso de un medio ambiente más eficiente. Alcanzado un cierto grado de riqueza encontramos el punto de inflexión para que desciendan las tasas de contaminación.

¿Cuál son de los actores principales?: El transporte marítimo y aéreo. Según OMI: El 90% de los bienes se mueven vía marítima, así la industria marítima es el que emite mayor % de CO₂.

La aviación supone aproximadamente el 8,5 % de la actividad económica mundial y es responsable del 5% del cambio climático. Hoy en 2019 se calcula en 7000 millones los pasajeros aéreos y se calcula que dentro de una década (2029) serán 14000 millones de pasajeros aéreos.

El Protocolo de Kioto (PK) tiene disposiciones separadas para reducir los GEI tanto para el sector marítimo como aéreo. Este punto no existía antes del Protocolo de Kioto. Actualmente el PK hace un llamamiento a los países para limitar y reducir las emisiones, todo ello a través de la ONU en: OMI (Organización Marítima Internacional) y OACI (Organización Aviación Civil internacional).

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático CP23 (CP 23 o Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las naciones unidas sobre cambio climático) celebrada entre el 6 y el 17 de Noviembre de 2107 termino con avances concretos sobre el programa de trabajo de Paris y se avanzó en la elaboración de directrices para aplicar el acuerdo de Paris.

La UE anunciaba depositar instrumentos de ratificación de la enmienda de Doha al protocolo de Kyoto antes de finales de 2017 y también acordaban poner en marcha el Dialogo de Talanoa como pasos previos y que contribuyan a la CP 24 que tendría lugar en Polonia a finales de 2018.

Lamentablemente la CP24 celebrada en Polonia (Katowice) terminó con tinte gris: Por un lado se mantiene con fuerza el compromiso del Acuerdo de Paris, pero por otro lado se evidencian las distintas velocidades de sus participantes.

Conclusiones

A la vista de todo lo anterior seguimos con la gran duda de la efectividad a la hora de atacar la lucha contra el cambio climático, todas las CP celebradas

tienen un elemento común “las buenas intenciones y deseos de avanzar“, pero su traslado efectivo para conseguir medidas concretas, aplicadas y mantenidas en el tiempo con el objetivo de dar soluciones a través de métricas tangibles siguen con una tímida velocidad.

Por otro lado el impacto real y las consecuencias del cambio climático sobre el planeta son indiscutibles. ¿Son necesarios otro tipo de argumentos, líneas de pensamiento o motivaciones para conseguir una lucha efectiva y real contra el cambio climático?

1. Son necesarias medidas específicas en la normativa del Comercio internacional sobre el sector aéreo y marítimo tanto por el tamaño y proyección de ambos.

Para el sector Marítimo nos orientamos a medidas referidas al comercio de emisiones y a la cotización de emisiones. Para el sector Aéreo nos orientamos a medidas o normas de índole tecnológico y de comercio de emisiones (Heredia y Sánchez-Bayón, 2015 y 16).

2. Sobre el posible conflicto entre el corpus legal OMC y el comercio internacional de emisiones:
 - Debemos estar muy atentos “Las reglas para la asignación y comercio de unidades de emisión pueden restringir la importación de productos energéticos generados y uso de combustibles fósiles”.
 - Estas medidas podrían violar normas de la OMC que trata de garantizar “la no discriminación y acceso al mercado”.
 - Dentro del Derecho de la OMC existe margen de maniobra legal con respecto a las medidas del clima; este análisis del margen de maniobra debe incluir si el comercio de emisiones entra en el ámbito de la OMC.
3. La apertura de mercados al comercio internacional y la inversión internacional favorecen a países que alientan normas medioambientales más deficientes buscando mayor competitividad pero los diferentes estudios demuestran que los costos para evitar el impacto negativo en el Medio ambiente, la gestión de residuos o la reducción de los GEI solo incrementan ligeramente los costos totales de producción. Por todo ello, es mucho más beneficioso una regulación medioambiental porque en sentido contrario el beneficio cortoplacista es muy inferior al del medio y largo plazo que repercute en la competitividad.
4. Se necesitan marcos institucionales y políticas ambientales eficaces a nivel local, nacional e internacional. El impacto del Comercio

internacional y la liberación comercial en el grado de bienestar y desarrollo de un país depende en gran medida de que los gobiernos establezcan:

- Gestión adecuada de los recursos ambientales.
- Políticas ambientales adecuadas.

Con ello el comercio internacional y la liberación comercial tiene un impacto positivo en el medio ambiente, este genera crecimiento económico y este a su vez estimula la protección del medio ambiente y genera ingresos que pueden destinarse al medio ambiente. No son respuesta las barreras arancelarias y este tipo de restricciones porque impiden el crecimiento y reducen la capacidad para mejorar normas medioambientales.

Todo lo anterior no implica interferencias de la política comerciales, la OMC participa activamente en medidas medioambientales como proteger la salud, la vida humana y busca mejorar la relación entre las reglas de la OMC y las obligaciones comerciales de los convenios ambientales multilaterales. De este modo la OMC completa las políticas nacionales que buscan optimizar comercio y medio ambiente y desalienta tentaciones de reducir normas regulatorias. Actualmente seguimos sin tener in régimen jurídico-político común para atender el mercado global de derechos de emisiones, todo ello a pesar de las iniciativas como la de OACI, pero lamentablemente sin implementar definitivamente, siendo el modelo de la UE el intento más cercano pero no exento de polémicas aun no resueltas.

El turismo y la aviación especialmente la comercial son un claro ejemplo de la globalización, experimentando un incremento absoluto en sus cifras, superándose anualmente a nivel global.

En 2019 se estiman 7000 millones de pasajeros los que el turismo y transporte aéreo comercial gestionan, las proyecciones indican que en una década esa cifra será doblada. Es incuestionable el impacto que ese aumento de turistas o viajeros que se desplazaran con el medio aéreo tendrá sobre en las emisiones de GEIs y en el cambio climático.

El mundo se enfrenta a un emisor de gases de efecto invernadero no regulado bajo el Protocolo de Kioto o bajo cualquier otro acuerdo internacional .Es por todo ello necesario una homogeneidad en las normativas y su aplicación global para contribuir al control de los GEIs y la consecuente mejora del cambio climático. La OACI ha sido este foro desde su creación en 1944 y ese debe ser su objetivo real.

La no existencia de políticas y normativas efectivamente aplicadas a nivel global será el primer gran obstáculo para luchar contra el cambio climático.

Actualmente desde la UE se intentan controlar las emisiones derivadas de actividad comercial aérea a través del programa europeo de compraventa de derechos de emisión que solo se aplica a los vuelos internos de la UE. Es un balón de oxígeno para que la OACI pueda orientarse en esa línea, creando un sistema a nivel global para este sector en concreto.

Es posible una solución real para luchar contra el cambio climático, serán las siguientes CP las que aportaran la solución de compromiso definitivo en esta lucha inevitable y vital. ¿Seremos capaces de conseguirlo en una CP que no supere el número 30? Urgen decisiones y sobre todo acciones concretas y efectivas. Necesitamos métricas, que permitan la evaluación de las políticas públicas y regulación correspondiente, de modo que se pueda contrastar si se está poniendo freno al avance del Cambio Climático antes de que sea irreversible.

Referencia bibliográfica

- BALDWIN, R. (2006), “Multilateralising Regionalism: Spaghetti Bowls and Building Blocks on the Path to Global Free Trade”, *World Economy* 29 (11).
- GÓMEZ, F. (2013), “Cambio climático y ajustes fiscales en frontera: análisis jurídico y viabilidad institucional”, *Revista de Derecho Económico Internacional* 4 (1).
- HEREDIA, F.J., SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2016), “Conflicto jurídico del régimen de comercio de emisiones de la Unión Europea: estudio de caso de la inclusión de las compañías aéreas por su contaminación y perjuicio al turismo”, *ICADE* (97).
- HEREDIA, F.J., SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2015), “Air Navigation & Tourism on Trial: Current Controversy into the EU Regulation”, *Modern Economy* (6).
- HOPPSTOCK, H.J. (2010), “Comercio y cambio climático: perspectivas y posiciones en Copenhague”. *Revista del CEI* (17).
- INFORME KSENTINI (2011), “Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General sobre Promoción y

protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”, Ginebra: ONU.

THIRD WORLD NETWORK (2008), “Sectoral Approaches in Climate Negotiations: Considerations for Developing Countries”. TWN Briefing Paper 1.

SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2019), “Cultura democrática a juicio en la posglobalización: claves sociológicas y ontológicas de i-ciudadanía y e-democracia”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad* (17).

SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2016), *Problemas y retos para alcanzar la sociedad del conocimiento*, Madrid: Delta.

SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2015), “Política, Derecho y Administración en la Globalización”, *Rev. Pensamiento Americano*, 8 (15).

SÁNCHEZ-BAYÓN, A., Pazos, M. (2013), *Teoría y praxis de los derechos humanos*. Madrid: Difusión Jurídica.

SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2012), *Sistema de Derecho Comparado y Global*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

SHELTON, D.L. (2012), “Resolving Conflicts Between Human Rights and Environmental Protection: Is there a Hierarchy?” De Wet, E., Vidmar, J. (2012), *Hierarchy in International Law: The Place for Human Rights*. Oxford: OUP.

VV.AA. (2010), *World Development Report: Development and Climate Change*, World Bank: Washington, DC.

VV.AA. (2014). *Philosophical challenges of plurality in a global World*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing.

DERECHO PENAL

A responsabilidade penal da pessoa jurídica em desastres ambientais^(*)

Criminal liability for environmental disasters

La responsabilidad penal de la persona jurídica en los desastres ambientales

Cláudio Nascimento da Costa¹

Valmir César Pozzetti²

Sumário: Introdução. 1. Responsabilidade penal. 2. Responsabilidade ambiental. 3. Possibilidade de se criminalizar a pessoa jurídica. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O objetivo desta pesquisa foi o de analisar, no âmbito do direito penal internacional e nacional, se há a possibilidade jurídica de tipificar criminalmente os gestores da pessoa Jurídica, por atos criminosos contra o meio ambiente. A metodologia utilizada foi a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa foi bibliográfica, com o uso da legislação e doutrina e; quanto aos fins a pesquisa foi qualitativa. A conclusão a que se chegou foi a de que há países com legislação que criminalizam a Pessoa

^(*) Recibido: 10 agosto 2019 | Aceptado: 30 agosto 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

¹ Bacharelado do curso de Direito da UEA – Universidade do Estado do Amazonas.
adm.claudionascimento@gmail.com

² Doutor em Biodireito/Direito Ambiental, pela Université de Limoges/França. Prof. Adjunto da UEA – Universidade do Estado do Amazonas e Prof. Adjunto da UFAM – Universidade Federal do Amazonas.
v_pozzetti@hotmail.com

Jurídica, enquanto que o Brasil ainda precisa avançar nesse sentido, tendo em vista que o meio ambiente está incluso no rol de direitos humanos essencial.

Palavras-chave: responsabilidade penal, crimes ambientais, pessoa jurídica, desastres ambientais.

Abstract: The objective of this research was to analyze, within the scope of international and national criminal law, if there is a legal possibility to criminalize the managers of the legal entity, for criminal acts against the environment. The methodology used was the deductive method; as for the means the research was bibliographic, with the use of the legislation and doctrine and; Regarding the purposes, the research was qualitative. The conclusion was that there are countries with legislation that criminalize the legal entity, while Brazil still needs to make progress in this regard, given that the environment is included in the list of essential human rights

Keywords: criminal liability, environmental crimes, legal person, environmental disasters.

Resumen: El objetivo de esta investigación fue analizar, en el ámbito del derecho penal internacional y nacional, sobre la posibilidad legal de imputar penalmente a los administradores de la persona jurídica (y comprender a ésta), por actos delictivos contra el medio ambiente. La metodología utilizada fue el método deductivo; en cuanto a los medios, la investigación fue bibliográfica, con el uso de legislación y doctrina; y en cuanto a los fines, la investigación fue cualitativa. La conclusión a la que se llegó fue que hay países cuya legislación criminaliza a la persona jurídica, mientras que Brasil aún necesita avanzar en esta dirección, así lo amerita el hecho de que medio ambiente está incluido en la lista esencial de derechos humanos.

Palabras clave: responsabilidad penal, delitos ambientales, personas jurídicas, desastres ambientales.

INTRODUÇÃO

Os bens ambientais são a base de todo e qualquer outro bem industrializado. Tudo é extraído dos bens primários, que se transformam em bens secundários para estimular a atividade econômica. Entretanto, os bens primários também são responsáveis pela vida no planeta, pela qualidade da água, ar, etc.... sem oxigênio e água de qualidade o ser humano não vive. Entretanto, a ganancia desmedida e a necessidade de obtenção de lucros cada vez maiores, por aprte de alguns, tem estimulado a devastação ambiental desmedida, à prejuízo da população e a benefício de algumas Pessoas Jurídicas que fazem de sua atividade econômica uma “máquina” de destruição, com a alegação de que geram empregabilidade e riqueza para a população e nação, quando, em alguns casos, o que se vê é a geração de empregos precários (insalubres e perigosos) que diminuem a qualidade de vida - jogando o trabalhador adocida nos “ombros” do Estado que não consegue suportar ou restituir a saúde desse trabalhador – e a geração de externalidades ambientais que diminuem a qualidade do ar e água, gerando péssima qualidade de vida aos habitantes da terra.

A velocidade do desenvolvimento tecnológico da espécie humana é surpreendente. Contudo, mesmo sendo capaz de grandes proezas na esfera científica, ainda não compreendemos, via de regra, verdadeiramente a importância de preservar a natureza.

Mesmo possuindo grande capacidade de resiliência, o meio ambiente vem sendo alvo de uma escalada continua de atos que impactam negativamente em sua preservação e temos na figura da pessoa jurídica um dos principais agentes poluidores e causadores de degradação ambiental.

Diante da relevância da pessoa jurídica, é importante buscar mecanismos adequados para inibir a prática de delitos ambientais em seu âmbito e garantir a devida reparação do dano.

Considerando que a responsabilização da Pessoa Jurídica por danos ambientais na esfera civil e administrativa não tem sido suficiente para cumprir tal tarefa, a esfera penal surge como uma alterativa para, de modo complementar as demais, assegurar a preservação do meio ambiente.

Todavia, boa da doutrina ainda é relutante em aceitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Desta forma, por meio do direito comparado, buscou-se nesse artigo boas práticas que podem colaborar para a devida aplicação do direito penal à pessoa jurídica.

Nesse sentido, a problemática que envolve essa pesquisa é: de que forma a legislação penal poderá auxiliar na redução de desastres ambientais, através da criminalização da pessoa jurídica? Os objetivos da pesquisa é o de analisar o Direito Penal Comparado com o nacional e verificar se há nesses ordenamentos jurídicos instrumentos para tipificar e punir criminalmente os gestores da pessoa jurídica, que comandam esses atos e programam os lucros das empresas.

A pesquisa se justifica, tendo em vista que os atentados ao meio ambiente com potenciais desastres têm aumentado (como os desastres de mineradoras em Mariana e Brumadinho, no estado de Minas Gerais/Brasil) assustadoramente na contemporaneidade, sendo necessário disciplinar com mais severidade estas condutas, no intuito de inibi-las de forma exemplar.

A metodologia a ser utilizada nessa pesquisa será a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa será a bibliográfica, com uso da doutrina e legislação e quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa.

1. RESPONSABILIDADE PENAL

O Direito Penal é o ramo do Direito responsável pela tutela dos bens jurídicos mais relevantes, tais como a liberdade, a vida e a propriedade. Comete crime o sujeito que viola a lei penal; ou seja, que comete um ato que contraria a legislação penal.

Cabe, então, ao Direito Penal, a tarefa de tipificar condutas como ilícitas e de estabelecer as respectivas sanções com o fito de preservar a ordem e a paz social. Diversos autores contribuíram para o conceito deste ramo do ordenamento jurídico, contudo ressalto a definição de Fernando Capez (2012, p. 18):

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.

Vale ressaltar, ainda, o caráter subsidiário do Direito Penal, vez que a sua incidência está limitada a situações em que o bem jurídico protegido não encontra guarida nos demais ramos do Direito ou quando os outros meios de controle social se mostrarem ineficientes, devendo intervir minimamente na vida do cidadão e somente em última *ratio*.

1.1 Responsabilidade Penal da Pessoa Física

Inicialmente, antes de adentrarmos no estudo da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, faz-se necessário conceituar a responsabilização na esfera penal, da pessoa natural.

O Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/1940, vigente, não traz o conceito de crime, mas esclarece:

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Entretanto, a tarefa de definir o que é crime ficou relegada à Doutrina, que majoritariamente analisa o conceito de ilícito penal sob três enfoques principais, quais sejam: a) Fato típico, b) Antijuridicidade e c) Culpabilidade a serem analisados a seguir.

A. Fato Típico

Considerando que determinadas condutas são incompatíveis com a vida em sociedade, o Estado tutela os bens jurídicos essenciais, impondo sanções ao cidadão que vierem a praticar lesões em detrimento de tais bens.

A CRFB/88 em seu art. 5º, XXXIX disciplina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, ou seja, por força do princípio do *nullum crimen sine lege* é indispensável para que se imponha determinada sanção que a condutada do agente esteja previamente positivada.

O tipo penal, nos dizeres de Rogério Greco (2009, p.44):

Tipo, como a própria denominação nos está a induzir, é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento, a Lei, visa impedir que seja praticada ou determina que seja levada a efeito.

Nesse mesmo sentido, Mirabete (2008, p.84) esclarece que:

Fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca, em regra, um resultado, e é previsto como infração penal. Assim, se *A* mata *B* em comportamento voluntário, pratica o fato típico descrito no art. 121 do CP (matar alguém) e, em princípio, um crime hediondo.

O fato típico, segundo Mirabete (2009, p. 86) “é composto pela conduta, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, pelo resultado, pela relação de causalidade ou nexos de causalidade, bem como pela tipicidade”.

A conduta é a manifestação do comportamento do indivíduo, não abarcando deste modo os fatos da natureza e do mundo animal. De igual modo, a conduta possui determinados requisitos, os quais seriam para Mirabete (2009, p. 91):

A conduta exige a necessidade de uma repercussão externa da vontade do agente. O pensar e o querer humanos não preenchem as características da ação

enquanto não se tenha iniciado a manifestação exterior dessa vontade. Não constituem conduta o simples pensamento, a cogitação, o planejamento intelectual da prática de um crime.

Constituem elementos da conduta um ato de vontade dirigido a um fim e a manifestação dessa vontade (atuação), que abrange o aspecto *psíquico* (campo intelectual derivado do comando cerebral) e o aspecto mecânico ou neuromuscular (movimento ou abstenção do movimento).

Por sua vez, o resultado nos moldes do conceito naturalístico é a modificação no mundo exterior decorrente da conduta voluntária do agente. Contudo, o requisito de modificação do mundo exterior não é absoluto, existindo crimes que não ecoam em tal seara, conforme leciona Mirabete (2009, p.97):

A Lei prevê, porém, crimes em que não existe tal modificação no mundo exterior (na injúria oral, no ato obsceno, na violação de domicílio etc.). Entretanto, ao mesmo tempo, afirma-se no art.13 que a existência do crime depende do resultado. Dessa forma, deve-se buscar um conceito *jurídico* ou *normativo* de resultado, evitando-se a incompatibilidade absoluta entre os dispositivos que descrevem comportamentos que não provocam a modificação no mundo exterior e o disposto no art. 13. Assim, o *resultado* deve ser entendido como lesão ou perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal. Como todos os crimes ocasionam lesão ou, ao menos, perigo ao bem jurídico tutelado, harmonizam-se os dispositivos legais.

Já o nexo de causalidade é a relação de causa e efeito estabelecida entre a conduta delitiva do agente e o resultado, devendo sempre existir tal relação para se atribuir a prática de um fato típico ao autor. Nesse sentido, Capez (2012, p. 165) define nexo causal como:

[...] o elo de ligação concreto, físico, material e natural que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado naturalístico, por meio do qual é possível dizer se aquela deu ou não causa a este.

Assim, para que exista fato típico, além dos requisitos expostos anteriormente, é necessário a existência de tipicidade, ou seja, que haja a subsunção de forma simétrica da conduta do autor à norma penal. Greco (2009, p.45) ao tratar da tipicidade, sustenta que:

Quando afirmamos que só haverá tipicidade se existir adequação perfeita da conduta do agente ao modelo em abstrato previsto na lei penal (tipo), estamos querendo dizer que, por mais que seja parecida a conduta praticada pelo agente com aquela descrita no tipo penal, se não houver um encaixe exato, preciso, não se poderá falar em tipicidade. Assim, a exemplo do art. 155 do Código Penal, aquele que simplesmente subtrai coisa alheia móvel não com o fim de tê-la para si ou outrem, mas, sim, com a intenção de usá-la, não comete o crime de furto, uma vez que o tipo penal em tela não existe a previsão dessa conduta, não sendo punível, portanto, o “furto de uso”.

B. Antijuridicidade

Para que a conduta do agente seja enquadrada como crime, faz-se necessário ainda que o fato também seja antijurídico; ou seja, que a ação ou omissão do autor vá de encontro à norma penal, nascendo desta contradição, a antijuridicidade.

Nesse sentido, Mirabete (2009, p. 168) entende que “a antijuridicidade é a contradição que se estabelece entre a conduta e uma norma jurídica, enquanto o injusto é a conduta ilícita em si mesma, é a ação valorada como antijurídica”.

Todavia, de acordo com o art. 23 do Código Penal, sobrevivendo as hipóteses de estado de necessidade, legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, exclui-se a antijuridicidade e por consequência o fato típico, tornando-se a conduta atípica:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

O estado de necessidade encontrasse previsto no art. 24 do Código penal:

Art. 24 Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Por sua vez, Capez (2012, p. 304) entende o estado de necessidade como:

[...] causa de exclusão da ilicitude da conduta de quem, não tendo o dever legal de enfrentar uma situação de perigo atual, a qual não provocou por sua vontade, sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro, próprio ou alheio, cuja perda não era razoável exigir. No estado de necessidade existem dois ou mais bens jurídicos postos em perigo, de modo que a preservação de um depende da destruição dos demais. Como o agente não criou a situação de ameaça, pode escolher, dentro de um critério de razoabilidade ditado pelo senso comum, qual deve ser salvo.

Quanto à legítima defesa, esta é definida no penal:

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Mirabete (2009, p.177), no tocante à legítima defesa, traz um conceito mais aprofundado:

Várias teorias foram expostas para explicar os fundamentos da legítima defesa. As teorias *subjetivas*, que a consideram como causa excludente da

culpabilidade, fundam-se na perturbação de ânimo da pessoa agredida ou nos motivos determinantes do agente, que conferem licitude ao ato de quem se defende etc. as teorias objetivas, que consideram a legítima defesa como causa excludente da antijuridicidade, fundamentam-se na existência de um direito primário do homem de defender-se, na retomada pelo homem da faculdade de defesa que cedeu ao Estado, na delegação de defesa pelo Estado, na colisão de bens em que o mais valioso deve sobreviver, na autorização para ressaltar o interesse do agredido, no respeito à ordem jurídica, indispensável à convivência ou na ausência de injuridicidade da ação agressiva. É indiscutível que mais acertadas são as teorias objetivas, cada uma delas ressaltando uma das características do fenômeno jurídico em estudo.

Por fim, excluem também a antijuridicidade o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

O estrito cumprimento do dever legal afasta a ilicitude vez que, conforme Mirabete (2009, p.185/186), “Quem cumpre regularmente um dever não pode, ao mesmo tempo, praticar ilícito penal, uma vez que a lei não contém contradições”.

Diferencia-se o estrito cumprimento do dever legal do exercício regular de direito, pois, segundo Capez (2012, p. 320):

[...] causa de exclusão da ilicitude que consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei. Exemplo: o policial que priva o fugitivo de sua liberdade, ao prendê-lo em cumprimento de ordem judicial.

Assim, para que fique caracterizada tal hipótese de excludente da antijuridicidade deve-se respeitar as condições objetivas do direito, sob pena de configurar abuso de direito, respondendo o agente penalmente por seus atos.

C. Culpabilidade

Para que o fato seja tido como crime é necessário que o mesmo seja típico, ilícito e culpável.

A culpabilidade é o juízo de reprovação da conduta típica e antijurídica. Nesse sentido, ao tratar do SG - Sistema Garantista, Ferrajoli (p.390) esclarece:

No sistema SG, expressa-se no axioma *nulla actio sine culpa* e nas teses que dele derivam: *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla iniuria sine culpa* (T15, T23 e T30). Por exigir dita condição, que corresponde ao chamado "elemento subjetivo" ou "psicológico" do delito, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é

intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer.

Outrossim, a culpabilidade pode vir a ser afastada na ausência de algum de seus componentes, quais sejam: imputabilidade; possibilidade de conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Assim, nesse seguimento, Mirabete (2009, p.194) sustenta que:

Assim, só há culpabilidade se o sujeito, de acordo com suas condições psíquicas, podia estruturar sua consciência e vontade de acordo com o direito (*imputabilidade*); se estava em condições de poder compreender a ilicitude de sua conduta (*possibilidade de conhecimento da ilicitude*); se era possível exigir, nas circunstâncias, conduta diferente daquela do agente (*exigibilidade de conduta diversa*). São esses, portanto, os elementos da culpabilidade.

Pois bem, importante agora esclarecermos de que forma está tipificada a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

1.1 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

A Pessoa Física, ao longo dos anos, passou a utilizar-se da Pessoa Jurídica para a prática de diversos atos, dentre os quais, lícitos e ilícitos. No tocante à ordem jurídica, alguns ilícitos não alcançam a pessoa Jurídica, vez que esta é um ente fictício, criado somente no âmbito de papéis, enquanto a pessoa física tem existência real, corpórea.

Dessa forma, é impossível condenar um ente fictício à pena de prisão, de privação de liberdade.

Entretanto, a responsabilização penal da Pessoa Jurídica ante à prática de condutas tipificadas como crime, tem galgado grande relevância no âmbito nacional e internacional, vez que se percebe com maior frequência a ocorrência de ilícitos penais no âmbito de pessoas jurídicas; entretanto, por trás da pessoa Jurídica, há Pessoas Físicas que as gerenciam, que tomam atitudes por elas, de forma pensada e calculando lucros. Entretanto, essas pessoas físicas devem receber tratamento diferenciado e serem responsabilizadas pelos ilícitos cometidos pela Pessoa Jurídica.

Em virtude dos crescentes ilícitos, o direito não pode fechar os olhos e manter a descriminalização dessas pessoas.

Tais condutas criminosas corriqueiramente estão ligadas à degradação do meio ambiente, corrupção, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, sonegação fiscal, doação irregular à campanha eleitoral, etc.

A despeito de tal protagonismo da Pessoa Jurídica, o modelo de persecução penal ainda é voltado quase que exclusivamente à punição de ilícitos

praticados por pessoas físicas. Nesse sentido, é o esclarecimento prestado por Machado (2009, p.06):

O pano de fundo dessa discussão se caracteriza, de um lado, pelo aumento das demandas por regulação e tratamento de problemas ligados à criminalidade econômica, à corrupção, à lavagem de dinheiro, à lesão ao meio ambiente, etc. e, de outro, pelo papel central das organizações empresariais nessas práticas, agravado pelo fato de que são enfrentados hoje obstáculos significativos à atuação do sistema penal, talhado para imputar responsabilidade individual, na persecução e punição de tais ilícitos.

De igual modo, não se pode deixar de considerar as altas cifras movimentadas por grandes empresas, fruto, em muitos casos, de “delitos de colarinho branco”, impactando negativamente no mercado financeiro, causando grande prejuízo à sociedade como um todo. Segundo Zuñiga Rodriguez (2004, p.265 citado por Machado, 2009, p.14):

Se estima que la criminalidad económica ligada al mundo financiero y a la gran banca recicla sumas de dinero superiores al billón de euros por año, esto es, mas que el producto nacional bruto (PNB) de um tercio de la humanidad. Sostener que las personas jurídicas no pueden ser sujetos directos de imputación penal significa realmente dejar fuera del alcance de sanciones graves a los sujetos económicos o políticos importantes de nuestra era.³

Outrossim, esse protagonismo assumido pela pessoa jurídica no âmbito criminal representa um grande entrave à atuação do Poder Judiciário, dada a utilização da Pessoa Jurídica, pelos seus gestores, como um escudo de impunidade, obstaculizando a prevenção e repressão de tais ilícitos.

No âmbito do ordenamento jurídico pátrio, a responsabilidade penal da pessoa jurídica possui lastro constitucional, sendo relegado ao legislador infraconstitucional tipificar as condutas em que incidirá tal instituto, sendo que atualmente é aplicável somente no âmbito “ambiental” por meio da Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Consoante dispõe a Lei nº 9.605/98, a pessoa jurídica pode responder pela prática de infrações no âmbito administrativo, cível e penal, *in verbis*:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja

³ Estima-se que o crime econômico ligado ao mundo financeiro e a grandes corporações lave somas de dinheiro que excedem os trilhões de euros por ano, ou seja, mais do que o produto interno bruto (PIB) de um terço da humanidade. Argumentar que as pessoas jurídicas não podem ser sujeitas direto de imputação penal significa realmente deixar de fora do alcance de sanções graves os sujeitos econômicos ou políticos importantes da nossa era.

cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. **A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.** (gn)

1.2. A Problemática da Individualização da Conduta no Âmbito da Pessoa Jurídica

Muito embora impere em nosso ordenamento jurídico o modelo de responsabilização individual, a responsabilização coletiva vem ocupando um espaço cada vez maior, mesmo em virtude de grandes desastres ambientais a que estamos experimentando.

Considerando que em uma pessoa jurídica, diante da sua estrutura organizacional, os atos delitivos são cometidos por um grupo indeterminado de agentes e que o poder de decisão está pulverizado, é difícil identificar todos os participantes da ação e delimitar a contribuição de cada um no montante do delito, prejudicando a imputação penal de modo individual de acordo com a conduta de cada agente.

Em uma organização as atividades são distribuídas consoante o nível hierárquico, sendo que no nível operacional os agentes muitas vezes não têm a ciência dos atos que seus superiores estão praticando, se são lícitos ou não, pelo fato de não possuir uma visão holística da instituição, não vislumbrando o quadro como um todo, mas sim apenas a sua atividade de maneira isolada.

Por sua vez, no nível intermediário de tomada de decisão o trabalhador possui maior capacidade de compreensão dos atos executados pelos subalternos, contudo na maioria dos casos não tem a capacidade de vetar a prática criminosa, que vem do alto, muitas vezes, com conhecimento ou sem conhecimento do acionista (no caso das empresas S/A).

Por fim, no nível institucional temos os gestores que detêm a capacidade de tomada de decisão, mas que não participam diretamente na execução de tais atos. Nesse sentido Machado (2009, p.16) esclarece que:

[...] os setores superiores da empresa (diretoria ou management), apesar de disporem da capacidade de decidir ou não pela execução do ato, não participam diretamente deste e, em alguns casos, nem sequer conseguem reconhecer a eventual ilicitude de todos os atos praticados no âmbito da complexa rede de relações por eles liderada.

Logo, considerando tal contexto fático, o modelo de responsabilização penal individual encontra grandes obstáculos em penalizar e reprimir os crimes praticados no seio de uma organização empresarial, seja pela dificuldade em se especificar as atribuições e responsabilidade na instituição, seja pela

complexidade de se provar a ocorrência do ilícito penal e sua circunstância. Nesse sentido Machado (2009, p.16) destaca que:

Na medida em que o ato punível aparece freqüentemente como resultado de uma soma de atos parciais e fragmentários – que, avaliados individualmente, costumam apresentar-se atípicos -, verifica-se, na prática, uma cisão dos elementos do tipo penal.

Outrossim, no modelo de responsabilização individual em boa parte dos casos o agente não tem a capacidade financeira para reparar o dano causado, incidindo o *jus puniendi* somente por meio de medidas que restringem a sua liberdade.

Considerando tais dificuldades em se individualizar as condutas dentro de uma organização e das críticas ao modelo de responsabilidade individual, a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica é urgente, necessária e emerge como uma alternativa para se inibir e punir condutas criminosas que são praticadas com o escopo de obter, sempre, “o lucro a qualquer custo”, ou “pelo menor”.

1.3 Correntes doutrinárias quanto à possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo de crime

A legislação brasileira em matéria penal, impõe tipificações em virtude da Lei (art. 5º da CF/88), estabelecendo e impondo que o cidadão faça ou deixe de fazer algo somente em virtude da Lei, vez que somente este possui a capacidade de compreender a ilicitude de seus atos. Deste modo, o modelo de persecução penal adotado no ordenamento jurídico pátrio é baseado na “potencial consciência da ilicitude” por parte do autor.

Assim sendo, as normas penais ficavam adstritas às ações humanas, excluindo-se de seu âmbito de incidência a pessoa jurídica, pois a pessoa jurídica seria tão somente ficção legal que não possui a necessária consciência de seus atos, sendo apenas o homem o sujeito ativo de uma conduta típica. Dessa forma, não se vislumbra a possibilidade de se tipificar conduta ilícita de um ente fictício que possui existência somente no campo documental, sem existência real.

Contudo, tal entendimento vem mudando de forma paulatina, sendo a pessoa jurídica cada vez mais protagonista do Direito Penal ante a crescente prática de ilícitos em sua estrutura organizacional.

A possibilidade de responsabilização penal de pessoa jurídica é analisada, basicamente, sob o prisma de três correntes doutrinárias: Teoria da Ficção, Teoria da Realidade ou da Personalidade Real e a Corrente Híbrida.

A. Teoria da Ficção

A corrente doutrinária tradicional, denominada “Teoria da Ficção”, inadmitte a pessoa jurídica como sujeito ativo de delitos penais, tendo como fundamento o fato de tal personalidade não possuir autonomia de vontade, sendo uma ficção legal que não goza de consciência, vontade e finalidade dos atos praticados, inexistindo deste modo fato típico, conforme explica Capez (2012, p. 156):

[...] criada por Savigny, é tradicional em nosso sistema penal. Para essa corrente, a pessoa jurídica tem existência fictícia, irreal ou de pura abstração, carecendo de vontade própria. **Falta-lhe consciência, vontade e finalidade, requisitos imprescindíveis para a configuração do fato típico**, bem como imputabilidade e possibilidade de conhecimento do injusto, necessários para a culpabilidade, de maneira que não há como admitir que seja capaz de delinquir e de responder por seus atos. (gn)

Outrossim, as decisões são tomadas pelo corpo gestor da pessoa jurídica, sendo que somente tais pessoas possuiriam autonomia de vontade e seriam eventualmente responsabilizadas penalmente por seus atos. Defende tal corrente doutrinária a ausência de comportamento doloso ou culposos da pessoa jurídica, vez que não possui vontade finalística para configurar comportamento doloso ou dever finalístico de cuidado capaz de ensejar a responsabilidade culposa, na modalidade imprudência, imperícia e negligência.

Tal teoria é lastreada no brocardo de origem romana “*societas delinquere non potest*” (a pessoa jurídica não pode cometer delitos), e segundo Capez (2012, p. 21) possui como fundamentos os seguintes argumentos:

- a) ausência de consciência, vontade e finalidade: a pessoa jurídica não possui consciência própria ou vontade autônoma, sendo inapta a cometer delitos criminais.
- b) ausência de culpabilidade: a culpabilidade é adstrita à pessoa natural, sendo somente o homem capaz de exercer juízo de valor, optando pela conduta lícita ou ilícita. A pessoa jurídica por sua vez não detém tal característica, posto que a culpabilidade é fundada em juízo de censura pessoal, inexistente no âmbito da PJ.
- c) ausência de capacidade de pena (princípio da personalidade da pena): tal princípio consagra que a pena somente pode recair sobre o autor do delito, não se estendendo a terceiros. No entanto, eventual condenação da pessoa jurídica na seara penal poderia vir a ter reflexos em todos os seus colaboradores, atingindo quem detém poder de decisão e quem figura apenas com acionista minoritário.
- d) a ausência de justificativa para a imposição da pena: uma das finalidades da pena é inibir o cometimento de práticas criminosas. Toda via, por não

possuir vontade própria, o caráter inibidor da pena não suste efeito perante a pessoa jurídica.

B. Teoria da Realidade ou da Personalidade Real

Tal teoria parte do princípio de que “a pessoa jurídica possui existência autônoma, de modo independente das Pessoas naturais que a integram”. Assim, a Pessoa Jurídica, de acordo com tal corrente doutrinária, não seria apenas uma ficção legal, mas sim um ente real. Nesse sentido, Capez (2012, p. 158) sustenta que:

[...] a pessoa coletiva possui uma personalidade real, dotada de vontade própria, com capacidade de ação e de praticar ilícitos penais. É, assim, capaz de dupla responsabilidade: civil e penal. Essa responsabilidade é pessoal, identificando-se com a da pessoa natural. A pessoa jurídica é uma realidade, que tem vontade e capacidade de deliberação, devendo-se, então, reconhecer-lhe capacidade criminal. (gn)

Outrossim, tal teoria encontra guarida constitucional, vez que o legislador constituinte estabeleceu na Carta Magna a responsabilidade penal da Pessoa Física que vier a cometer condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, conforme estabelece a Constituição Federal – CF/88:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...) ommissis

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Contrapondo-se à Teoria da Ficção, a Teoria da Personalidade Real preceitua que essencialmente, segundo Capez (2012, op. 25) que:

- a) A pessoa jurídica tem vontade própria, distinta da de seus membros: a pessoa jurídica possui vontade coletiva, exteriorizada por meio de reuniões, assembleias e demais deliberações que ocorrem e seu interior;
- b) A pessoa coletiva pode ser responsabilizada penalmente, devendo o juízo de culpabilidade ser adaptado às peculiaridades de tal entidade: ainda que se sustente a inexistência de imputabilidade e consciência da ilicitude, a responsabilidade penal da pessoa coletiva é calcada no juízo de reprovabilidade da conduta e exigibilidade de conduta adversa, podendo tal juízo ser auferido ao se comparar a condutada de uma organização com a de outra de mesmo porte e em um cenário similar;

c) A pena imposta à pessoa jurídica não transpassa sua esfera: contrapondo-se à Teoria da Ficção que sustenta que os efeitos de uma eventual sanção penal se estenderiam a sócios sem poder de decisão, a Teoria da Realidade defende que tais sócios não são o objeto direto da pena, mas percebem apenas os efeitos econômicos de modo indireto, como ocorre com uma família que tem seu provedor encarcerado, a qual indubitavelmente passará por dificuldades financeiras.

C. Corrente Híbrida

A corrente híbrida surgiu na Alemanha com a finalidade de buscar um consenso entre as teorias expostas anteriormente. De acordo com os autores que defendem tal corrente, as pessoas coletivas não possuem culpabilidade, tampouco são capazes de condutas no sentido penal, consoante o que preceitua a Teoria da Ficção.

No entanto, a corrente híbrida sustenta que diante do atual cenário, no qual a estrutura da pessoa jurídica é usada como solo fértil para a cometimento de delitos dos mais variados tipos, a aplicação de sanções penais à pessoa jurídica se mostra um meio adequado para combater tais ilícitos.

Nesse sentido, Capez (2012, p. 161) esclarece:

[...] a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo de crime. O princípio *societas delinquere non potest* não é absoluto. De fato, há crimes que só podem ser praticados por pessoas físicas, como o latrocínio, a extorsão mediante sequestro, o homicídio, o estupro, o furto etc. Existem outros, porém, que são cometidos quase sempre por meio de um **ente coletivo**, o qual, deste modo, acaba atuando como **um escudo protetor da impunidade. São as fraudes e agressões cometidas contra o sistema financeiro e o meio ambiente.** Nestes casos, com o sucessivo incremento das organizações criminosas, as quais atuam, quase sempre, sob a aparência da licitude, servindo-se de empresas “de fachada” para realizarem determinados crimes de gravíssimas repercussões na economia e na natureza. Os seus membros, usando dos mais variados artifícios, **escondem-se debaixo da associação para restarem impunes, fora do alcance da malha criminal. (gn)**

Assim, a capacidade econômica das grandes corporações que dominam a economia global, em muitos casos possuindo receitas superiores a do PIB – Produto Interno Bruto – de muitos países, tais organizações tendem a possuir estruturas complexas, as quais são propícias ao cometimento de ilícitos, justificando assim que se sancione a pessoa jurídica que vier a cometer crimes.

2. RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

No âmbito do Direito Ambiental o Princípio da Responsabilização Integral, estabelece que a responsabilidade do agente pelo o dano ambiental, é

analisada tanto na esfera administrativa e civil, quanto na esfera penal. Logo, a tutela ambiental é exercida de modo preventiva, reparatória e repressiva.

Desta forma, é importante analisar o modo como a proteção jurídica do meio ambiente está estruturada no ordenamento jurídico pátrio.

2.1 Responsabilidade Ambiental Civil e Administrativa

A PNMA – Política nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, inciso IV da Lei nº 6.938/81 considera-se “poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

Já a obrigação de reparar o dano ambiental, na esfera civil, está prevista no art. 4º, inciso VII da Lei nº 6.938/81: “à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

Ademais, Thomé (2015, p. 590) esclarece que:

Tendo em vista o respeito ao princípio da reparação *in integrum* do dano ambiental, a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado é plenamente compatível com a indenização pecuniária pelos danos causados. Caso haja, portanto, restauração completa e imediata do meio ambiente lesado ao seu estado anterior, não há que se falar em indenização. Vale ressaltar que, no caso de direito transindividual, sendo faticamente viável a reparação *in natura*, a tutela ressarcitória deve ser prestada de forma específica. Não sendo possível, e com o intuito de buscar a completa reparação do dano, caberá também indenização. Não há qualquer impedimento, portanto, de que o ressarcimento na forma específica (*in natura*) seja cumulado com o ressarcimento em dinheiro.

A responsabilidade civil imputa ao infrator à obrigação de reparar o dano causado decorrente de sua condutada ou atividade.

Impera no direito brasileiro, no que toca à responsabilidade civil ambiental, do poluidor, o modelo de responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco integral, ou seja, independe de culpa do autor do dano.

Nesse sentido, explica Padilha (2010, p.283):

A responsabilidade objetiva decorre da teoria do risco integral, pela qual todo risco inerente à atividade deve ser atribuído ao empreendedor, ordenando a reparação, inclusive do dano involuntário, não se cogitando de sua causa, mas apenas de sua simples ocorrência e da existência da atividade da qual adveio, bem como, não admitindo qualquer excludente de responsabilidade, como caso fortuito, força maior e ação de terceiros. (gn)

Por meio da responsabilidade objetiva visa-se à afetiva proteção ao meio ambiente, considerando que é extremamente complexo comprovar a culpabilidade do agente ante os efeitos difusos da poluição, ao se dispensar tal requisito, exigindo somente a comprovação do dano e do nexo de causalidade, resguarda-se de modo mais eficiente o meio ambiente.

Ao tratar da natureza da responsabilidade civil por dano ambiental, José Afonso da Silva (2004, p.312) sustenta que:

Na responsabilidade fundada na culpa, a vítima tem que provar não só a existência do nexo entre o dano e a atividade danosa, mas também - e especialmente - a culpa do agente. **Na responsabilidade objetiva por dano ambiental bastam a existência do dano e nexo com a fonte poluidora ou degradadora.** A prova desse nexo está em debate na doutrina. Na França ainda existe resistência em admitir a supressão ou mesmo o abrandamento do ônus da prova de nexo de causalidade entre o dano e a atividade danosa, porque põe em causa, ali, um princípio fundamental da responsabilidade civil. Despax, no entanto, observa que o estabelecimento do liame de causalidade no Direito Ambiental é frequentemente de grande dificuldade, pois a relação entre o responsável e a vítima, raramente direta e imediata, passa por intermediários do ambiente, receptores e transmitentes da poluição. Demais, os efeitos da poluição geralmente são difusos; precedem, não raro, de relações múltiplas, de muitas fontes. Logo, se a prova é ônus da vítima, esta se encontra em uma situação extremamente desfavorável. (gn)

Deste modo, a teoria objetiva surgiu, valendo-se da ideia do risco da atividade, como uma alternativa para se viabilizar a reparação do dano nos casos em que a comprovação da culpabilidade onera em demasia a vítima. Do contrário, a reparação do dano ambiental na esfera civil estaria extremamente comprometida.

Por sua vez, a responsabilidade administrativa está calcada no Poder de Polícia Administrativa que a administração pública possui, por meio do qual o Estado pode e deve, quando for o caso, impor ao infrator sanções como advertência, multa, embargos de obra, suspensão de benefícios e etc. Nesse sentido Di Pietro (2017, p.155) apresenta os conceitos clássico e moderno do poder de polícia, quais sejam:

Pelo conceito clássico, ligado à concepção liberal do século XVIII, o poder de polícia compreendia a atividade estatal que limitava o exercício de direitos individuais em benefício da segurança.

Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

A Administração Pública, por meio de seus órgãos de fiscalização, atua com o objetivo de prevenir e reprimir atos causadores de lesões ao meio ambiente, podendo aplicar as respectivas sanções no âmbito administrativo

independentemente de provimento judicial, vez que os atos da administração pública, no exercício do poder de polícia administrativa, gozam de auto-executoriedade e a coercibilidade.

2.3 Responsabilidade Ambiental Penal

O meio ambiente é um bem de grande relevância, pois não teremos meio ambiente “são” se não tivermos vida no planeta. Destaca-se que o meio ambiente são é classificado pela Carta Magna, no art. 225, como de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, cabendo ao Poder Público e à coletividade defendê-lo e preservá-lo.

De igual modo, Sirvinskas (2018, p. 676) ressalta a importância do meio ambiente de modo indistinto para todas as nações:

Acreditamos que será a educação nos bancos escolares que fará despertar a consciência cívica dos povos. O meio ambiente não tem pátria. Ele é de cada um, individualmente, e, ao mesmo tempo, de todos. Sua proteção não deve restringir-se a uma ou a várias pessoas de um mesmo país, mas, sim, a todos os países. Um crime ambiental poderá repercutir em diversos países do mundo, como, por exemplo, um desastre nuclear ou a poluição de um rio que corta alguns países.

Por esse motivo é que a tutela penal do meio ambiente passa a ser tão importante, pois o bem jurídico protegido é mais amplo do que o bem protegido em outros delitos penais. (gn)

Logo, diante de tal importância, a ameaça ao meio ambiente configura-se grave e deve ser combatida inclusive no âmbito penal. Ademais, a Constituição Federal assevera no art. 225, § 3º que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Atualmente, as sanções penais derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente estão previstas na Lei nº 9.605/98, tal norma acabou por revogar os demais dispositivos legais que se encontravam pulverizados em múltiplas leis, muitas das quais confusas e de difícil aplicação.

Diante dessa necessidade de otimizar e garantir maior efetividade à proteção legal do meio ambiente, foi editada a referida norma. Nesse sentido, Sirvinskas (2018, p. 677) explica que:

Foi em razão dessa necessidade que o legislador infraconstitucional resolveu ordenar em um único diploma legal todos os crimes relacionados ao meio ambiente, consolidando e sistematizando os delitos e penas dentro de uma lógica formal. Nasceu, dessa forma, a Lei n. 9.605/98, que cuida dos crimes ambientais e das infrações administrativas.

Já de acordo com José Afonso da Silva (2004, p. 306):

O Código Penal e outras leis definiam crimes ou contravenções penais contra o meio ambiente. Todas essas Leis que definiam crimes ambientais foram revogadas pela Lei 9.605, de 12.2.1998, que dispôs sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Contudo, é importante ressaltar que a o crime de pesca de cetáceos é o único tipo penal ainda em vigor que não está previsto na Lei nº 9.605/98. Nesse sentido, Thomé (2015, p. 720) sustenta que:

Todas as infrações ambientais contra a fauna encontram-se compiladas na Lei 9.605/98, que optou por revogar tacitamente os demais crimes contra a fauna previstos em leis esparsas, exceto o crime de pesca de cetáceos previsto na Lei 7.643/87. Como se vê, a pesca de baleias e golfinhos nas águas jurisdicionais brasileiras é o único crime contra a fauna cuja tipificação em legislação esparsa persiste válida em nosso ordenamento mesmo após a edição da lei de crimes ambientais.

A Lei nº 9.605/98 separou os tipos penais de acordo com o bem jurídico protegido, deste modo temos: Crimes contra a Fauna, Crimes contra a Flora, Poluição e outros Crimes Ambientais, Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural, e, por fim, Crimes contra a Administração Ambiental.

Tal diploma legal na verdade se revela como uma espécie de microsistema jurídico-penal ambiental, sendo uma pedra angular na defesa do meio ambiente.

2.4 Princípio do Poluidor-Pagador aplicado ao Direito penal

O Princípio do Poluidor-Pagador atua no sentido de obstacularizar o uso gratuito dos recursos naturais de modo a impedir o enriquecimento ilegítimo de uma pessoa às custas de um bem que pertence a toda a coletividade, qual seja, o meio ambiente. Logo, os custos da exploração ambiental devem ser internalizados pelo poluidor e não transmitidos ao Estado ou à sociedade civil.

O Princípio do Poluidor-Pagador foi objeto da RIO-92 que em sua declaração de princípios n.16 assim o definiu:

Princípio 16. As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

No entanto, a declaração de princípios da RIO-92 não é uma unanimidade, sendo alvo de críticas de diversos autores, como José Afonso da Silva (2004, p. 65), que questiona a sua falta de firmeza, ao sustentar o seguinte:

A leitura dos *Princípios* da Declaração do Rio de Janeiro decepciona e até frustra um pouco, pelo seu tom de mero apelo à cooperação dos Estados, que alguns acenos aos direitos humanos de terceira geração (paz, desenvolvimento, participação) não conseguem desfazer. Falta firmeza afirmativa, mesmo tendo em vista tratar-se de uma declaração internacional [...]

Complementando o conceito de Poluidor-Pagador constante na declaração de princípios da RIO-92, Fiorillo (2004, p.28) apresenta a definição inserida nas Diretivas da União Européia, qual seja:

A definição do princípio foi dada pela Comunidade Econômica Européia, que preceitua: “ as pessoas naturais ou jurídicas, sejam regidas pelo **direito público ou pelo direito privado, devem pagar os custos das medidas que sejam necessárias para eliminar a contaminação ou para reduzi-la** ao limite fixado pelos padrões ou medidas equivalentes que assegurem a qualidade de vida, inclusive os fixados pelo Poder Público competente”. (gn)

Logo, consoante tal conceito, a pessoa jurídica, quer seja de direito público ou privado, responde pelos danos ambientais ou pela utilização dos respectivos recursos, nada mais justo vez que são as pessoas coletivas que em maior grau exploram as riquezas naturais, devendo haver a sua respectiva compensação sob de restar configurado um enriquecimento injusto da pessoa jurídica às custas de um bem que é de titularidade de toda coletividade.

Por sua vez, a incidência de tal princípio independe da prática de qualquer ato ilícito, vez que necessita apenas que reste configurado a utilização dos recursos naturais ou a produção de poluição, nesse sentido ressalta Padilha (2010, p.256):

Entretanto, a aplicação de tal princípio não implica uma punição, pois deve ser implantado mesmo inexistindo qualquer ilicitude. Na verdade, basta que fique demonstrado o efetivo uso de recursos ambientais ou a produção de poluição, pois o **usuário deve arcar com os custos da poluição que sua atividade ocasiona ou venha a ocasionar**. Tampouco a mera assunção do custo do dano não implica, necessariamente, a sua total eliminação, mas a redução da poluição a um nível aceitável. (gn)

Ademais, o fato do reparar o dano não significa que o poluidor esteja pagando para poder degradar o meio ambiente, ao contrário, conforme oportunamente ressalta Fiorillo (2004, p.27-28):

Este princípio reclama atenção. *Não traz* como indicativo “**pagar para poder poluir**”, “poluir mediante pagamento” ou “pagar para evitar a contaminação”. Não se podem buscar através dele formas de contornar a reparação do dano,

estabelecendo uma liceidade para o ato poluidor, como se alguém pudesse afirmar: “poluo, mas pago”. O seu conteúdo é bastante distinto. (gn)

Da análise do princípio em tela, percebe-se que o mesmo possui um caráter preventivo, ao buscar evitar danos ambientais, e um caráter repressivo, ao almejar a reparação do dano ambiental que não se conseguiu evitar.

Ao analisar o Princípio do Poluidor Pagador, no tocante à orbita preventiva, Thomé (2015, p. 76) afere que:

De acordo com outra interpretação, compatível com a primeira, o princípio passa a ter uma finalidade dissuasiva, e não tanto restitutiva, tendo em vista que a obrigação de pagar pelo dano causado atua, ou deveria atuar, como incentivo negativo face a todos aqueles que pretendem praticar uma conduta lesiva ao meio ambiente.

Ou seja, buscase dissuadir o agente poluidor através de meios econômicos, ao se impor a competente obrigação de reparar o dano e a contribuição pela utilização dos recursos naturais pode-se tornar economicamente inviável uma atividade que seja potencialmente lesiva ao meio ambiente, impedindo assim a concretização do dano. Nesse aspecto, a doutrina fala na fixação de um preço pelo bem econômico, conforme se extrai da obra de Padilha (2010, p.259):

Na verdade, os preços dos bens econômicos devem refletir o quanto possível a escassez dos recursos ambientais e os agentes econômicos devem utilizar medidas de prevenção e controle de poluição, que estimulem o seu uso de forma racional. Os **preços dos produtos devem refletir os custos ambientais**, para evitar a redução e degradação dos escassos recursos ambientais. (gn)

Já quanto ao véis reparatório, o Princípio do Poluidor-Pagador emerge como a obrigação do causador do dano de repará-lo, assumindo o poluidor as consequências lesivas de sua conduta. Deste modo, Thomé (2015, p. 76) explica o seguinte:

Numa primeira interpretação, o princípio em tela traz uma exigência dirigida ao poluidor para que assuma todas as consequências derivadas do dano ambiental. De acordo com esse entendimento, esse princípio se traduz na obrigação de reparar os danos e prejuízos, sendo inclusive denominado por alguns doutrinadores como "princípio da reparação" ou "princípio da responsabilidade".

Em suma, o Princípio do Poluidor-Pagador guarda estrita relação com a responsabilidade penal do causador do dano, seja ele pessoa física ou pessoa jurídica, sendo o princípio que de modo mais eficiente resguarda o meio ambiente, quer seja de modo preventivo, quer seja de modo repressivo.

3. POSSIBILIDADE DE SE CRIMINALIZAR A PESSOA JURÍDICA

Tendo em vista que as Pessoas Jurídicas desenvolvem atividade econômica para obter lucro e são as maiores responsáveis pela degradação ambiental e considerando o atual contexto em que a responsabilidade civil e administrativa não foram suficientes para proteger efetivamente o meio ambiente, busca-se por meio da responsabilidade penal, é a última alternativa para preservar o meio ambiente para as presente e futuras gerações.

Para barrar os abusos, a pena deve ser exemplar para não estimular os atos ilícitos, configurando-se como uma grande aliada no combate aos ilícitos penais cometidos sob a proteção da personalidade jurídica.

No que tange especialmente aos crimes ambientais, a legislação, a despeito dos retrocessos administrativos recentes, vem evoluindo principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988.

Em virtude de que os danos ambientais são difusos, ultrapassando as fronteiras nacionais, há um esforço de alguns países em penalizar a Pessoa Jurídica, para desestimular a impunidade e o lucro desmedido, em prejuízo da sociedade.

3.1 Direito Comparado: Espanha

O meio ambiente é objeto de inúmeras constituições no mundo, no caso da Espanha consta no art. 45, 1, da Constituição de 1978 o direito ao meio ambiente adequado para o conforto e o dever de protegê-lo:

Artículo 45 (...) *omissis*.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.⁴

No âmbito infraconstitucional, o direito espanhol sofreu grandes modificações no que concerne à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, com o advento da Lei Orgânica nº 05/2010 – Código Penal- a qual modificou o código penal espanhol, passou a prever expressamente no art. 31 bis os casos em que uma organização poderá responder penalmente ante a prática de determinados crimes.

Ou seja, a partir de 2010, passou-se a aplicar no direito espanhol o princípio *societas delinquere potest*, ao ser prever a responsabilidade penal da pessoa jurídica. A Lei nº 05/2010 estabelece:

⁴ Todos têm o direito de desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento como pessoa, assim como o dever de o preservar-lo.

Art. 31 bis.

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones a las que se refiere el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten

servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Contudo, conforme consta no art. 31 *Bis* 5, nem toda espécie de pessoa jurídica pode ser responsabilizada na seara penal, optando a legislação espanhola por excluir a responsabilidade penal do Estado, da administração pública, dos partidos políticos e dos sindicatos, dentre outros, *in verbis*:

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.⁵

Ao analisar o motivo da exclusão de tais pessoas do alcance penal, Sarcedo (2014, p. 204) defende que:

As razões que fundamentam a exclusão desses entes coletivos do âmbito de aplicação da responsabilidade penal estão ligadas à importância de seu papel constitucional e de suas funções públicas, além de sua incapacidade de auto-organização, em vista de sua completa sujeição ao princípio da legalidade. Ademais, em vista da relevância de seu papel social, poderiam ser demasiados os efeitos negativos decorrentes da imposição de sanções, algumas dificilmente imagináveis, como a dissolução ou a suspensão.

Por sua vez, ao analisar o artigo 31 bis do código penal espanhol, em sua dissertação de mestrado, Barbosa (2014, p. 170) assevera que:

Pode-se dizer que o artigo 31 bis traz duas modalidades de responsabilização da pessoa jurídica. Em primeiro lugar, há a previsão de que tais entes serão penalmente responsáveis pelos delitos cometidos por seus representantes legais ou administradores de fato ou de direito, exigindo-se que tais delitos tenham sido praticados em nome ou por conta da pessoa jurídica, e em seu proveito. De outro lado, o mesmo artigo prevê, em seu segundo parágrafo, que tais entes também serão penalmente responsáveis pelos delitos cometidos, no exercício de atividades sociais e por conta e em proveito destas pessoas jurídicas, por aqueles que, estando submetidos à autoridade das pessoas físicas mencionadas no parágrafo anterior (ou seja, representantes legais e administradores), puderam realizar a conduta criminosa por não ter havido o exercício, sobre eles, do devido controle.

⁵ As disposições referentes à responsabilidade penal das pessoas jurídicas não serão aplicáveis ao Estado, à administração pública territorial e institucional, aos organismos reguladores, às agências e entidades públicas empresariais, às organizações internacionais de direito público, nem as demais que exerçam poder público de soberania ou administrativo.

Ao analisarmos o artigo 31bis percebe-se que o ente coletivo é responsabilizado penalmente em duas ocasiões: a) quando o ato é praticado em seu proveito por uma pessoa com poder de decisão; b) quando o ato ilícito é praticado por subalternos em decorrência da ausência ou precariedade do respectivo controle interno da empresa.

Ao criticar a primeira hipótese, Barbosa (2014, p. 170) sustenta que:

De fato, pela literalidade do preceito legal mencionado, parece que basta que o *top manager* de uma companhia cometa um ilícito representando a sociedade empresarial, e em proveito dela, para que tenha lugar a responsabilidade penal da pessoa jurídica derivada da ação delituosa de seu representante. Nenhum outro requisito é mencionado na lei. Nada é dito a respeito da efetividade e da eficiência dos programas de cumprimento previamente adotados para excluir a responsabilidade penal da pessoa jurídica nesses casos.

Todavia, na hipótese de o delito ter sido cometido pelos demais empregados, sem poder de decisão, o Código Penal Espanhol condicional a responsabilidade da pessoa jurídica a um requisito adicional: a necessidade de verificar a existência de mecanismos internos que pudessem ter evitado o cometimento do dano, fazendo alusão à ideia de auto responsabilidade da empresa.

Nesse sentido Barbosa (2014, p. 170) esclarece que:

Nessa hipótese, será pertinente indaga se os mecanismos de cumprimento normativo poderiam ter desempenhado um papel decisivo na prevenção do fato, na medida em que se exerceu, sobre seu subordinado, o controle devido; se houve a diligência necessária no sistema de controle do próprio plano de prevenção; se, apesar de todas as diligências e cuidados, ainda assim o empregado perpetrou o fato delitivo porque foi capaz de burlar os sistemas de controle. Em tais casos, a sociedade empresarial não deveria responder derivadamente de fato praticado por terceiro, porquanto não seria aferível, em concreto, um *defeito de organização* que tenha possibilitado a ocorrência criminosa.

Ou seja, no modelo adotado na Espanha, não é necessário que a instituição aja deliberadamente no sentido de cometer um delito, sendo suficiente para configurar sua culpabilidade que, podendo evitar o cometimento do ilícito, os setores ou programas responsáveis se mostrem inaptos.

Contudo, a despeito da previsão legal, é de se destacar que a doutrina clássica espanhola ainda se revela reticente à responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, mas aceita preconizar a aplicação a tais entidades como medidas de segurança, destacando a possibilidade de dissolução, suspensão ou a proibição de determinadas atividades por parte das Pessoas Jurídicas.

3.2 Direito brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, admite-se a responsabilização penal da pessoa jurídica ante o cometimento de crimes ambientais, mesmo sendo objeto de grande controvérsia doutrinária, pois há autores que sustentam que tal prática ofende a Constituição Federal, sustentando, como exemplifica Sirvinskas (2011, p. 88-90):

Há quem entenda que a adoção da responsabilidade da pessoa jurídica ofenderia a Constituição Federal, o princípio da legalidade, o princípio do devido processo legal, o princípio da culpabilidade, o princípio da pessoalidade ou personalidade, o princípio da individualização e o princípio da proporcionalidade da pena. Nosso sistema penal é regido pelo princípio da culpabilidade. Não havendo a possibilidade de se apurar o **dolo ou culpa, estar-se-ia admitindo a responsabilidade objetiva. Para esses doutrinadores, a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica é inconstitucional.** É o direito penal indo na contramão da história. (gn)

Contudo, há também correntes doutrinárias que defendem a responsabilização penal da pessoa coletiva, e essa ideia está alastrando-se por outros países, a exemplo do que cita Sirvinskas (2011, p. 91):

Muitos países, de uma maneira ou de outra e com certas peculiaridades, **adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica**, alguns com previsão constitucional, outros infraconstitucional, como, por exemplo: Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, Dinamarca, Portugal, França, Áustria, Japão, China, Cuba, México, Alemanha, Suíça, Itália, Bélgica, Espanha, Noruega, Canadá, Nova Zelândia, Colômbia, Venezuela etc.

(gn)

É de se destacar que esse sistema de responsabilização possui lastro constitucional e infraconstitucional. No âmbito constitucional, a responsabilidade penal do ente coletivo encontra-se expressa em duas oportunidades, no art. 173, § 5º e no art. 225, § 3º. Logo, a Constituição Federal é categórica, cabendo à legislação infraconstitucional instrumentalizar tais dispositivos.

Nesse sentido, afirma Shecaira (2012) alega que:

A despeito de muitos autores, logo quando da promulgação da Constituição de 1988, terem dito que havia uma inconstitucionalidade na norma inconstitucional, por contrariar os princípios da legalidade, proporcionalidade e culpabilidade, todos expressos na Constituição Federal (LGL\1988\3), hoje já se tem como certa a afirmação da responsabilidade coletiva. Ao lado do princípio da culpabilidade individual, de raízes éticas, surge a construção categórica de uma outra culpa de natureza coletiva. Esta dicotomia por contraste, contempladora de duas individualidades que se condicionam reciprocamente, fez com que se pudesse reconhecer autonomia à culpa

individual e à coletiva enquanto disciplinas de relevo e que podem ter um estudo paralelo. Se é verdade que a culpabilidade é um juízo individualizador, não é menos verdade que se pode imaginar um juízo paralelo - já que não igual - para a culpa coletiva. Este sistema dicotômico pode ser chamado de modelo de dupla imputação.

Já no âmbito infraconstitucional, tal papel é assumido pela Lei nº 9.605/98, responsável por concentrar as sanções penais referente à matéria criminal ambiental.

Por sua vez, para que o ente coletivo venha a ser responsabilizado na esfera penal pela prática de delitos ambientais, há que se verificar a ocorrência de diversos requisitos, conforme ressalta Sirvinskas (2011, p. 96):

Para responsabilizar a pessoa jurídica é necessário que a infração tenha sido cometida: a) por decisão de seu representante legal – é aquele que exerce a função em virtude da lei e poderá recair na pessoa de seu presidente, diretor, administrador, gerente etc.; b) por decisão contratual – é aquele que exerce a função em decorrência dos seus estatutos sociais e poderá recair sobre a pessoa do preposto ou mandatário de pessoa jurídica, auditor independente etc.; e c) por decisão de órgão colegiado – é o órgão criado pela sociedade anônima e poderá recair no órgão técnico, conselho de administração, etc.

As sanções penais a que está sujeita a pessoa jurídica, estão restritas à esfera econômica. Segundo a Lei nº 9.605/98 as penas previstas são de: a) multa; b) restritivas de direitos; c) prestação de serviços à comunidade; d) desconsideração da personalidade jurídica; e e) liquidação forçada da pessoa jurídica.

No que toca aos critérios da multa, o legislador não definiu critérios específicos a serem aplicados ao ente coletivo, pelo que se adota o mesmo critério que se aplica a pessoa física (art. 49 do Código Penal).

Segundo Sirvinskas (2011, p. 99) possível aplicar-se as penas restritivas de direitos:

As penas restritivas de direito constituem na suspensão parcial ou total de atividades que não estiverem obedecendo as disposições legais ou regulamentares relativas à proteção do meio ambiente

Tem-se ainda como penas restritivas de direitos, a título exemplificativo, a interdição temporária do estabelecimento e a proibição de contratação com o Poder Público.

Outra espécie de sanção à Pessoa Jurídica é a prestação de serviços à comunidade, que consiste, conforme Sirvinskas (2011, p. 99-100):

[...] em custear programas de projetos ambientais (art. 23, I), executar obras de recuperação de áreas degradadas (art. 23, II), manter espaços públicos (art.

23, III) e contribuir para entidades ambientais ou culturais públicas (art. 23, IV).

Há ainda a pena de desconsideração da personalidade jurídica aplicada nos casos em que é constatado que personalidade jurídica é utilizada como um obstáculo para a reparação efetiva dos danos. Mas esta aplica-se apenas no âmbito civil.

Por fim, ao comentar a pena de liquidação forçada da organização, Sirvinskas (2011, p.100) explica que:

A pena mais grave é a decretação da liquidação forçada da pessoa jurídica que permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nessa lei; seu patrimônio será considerado instrumento de crime, e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Logo, diante das sanções elencadas, percebe-se que procurou-se compatibilizar as penas com a natureza jurídica dos entes coletivos, não sendo a Lei 9.605/98 um instrumento de ameaça à ordem econômica, aplicando-se a pena de liquidação forçada somente um último caso.

Nesse sentido o Brasil precisa caminhar para tipificar, no âmbito penal, e não somente no civil, os gestores das Pessoa Jurídica, prevendo-lhes pena de prisão, para tornar efetiva a punição; uma vez que somente a pena pecuniária não tem sido o suficiente para evitar as condutas criminosas dos gestores das Pessoas Jurídicas; pois está compensando “pagar pelo dano” causado do que manter o *status quo ante*.

CONCLUSÃO

No atual cenário global, a pessoa jurídica assumiu um papel de destaque. Contudo, nem sempre de modo positivo, sendo uma das grandes responsáveis pela emissão de poluentes e danos ambientais.

A problemática que estimulou essa pesquisa foi a de analisar de que forma a legislação penal poderia alcançar a Pessoa Jurídica, ente despersonalizado, no combate efetivo aos crimes ambientais.

Os objetivos foram alcançados à medida em que se analisou as correntes doutrinárias e a legislação nacional e alienígena.

Para coibir a prática de crimes ambientais pela pessoa jurídica e visando a reparação dos danos causados, o direito brasileiro vem evoluindo gradativamente, caminhando no sentido da responsabilização de tais sujeitos na esfera penal.

Embora seja objeto de grande debate, no Brasil e na Espanha, tal possibilidade vem aos poucos sendo mais aceita pela doutrina.

Contudo, a Lei 9.605/98 em alguns aspectos se revela confusa, não tendo o legislador separado de modo adequado as sanções aplicáveis a pessoa jurídica das penas incidentes exclusivamente na pessoa física.

Outrossim, consoante o modelo espanhol, é de bom tom que se estabeleça de modo mais incisivo os crimes e as sanções aplicadas às entidades coletivas, podendo ainda o Brasil passar punir penalmente empresas que não possuem em sua estrutura nenhum mecanismo para inibir a prática de ilícitos ambientais por seus subordinados.

Ademais, percebe-se que somente a responsabilidade civil e administrativa não são suficientes para inibir a crescente prática de crimes ambientais, vide os recentes casos ocorridos em Mariana e Brumadinho. Nesse contexto, a sanção penal mostra-se mais relevante, vez que o seu conteúdo possui grande juízo de reprovação, podendo a organização vir inclusive a ser dissolvida.

Logo, conclui-se que, para buscar a devida efetivação dos direitos contidos no art. 225 da Constituição Federal, é importante proteger em todas as esferas o meio ambiente, não havendo justificativa plausível para a exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, devendo o legislador, criminalizar o gestor da Pessoa jurídica, de forma contundente e exemplar.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Julianna Nunes Targino; **A Culpabilidade na Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa.**, Congresso Nacional, Brasília, 1988.
- CAPEZ, Fernando; **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; **Direito Administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi; **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GRECO, Rogério. **Curso Direito Penal: parte especial**. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.
- GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas 2002.

- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. São Paulo: Atlas, 1992.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Coord.). **Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas: uma contribuição para o debate público brasileiro**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, 2008.
- PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. Dissertação de Doutorado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2015.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas: uma perspectiva do direito brasileiro**. Revista dos Tribunais. vol. 921/2012 p. 281 – 294, jul / 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

O tráfico internacional de pessoas e a Lei nº 13.344/16: marco regulatório de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil ^(*)

**The international traffic of people and law nº 13.344 /
16: regulatory framework for countering trafficking in
people trafficking in Brazil**

**El tráfico internacional de personas y la ley nº 13.344 /
16: marco regulatorio de enfrentamiento al tráfico de
personas en Brasil**

Larissa Agueiras Vieira¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. **1.** Tráfico internacional de pessoas: evolução histórica e a globalização – realidades do século XXI. **2.** O tráfico de pessoas e os institutos de caráter internacional para proteção dos direitos humanos. – Considerações finais. – Referências.

(*) Recibido: 10 setiembre 2018 | Aceptado: 15 julio 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 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 de Direito de Vitória – FDV.
larissaav96@hotmail.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 Direito Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, FESP-SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, UFES.
mfqobregon@yahoo.com.br

Resumo: O crime de tráfico internacional de pessoas é considerado uma das atividades mais lucrativas atualmente, motivado pelos baixos riscos do “negócio”. No entanto, não recebe a devida abordagem midiática, objetivando tornar pública essa realidade, com fito de criarem mecanismos para sua repressão e prevenção. Dessa forma, o presente artigo aborda os institutos internacionais de proteção aos direitos humanos, com especial atenção a Convenção de Palermo, elaborada para influenciar os países signatários a criarem uma legislação pertinente para lidar com o crime de tráfico de pessoas, como fez o Brasil ao promulgar a lei nº 13.344/16, marco regulatório desse tipo de prática no país. Para isso, utilizou-se como base teórica, autores como Damásio de Jesus e Rogério Sanches Cunha, além de artigos científicos a respeito do tema, pesquisas nos sítios de órgãos internacionais, como a ONU, para acesso à dados relativos a esse tipo de crime e análise da legislação nacional, como Código Penal e a Lei nº 13.344/16, demonstrando quais as estratégias encontradas para atacar e reprimir essa atividade no território nacional.

Palavras Chave: tráfico internacional de pessoas, globalização, Lei nº 13.344/16, direitos humanos.

Abstract: The crime of international trafficking in persons is considered one of the most profitable activities today, motivated by the low risks of "business". However, it does not receive the proper media approach, aiming to make public this reality, in order to create mechanisms for its repression and prevention. Thus, this article addresses the international institutes for the protection of human rights, with special attention to the Palermo Convention, designed to influence signatory countries to create relevant legislation to deal with the crime of trafficking in persons, as Brazil did in promulgate Law No. 13344/16, the regulatory framework for this type of practice in the country. For this purpose, authors such as Damásio de Jesus and Rogério Sanches Cunha were used as theoretical base, as well as scientific articles on the subject, searches on the sites of international bodies, such as the UN, for access to data related to this type of crime and analysis of national legislation, such as Penal Code and Law 13344/16, demonstrating the strategies found to attack and repress this activity in the national territory.

Keywords: international trafficking in persons, globalization, Law No. 13344/16, human rights.

Resumen: El crimen de tráfico internacional de personas es considerado una de las actividades más lucrativas actualmente, motivado por los bajos riesgos del "negocio". Sin embargo, no recibe el debido enfoque mediático, con el objetivo de hacer pública esa realidad y crear mecanismos para su represión y prevención. De esta forma, el presente artículo aborda los institutos internacionales de protección de los derechos humanos, con especial atención a la Convención de Palermo, elaborada para influir en los países signatarios a crear una legislación pertinente para lidiar con el crimen de tráfico de personas, como hizo Brasil al promulgar la ley nº 13.344/16, marco regulatorio de ese tipo de práctica en el país. En esta investigación se utilizó como base teórica, autores como Damasio de Jesús y Rogério Sanches Cunha, además de artículos científicos acerca del tema, investigaciones en los sitios de organismos internacionales, como la ONU, para acceso a datos relativos a ese tipo de crimen y análisis de la legislación nacional, como el Código Penal y la Ley nº 13.344/16, demostrando cuales son las estrategias encontradas para atacar y reprimir esa actividad en el territorio nacional.

Palabras clave: tráfico internacional de personas, globalización, Ley nº 13.344 / 16, derechos humanos.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa traçar uma breve análise acerca da problemática do tráfico internacional de pessoas, haja vista tratar de uma grande realidade mundial, conhecido como a “escravidão do século XXI”. Esse tipo de prática movimentava lucros anuais de cerca de 31,6 bilhões de dólares e chegam a traficar por volta de 2,4 milhões de pessoas³ que passam a serem submetidas a trabalhos escravos, exploração sexual ou mesmo para venda de órgãos.

Dessas milhões de pessoas traficadas, 43% são destinadas à exploração sexual, 32% exploração econômica e 25% por outras razões combinadas, demonstrando o envolvimento desse tipo de crime com questões como o

³ ARY, Thalita Carneiro; MAIA, Ana Clara. **Tráfico de seres humanos na sociedade internacional contemporânea, globalização, políticas migratórias e os esforços multilaterais de combate.** Revista Interdisciplinar da Mobilidade Urbana – REMHU. Ano XVI, nº 38, 2008.

crime organizado transnacional, migrações internacionais, exploração sexual forçada, prostituição, globalização, dentre outras⁴.

A globalização, por mais que trouxe grandes facilidades e comodidades, diminuindo as barreiras geográficas e instituindo muitos benefícios à vida moderna, também serviu como meio facilitador do tráfico de pessoas, contribuindo para organização do crime e das trocas comerciais, tornando-o mais viável através das novas tecnologias.

Dessa forma, ante a alta complexidade e transnacionalidade do tráfico internacional de pessoas, exige-se uma cooperação dos organismos internacionais, dos Estados e da sociedade civil, para que atuem conjuntamente no combate e esse tipo de crime, tornando tal enfrentamento ainda mais eficaz.

Portanto, o primeiro capítulo do artigo, preocupa-se em contextualizar o problema do tráfico de pessoas, trazendo uma breve linha do tempo, a fim de questionar se a escravidão, antes ocorrida no Brasil colônia pelos portugueses contra os índios e africanos que aqui passaram a residir, não foi definitivamente abolida pela chamada Lei Áurea, uma vez que, nos dias atuais ainda persiste tamanha violação da liberdade humana.

Assim, introduz o tema a partir do fenômeno da globalização, perpassando pela exposição da necessidade de união das nações, por meio da instituição de tratados e convenções internacionais, com intuito de evitar a ocorrência de novos eventos que venham a ferir à vida, integridade, liberdade e dignidade humana.

Viu-se a necessidade de conceituar o que seria o tráfico internacional de pessoas, dando enfoque ao conceito trazido pela Convenção de Palermo, criada em novembro de 2000, com intuito de prevenir, suprimir e punir o tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças, que suplementa a Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional.

Em seguida, no segundo capítulo, tratou sobre os institutos de caráter internacional para proteção de direitos humanos, com enfoque ao crime de tráfico de pessoas, aprofundando o estudo da instituição da Convenção de Palermo que reconheceu a importância de criar mecanismos eficazes para o combate ao crime organizado internacional de tráfico de pessoas.

Nesse contexto, o presente trabalho foi finalizado com a análise da Lei nº 13.344 de 2016, promulgada no Brasil, conhecida como o marco regulatório do tráfico de pessoas no país, cumprindo com o compromisso ao ser

⁴ Ibid.

signatário da Convenção de Palermo, em introduzir no território nacional uma legislação pertinente e eficaz, para prevenção, repressão e assistência multidisciplinar na tentativa de hostilizar o crime de tráfico de pessoas.

1. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A GLOBALIZAÇÃO – REALIDADES DO SÉCULO XXI

Na época em que o Brasil era colônia de Portugal, por volta do século XVI, iniciou neste território português a prática da escravidão, partindo dos índios que se encontravam nessas terras. No entanto, mais tarde, os portugueses trouxeram de suas colônias africanas, os negros para trabalharem como escravos em seus engenhos de açúcar⁵.

Os escravos eram tratados como objeto, dormiam em senzalas, viam-se privados da liberdade, deviam obediência a seus senhores, e eram vendidos como mercadorias. Além disso, os portugueses não pouparam de tamanha crueldade mulheres e crianças, que já executavam trabalhos árduos aos oito anos de idade⁶.

Enfim, em 1988, foi decretada a abolição da escravidão, com a chamada Lei Áurea. No entanto, eis aqui um questionamento, de fato extinguiu-se a escravidão no Brasil, ou ainda, no mundo?

O fato é, a abolição da escravidão que existiu no Brasil colônia só ocorreu em virtude de movimentos de luta e resistência dos escravos, que fugiam das senzalas e formavam as chamadas comunidades quilombolas, onde podiam exercer sua liberdade como seres humanos, dotados de dignidade, podendo expressar sua crença sem nenhuma restrição.

Tais lutas contra injustiças e falta de humanidade não pararam por aí, houveram diversos eventos ao redor do mundo, em que os seres humanos, dotados de razão, que, como diria Aristóteles⁷, “o homem é o único animal que possui razão”, característica esta que lhe permite distinguir o justo do injusto, guerrearam contra seus iguais, a fim de buscar e defender o que entendiam como “bem da vida”.

⁵ CHALHOUB, Sidney. **A força da escravidão: Ilegalidade e costume no Brasil oitocentista**. 1ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Disponível em: <https://www.companhiadasletras.com.br/trechos/13359.pdf>. Acesso em: 27 set. 2018.

⁶ Ibid.

⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

De acordo com Teixeira⁸, “o homem, ao se posicionar frente à vida, questiona o valor das coisas para sua sobrevivência”. Nesse sentido é possível aplicar os ensinamentos de Thomas Hobbes, uma vez que, para ele, o homem vive em “estado de natureza”, ou seja, em estado de desordem. Nos dizeres de Carla Noura Teixeira, levando em conta o entendimento de Hobbes, tal estado de desordem, seria

[...] uma ameaça à vida em sociedade, como também estabelece a igualdade dos homens como fundamento para constantes disputas e guerras; sendo assim, atesta que, como decorrência da razão humana é formulado o contrato, no qual os homens fazem a mútua transferência de direitos e, buscando a autopreservação, delegam autoridade ao estado.⁹

Portanto, com o fim das grandes guerras mundiais, os países resolveram se unir, criando seu “contrato social”, a fim de se “autopreservarem” e preservarem a vida e dignidade de cada ser humano, através de tratados internacionais, reafirmando a teoria de Aristóteles de que o homem é um ser sociável, uma vez que, “quem não pode fazer parte de uma comunidade ou quem não precisa de nada, bastando-se a si mesmo, não é parte de uma cidade, mas é fera ou Deus”¹⁰.

Como bem consubstancia Celso Bastos¹¹:

[...] a sociedade é fruto da natureza do homem aliada à participação da vontade e da inteligência humana. Ela necessita para existir da convivência pacífica de seus membros que só se faz possível mediante a implementação de normas sociais, que garantam os direitos de cada um. É necessário também que elas estabeleçam os deveres e limites de atuação de cada cidadão. A sociedade evoluiu da célula-master (família) para os grupos familiares (clãs), destes para as cidades, das cidades para os Estados, destes para a Nação, e desta para as grandes comunidades internacionais, que nada mais são do que o reflexo do processo de globalização pelo qual está passando o mundo neste final de século.

De volta aos tempos atuais, hoje, durante o século XXI, vivemos o fenômeno intitulado de “globalização”, que surgiu para encurtar distâncias entre as nações, a partir do desenvolvimento de novas tecnologias, que permitem o acesso a informações em curto prazo e de todos os cantos do mundo.

⁸ TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito Internacional para o Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2013. Saraiva online.

⁹ Ibid.

¹⁰ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 514.

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 31.

Nas palavras de Teixeira¹², conceitua globalização como:

[...] um processo, um contínuo histórico, e como tal em perene transformação. Vislumbramos a globalização como responsável pela mutação das relações internacionais e, também, grandemente do último século aos dias de hoje, de alcance local, conforme o estreitamento das comunicações, a adaptabilidade tecnológica, a formação de mercados – dentre outros fenômenos.

Tal instituto, como já devidamente demonstrado, possibilitou a união das nações através de tratados internacionais, visando a proteção dos direitos humanos, a partir da criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, e, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a fim de garantir e proteger direitos inerentes à condição de ser humano, como a vida, a liberdade, conferindo igualdade de direitos entre todos, independente de raça, sexo, nacionalidade, religião, ou qualquer outra condição¹³.

Nos dizeres do preâmbulo da Carta das Nações Unidas, indicam seus objetivos, e os meios para alcançá-los, tendo como base primordial, promover a paz e a tolerância entre as nações, a fim de evitar a guerra ou demais ações que venham a ferir os direitos fundamentais do homem.¹⁴

No entanto, apesar de tamanha preocupação internacional com a proteção de tais direitos, com escopo de erradicar qualquer prática que venha a ferir ou ameaçar determinadas garantias, ainda assim, e, respondendo o questionamento anterior, por mais que houve o fim das grandes guerras mundiais, vivemos em contradição, ao submeter nossos semelhantes, a

¹² TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito Internacional para o Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2013. Saraiva online.

¹⁴ **NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS**

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E PARA TAIS FINS,

praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos (NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **O que são direitos humanos?** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em: 27 agosto 2018).

práticas cruéis, como é o caso do tráfico internacional de pessoas, também conhecido como “escravidão moderna”, por mais que expressamente vetado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, principalmente nos artigos IV e V.

Nesse diapasão, Silva Neto¹⁵, complementa que,

[...] o que teve origem no tráfico de negros no passado, hoje se transforma na forma mais “moderna” de exploração. Nesse sentido, é de se assustar que no decorrer do século XXI ainda nos deparemos com situações que escravizam pessoas e violam a integridade e dignidade humanas.

Corroborando com a exposição acerca do fenômeno da globalização, apesar de trazer muitas vantagens, e de tornar a vida em sociedade ainda mais acessível e confortável, a partir de suas facilidades com as novas tecnologias, trouxe também seus infortúnios, uma vez que, permitiu, com seus avanços, a prática do tráfico de forma mais “viável”, tornando-se como um fator de estímulo, contribuindo “[...] para a organização da rede do crime e para a fuga do capital empregado no negócio”,¹⁶ conforme expõe Jesus:¹⁷

[...] o tráfico internacional de seres humanos está inserido no contexto da globalização, com a agilização das trocas comerciais planetárias ao mesmo tempo em que se flexibiliza o controle de fronteiras. Juntamente com o movimento de mercadorias, há um incremento da migração global. São milhões de pessoas em constante movimentação, em busca de melhores oportunidades de trabalho e de vida.

Em relação a proteção internacional dos direitos humanos, e sua violação ante ao desenvolvimento da “atividade” do tráfico de pessoas, Silva Medeiros,¹⁸ sintetiza, no sentido de que

[...] no que concerne aos direitos humanos, percebe-se que, a partir da criação da Organização das Nações Unidas e, logo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, houve uma supervalorização desses direitos, ganhando grande destaque no âmbito internacional. Quanto ao

¹⁵ SILVA NETO, Augusto Rolim da. O tráfico internacional de pessoas em face aos direitos humanos e ao direito internacional. **Jus**, outubro, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43950/o-trafico-internacional-de-pessoas-em-face-aos-direitos-humanos-e-ao-direito-internacional>. Acesso em: 27/08/18.

¹⁶ JESUS. Damásio de. **Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças - Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20.

¹⁷ Ibid, p. 14.

¹⁸ MEDEIROS, Maria Alice de Brito Silva. Tráfico Internacional de Pessoas: A escravidão moderna fundada na vulnerabilidade da vítima. **Jusbrasil**, 15 set. 2016. Disponível em: <https://alicebsm.jusbrasil.com.br/artigos/383893203/trafico-internacional-de-pessoas>. Acesso em: 28/08/18.

princípio da dignidade humana, existe uma ampla discussão, ao passo que o tráfico de pessoas viola os direitos fundamentais e os direitos humanos universais, impedindo, dessa forma, a constituição de sua dignidade humana.

Destaca-se que, o tráfico é uma das atividades mais rentáveis contemporaneamente, considerando suas diversas modalidades, como tráfico de drogas, de armas, órgãos, pessoas, dentre outros. No entanto, este último vem sendo mais lucrativo nos últimos tempos, onde uns obtêm milhões em seus bolsos, enquanto outros tem seus direitos mais fundamentais violados, sendo subordinados a exploração sexual e laboral, mantidos como escravos e sob tratamento desumano.

Segundo dados extraídos da obra de Jesus,¹⁹ angariados do Escritório da ONU para o Controle de Drogas e Prevenção do Crime (ODCCP) “[...] são movimentados, anualmente, valores que giram em torno de 7 a 9 bilhões de dólares”, com a prática do tráfico de seres humanos. Isso porque, ainda conforme Jesus,²⁰ “[...] traficar pessoas, diferentemente de outras ‘mercadorias’, pode render mais, pois elas podem ser usadas repetidamente.”

Nessa acepção, Silva Medeiros²¹ assevera que,

[...] o funcionamento e bom desempenho desta grande indústria exploradora se dão pelo fato de esta apresentar baixo risco e lucros exorbitantes, e o maior destaque é dado às atividades de exploração para fins sexuais e laboral, na medida em que ambas constituem as modalidades mais rentáveis do tráfico

Ante a realidade ora exposta, importante destacar o conceito de tráfico internacional de pessoas e suas modalidades, uma vez que existem características próprias desse tipo de tráfico, além de como atinge os direitos humanos e quais os instrumentos necessários ao combate de tal prática, tanto no âmbito internacional, como no âmbito interno, das leis nacionais brasileiras, com destaque à Lei nº 13.344/16.

¹⁹ JESUS. Damásio de. **Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças - Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2.

²⁰ Ibid, p. 13-14.

²¹ MEDEIROS, Maria Alice de Brito Silva. Tráfico Internacional de Pessoas: A escravidão moderna fundada na vulnerabilidade da vítima. **Jusbrasil**, 15 set. 2016. Disponível em: <https://alicebsm.jusbrasil.com.br/artigos/383893203/trafico-internacional-de-pessoas>. Acesso em: 28/08/18.

TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS: NECESSIDADE DE CONCEITUAÇÃO

Segundo um dos maiores mecanismos legais de âmbito internacional, que se destina a tratar especificamente do tráfico internacional de pessoas, intitulado popularmente de Protocolo de Palermo, criado em novembro de 2000, com intuito de prevenir, suprimir e punir o tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças, que suplementa a Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional, trouxe em seu texto legal, mais precisamente em seu art. 3^o²², a definição de tráfico de seres humanos.

Percebe-se que a definição contida no referido tratado tem um caráter amplo, propondo, primordialmente, a garantia das vítimas do tráfico, que, independente do tipo de atividade que estiver envolvida, lícita ou ilícita, tem como enfoque principal, a ocorrência de impedimento ou limitação abusiva de seus direitos e o constrangimento de sua vontade.

Ademais, ainda conforme a definição supra, esta não se encerra a prática do tráfico de pessoas com fim de prostituição ou exploração sexual, mas sim, se estende ao trabalho forçado ou outros tipos de escravidão, servidão ou ainda, remoção de órgãos, abrangendo o uso do corpo das vítimas tanto para obtenção de lucros com a venda de órgãos ou por meio da prostituição, quanto para trabalhos forçados como a escravidão.

Conforme Jesus²³, dentre as principais causas do tráfico internacional de pessoas, podem ser elencadas as seguintes:

²² Para efeitos do presente Protocolo:

- a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou 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 outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, 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 na alínea a);
- c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "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.

²³ JESUS. Damásio de. **Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças - Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19.

[...] ausência de direitos ou a baixa aplicação das regras internacionais de direitos humanos; a discriminação de gênero, a violência contra a mulher; a pobreza e a desigualdade de oportunidades e de renda; a instabilidade econômica, as guerras, os desastres naturais e a instabilidade política.

De modo geral, os chamados, “aliciadores”, intimidam as vítimas direta ou indiretamente, como, por exemplo, através de suas famílias. Muitas das vezes, a própria vítima dá o consentimento ao aliciador, que se utilizam de técnicas a fim de passar certa confiança, já conhecendo de antemão a situação em que se encontra a pessoa vulnerável, que vendo a “grande oportunidade” sendo ofertada, não deixa de agarrá-la, considerando que poderá construir melhores condições de vida, caso aceite a proposta.

No entanto, como já referido anteriormente, a proposta aceita pela vítima, sendo ela de trabalho ilícito ou não, considerado moral ou imoral perante a sociedade, não afasta a ocorrência do crime, uma vez que tem por objeto de proteção os direitos fundamentais dos seres humanos, que são grosseiramente violados ante a prática de determinado crime.

Nessa lógica, Jesus,²⁴ acerca do crime ora discutido, acrescenta que:

[...] tráfico pode envolver um indivíduo ou um grupo de indivíduos. O ilícito começa com o aliciamento e termina com a pessoa que explora a vítima (compra-a e a mantém em escravidão, ou a submete a práticas similares à escravidão, ou ao trabalho forçado ou outras formas de servidão). O tráfico internacional de pessoas não se refere apenas e tão-somente ao cruzamento de fronteiras entre países. Parte substancial do tráfico global reside em mover uma pessoa de uma região para outra, dentro dos limites de um único país, observando-se que o consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, nem limita o direito que ela tem à proteção oficial.

Requisito central no tráfico é a presença do engano, da coerção, da dívida e do propósito de exploração.

A título de exemplo, acerca de como esse tipo de prática é executado na realidade, de acordo com uma matéria do jornal “O Estado de São Paulo”²⁵, publicada em 2001, narrava um caso em que meninas com idades entre 13 e 14 anos, eram levadas por falsas promessas de uma vida melhor pelos traficantes, tiradas de suas famílias miseráveis do oeste africano, inicialmente buscando asilo nos grandes aeroportos britânicos, sendo levadas posteriormente aos abrigos, intitulados de “famílias de adoção”.

²⁴ JESUS. Damásio de. **Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças - Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7-9.

²⁵ LAPOUGE, Gilles. Jornal O Estado de S. Paulo, 17 abr. 2001.

No entanto, passam a receber telefonemas e vem a desaparecer, sendo transportadas a outros países europeus, onde são exploradas sexualmente, visando o lucro com a prostituição, para pagarem dívidas com os traficantes, que chegavam ao patamar de 50 mil dólares. Segue abaixo um trecho da notícia, constando a realidade enfrentada por essas pessoas vítimas de diversos abusos e violação de direitos inerentes a condição humana.

[...] em 1988, a polícia de Sussex lançou a chamada Operação Ponte Nova. Com a ajuda da Brigada Nacional contra o Crime, prendeu dois traficantes. E ficou sabendo que grande parte das crianças é arrebanhada num mercado de escravos em Benin City (na Nigéria), 200 quilômetros ao sul de Lagos, capital do país. Dessa localidade banhada por um sol causticante, iniciam uma longa caminhada, que muitas vezes acaba em morte.²⁶

Considera-se que o tráfico internacional de pessoas está inserido no âmbito do crime organizado transnacional, e, em razão da extensão desse tipo de crime, os problemas dele advindos, demandam um esforço para combatê-lo de domínio global, manifestando desafios a serem tratados pelas políticas públicas de direitos humanos, “[...] na medida em que as vítimas desses crimes sofrem inúmeras violações tanto por parte dos traficantes quanto por parte das organizações governamentais que supostamente deveriam protegê-las”.²⁷

Diante de tamanha brutalidade e violação de direitos humanos, protegidos internacionalmente, em razão do exercício do tráfico de pessoas, torna imprescindível elencar as normas de direitos internacionais que visam a garantia da vida, da dignidade, de todas as formas de liberdades de que são vitais para o pleno desenvolvimento do ser humano, e que devem ser respeitadas e igualmente protegidas por seus semelhantes.

2. O TRÁFICO DE PESSOAS E OS INSTITUÍDOS DE CARÁTER INTERNACIONAL PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Como outrora mencionado, a evolução histórica do ser humano, traz grandes conquistas no que tange a proteção à liberdade, à vida e a dignidade, em virtude das batalhas travadas para se alcançar tais garantias fundamentais a qualquer pessoa.

Assim, diante de tamanha luta, foram criados institutos internacionais, a partir da união das nações, com único objetivo de evitar novas guerras e

²⁶ Ibid.

²⁷ JESUS. Damásio de. **Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças - Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13.

promover a paz social, deixando claro que independente de raça, crenças, sexo, ou qualquer outra condição, deve ser preservado, acima de tudo, melhores condições de vida aos seres humanos, a partir da garantia de seus direitos mais fundamentais.

No tocante a exploração de pessoas por meio do tráfico internacional, percebe-se que todo o esforço em unir os países a partir dos pactos sociais de preservação da vida ainda não foi suficiente para impedir que esta seja vista como bem maior, levando o homem a explorar o seu igual, como mercadoria, em virtude de sua cobiça por dinheiro e riquezas.

No âmbito internacional, de modo geral, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, instituída em 1948, consolidando entre as nações os direitos e liberdades fundamentais dos seres humanos. Nas palavras de Silva Medeiros²⁸,

[...] essa declaração teve, como alicerce, os sentimentos de humanidade e desprezo aos atos de atrocidade, despotismo e repressão, manifestados durante as guerras mundiais. Assim, seguindo os princípios da universalidade, inalienabilidade, interdependência e liberdade, os países acordaram, pela primeira vez, uma declaração abrangente de direitos humanos.

Determinada Declaração, estabeleceu em seu texto, diretrizes a serem alcançadas como um “ideal comum” a todos os povos e todas as nações, assegurando genericamente que ninguém será mantido em escravidão ou servidão, proibindo a escravidão ou tráfico de escravos em todas as suas formas, afirma que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante e ainda, que todo ser humano tem direito de ser, em todos os lugares reconhecido como pessoa perante a lei, conforme assevera seus artigos IV, V e VI²⁹.

Além da Declaração Universal dos Direitos do Humanos (1948), passaram a surgir diversos instrumentos de proteção aos direitos humanos na seara global, destacando como principais a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948), a Declaração Universal dos Direitos do Homem pela ONU (1948) a Convenção Interamericana de Direitos

²⁸ MEDEIROS, Maria Alice de Brito Silva. Tráfico Internacional de Pessoas: A escravidão moderna fundada na vulnerabilidade da vítima. **Jusbrasil**, 15 set. 2016. Disponível em: <https://alicebsm.jusbrasil.com.br/artigos/383893203/trafico-internacional-de-pessoas>. Acesso em: 04 set. 2018.

²⁹CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS RIO DE JANEIRO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. UNIC/Rio/005, jan. 2005. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 04 set.18.

Humanos (1969), além da Declaração Universal dos Direitos dos Povos (1977).³⁰

Assim, apenas com a redação ampla das Declarações, não haveria de existir atividades em que os seres humanos são postos como mercadorias, objetos, servos e escravos como ocorre no tráfico internacional de pessoas. Encontrase, portanto, no Direito internacional, uma união em forma de cooperação dos países, para que apliquem os tratados e convenções em seus territórios, objetivando a prevenção, repressão e ainda meios de empregar sanções contra a prática do tráfico de pessoas.

No entanto, por si só, tais dispositivos internacionais não foram suficientes no combate do tráfico de pessoas, necessitando de um instrumento específico para lidar com essa realidade. Foi criada pela ONU, em 2000, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, instrumento mais recente sobre o tema, entrando em vigor em 2003, que traz, dentre os seus três protocolos adicionais, o Protocolo das Nações Unidas para Prevenir, Suprimir e Punir Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças³¹.

Contudo, antes da Convenção de Palermo, outros acordos foram firmados na tentativa de repudiar o tráfico de pessoas, com especial relevância no que tange a proteção de mulheres e crianças, consideradas mais vulneráveis nessa situação, como a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas (Paris, 1910), a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças (Genébra, 1921), a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (Genébra, 1933), o Protocolo de Emenda à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (1947), e, por último, a Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (*Lake Success*, 1949)³².

³⁰ DORNELLES, João Ricardo W. **O que são Direitos Humanos**. 2. ed. 5ª reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2013.

³¹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Convenção das nações unidas contra o crime organizado transnacional**. Brasília. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>. Acesso em: 04 set. 2018.

³² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Cartilha da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Brasília, 2007. Disponível em: http://reporterbrasil.org.br/documentos/cartilha_trafico_pessoas.pdf. Acesso em: 05 set. 2018.

A criação da Convenção de Palermo, evidencia o reconhecimento da importância em criar mecanismos de combate a essa problemática, além de elaborar um protocolo específico nessa seara que

[...] possui uma linguagem global sobre a definição, prevenção e assistência às vítimas do tráfico de pessoas, protegendo os direitos humanos. Além disso, estabelece os parâmetros de cooperação judiciária e troca de informações entre os países. Seu propósito cinge-se em auxiliar o desenvolvimento de uma legislação nacional pertinente e eficaz, para que cada país signatário, num sistema internacional de cooperação, consiga hostilizar este crime.³³

Dessa forma, a Convenção auxilia cada país subscritor, a criarem meios eficazes no combate ao Crime Organizado internacional, e no caso em questão, ao tráfico internacional de pessoas, se comprometendo a adotar medidas como:

[...] tipificação criminal na legislação nacional de atos como a participação em grupos criminosos organizados, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça. A convenção também prevê que os governos adotem medidas para facilitar processos de extradição, assistência legal mútua e cooperação policial. Adicionalmente, devem ser promovidas atividades de capacitação e aprimoramento de policiais e servidores públicos no sentido de reforçar a capacidade das autoridades nacionais de oferecer uma resposta eficaz ao crime organizado.³⁴

A convenção de Palermo, estabelece no art. 2º os objetivos desse mecanismo de enfrentamento ao tráfico de pessoas, dentre os quais:

a) Prevenir e combater o tráfico de pessoas, prestando uma especial atenção às mulheres e às crianças; b) Proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos; e c) Promover a cooperação entre os Estados Partes de forma a atingir estes objetivos.³⁵

³³ MEDEIROS, Maria Alice de Brito Silva. Tráfico Internacional de Pessoas: A escravidão moderna fundada na vulnerabilidade da vítima. **Jusbrasil**, 15 set. 2016. Disponível em: <https://alicebsm.jusbrasil.com.br/artigos/383893203/trafico-internacional-de-pessoas>. Acesso em: 04 set. 2018.

³⁴ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Convenção das nações unidas contra o crime organizado transnacional**. Brasília. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>. Acesso em: 05 set. 2018

³⁵ CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL. **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**, de 29 de setembro de 2003. Disponível em: <http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

Ademais, se preocupou em fazer com que os países membros busquem políticas públicas que visem a assistência e proteção às vítimas de tráfico de pessoas, devendo, cada Estado, proteger a privacidade e identidade das vítimas, e que apliquem medidas que permitam a recuperação física, psicológica e social, fornecendo as mesmas, oportunidade de emprego, educação e formação³⁶.

A CONVENÇÃO DE PALERMO: SUA INCIDÊNCIA NO DIREITO NACIONAL BRASILEIRO E A LEI Nº 13.344/16

A Convenção de Palermo foi ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto 5.017/04, que passou a ter o compromisso de colaborar com os demais países signatários da Convenção, na reprimenda do crime de tráfico de pessoas. No entanto, inicialmente, o único mecanismo existente no ordenamento jurídico nacional para coibir esse tipo de prática, era o tipo penal previsto nos artigos 231 e 231-A do Código Penal, apenas quanto a exploração sexual de pessoas.³⁷

Antes da ratificação da convenção, o tipo penal era restrito apenas as mulheres, onde previa como crime “promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de *mulher* que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro”. Após a Convenção, o crime passou a abranger qualquer pessoa, instituindo ainda o art. 231-A, acerca do tráfico interno de pessoas, também, apenas quanto a exploração sexual.³⁸

Entretanto, a Convenção de Palermo, define em seu art. 3º, como ora transcrito previamente, o tráfico de pessoas não apenas para fins de exploração sexual, como também para trabalhos ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares, servidão ou extração de órgãos³⁹.

³⁶ Ibid.

³⁷ HOFFMANN, Henrique. Lei de tráfico de pessoas (Lei 13.344/16). **Jusbrasil**, 28 out. 2016. Disponível em: <https://henriquehmc.jusbrasil.com.br/artigos/399990751/lei-de-traffic-de-pessoas-lei-13344-16>. Acesso em: 05 set. 2018.

³⁸ BRASIL. Decreto-lei nº **2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Artigo 231 e 231-A. **Código Penal** Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art231. Acesso em: 05 set. 2018.

³⁹ CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL. **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**, de 29 de setembro de 2003. Disponível em: <http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

Visando alcançar os objetivos traçados na Convenção, ante seu compromisso firmado quando de sua ratificação, em 2006 o Brasil aprovou a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, por meio do Decreto Presidencial nº 5.948/06⁴⁰, em que determinou que país deverá criar um Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, implementando metas para prevenção, repressão e apoio às vítimas do crime. Assim, em 2008, foi aprovado o primeiro Plano de enfrentamento pelo Decreto nº 6.347/08⁴¹, com prazo de duração de apenas dois anos.

Em seguida, foi criado o segundo Plano Nacional de Enfrentamento, por meio do Decreto nº 7.901/2013, com prazo de vigência de 2013 a 2016, instituindo como principais objetivos, os elencados no art. 3º, §1º⁴² do referido decreto.

Posteriormente, em outubro de 2016, foi sancionada a Lei nº 13.344/16 que se tornou o marco regulatório do crime de tráfico de pessoas no Brasil, ampliando as modalidades de tráfico previstas anteriormente no Código Penal, ao incluir o art. 149-A⁴³, passando a punir o tráfico para além da

⁴⁰ BRASIL. Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas e institui grupo de trabalho interministerial com objetivo de elaborar proposta do plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm. Acesso em: 05 set. 2018.

⁴¹ BRASIL. Decreto nº 6.347, de 08 de janeiro de 2008. Aprova o plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas – PNETP e institui grupo assessor de avaliação e disseminação do referido plano. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6347.htm. Acesso em: 05 set. 2018.

⁴² I - ampliar e aperfeiçoar a atuação de instâncias e órgãos envolvidos no enfrentamento ao tráfico de pessoas, na prevenção e repressão do crime, na responsabilização dos autores, na atenção às vítimas e na proteção de seus direitos;

II - fomentar e fortalecer a cooperação entre órgãos públicos, organizações da sociedade civil e organismos internacionais no Brasil e no exterior envolvidos no enfrentamento ao tráfico de pessoas;

III - reduzir as situações de vulnerabilidade ao tráfico de pessoas, consideradas as identidades e especificidades dos grupos sociais;

IV - capacitar profissionais, instituições e organizações envolvidas com o enfrentamento ao tráfico de pessoas;

V - produzir e disseminar informações sobre o tráfico de pessoas e as ações para seu enfrentamento; e

VI - sensibilizar e mobilizar a sociedade para prevenir a ocorrência, os riscos e os impactos do tráfico de pessoas.

⁴³ **Tráfico de Pessoas**

exploração sexual, incluindo o trabalho escravo, remoção de órgão e adoção ilegal, conforme o conceito presente na Convenção de Palermo.

O crime do art. 149-A do CP, é considerado um tipo penal misto alternativo, ou seja, de ação múltipla, podendo ser enquadrado na lei se o agente vir a praticar qualquer das condutas nele previstas. No entanto, determinados atos apresentam a permanência, como é o caso dos verbos “transportar” ou “alojar”, assim, a consumação do delito irá se prolongar no tempo. Além disso, trata-se de crime bicomum, não havendo uma exigência especial para ser vítima ou agente do crime.⁴⁴

O crime de tráfico previsto no artigo supracitado, incluído pelo art. 13 da Lei 13.344/2016, é crime comum, formal, não exigindo que haja um resultado naturalístico para sua consumação, bastando a prática de algum dos verbos do tipo. O delito tem como objeto material o ser humano, sem discriminação por motivo de gênero, origem étnica ou social, orientação sexual, raça, de acordo com o art. 2º, IV e V da referida lei.⁴⁵

Indo além, o crime de tráfico de pessoas só é admitido em sua modalidade dolosa, no sentido de praticar uma das finalidades presentes nos incisos do art. 149-A do CP, não sendo cabível a modalidade culposa do delito, uma vez que, a ausência do dolo específico, poderá configurar outro tipo de crime, como por exemplo, sequestro ou redução à condição análoga à de escravo, conforme previsão nos artigos 148 e 149 do CP.⁴⁶

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

- I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;
- IV - adoção ilegal; ou
- V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

⁴⁴ HOFFMANN, Henrique. Lei de tráfico de pessoas (Lei 13.344/16). **Jusbrasil**, 28 out. 2016. Disponível em: <https://henriquehmc.jusbrasil.com.br/artigos/399990751/lei-de-trafico-de-pessoas-lei-13344-16>. Acesso em: 13 set. 2018.

⁴⁵ SOUTO, Robson. Breves considerações acerca da Lei nº 13.344/16: Lei de Tráfico de Pessoas. **Megajurídico**, 04 março 2017., Disponível em: <https://www.megajuridico.com/breves-consideracoes-acerca-da-lei-no-13-344-de-2016-lei-de-trafico-de-pessoas/>. Acesso em: 13 set. 2018.

⁴⁶ SOUTO, Robson. Breves considerações acerca da Lei nº 13.344/16: Lei de Tráfico de Pessoas. **Megajurídico**, 04 março 2017., Disponível em:

Nas palavras de Nucci, “[...] cuida-se de um tipo de múltipla proteção, envolvendo a dignidade sexual, o estado de filiação, a integridade física, enfim, a própria vida. Pode-se, então, afirmar cuidar-se de uma tutela penal à dignidade da pessoa humana.”⁴⁷

Apesar disso, a Convenção de Palermo, como outrora mencionado, definiu que, ainda que haja o consentimento da vítima quanto à “oferta” de seu aliciador, será incluído na prática de tráfico de pessoas. Não é o que ocorre na legislação brasileira, conforme o dispositivo do art. 149-A do CP ora analisado, pois, existindo o consentimento da vítima, ou seja, quando o crime não é praticado mediante violência coação, fraude ou abuso, a tipicidade fica excluída.

A Lei 13.344/16, para além de incluir o art. 149-A no CP, ainda trouxe outras inovações na prevenção e repressão do tráfico internacional de pessoas, com fim de atender o disposto na Convenção de Palermo, assinada pelo Brasil. Assim, logo em seu art. 1º, a lei prevê a aplicação do crime de tráfico de pessoas não apenas quando este for cometido em território brasileiro, sendo a vítima brasileira ou estrangeira, mas também, quando a vítima for brasileira e o crime for cometido no exterior⁴⁸.

Em seu art. 4º, tratou da questão de como será feita a prevenção ao tráfico de pessoas, incentivando a participação da sociedade civil, por meio da criação de projetos de prevenção ao tráfico de pessoas, integrados nas áreas da saúde, educação, assistência social, comunicação, cultura, direitos humanos, entre outras, instituindo campanhas socioeducativas e de conscientização da realidade desse tipo de atividade que acontece constantemente no mundo inteiro, porém não é feita sua publicidade. Nas palavras de Rogério Sanches Cunha⁴⁹

[...] a prevenção ao tráfico não deve se focar apenas em um aspecto do problema. Antes, exige uma abordagem multidisciplinar, que abranja vários campos da atividade humana, sob pena de não atingir seus objetivos. Daí a necessidade de integração e colaboração mútua entre as mais diversas áreas.

<https://www.megajuridico.com/breves-consideracoes-acerca-da-lei-no-13-344-de-2016-lei-de-trafico-de-pessoas/>. Acesso em: 13 set. 2018.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial – arts. 121 a 212 do código penal, v2. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 279.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº **13.344**, de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm. Acesso em: 13 set. 2018.

⁴⁹ CUNHA, Rogério Sanches; BATISTA, Ronaldo Pinto. **Tráfico de Pessoas – Lei 13.344/2016 comentada por artigos**. 1ª ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 192.

De forma a colaborar com as práticas de prevenção ao tráfico elencadas no art. 4º, o artigo seguinte da lei vem estabelecer como será feita a repressão ao crime, por meio da cooperação entre órgãos do sistema de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros, da integração de políticas e ações de repressão aos crimes correlatos e da responsabilização dos seus autores e da formação de equipes conjuntas de investigação⁵⁰.

De modo a reforçar as medidas de prevenção ao crime de tráfico de pessoas estabelecidas nos artigos anteriores, o art. 15⁵¹ da mesma lei resolve que serão realizadas campanhas nacionais de enfrentamento, divulgadas mediante veículos de comunicação, com vistas à conscientização da sociedade sobre todas as modalidades desse tipo penal.

Oportuno lembrar que, essa problemática não é frequentemente abordada da forma como deveria nas grandes mídias, fazendo a população crer pela pouca incidência desse tipo de prática ao redor do mundo, desconhecendo a dimensão e as consequências do tráfico humano, quando, na verdade, se faz uma realidade nos dias atuais.

Em seguida, o artigo 6º, vem destacando as formas em que se dará a proteção e o atendimento à vítima direta ou indireta do tráfico de pessoas, mediante assistência judicial, social, de trabalho e emprego e de saúde; acolhimento e abrigo provisório; atenção às suas necessidades específicas, preservação da identidade e intimidade, atendimento humanizado, prevenção à revitimização no atendimento e nos procedimentos investigatórios e judiciais⁵².

Nesse sentido, Margato de Almeida,⁵³ complementa que uma parte da doutrina vem entendendo que o art. 6º da Lei faz “[...] uma analogia à Lei Maria da Penha, no tocante à humanização do atendimento e as várias

⁵⁰ BRASIL. **Lei Federal nº 13.344, de 06 de outubro de 2016**. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. de 6 de outubro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm. Acesso em: 13 set. 2018.

⁵¹ Ibid.

⁵² BRASIL. **Lei Federal nº 13.344, de 06 de outubro de 2016**. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. de 6 de outubro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm. Acesso em: 13 set. 2018.

⁵³ ALMEIDA, Vinicius Margato de. Tráfico de Pessoas e a Lei 13.344/16: O Marco Regulatório do Tráfico de Pessoas. **Jusbrasil**, 02 jul. 2017. Disponível em: <https://margato10.jusbrasil.com.br/artigos/474235018/trafico-de-pessoas-e-a-lei-13344-2016>. Acesso em: 13 set. 2018.

outras formas de ajudar as vítimas deste delito, seja uma ajuda jurídica, social, de trabalho e saúde”.

Mais adiante, o art. 9º da lei 13.344/16 faz remissão à lei das organizações criminosas nº 12.850/13, permitindo sua aplicação subsidiária aos casos de tráfico de pessoas, esta última, conceitua como organização criminosa, em seu art. 1º, §1º, conforme segue:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.⁵⁴

Nesse contexto, a aplicação subsidiária da lei de organização criminosa no caso do tráfico de pessoas, tem como intuito colaborar para identificação e repressão dos crimes de tráfico, por meio da colaboração premiada, uma vez que, aquele que pertence a algum tipo de organização criminosa, tem possibilidade de delatar quais seriam seus associados e, em contrapartida, receberia um bônus pelo auxílio na resolução do crime.

Importante lembrar que o art. 26, item 2 da Convenção de Palermo, da qual o Brasil é signatário, prevê a oportunidade de utilização de mecanismos como o da delação premiada, disposto na lei de organizações criminosas, como se observa abaixo:

[...] cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.⁵⁵

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 13 set. 2018.

⁵⁵ CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL. **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**, de 29 de setembro de 2003. Disponível em: <http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf>. Acesso em: 13 set. 2018.

Nesse diapasão, assevera Ronaldo Batista Pinto⁵⁶, acerca do instituto da colaboração premiada e sua aplicabilidade nos casos de tráfico de pessoas, como se vê, *in verbis*:

[...] a colaboração premiada poderia ser definida, já com base na Lei nº 12.850/2013, como a possibilidade que detém o autor do delito em obter o perdão judicial ou a redução da pena (ou sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei. A partir da lei posta, portanto, incabível a conceituação do instituto com base, exclusivamente, na delação dos comparsas formulada pelo colaborador, já que o prêmio pode ser obtido ainda que ausente essa imputação, como, por exemplo, se em decorrência dela se salvaguardou a integridade física da vítima (art. 4º, inc. V da lei).

A respeito do art. 10⁵⁷, o legislador propôs a criação de sistema de informações visando à coleta e gestão de dados com fim de armazenar informações para orientar o enfrentamento do tráfico de pessoas a partir de dados como as regiões onde o crime é mais acentuado, qual a média de idade das vítimas, dentre outros.

À vista disso, o art. 11⁵⁸, trata de medidas práticas a serem adotadas pelos membros do Ministério Público ou mesmo o delegado de polícia, possibilitando a requisição de dados e informações cadastrais de órgãos do poder público ou de empresas privadas, tanto das vítimas, quanto de suspeitos, ao inserir o art. 13-A no CP.

Tal providência auxilia na eficácia de combate a esse tipo de crime, uma vez que as vítimas mantêm constante contato com seu ofensor, por meio de telefonemas, mensagens via internet ou outros meios de comunicação. Contudo, essa coleta de informações deve ser restringida apenas a dados cadastrais, visto que, caso seja necessária uma investigação mais profunda, é preciso solicitar autorização judicial para conseguir mais detalhes.

Tendo em vista a alta complexidade de lidar com esse tipo de crime, de natureza transnacional e por se tratar de uma criminalidade organizada, deve ter um trato legislativo de modo a dispor de certa flexibilidade ou mesmo limitação, no que tange aos direitos de intimidade dos suspeitos do

⁵⁶ PINTO, Ronaldo Batista. Colaboração premiada é arma de combate ao crime. **Conjur**, 02 set. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-02/ronaldo-pinto-lei-12850-regulamenta-colaboracao-premiada>. Acesso em: 13 set 2018.

⁵⁷ BRASIL. **Lei Federal nº 13.344, de 6 de outubro de 2016**. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm. Acesso em: 13 set. 2018.

⁵⁸ Ibid.

crime, pela grande dificuldade de obtenção de provas, além da enorme violação de direitos fundamentais das vítimas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Grande parte dos cidadãos brasileiros tem consciência das barbaridades que ocorreram durante nossa história de colonização portuguesa com os índios e os africanos que passaram a ser escravizados vendo sua liberdade restringida e tratados como mercadoria, ante a ignorância e noção de superioridade dos colonos portugueses.

Porém, não é apenas nesse fato histórico que houve grande violação aos direitos mais fundamentais dos seres humanos, vindo, mais a frente, e em outros países, eventos que feriram profundamente à vida, à dignidade e a liberdade da pessoa humana. Assim, a fim de erradicar tais práticas e salvaguardar os direitos e garantias essenciais a cada um, os países se uniram em forma de tratados e convenções internacionais afirmando que ninguém deverá ser submetido a tratamento desumano, cruel ou a qualquer tipo de tortura devendo ser reconhecido como pessoa perante a lei.

Apesar dos esforços das nações, ainda hoje existe no mundo inteiro a chamada escravidão moderna, mascarada pela prática do tráfico internacional de pessoas, que grande parte da população mundial não tem a ligeira noção de que esse tipo de crime é uma realidade, uma vez que a mídia não faz questão de tratar dessa problemática com a devida preocupação.

Dessa forma, por meio da “Convenção de Palermo”, o Brasil instituiu medidas em seu ordenamento jurídico, com escopo de enfrentar o problema do tráfico de pessoas através da Lei nº 13.344/16, vigente no país a pouco tempo, porém que, ficou conhecida como o marco regulatório para auxiliar no combate a esse tipo de prática, vedada pelas leis nacionais e internacionais.

A lei representa o início de uma grande batalha que deverá ser travada não apenas pela criação de um tipo penal que criminaliza esse tipo de conduta, mas também, através de diversas áreas, como a educação, saúde, cultura, assistência social e de toda a sociedade, uma vez que se trata de crime complexo, de caráter transnacional, devendo ser combatido por meio de uma abordagem multidisciplinar, com a colaboração de todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALMEIDA, Vinicius Margato de. Tráfico de Pessoas e a Lei 13.344/16: O Marco Regulatório do Tráfico de Pessoas. **Jusbrasil**, 02 jul. 2017. Disponível em:

<https://margato10.jusbrasil.com.br/artigos/474235018/trafico-de-pessoas-e-a-lei-13344-2016>. Acesso em: 13 set. 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ARY, Thalita Carneiro; MAIA, Ana Clara. **Tráfico de seres humanos na sociedade internacional contemporânea, globalização, políticas migratórias e os esforços multilaterais de combate**. Revista Interdisciplinar da Mobilidade Urbana – REMHU. Ano XVI, nº 38, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Artigo 231 e 231-A. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art231.

BRASIL. **Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006**. Aprova a Política Nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas e institui grupo de trabalho interministerial com objetivo de elaborar proposta do plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm.

BRASIL. **Decreto nº 6.347, de 08 de janeiro de 2008**. Aprova o plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas – PNETP e institui grupo assessor de avaliação e disseminação do referido plano. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6347.htm>.

BRASIL. **Decreto nº 7.901, de 04 de fevereiro de 2013**. Institui a coordenação tripartite da política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas e o comitê nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas – CONATRAP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7901.htm.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm.

BRASIL. Lei Federal nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm.

CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS RIO DE JANEIRO. Declaração Universal dos Direitos Humanos. UNIC/Rio/005, jan. 2005. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/img/2014/09/DUDH.pdf>.

CHALHOUB, Sidney. A força da escravidão: Ilegalidade e costume no Brasil oitocentista. 1ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Disponível em: <https://www.companhiadasletras.com.br/trechos/13359.pdf>. Acesso em: 27 set. 2018.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL. 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, de 29 de setembro de 2003. Disponível em: <http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf>.

CUNHA, Rogério Sanches; BATISTA, Ronaldo Pinto. Tráfico de Pessoas – Lei 13.344/2016 comentada por artigos. 1ª ed. Salvador: Juspodium, 2016.

DORNELLES, João Ricardo W. O que são Direitos Humanos. 2. ed. 5ª reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2013.

HOFFMANN, Henrique. Lei de tráfico de pessoas (Lei 13.344/16). **Jusbrasil**, 28 out. 2016. Disponível em: <https://henriquehmc.jusbrasil.com.br/artigos/399990751/lei-de-trafico-de-pessoas-lei-13344-16>.

JESUS, Damásio de. Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças – Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003.

LAPOUGE, Gilles. Jornal O Estado de S. Paulo, 17 abr. 2001.

MEDEIROS, Maria Alice de Brito Silva. Tráfico Internacional de Pessoas: A escravidão moderna fundada na vulnerabilidade da vítima.

Jusbrasil, 15 set. 2016. Disponível em:
<https://alicebsm.jusbrasil.com.br/artigos/383893203/trafico-internacional-de-pessoas>.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Cartilha da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Brasília, 2007. Disponível em: http://reporterbrasil.org.br/documentos/cartilha_trafico_pessoas.pdf.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **A carta das nações unidas**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **O que são direitos humanos?** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte especial – arts. 121 a 212 do código penal, v2**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINTO, Ronaldo Batista. Colaboração premiada é arma de combate ao crime. **Conjur**, 02 set. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-02/ronaldo-pinto-lei-12850-regulamenta-colaboracao-premiada>.

SILVA NETO, Augusto Rolim da. O tráfico internacional de pessoas em face aos direitos humanos e ao direito internacional. **Jus**, outubro, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43950/o-trafico-internacional-de-pessoas-em-face-aos-direitos-humanos-e-ao-direito-internacional>.

SOUTO, Robson. Breves considerações acerca da Lei nº 13.344/16: Lei de Tráfico de Pessoas. **Megajurídico**, 04 março 2017., Disponível em: <https://www.megajuridico.com/breves-consideracoes-acerca-da-lei-no-13-344-de-2016-lei-de-trafico-de-pessoas/>.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito Internacional para o Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2013. Saraiva online.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Convenção das nações unidas contra o crime organizado transnacional**. Brasília. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica no atual contexto jurisprudencial dos crimes ambientais^{(*)1}

The criminal responsibility of the juridical person in the current jurisprudential context of environmental crimes

La responsabilidad penal de la persona jurídica en el contexto jurisprudencial actual de los delitos ambientales

Adrielly Pinto dos Reis²

Bruna Magalhães Passamani³

Sumário: Introdução. **1.** A responsabilização da pessoa jurídica nos crimes ambientais. **2.** Abordagem jurisprudencial e o entendimento dos Tribunais Superiores. **3.** A limitação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais. **4.** A possibilidade de se responsabilizar as pessoas jurídicas de direito público. **5.** A responsabilidade penal das pessoas jurídicas entendida a partir de casos concretos. –

(*) Recibido: 12 julio 2019 | Aceptado: 11 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

- ¹ Artigo elaborado na disciplina Direito Penal Econômico regida pelo prof. Daury Cesar Fabriz do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.
- ² Graduanda em Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7377563472728356>.
dricap.reis@gmail.com
- ³ Graduanda em Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6034815737233657>.
passamani.bruna@gmail.com

Considerações e apontamentos finais. – Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem por escopo analisar a legitimação do direito penal econômico na esfera dos crimes ambientais, haja vista que o ambiente é uma das condições para garantir direitos coletivos e difusos. Nesse viés é de suma importância, o papel do Estado, como ente democrático de Direito, o qual cria mecanismos para coibir de forma mais efetiva os infratores ambientais. Nesse sentido, vale destacar a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), a qual prevê sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Com isso, devido à relevância do bem tutelado, bem como pela grande quantidade de crimes ambientais cometidas por pessoas jurídicas, o legislador constitucional estendeu a responsabilidade penal às pessoas jurídicas. Assim, o estudo propõe-se a refletir sobre os limites e os alcances da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, tanto de direito público quanto de direito privado.

Palavras-chave: meio ambiente, Lei de Crimes Ambientais, responsabilização penal, pessoa jurídica.

Abstract: This article aims to analyze the legitimation of the economic criminal law in the sphere of the ambient crimes, has seen that the environment is one of the conditions to guarantee collective and diffuse rights. In this bias it is also of utmost importance, the paper of the State, as democratic being of Right, which creates mechanisms to restrain of form more effective the ambient infractors. In this sense, it is worth highlighting the Law on Environmental Crimes (Law 9.605/98), which provides for criminal and administrative sanctions derived from conduct and activities that harm the environment. Given this, due to the relevance of well tutored, as well as the large amount of environmental crimes committed by corporations, the constitutional legislator extended criminal liability to corporations as a way to curb the behavior harmful to the environment and punish the criminal agents. Thus, the study proposes an approach on the limits and scope of criminal responsibility of juridical entities, both public and private law.

Key-words: environment, Law of Environmental Crimes, criminal responsibility, juridical person.

Resumen: El objetivo de este artículo es analizar la legitimación del derecho penal económico en el ámbito de los delitos

ambientales, dado que el medio ambiente es una de las condiciones para garantizar derechos colectivos y difusos. En este sesgo, el papel del Estado como cuerpo de leyes democrático es de suma importancia, lo que crea mecanismos para restringir más eficazmente a los delincuentes ambientales. En este sentido, cabe mencionar la Ley de Delitos Ambientales (Ley 9.605/98), que prevé sanciones penales y administrativas derivadas de conductas y actividades perjudiciales para el medio ambiente. Así, debido a la relevancia del bien protegido, así como a la gran cantidad de delitos ambientales cometidos por personas jurídicas, el legislador constitucional ha extendido la responsabilidad penal a las personas jurídicas. Así, el estudio propone reflexionar sobre los límites y el alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tanto de derecho público como privado.

Palabras clave: medio ambiente, Ley de Delitos Ambientales, responsabilidad penal, persona jurídica.

INTRODUÇÃO

É indiscutível que, diante das grandes questões que assolam o século XXI, os danos causados ao meio ambiente são um dos que devem ser tratados com maior relevância, uma vez que a este é assegurado, constitucionalmente, a categoria de essencial à qualidade de vida. Embora essa seja uma questão complexa, é fundamental compreender que a preocupação com as agressões ao meio ambiente se tornaram objeto de grande preocupação mundial a partir do fim do século passado, em vista das diversas alterações climáticas que o planeta está passando, o que serve de alerta para uma possível catástrofe natural por todo o globo. Assim, apesar deste importante tomado de consciência por parte da humanidade, o número de crimes ambientais só aumentou.

Nessa perspectiva, é possível conceituar meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art. 2º da Lei nº 6.938/81), sendo este um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo (art. 2º da Lei nº 6.938/81). A própria Constituição Federal em seu art. 225, *caput*, eleva o meio ambiente à condição de bem de uso comum, assegura a todos o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e atribui tanto ao Poder Público quanto à coletividade o dever de preservação.

É com esse objetivo, então, que a Lei nº 9.605/98 é instituída, lastrada por tal dispositivo constitucional, ela se mostra como um grande avanço na área de proteção ambiental, uma vez que esta se torna centralizada, com penas uniformes e infrações definidas. Além disso, a Lei de Crimes Ambientais traz inovação ao prever a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica criminalmente pelos danos que seus empreendimentos provoquem na natureza.

A Lei nº 9.605/98 classifica os crimes ambientais em cinco grupos: os crimes contra a fauna (arts. 29 a 37), os crimes contra a flora (arts. 38 a 53), a poluição e outros crimes ambientais (arts. 54 a 61), os crimes contra o ordenamento urbano e contra o patrimônio cultural (arts. 62 a 65) e os crimes contra a administração ambiental (arts. 66 a 69-A). Além disso, esta legislação dispõe acerca das possíveis sanções penais aos infratores, quais sejam a pena privativa de liberdade, as penas restritivas de direito, a pena de multa e a prestação de serviços à comunidade. Entretanto, quando se fala na responsabilização penal das pessoas jurídicas, é preciso observar a necessidade de haver restrições no que tange a essas sanções, uma vez que à pessoa jurídica não poderá ser aplicada a pena privativa de liberdade.

Sendo assim, é de grande relevância o estudo da Responsabilização Penal das Pessoas Jurídicas no âmbito dos crimes ambientais, bem como dos limites aplicáveis a essa responsabilização, principalmente quando se considera que tal temática sempre foi objeto de grande divergência doutrinária. Dessa forma, apesar da Lei de Crimes Ambientais ter possibilitado a responsabilização penal tanto das pessoas físicas, quanto das pessoas jurídicas, o modo de aplicação desta responsabilidade é feito de forma equivalente, mas não pode ser idêntica, em virtude das particularidades atinentes às pessoas jurídicas.

Assim, este artigo tem por escopo abordar as questões relativas à responsabilização penal das pessoas jurídicas pelos crimes ambientais, com relevância aos limites impostos a esta responsabilização, por meio de metodologia qualitativa, exploratória, com base em pesquisa bibliográfica.

1. A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES AMBIENTAIS

As pessoas jurídicas dividem-se em pessoas jurídicas de direito privado e de direito público. Esta por sua vez, ramifica-se em pessoa jurídica de direito público interno representada pela União, os estados, o Distrito Federal e os municípios e em pessoa jurídica de direito público externo, a qual contém, os Estados, Organismos Internacionais, entre outros. As pessoas jurídicas de

direito privado, sejam elas sociedades civis, comerciais, fundações privadas, empresas públicas ou sociedades de economia mista, serão, segundo o princípio da igualdade disposto no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, todas imputáveis quando da prática de infrações penais.

A responsabilidade penal é a obrigação de um autor de um fato típico, ilícito e culpável de responder por este fato perante a justiça criminal, sujeitando-se aos preceitos sancionadores previstos na legislação penal. Com relação a penalização pela prática de crimes ambientais, à medida que se constatou a gravidade dos danos ambientais causados pela ação humana, bem como de outros entes dotados de personalidade jurídica, a preocupação com o meio ambiente passou a ganhar mais destaque. Em virtude disso, com o aumento da conscientização à proteção do meio ambiente foi possível elevá-lo à categoria de bem jurídico, garantido pela Constituição, o que proporcionou a criação de crimes ambientais, bem como a extensão da responsabilidade penal às pessoas jurídicas.

A Constituição Federal de 1988, seguindo uma tendência universal, apontou o meio ambiente ecologicamente equilibrado dentre o rol de direitos fundamentais dos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Tal preceito está previsto no art. 225, “caput”, o qual estabelece que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988, *online*).

O tratamento constitucional destinado ao meio ambiente traz o dever não apenas do Poder Público, mas também da sociedade de proteger e preservar o meio ambiente. Dessa maneira, a Magna Carta em seu art. 225 prevê a tríplice responsabilidade da pessoa física ou jurídica pelo dano ambiental, estabelecendo sanções penais, administrativas e civis, podendo ser aplicadas de maneira cumulativa.

Dessa forma, diante do contexto de progressiva conscientização sobre a tutela desse bem jurídico e dos danos sofridos por ele, surgiu a previsão no art. 225, § 3º da Constituição Federal de 1988 da responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica, o qual estabelece que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988, *online*).

Além disso, a Magna Carta dispõe sobre a responsabilidade da pessoa jurídica, de modo amplo, no capítulo “Dos princípios gerais da atividade econômica”, em seu §5º do artigo 173:

A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a as punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (BRASIL, 1988, *online*).

Posto isto, conforme afirma Claudino, inicialmente, a responsabilização penal da pessoa jurídica suscitou discussões doutrinárias, bem como divergências jurisprudenciais quanto à aplicabilidade desse preceito constitucional. Todavia, apesar da aceitação da maioria da doutrina sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelas condutas lesivas causadas ao meio ambiente, ainda remanescem alguns doutrinadores que não a aceitaram (CLAUDINO, 2012, *online*).

Ao considerar a ruptura com os paradigmas de culpabilidade, punibilidade e aplicação da pena, é possível entender que não se trata de uma mudança imediata, conforme afirma Bello Filho, “será preciso muita discussão para, enfim, transformar a criminalização da pessoa jurídica em uma realidade não apenas aparente, no plano da norma, mas efetiva na aplicação deste pressuposto pelo Judiciário” (BELLO FILHO, 2004, p. 127).

Posto isto, de acordo com autor Romeu Thomé, há três correntes doutrinas sobre o tema. A primeira delas defende que pela leitura do § 3º do artigo 225 da Constituição Federal, entende-se que não há previsão constitucional para a responsabilização penal da pessoa jurídica, uma vez que as atividades exercidas por elas sofrem apenas sanções administrativas, sendo que as condutas, as quais são praticadas pelas pessoas físicas é que sofrem sanções penais. Além disso, essa corrente baseia-se no princípio da intranscendência, alegando que a pena não poderá passar do infrator, que é sempre uma pessoa física, para uma pessoa jurídica.

A segunda corrente baseia-se no princípio da *societates delinquere non potest*, que defende que a sociedade não pode cometer crimes. Nesse sentido, essa corrente filia-se com a teoria da ficção, criada por Savigny, para quem as pessoas jurídicas têm apenas existência fictícia, irreal ou de pura abstração, não sendo, logo, capazes de delinquir por não possuir vontade nem ação.

Em contrapartida, a terceira corrente defende a teoria da realidade, criada por Otto Gierke, em que a pessoa jurídica é um ente com capacidade e vontade própria, não se confundindo com as da pessoa física que a compõem.

Inicialmente, a responsabilização penal da pessoa jurídica ocasionou divergências doutrinárias, bem como jurisprudenciais quanto à recepção desse preceito constitucional. Diante disso, apenas com o advento da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, conhecida como Lei de Crimes

Ambientais, que foi possível a utilização desse instrumento de tutela ambiental.

A Lei 9.605/98 prevê em seu art. 3º que a pessoa jurídica será penalizada por sua conduta quando a sociedade jurídica acordar com seus membros, ou houver a decisão de seu representante legal ou contratual. Desse modo, tal conduta é dependerá da decisão do colegiado ou do seu representante para que seja formalizada a ação penalmente ilícita.

Posto isto, é importante destacar que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, conforme regulamenta o art. 3º, parágrafo único, o qual prevê que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas também não excluirá autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato. Com isso, poderão ser responsabilizadas pelo crime ambiental tanto as pessoas jurídicas quanto as pessoas físicas que praticaram a conduta ilícita. Dessa forma, é possível considerar que o art. 3º da Lei nº 9.605/98, que se tornou conhecida por Lei Penal Ambiental, tornou expressa a responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma alteração que rompe com tradição secular do Direito Penal brasileiro.

Diante disso, entende-se, que a Lei nº 9.605/98 pode ser vista como um avanço, uma vez que torna certas infrações que anteriormente eram contravenções, agora como crimes. Outrossim, com o surgimento da concepção do meio ambiente como objeto de tutela jurídica, surge a necessidade de uniformização e gradação adequada das penas, com infrações bem definidas para quem pratica condutas ilícitas relacionadas a essa temática.

O artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais ainda prevê o sistema da dupla imputação necessária, o qual consiste na imprestabilidade da denúncia em desfavor de uma pessoa jurídica também se operar em face de, pelo menos, um dos seus representantes legais. Assim sendo, este sistema está previsto no parágrafo único, art. 3º da Lei nº 9.605/98, o qual prevê que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Diante disso, de acordo com SILVA, trata-se da teoria da dupla imputação, por meio da qual:

Utiliza-se a personalidade e a culpabilidade dos representantes das empresas e os interesses da pessoa jurídica e, somados, preenchem, de modo satisfatório, todos os elementos do delito. Teremos, na apuração e responsabilização penal, concurso necessário entre a pessoa física e a jurídica (SILVA, 2010, p. 48).

Nesse sentido, o concurso necessário entre a pessoa física e a pessoa jurídica passou a ser requisito de responsabilização da empresa na esfera penal, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, é importante destacar que a teoria da imputação gerou bastante divergência na jurisprudência, prevalecendo nos dias atuais o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual defende a desnecessidade da dupla imputação, sob o argumento de que o referido sistema seria incompatível com o disposto no art. 225, § 3º, bem como com a intenção do constituinte ao instituir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

2. ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL E O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A partir de 1998, a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica foi regulamentada (Lei n. 9.605/98 c/c CF, art. 225, §3º) e nos primeiros julgados dos Tribunais Superiores era obrigatória a presença de uma pessoa física na denúncia, não somente de uma pessoa jurídica, para assim materializar a conduta.

Todavia, em meados de 2008 passou-se a reconhecer que nem sempre será possível identificar a conduta da pessoa física e, para evitar a impunidade, a pessoa jurídica responderia de maneira autônoma.

Atualmente, os Tribunais pátrios julgam diversos casos que tratam da temática da responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, os quais vem sendo decididos com o rigor da tutela merecida pelo meio ambiente.

Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça, com relação às pessoas jurídicas entende que essas podem ser responsabilizadas pela prática de crime ambiental, desde que se houvesse a dupla imputação, ou seja, tanto a pessoa física como a pessoa jurídica, ambas devem aparecer na ação penal.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já entendeu que a culpabilidade trata-se da responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, resume-se à vontade do administrador ao agir em nome e em proveito desse ente jurídico. Com isso, entende-se, que o ato do administrador é a própria vontade do ente jurídico, uma vez que ele é praticado de acordo com os interesses da pessoa jurídica.

Dessa forma, cabe destacar o julgamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do Recurso Especial nº 564960 SC 2003/0107368-4 cujo Relator foi o Ministro Gilson Dipp, o qual condenou a pessoa jurídica pela prática do crime ambiental com o entendimento de que tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa física responsável por esta devem ser denunciadas. Tal deve ser a

orientação, uma vez que a responsabilização penal da pessoa jurídica não pode ser desassociada da pessoa física, quem, efetivamente, pratica a conduta típica⁴.

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, ocorre que em Recurso Extraordinário nº 548181, os ministros da corte suprema admitiram a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente de responsabilização da pessoa física pelo mesmo crime. O acórdão combate a necessidade da dupla imputação sob o argumento de que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça seria incompatível com o §3º, art. 225 da Constituição Federal bem como ao objetivo do constituinte ao instituir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma vez que a intenção do constituinte originário era de ampliar o alcance das sanções penais⁵.

3. A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS EM CRIMES AMBIENTAIS

De acordo com o texto legal da Lei 9.605/98 é preciso para a responsabilização da pessoa jurídica, que a decisão de seu representante legal ou órgão colegiado seja em benefício da entidade, diante disso, os entes fictos, mesmo que possuam personalidade jurídica própria, apresentam a sua vontade voluntária e consciente por intermédio dos seus dirigentes. Nesse sentido, a responsabilização das pessoas jurídicas pode ser estudada por meio da prática de concurso de agentes, haja vista que esses entes somente agem por ação primária de seus representantes.

A consequência principal da responsabilização penal aos infratores é a retirada destes do convívio social, uma vez que a tendência em realizar condutas reprováveis pela sociedade ocorre em status de necessidade da intervenção estatal, a qual atua na condição de garante do cumprimento da norma e da vontade da sociedade.

Todavia, essa possibilidade não existe para pessoas jurídicas. Os entes coletivos estão sujeitos a penas de responsabilidade e reflexas de direito, ou

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 564960**. Rel. Min. Gilson Dipp. Brasília, DF, 2 de junho de 2005. Diário da Justiça, 13 de junho de 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/85279/recurso-especial-resp-564960-sc-2003-0107368-4?ref=serp>>. Acesso em: 25 de mai. 2019.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 564960**. Rel. Min. Gilson Dipp. Brasília, DF, 2 de junho de 2005. Diário da Justiça, 13 de junho de 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/85279/recurso-especial-resp-564960-sc-2003-0107368-4?ref=serp>>. Acesso em: 25 de mai. 2019.

seja, ou estão submetidos a reparação pecuniária ou a perda de direitos que lhe são inerentes.

Nesse sentido, apesar de reconhecida a responsabilidade penal da pessoa jurídica com relação a prática de infrações ambientais, pode se entender não ser viável a imputação somente desse ente coletivo. Se não identificada a pessoa natural co-autora, deve-se investigar a infração. Sob a ótica de que seria incongruente responsabilizar somente a pessoa jurídica, restando impune a pessoa natural que praticou a conduta.

Desse modo, ao considerar a pessoa jurídica como sujeito de direitos e obrigações, entende-se que sua personificação se concretiza no campo jurídico-ideológico, diferentemente de seus representantes, sua incorporação ao mundo concreto ocorre de acordo com a teoria da realidade técnica, diante disso a conduta delitiva não se configura, haja vista que a vontade coletiva é efetivada pelos seus gestores de maneira indissociável.

A coerência de penalização da pessoa jurídica só se torna adequada àquelas de direito privado quando o delito é cometido para seu proveito, nessa esfera, o legislador omitiu-se quanto a responsabilização do estado com relação às suas práticas delituosas que provoquem danos ao meio ambiente no cometimento de crimes assim tipificados, guardando-se a ressalva acerca da responsabilidade de seus gestores.

Dessa forma, ainda que seja aceitável a possibilidade de responsabilização penal de pessoas físicas e jurídicas pelo cometimento de crimes ambientais, cuja consequência poderá ser o sancionamento civil, administrativo e penal, a imputabilidade penal das pessoas coletivas se revela prejudicada, haja vista seu espectro ser taxativamente humano (PRADO, 2001, p. 150).

Assim, é possível interpretar que a lei penal ambiental brasileira estaria ligada às ações da pessoa natural, e portanto, estaria de acordo com a ideia de impossibilidade de responsabilização pela falta de vontade própria desta na prática da ação delituosa. Assim, no mundo concreto, apenas penas restritivas de direitos e penas pecuniárias poderiam ser aplicáveis, haja vista, tratar-se de um ente ficto e, por este motivo, mostram-se incompatíveis as penas restritivas de liberdade, no que tange às pessoas jurídicas, mas não às pessoas físicas dirigentes daquelas.

4. A POSSIBILIDADE DE SE RESPONSABILIZAR AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

Faz-se importante salientar que em nenhum momento a Lei 9.605/98 fez qualquer juízo de distinção no que concerne à responsabilização das pessoas jurídicas, sejam elas de direito privado ou de direito público. Muito menos o

fez o artigo 225, §3º da Constituição Federal, o que, conseqüentemente, ensejou certa divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito público.

Tais entes se caracterizam, principalmente, pela supremacia dos interesse público sobre os interesses privados, além destas estarem tuteladas pelo Direito Administrativo, por suas regras e princípios (OLIVEIRA, 2013, p. 132). Sendo assim, é possível observar, de modo geral, duas vertentes de pensamento no que tange a essa possibilidade: os que são contra e os que são favoráveis.

Quanto aos argumentos contrários à responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito público, estes se estruturam no fato de que o silêncio constitucional quanto a esta possibilidade não autoriza a incidência desta norma às pessoas jurídicas de direito público. Justo porque a natureza e os propósitos destes entes jurídicos não se mostra igual às das pessoas jurídicas de direito privado e, portanto, não poderiam ambas serem tratadas de modo igual. Além disso, levanta-se, ainda, o argumento de que aos entes públicos não se poderiam imputar a conduta destes de agirem no interesse ou benefício da entidade, nos termos do artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais, uma vez que, caso assim fizessem, a conduta praticada se amoldaria no desvio de finalidade ou no abuso de função, o que acarretaria na punição, não da pessoa jurídica, mas tão somente na de seus dirigentes. Por fim, para esta vertente, não se poderia admitir que o próprio Estado se beneficiasse com a prática de um tipo penal (CUNHA, 2017, *online*).

Já no que concerne aos argumentos dos favoráveis à responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito público, estes compreendem o fato de justamente a Constituição não ter feito nenhuma ressalva quanto às pessoas jurídicas de direito público, não se poderia então o intérprete criar esta barreira. Ademais, é importante salientar que grande parte das empresas estatais possuem a sua área de atuação no âmbito econômico, o que permite sim que tais entidades hajam em seu próprio interesse ou benefício, já que devem disputar o seu espaço no mercado, juntamente com as empresas do setor privado. Assim, uma vez que o Estado atua em atividades que objetivam o lucro se utilizando de pessoas jurídicas, não é impossível que estas realizem condutas típicas (CUNHA, 2017, *online*).

5. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA ENTENDIDA A PARTIR DE CASOS CONCRETOS

A expressão em latim "*societas delinquere non potest*" significa que a "sociedade não pode delinquir"; no entanto, tratando-se de responsabilidade

penal, é amplamente debatido na doutrina a possibilidade de punição das pessoas jurídicas, uma vez que poderiam se tornar sujeito passivo em crimes ambientais, nos termos do artigo 225, §3º, da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, cabe analisar a punibilidade das pessoas jurídicas a partir de casos concretos, como ela ocorre e é efetivada.

Com relação ao acidente Césio-137, considerado um dos maiores acidentes da história com o isótopo Césio-137 teve início no dia 13 de setembro de 1987, em Goiânia, Goiás. O desastre fez centenas de vítimas, todas contaminadas por meio de radiações emitidas por uma única cápsula advinda de um aparelho de radioterapia abandonado em uma antiga instalação do Instituto Goiano de Radioterapia. Tal aparelho foi encontrado por dois homens que trabalhavam em um ferro velho e por isso decidiram desmontar a máquina para venderem suas peças o que causou a emissão das radiações. Nesse caso, cinco pessoas foram consideradas culpadas pelo acidente com Césio-137. A condenação a três anos e dois meses em regime aberto por homicídio culposo foi para os médicos responsáveis pela clínica de onde a cápsula foi retirada, e para o físico que dava consultoria para o Instituto Goiano de Radioterapia. Além disso, o dono do prédio, também foi condenado a um ano e dois meses de prisão. Sendo que, em seguida, todas as penas foram substituídas por trabalhos comunitários e, logo depois, extintas por indulto presidencial.

Nessa perspectiva, cabe salientar os desastres ambientais ocorridos em território nacional, o rompimento da Barragem de Mariana ocorrido em 2015 e o rompimento da Barragem de Brumadinho, em 2019, ambos em Minas Gerais.

Com relação ao rompimento de Mariana, em outubro de 2016, o Ministério Público Federal denunciou as Empresas: Samarco, Vale e BHP e a empresa de consultoria, VogBR, que deu o laudo de estabilidade da barragem de Fundão. Além disso, também denunciou vinte e duas pessoas por crimes ambientais e os homicídios das 19 vítimas da tragédia, incluindo o presidente e diretores da Samarco, na época do rompimento.

Com relação ao rompimento da Barragem de Brumadinho, os dirigentes e responsáveis pela administração da barragem poderão responder criminalmente pelos delitos de homicídio, lesões corporais, e delito de inundação ou desabamento, além dos crimes previstos na Lei 9.605/98, tudo a depender da comprovação do dolo ou culpa no caso concreto.

Já com relação a um dos maiores desastres ambientais do Estados Unidos, o vazamento de petróleo no Golfo do México, este começou em 20 de abril de

2010, quando a plataforma Deepwater Horizon, que era propriedade da empresa suíça Transocean e operada pela BP, explodiu e afundou, matando 11 funcionários. A BP foi alvo de múltiplos processos judiciais, vários deles movidos pelo governo, tanto por violações criminais quanto por violações a regulações civis. A empresa teve de pagar bilhões o governo federal e aos cinco Estados afetados e também às vítimas, famílias, indivíduos e negócios afetados, custos de limpeza, reparação pelos danos ambientais, multas e outras indenizações.

Todavia apesar da severidade da punição financeira, ninguém está preso, e nenhum dos altos executivos da empresa foi responsabilizado. Um inquérito do Departamento de Justiça resultou em acusações criminais contra quatro funcionários, sendo dois absolvidos e dois sentenciados a cumprir em liberdade condicional. Nesse sentido, ao comparar as consequências enfrentadas pela BP com a situação da Vale após o rompimento da barragem de Brumadinho, três anos depois do desastre de Mariana, especialistas salientam que, nos Estados Unidos, a pessoa jurídica responde criminalmente por qualquer crime cometido por um representante da empresa no exercício de suas funções, diferente do Brasil que só responde em algumas situações de crimes ambientais.

CONSIDERAÇÕES E APONTAMENTOS FINAIS

A responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais é uma forma de política criminal capaz de efetivar o princípio ambiental da prevenção, segundo o qual é preciso que atitudes sejam tomadas visando afastar ou minimizar os danos causados ao meio ambiente, de maneira a garantir a qualidade de vida das gerações humanas como forma de antecipar-se ao processo de degradação ambiental com impactos já conhecidos pela ciência. As infrações cometidas por esses entes jurídicos vêm causando enormes danos ao meio ambiente. Desse modo, tal matéria exige a adesão de medidas de controle para impedir que haja abusos de autoridade, por meio de um processo investigatório permitindo a apuração de indícios da conduta criminosa.

Apesar de ainda existir divergências doutrinárias a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica, com a progressiva conscientização da ideia de uma sociedade ecologicamente correta e do apelo pela proteção ao meio ambiente, medidas sancionadoras das pessoas jurídicas tornam-se cada vez mais necessárias. Dessa forma, muitas empresas têm almejado uma imagem responsável, propagando ideias de sustentabilidade e *ecobusiness* como estratégia dos negócios.

A Lei nº 9.605/98, conhecida como Lei de Crimes Ambientais pode ser considerada como um grande e importante instrumento utilizado para a proteção desse bem tutelado que tem sofrido diversos danos. Com a criação dessa Lei tornou-se possível responsabilizar proprietários, dirigentes, ou agentes de uma empresa, inclusive na esfera penal, se na execução de suas tarefas vierem a causar danos ao meio ambiente. Esses devem reparar os danos causados de diversas formas, uma delas é a reparação por meio do pagamento de multas, sendo possível perceber que atingir o lado econômico das pessoas jurídicas, é um remédio eficiente na responsabilização desses entes coletivos.

Com o desenvolvimento do estudo desse bem jurídico tutelado constatou-se a importância de se responsabilizar a pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, bem como demonstrou que o Brasil está em concordância com a legislação internacional, no intuito de proteger um dos bens mais preciosos da atualidade, o meio ambiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELLO FILHO, Ney de Barros. *A Responsabilidade Criminal da Pessoa Jurídica por Danos ao Ambiente*. Barueri: Manole, 2014.

Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 de mai. de 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 24 de mai. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 564960*. Rel. Min. Gilson Dipp. Brasília, DF, 2 de junho de 2005. Diário da Justiça, 13 de junho de 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/85279/recurso-especial-resp-564960-sc-2003-0107368-4?ref=serp>>. Acesso em: 25 de mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 548181*. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 6 de agosto de 2013. Diário da Justiça, 30 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342675/recurso-extraordinario-re-548181-pr-stf>>. Acesso em: 25 de mai. 2019.

- CLAUDINO, Cleyce Marby Dias. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez./2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12551>. Acesso em: 24 de mai. de 2019.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Responsabilidade criminal da pessoa jurídica de direito público*. 2017. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/02/07/responsabilidade-criminal-da-pessoa-juridica-de-direito-publico/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- OLIVEIRA, Scheila Pinno. Responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público por crimes ambientais. *Cadernos de Direito*. Piracicaba, v. 13: 123-124, jan./jun. 2013. ISSN Impresso: 1376-529-X. ISSN Eletrônico: 2238-1228.
- PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SILVA, Solange Teles da. *O direito ambiental internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. Salvador: Juspodivm, 2015.

DERECHO TRIBUTARIO

O papel da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) no combate à bitributação^(*)

The role of the Organization for Cooperation and Economic Development (OECD) in combating bitribution

El papel de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en el combate a la bitributación

Flávia Calmon Rangel Teixeira¹
Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. 1. O que é a OCDE. 2. Conceito de bitributação. 3. Impactos negativos na economia do país. 4. Papel

^(*) Recibido: 20 setiembre 2019 | Aceptado: 10 julio 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 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).
flaviarangelt@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

da OCDE no combate à bitributação. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: Com a intensificação do fenômeno da globalização, aumentou a ocorrência de fatos geradores que sofrem com a dupla tributação internacional, em razão do maior fluxo de bens, serviços, pessoas e capital entre diferentes países. Essa situação, além de ser prejudicial aos contribuintes, pois aumenta a carga tributária, prejudica também a arrecadação dos países, devido à maior ocorrência de evasão, elisão e elusão fiscal, redução de investimentos externos entre outros. Diante do problema econômico envolvendo diversos países, a OCDE, por meio de seu conselho fiscal, criou uma convenção-modelo para auxiliar os países a celebrarem tratados bilaterais para enfrentar o fenômeno da bitributação. O papel da Organização no enfrentamento à bitributação é o que será analisado no presente artigo, a partir da base teórica principalmente das obras de Luiz Flávio Neto e Alberto Xavier.

Palavras-chave: bitributação, OCDE, fenômeno da globalização.

Abstract: With an intensification of the phenomenon of globalization, the occurrence of crisis-generating factors has increased, with international taxation, the greater proportion of goods, services, people and capital between different countries. This situation, in addition to harming taxpayers, as it increases the tax burden, also harms the country's collection, the greater incidence of tax evasion, elision and avoidance, the reduction of external investments, among others. In view of the procedural problem countries, the OECD, through the fiscal council, is a model convention to assist the member countries of the comparative system for the phenomenon of double taxation, which will be analyzed in this article, having as theoretical base mainly the works of Luiz Flávio Neto and Alberto Xavier.

Key-words: double taxation, OECD, globalization phenomenon.

Resumen: Con la intensificación del fenómeno de la globalización, la ocurrencia de eventos desencadenantes de doble tributación internacional ha aumentado, debido al mayor flujo de bienes, servicios, movimiento de personas y capitales entre los diferentes países. Esta situación, además de ser perjudicial para los contribuyentes, ya que aumenta la carga tributaria, también perjudica la recaudación de los países, debido a la mayor incidencia de la evasión, elusión y evasión fiscal, reducción de las

inversiones extranjeras, entre otros. Ante el problema económico que afecta a varios países, la OCDE, a través de su consejo fiscal, creó un convenio modelo para ayudar a los países a firmar tratados bilaterales para hacer frente al fenómeno de la doble imposición. El papel de la Organización frente a la doble tributación es el que se analizará en este artículo, basado principalmente en la base teórica de las obras de Luiz Flávio Neto y Alberto Xavier.

Palabras clave: bitributación, OCDE, fenómeno de la globalización.

INTRODUÇÃO

Com o advento da nova ordem mundial, após a guerra fria, a economia se tornou globalizada e as relações entre os Estados estreitaram. As pessoas físicas e jurídicas possuem cada vez mais elos com outros países, tanto no que tange à comunicação, quanto viagens e negócios, ampliando as possibilidades de comércio.

A revolução tecnológica foi fator imprescindível para permitir que se atingisse o atual estágio de globalização, pois possibilita que diversas transações ocorram entre pessoas localizadas em países diferentes, sem necessidade de deslocamento.

Apesar de trazer muitos benefícios, esse contexto de globalização, por permitir que umas gamas de possibilidades de relações sejam estabelecidas entre pessoas de diversos países, acaba por criar dificuldades no que tange à tributação, uma vez que cada país possui uma estrutura jurídica diferente, e muitos fatos acabam se sujeitando a normas de dois ou mais países.

O fenômeno, chamado de bitributação internacional, ocorre quando um contribuinte está sujeito a duas jurisdições fiscais que podem lhe exigir tributos.

Essa situação, além de gerar um sentimento de injustiça por parte do contribuinte, cria dificuldades de arrecadação para os Estados em decorrência da evasão, da elusão e da elisão fiscal, além de inibir investimentos, podendo, inclusive, causar um retrocesso na economia mundial.

O confronto entre a globalização das economias e a soberania fiscal dos Estados cria os conflitos tributários internacionais, cujos prejuízos são tamanhos para os Estados que estes, por meio de uma iniciativa política, tentam reduzi-los, traçando tratados internacionais.

Em face a essa dificuldade, os líderes das principais potências mundiais criaram um Conselho Fiscal na Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. Desse Conselho surgiu a Convenção Modelo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que orienta a criação de tratados internacionais cujo escopo é o combate à bitributação ou pluritributação internacional.

Diante do exposto, este artigo objetiva a análise do papel da mencionada Organização na solução dos conflitos envolvendo a bitributação ou pluritributação internacional.

O primeiro capítulo discorrerá sobre a criação da OCDE e seus objetivos, ao passo que no segundo capítulo será exposto o conceito de bitributação e porque ela ocorre, sendo que o terceiro capítulo abordará os impactos negativos desse fenômeno para as economias mundiais. Por fim, o quarto capítulo apresentará o papel da OCDE para evitar a ocorrência da bitributação internacional, seguido das considerações finais.

1 SOBRE A ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE

A origem da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico remonta ao fim da segunda guerra mundial, quando os líderes europeus perceberam que para garantir a paz duradoura era melhor encorajar a cooperação e a reconstrução, em vez de punir os derrotados³. Nesse época, a organização se chamava Organização para a Cooperação Econômica Europeia e era restrita aos Estados desse continente.

Foi criada, à época, para executar o Plano Marshall, financiado pelos EUA, para a reconstrução de um continente devastado pela guerra. Diante do sucesso da Organização e com o objetivo de ampliar o trabalho a nível global, os Estados Unidos da América e o Canadá participaram da nova Convenção da OCDE, e, em 14 de dezembro de 1960, tornaram-se membros. Dessa forma, surgiu oficialmente a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 30 de setembro de 1961, quando a Convenção entrou em vigor.

³ Informações disponíveis no site oficial da OCDE: <<http://www.oecd.org/about/history/>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

A partir de então, outros Estados passaram a aderir à Organização, que atualmente, conta com 36 países membros. Estes buscam identificar, debater e apresentar soluções para problemas comuns.

Atualmente, a finalidade da OCDE é promover medidas para melhorar o bem-estar econômico e social dos indivíduos em todo o mundo, ao passo que tenta evitar as práticas de terrorismo, negociações desonestas e sonegação fiscal.

Em seu sítio eletrônico, a organização declara que atualmente, seu foco de ação se concentra em⁴:

Restaurar a confiança nos mercados e nas instituições que os fazem funcionar. Restabelecer as finanças públicas saudáveis como base para o futuro crescimento econômico sustentável.

Fomentar e apoiar novas fontes de crescimento através da inovação, estratégias ecológicas de “crescimento verde” e o desenvolvimento de economias emergentes.

Garantir que pessoas de todas as idades possam desenvolver as habilidades para trabalhar produtiva e satisfatoriamente nos trabalhos de amanhã.

Percebe-se, portanto, que a Organização se preocupa com um crescimento econômico sustentável e ético, com base na inovação e no trabalho, de forma coordenada entre os países. Conforme o sítio do Ministério das Relações Exteriores do Brasil⁵:

A OCDE busca coordenar definições, medidas e conceitos, o que contribuiria para a comparação entre países que enfrentam problemas similares. Ademais de fomentar a formação de enfoques comuns para políticas públicas, essas características permitem à OCDE tratar de temas controversos, de definição difícil em organismos de vocação universal, como as Nações Unidas e na OMC.

Como se vê, busca, ainda, estabelecer uma comparação entre medidas econômicas e solucionar problemas comuns.

Os dados extraídos do sítio da Organização demonstram o sucesso econômico obtido pelos países após se tornarem membros. Segundo a página, a riqueza nacional dos Estados Unidos da América quase triplicou nas cinco décadas que sucederam a criação da OCDE, calculada em termos de produto interno bruto *per capita* da população. Além dos EUA, outros

⁴ Idem.

⁵ Informações disponíveis no site oficial do ministério das relações exteriores do Brasil: [dahttp://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde](http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde); acesso em: 29 ago. 2018.

países obtiveram progressos semelhantes, como por exemplo o Brasil, a Índia e a China, que apesar de não serem membros, são parceiros da OCDE⁶.

Esses países parceiros, que há pouco eram considerados pequenos no cenário mundial, hoje são vistos como "novos gigantes econômicos". Segundo o sítio da organização, esta "traz em torno de sua mesa 39 países que respondem por 80% do comércio mundial e investimento, dando-lhe um papel fundamental na abordagem dos desafios que a economia mundial enfrenta"⁷.

Um dos desafios enfrentados pelas economias mundiais com o incremento do fluxo internacional de pessoas, de capitais, de bens e de serviços foi o aumento das possibilidades de evasão e de fraude fiscais, que decorrem da ocorrência de bitributação.

2 CONCEITO DE BITRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL

A bitributação internacional é fenômeno que ocorre quando dois Estados tributam a mesma pessoa em relação ao mesmo fato gerador. Segundo Alberto Xavier⁸, dupla tributação:

É um conceito com que, no direito tributário, se designam os casos de concursos de normas.

Como se sabe, há concurso de normas quando o mesmo fato se integra na previsão de duas normas diferentes. Assim, há concurso de normas em Direito Tributário quando o mesmo fato se integra na hipótese de incidência de duas normas tributárias materiais distintas, dando origem à constituição de mais de uma obrigação de imposto.

Para a ocorrência da bitributação são dois os requisitos necessários, quais sejam, a identidade do fato e a pluralidade de normas. No que tange ao primeiro requisito, a doutrina tem estabelecido a "regra das quatro identidades" que consiste em⁹:

para que possa falar em identidade do fato (e portanto em dupla tributação), seria necessária (i) a identidade do objeto, (ii) a identidade do sujeito, (iii) a identidade do período tributário e (iv) a identidade do imposto. Por outras

⁶ Informações disponíveis no site oficial da OCDE: <<http://www.oecd.org/about/history/>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

⁷ Informações disponíveis no site oficial da OCDE: <<http://www.oecd.org/about/history/>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

⁸ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed., atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 31

⁹ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed., atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 33

palavras, seria necessária, em princípio, a justaposição das hipóteses de incidência das normas tributárias em concurso, considerando todos os critérios, aspectos ou elementos que os tipos legais se podem compor.

No entanto, o autor alerta que a análise da identidade do fato não pode se ater a critérios formais rígidos, pois as normas em conflitos são provenientes de ordenamentos jurídicos distintos, baseados em princípios diferentes, utilizando técnicas e conceitos também distintos, devendo haver uma "adaptação".

Parte da doutrina ainda faz uma diferenciação entre a dupla tributação jurídica e a dupla tributação econômica. Na primeira, há identidade de sujeitos, enquanto que na segunda, a identidade do objeto coexiste com a diversidade dos sujeitos.

Xavier¹⁰ cita como exemplo da dupla tributação econômica:

situação em que duas sociedades interdependentes residentes em dois Estados distintos se atribuem rendimentos não dedutíveis num deles e tributáveis no outro.

Referente à pluralidade de normas, estas necessariamente devem pertencer a ordenamentos tributários distintos, e quando esses ordenamentos pertencerem a Estados diferentes, ocorrerá a chamada bitributação internacional, ao passo que se chama bitributação interterritorial quando os sistemas fiscais diferentes pertencerem a espaços fiscais autônomos do mesmo Estado (por exemplo, conflito entre União e estados)¹¹.

Quando ocorre no plano internacional internacional, a bitributação resulta da existência de relações que ultrapassam as fronteiras de um Estado, junto com o confronto entre diferentes critérios de delimitação das competências tributárias internacionais.

Isso porque, os fatos da vida que desencadeiam a incidência de um tributo geralmente estão diretamente relacionados com situações que demonstram riqueza por parte do contribuinte, pois visam a concretizar o princípio da capacidade contributiva. No entanto, cada país possui um critério para tributar.

Pode-se citar como exemplo o critério da residência, segundo o qual o tributo é devido no país onde a pessoa reside. Apesar de dois países aparentemente possuírem a residência como critério de tributação, uma pessoa pode ser

¹⁰ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed., atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 36

¹¹ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed., atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 36-37

considerada residente em mais de um Estado, a depender do conceito de "residente" adotado em cada um deles.

Outro critério utilizado é o da fonte, mas muitas vezes os Estados conceituam fonte de forma diferente, podendo ser considerada como local em que as atividades são realizadas, ou onde ocorre a disponibilidade jurídica e econômica da renda.

Apesar de haver a possibilidade da existência de bitributação envolvendo países que adotam o mesmo critério, mas utilizam conceitos diferentes, os casos mais comuns são os resultantes de critérios diferentes.

Dessa forma, com a maior circulação de riquezas entre países há uma grande possibilidade de uma situação concreta ser considerada fato gerador de tributos em dois ou mais Estados distintos, a depender do critério de tributação utilizado, ocorrendo o fenômeno da bitributação ou da pluritributação internacional.

Inúmeros exemplos podem ser trazidos para ilustrar a situação, sendo que o mais evidente deles diz respeito ao imposto que incide sobre a renda. Eveline Vieira Brigido¹² cita como exemplo:

uma empresa norte-americana que seja sócia de uma empresa francesa. A tributação poderia ocorrer tanto nos Estados Unidos quanto na França. Tudo depende do elemento de conexão (critério para tributar) adotado por cada país. Supondo-se que os Estados Unidos adotem o critério da nacionalidade ou residência do contribuinte e a França o da fonte dos rendimentos, haveria tributação em ambos os países.

Se nas hipóteses de bitributação interterritorial "o poder central pode impor a adoção de regras de conflitos próprias de cada sistema, tendentes a eliminar a dupla tributação", nas relações entre os Estados soberanos, "não há uma terceira autoridade que lhe seja superior e que delimite definitivamente o poder tributário de cada um"¹³.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que a inexistência de um poder central não acarreta a anarquia do direito internacional, pois não impede a existência de normas comuns observadas por Estados distintos. Como explica Luís Flávio

¹² BRIGIDO, Eveline Vieira. Bitributação internacional da renda: as cláusulas de tax sparing e matching credit. **Amicus Curiae**: Curso de Direito UNESC. V.9, N.9 (2012), 2012. Local: Ediunesc, 2004. Anual. ISSN 2237-7395. disponível em:

<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/view/869/824> acesso em: 05 set. 2018

¹³ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed., atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 37-38.

Neto¹⁴ "a ordem internacional surgiria como um padrão de previsibilidade nas relações jurídicas, de forma a permitir a 'gestão da política internacional'".

A redução da anarquia no âmbito internacional é justamente o objetivo primordial do direito internacional tributário¹⁵:

Desde sua origem, o Direito Internacional buscaria justamente reduzir a anarquia pela adoção de regras de conduta capazes de estabelecer relações entre os Estados, satisfazendo as necessidades e os interesses destes, em uma dialética entre cooperação e coexistência [...]

A OCDE surge, então, como uma Organização Internacional que pretende cumprir o papel de auxiliar os Estados no combate à bitributação.

A ocorrência da bi ou pluritributação internacional gera um grande desconforto nos contribuintes, pois cria um sentimento de injustiça, visto que sobre o mesmo fato gerador há a ocorrência de dois tributos equivalentes, causando efeito confiscatório.

Munidos desse sentimento de insatisfação, muitos contribuintes passam a adotar medidas para evitar o pagamento de tributos, chegando muitas vezes a praticar condutas ilegais para se verem menos onerados pelos Estados.

Os Estados, que pretendiam ampliar sua arrecadação, então, acabam sendo prejudicados, como será exposto a seguir.

3 IMPACTOS NEGATIVOS DA BITRIBUTAÇÃO NAS ECONOMIAS

As consequências negativas da bitributação se verificam tanto no plano da justiça, quanto no da economia e da cultura, além de provocar a redução da arrecadação dos Estados.

Quanto ao prejuízo para a economia, pode-se afirmar que, na maioria das vezes, a tributação é alta, e se exigida por mais de um Estado, haveria evidente efeito confiscatório da renda do contribuinte. Essa situação inibiria o desenvolvimento das relações econômicas internacionais, pois se evitaria o intercâmbio de capitais, bens, serviços e pessoas.

¹⁴ NETO, Luís Flávio Neto. **Direito Tributário Internacional**: "contextos" para Interpretação e Aplicação de Acordos de Bitributação - Série Doutrina Tributário. Vol. XXII. São Paulo : Quartier Latin. 2018, p. 64.

¹⁵ NETO, Luís Flávio Neto. **Direito Tributário Internacional**: "contextos" para Interpretação e Aplicação de Acordos de Bitributação - Série Doutrina Tributário. Vol. XXII. São Paulo : Quartier Latin. 2018, p. 64.

No campo da justiça, o fato de um contribuinte ter que recolher tributo equivalente para dois Estados fere os princípios da capacidade contributiva e da igualdade, os quais são aplicáveis inclusive na esfera internacional.

Segundo Luís Flávio Neto, a proteção à bitributação pode ser entendida como um direito fundamental do ser humano e o seu descumprimento seria incompatível com o Direito Internacional¹⁶:

A bitributação se torna irregular sempre que implicar excesso de exação em afronta ao princípio da igualdade e ao seu corolário da capacidade contributiva (geralmente aceito pelas nações civilizadas).

No que tange à redução da arrecadação por parte dos Estados, esse fenômeno ocorre em razão do aumento das práticas de elisão e elusão, por parte dos contribuintes, na tentativa de reduzir ao máximo a carga tributária.

Quanto ao aspecto cultural, verifica-se que esse campo também é afetado, pois os intercâmbios são reduzidos. Citam-se como exemplos, o fato de Grupos de teatro e circo deixarem de se apresentar em outros países, pesquisadores restringirem sua pesquisa ao seu território nacional, campeonatos mundiais serem prejudicados, entre outros.

Verifica-se, portanto, que não é vantajoso para os países que seus contribuintes sofram com a incidência da bi ou pluritributação internacional.

4. PAPEL DA OCDE NO COMBATE À BITRIBUTAÇÃO

Como dito, a bitributação não prejudica consideravelmente apenas os países, mas também toda a economia global, devido à redução da troca de capital entre os Estados.

Por esse motivo, os países passaram a adotar medidas no intuito de evitar a ocorrência desse fenômeno, implementando medidas unilaterais, bilaterais e até coletivas. Nesse contexto, os tratados internacionais possuem grande relevância prática.

Segundo Xavier¹⁷, há muito tempo vêm sendo criados tratados internacionais que versem sobre matéria tributária. Porém, antigamente, tais questões eram

¹⁶ NETO, Luís Flávio Neto. **Direito Tributário Internacional: "contextos" para Interpretação e Aplicação de Acordos de Bitributação** - Série Doutrina Tributário. Vol. XXII. São Paulo : Quartier Latin. 2018, p. 80

¹⁷ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed., atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 95-96.

inseridas de forma incidental ou acessória em tratados que abordavam essencialmente outros assuntos.

Posteriormente, os Estados passaram a celebrar tratados de conteúdo especificamente tributário, com o intuito justamente de "eliminar ou atenuar a dupla tributação e a evasão fiscal, ou ainda, procurando disciplinar a colaboração administrativa entre Estados em matéria de Impostos"¹⁸.

Os tratados de conteúdo essencialmente tributário são, em sua maioria, tratados bilaterais, segundo Xavier¹⁹. Os tratados coletivos, que envolvem mais de dois países, desempenham papel secundário no Direito tributário Internacional.

Diante da necessidade de celebrar acordos internacionais para atenuar o fenômeno da bitributação, organizações internacionais passaram a empreender esforços para criar modelos de convenções a serem seguidos pelos países que desejarem firmar um pacto internacional nesse sentido.

Assim, líderes das principais potências mundiais, que já participavam ativamente da OCDE na busca por resolver problemas econômicos comuns, criaram um sistema cooperativo dentro da Organização para lidar com a questão da bitributação internacional, surgindo, então, o Comitê Fiscal da OCDE, que em 1971 foi sucedido pelo Comitê de Assuntos Fiscais.

Nesse cenário, a OCDE elaborou "modelos de convenção destinados a evitar as duplas tributações". Inicialmente em 1963, o modelo tratava acerca de impostos sobre os rendimentos e o capital, e, posteriormente, em 1966, tratou de impostos sobre sucessões e doações.

Deve-se, portanto, ressaltar que tais modelos não se confundem com os tratados internacionais em si, pois, como afirma acertadamente Xavier²⁰:

Com os tratados bilaterais fiscais, não devem confundir-se as convenções-tipo, que se limitam a traçar um modelo que as partes deverão seguir, como é o caso dos "modelos de convenção destinados a evitar as duplas tributações", elaborados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) [...] Tal figura reveste a natureza jurídica de mera recomendação.

¹⁸ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed., atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 95-96.

¹⁹ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed., atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 95-96.

²⁰ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed., atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 97.

Segundo Luís Flávio Neto²¹, com a criação, em 1963, do modelo para a celebração de acordos de dupla tributação por seus Estados Membros, acompanhado de comentários, a OCDE passou a incentivar que, aos pares, seus membros negociassem e celebrassem formalmente os acordos nos termos sugeridos.

Diante de diversas demandas e constatações práticas que surgem ao longo do tempo, a convenção-modelo da OCDE é periodicamente revista e sofre alterações.

Os tratados internacionais celebrados com base no Modelo de Convenção da OCDE possuem a seguinte estrutura²²:

Começam por enunciar seu âmbito de aplicação (Capítulo I – arts. 1 e 2) e definir alguns termos/conceitos (Capítulo II – arts. 3 a 5). A parte fulcral é constituída pelos capítulos seguintes que definem a competência de cada estado Contratante em matéria de tributação do rendimento e do patrimônio e os métodos de supressão da dupla tributação jurídica internacional (Capítulo III – tributação dos rendimentos – arts. 6 a 21; Capítulo IV – tributação do patrimônio – arts. 22; Capítulo V – métodos para eliminar a dupla tributação – arts. 23-A e 23-B). Seguem as disposições especiais (Capítulo VI – arts. 24 e 28) e as disposições finais (Capítulo VII – arts. 29 e 30)

Isto posto, verifica-se que a convenção modelo da OCDE é um importante mecanismo de auxílio aos países que buscam evitar a ocorrência da dupla tributação internacional, pois apresenta um documento-modelo formulado a partir de uma deliberação conjunta, que reúne experiências vivenciadas pelos vários países, documento este no qual os contratantes podem se basear para criarem seus próprios acordos bilaterais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto da globalização, como visto, intensificou as relações internacionais entre os países trazendo benesses, como a maior circulação de pessoas, renda e tecnologia. No entanto, o tráfego de capital entre diferentes Estados cria uma situação problemática, na medida em que mais de uma regra tributária incide sobre o mesmo fato gerador, causando a chamada dupla tributação internacional.

Esse fenômeno surge principalmente em razão de que os Estados possuem critérios diferentes para tributar, e, por isso, um mesmo fato gerador pode acarretar a incidência de normas tributárias de dois países diferentes.

²¹ NETO, Luís Flávio Neto. **Direito Tributário Internacional**: "contextos" para Interpretação e Aplicação de Acordos de Bitributação - Série Doutrina Tributário. Vol. XXII. São Paulo : Quartier Latin. 2018, p. 83

²² Disponível em: <https://www.mlghts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/350.pdf>

A situação narrada, apesar de aparentar ser prejudicial apenas aos contribuintes, também não é benéfico aos países, uma vez que incentiva a evasão, elisão e elusão fiscal, reduzindo a arrecadação de tributos, além de desmotivar a circulação cultural, o intercâmbio de pessoas, entre outros.

Diante disso, a forma encontrada pelos Estados para combater a ocorrência da bitributação internacional foi a elaboração de tratados internacionais bilaterais, para acordar tanto a renúncia de receitas, quanto a sua arrecadação.

Nesse contexto, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, por seu conselho fiscal, desenvolveu uma convenção-modelo, no intuito de auxiliar os líderes políticos que desejam firmar tais acordos.

Essa convenção-modelo não se confunde com o tratado em si, pois é uma mera recomendação para a criação de acordos bilaterais. O mencionado documento é atualizado periodicamente pela Organização, após a percepção, na prática, de adequações necessárias.

A medida tem sido considerada a mais eficaz para o objetivo de enfrentar a bitributação, e, hoje, a maioria dos tratados firmados utiliza como base a convenção modelo da OCDE. Aí reside o importante papel da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico no auxílio dos países que desejam evitar a dupla tributação internacional.

REFERÊNCIAS

BRIGIDO, Eveline Vieira. Bitributação internacional da renda: as cláusulas de tax sparing e matching credit. **Amicus Curiae: Curso de Direito UNESC**. V.9, N.9 (2012), 2012. Local: Ediunesc, 2004. Anual. ISSN 2237-7395. Disponível em:

<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/view/869/824> acesso em: 05 set. 2018

ICEP Portugal disponível em:

<https://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/350.pdf> Acesso em: 10 de set. 2018

MÜLLER, Janaína do Socorro Sarmanha. **A pluritributação internacional sobre empresas e seus desdobramentos no ordenamento Jurídico brasileiro**. 2015. Monografia – UFES - Universidade Federal do Espírito Santo.

NETO, Luís Flávio Neto. **Direito Tributário Internacional: "contextos" para Interpretação e Aplicação de Acordos de Bitributação - Série Doutrina Tributário**. Vol. XXII. São Paulo : Quartier Latin. 2018

OCDE: **Better policies for better lives**. Sítio Eletrônico. Disponível em:
<http://www.oecd.org/about/> Acesso em: 05 set. 2018.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed.,
atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 2004

DERECHO PROCESAL CIVIL

**Coisa julgada coletiva e seus limites territoriais:
superação do art. 16 da Lei 7.347/85 (*)**

Res judicata in Brazilian class actions and its territorials
boundaries:
the overcoming of article 16 of the act 7.347/85

La cosa juzgada colectiva y sus límites territoriales:
la necesidad de modificación del art. 16 de la Ley
7.347/85

Lucas Gianordoli Pinto Cypreste¹

Manuela Coutinho Costa²

Sumário: Introdução. **1.** A coisa julgada no processo civil coletivo. **2.** A alteração do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública e a limitação territorial da coisa julgada coletiva. **3.** A incongruência entre a jurisprudência nacional e a doutrina. **4.** A necessária superação do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. – Conclusão. – Referências.

(*) Recibido: 19 julio 2019 | Aceptado: 09 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

- ¹ Pós-graduando em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.
lucas.g.cypreste@gmail.com
- ² Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).
manuelacoutinhocosta@gmail.com

Resumo: A democracia tornou os conflitos sociais mais constantes em nosso cotidiano, o que levou a sistematização do processo civil coletivo. Nesse contexto, vem à tona a temática relativa à coisa julgada, que tem sido objeto de amplo debate no que diz respeito à atuação da tutela jurisdicional. À vista disso, esse artigo busca investigar a necessidade de alteração do art. 16 da Lei 7.347/85, que impõe limitação geográfica à coisa julgada coletiva. Para isso, analisará as peculiaridades da coisa julgada coletiva no ordenamento jurídico pátrio, adentrando na limitação territorial imposta à extensão subjetiva. Alicerçado, principalmente, nas lições de Hermes Zaneti Jr., Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues, este trabalho se propõe a analisar as impropriedades técnicas do tema, com vistas a demonstrar a urgência em expurgar o supramencionado artigo do microsistema. Demonstrar-se-á de que maneira a matéria tem sido tratada no Superior Tribunal de Justiça, apontando possível solução harmoniosa com o ordenamento nacional por meio da crítica metodológica, com desenvolvimento jurídico-teórico, e do raciocínio dedutivo.

Palavras-chave: coisa julgada, limites subjetivos, processo coletivo, artigo 16 da Lei nº 7.347/85, impropriedades.

Abstract: The social conflicts became more frequent in daily live after the democracy, which induce the systematization of the class actions. The *res judicata*, in those cases, takes on a prominent role in the discussion for the performance of judicial protection. This article this article seeks to investigate the need to amend art. 16 of Act 7.347/85, which imposes geographical limitation on the collective *res iudicata*. For this, it will analyze the peculiarities of the collective right *latu sensu*, explaining the peculiarities of *res iudicata* to enter the territorials boundaries applied to the subjective extensions. Based mainly on the lessons of Hermes Zaneti Jr., Fredie Didier Jr. and Marcelo Abelha Rodrigues, this paper proposes to analyze the technical improprieties of the theme, with a view to demonstrate the urgency to purge the above-mentioned microsystem article. It will be demonstrated how the matter has been dealt within the Superior Court of Justice, pointing a possible harmonious solution with the national order through methodological criticism, with juridical-theoretical development, and deductive reasoning.

Keywords: *res judicata*, subjective limits, class action, article 16 of Act nº 7.347/85, improprieties.

Resumen: La democracia ha hecho más constantes los conflictos sociales en nuestra vida cotidiana, lo que ha llevado a la sistematización del proceso civil colectivo. En este contexto, se plantea la cuestión de la cosa juzgada, que ha sido objeto de un amplio debate en relación con el ejercicio de la protección jurisdiccional. En vista de ello, este artículo pretende investigar la necesidad de modificar el art. 16 de la Ley 7.347/85, que impone la limitación geográfica a lo que se considera colectivo. Para ello, analizará las peculiaridades de la *res judicata* colectiva en el sistema jurídico brasileño, entrando en la limitación territorial impuesta a la extensión subjetiva. Basado principalmente en las lecciones de Hermes Zaneti Jr., Fredie Didier Jr. y Marcelo Bee Rodrigues, este trabajo propone analizar las impropiedades técnicas del tema, con el fin de demostrar la urgencia de eliminar el mencionado artículo del microsistema. Se demostrará cómo se ha tratado el asunto en el Tribunal Superior de Justicia, señalando una posible solución armónica con el orden nacional a través de la crítica metodológica, el desarrollo teórico-jurídico y el razonamiento deductivo.

Palabras clave: *res judicata*, cosa juzgada, límites subjetivos, proceso colectivo, artículo 16 de la Ley 7347/85, impropiedades.

INTRODUÇÃO

O surgimento da democracia brasileira estabeleceu um cenário fértil para o desenvolvimento dos conflitos sociais de massa e, posteriormente, com o advento da Constituição Federal, em 1988, e do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, consolidou-se a necessidade de sistematização de um processo civil coletivo cujo objetivo é, justamente, tutelar de modo eficaz os direitos transindividuais. Nessa atmosfera, a coisa julgada coletiva e principalmente sua abrangência subjetiva exsurtem como um dos institutos mais sensíveis e importantes para a adequada tutela jurisdiccional coletiva.

O presente artigo pretende demonstrar a necessidade de alteração e superação do art. 16 da Lei nº 7.347/85, a Lei da Ação Civil Pública. Para isso, primeiramente, examina-se conceitualmente o regime da coisa julgada coletiva e suas especificidades no processo coletivo para, enfim, tratar do art. 16 da LACP e a limitação territorial aos limites subjetivos da coisa julgada por ele imposta. A partir desse acervo doutrinário, serão elencadas uma série

de impropriedades técnicas e buscar-se-á demonstrar a incongruência de permitir a vigência dessa norma no ordenamento jurídico em face ao microsistema da tutela coletiva. Em sequência, analisar-se-á criticamente o entendimento jurisprudencial sobre a matéria, primando por uma solução compatível e harmoniosa com o ordenamento jurídico brasileiro.

Associando-se à linha metodológica de Antônio Castanheira Neves³, o artigo adota a linha *crítico metodológica*, filiando-se no desenvolvimento à vertente *jurídico-teórica* e se utilizando do raciocínio *dedutivo*. Quanto ao tipo de investigação, utiliza-se o tipo *jurídico-exploratório* e *jurídico-interpretativo*. Busca-se, enfim, abordar preliminarmente a problemática apresentada, compreendendo seus diversos aspectos e relações com vistas a alcançar os objetivos propostos em consonância com o microsistema da tutela coletiva.

1. A COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL COLETIVO

O processo civil coletivo brasileiro adotou um sistema de coisa julgada específico com base no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), no artigo 16 da LACP (Lei 7.347/85), e no artigo 18 da Lei de Ação Popular (Lei. 4.717/65)⁴. Em razão das peculiaridades dos direitos transindividuais, as tutelas coletivas operam em sistema de coisa julgada que difere do restante do ordenamento jurídico brasileiro. Enquanto esse adota a coisa julgada para a estabilização da demanda entre as partes litigantes⁵, aquele flexibiliza o aspecto subjetivo e objetivo por meio da eficácia *erga omnes, ultra partes*, e através dos institutos da coisa julgada *secundum eventum litis* e a coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Importante destacar, antes de iniciar o estudo do tema, que o Código de Defesa do Consumidor é o arcabouço jurídico a que se recorre quando se trata da coisa julgada nos processos coletivos. O diploma legal em questão é o mais completo nesse sentido, pois abarca não somente as hipóteses previstas na lei de ação popular e na lei de ação civil pública, mas traz

³ NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 1.

⁴ MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do Contraditório como Elemento Essencial para a Formação da Coisa Julgada Material na Defesa dos Interesses Transindividuais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 302.

⁵ Tal estabilização é pressuposto de existência do Judiciário, não haveria sentido em permitir que a litigância fosse irrestrita e pudesse ser afastada a qualquer momento. Tal característica impede que a autoridade judicial seja prejudicada quanto a sua causa de origem. In: CASAD, Robert C., CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata. A handbook on its theory, doctrine and practice*. Durham: Caroline Academic Press, 2001.

também novas possibilidades. Tais hipóteses, diferente do descrito pelo *caput* do artigo 103, do CDC, tem abrangência muito maior do que as ações coletivas de que trata o Código de Defesa do Consumidor, erigindo-se como pilar jurídico no que tange à coisa julgada coletiva.

Na realidade, ao acrescentar o artigo 21 à Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor demonstrou a complementariedade entre os diplomas e conforme salienta Ana Cândida Menezes Marcato, autorizou a conclusão de que os dispositivos estabelecidos no Código seriam aplicáveis a toda ação em defesa de interesse transindividuais, coletivamente tratados, desde que fosse possível sua aplicação.⁶

1.1 Os aspectos subjetivos e objetivos da coisa julgada nos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*

O artigo 103 do Código de defesa do Consumidor, em seus incisos I e II, estabelece que a coisa julgada será *erga omnes* no caso dos direitos difusos (inciso I), e *ultra partis* para os direitos coletivos *stricto sensu* (inciso II). Em se tratando de direitos difusos (art. 81, parágrafo único, I, CDC), em que os sujeitos são indetermináveis, a abrangência da decisão abarca a todos. Já no que diz respeito aos direitos coletivos em sentido estrito (Art. 81, parágrafo único, II, CDC), como os sujeitos são indeterminados, mas determináveis (grupo, classe ou categoria), a eficácia será a todo o grupo, restrito dentre os participantes da relação jurídica, dessa forma, a sentença terá eficácia *ultra partis*.

O aspecto subjetivo em tais casos, como se pode observar, tem relação íntima com a situação jurídica litigiosa. Nas ações que tutelam o direito coletivo *stricto sensu* e os direitos difusos, as relações jurídicas serão coletivas, dessa forma, terão como titular um grupo, que será vinculado pela coisa julgada coletiva. Sendo o grupo composto por pessoas indetermináveis (direitos difusos), a coisa julgada será *erga omnes*. Já em se tratando de grupo composto por pessoas determináveis (direitos coletivos em sentido estrito), a coisa julgada será *ultra partis*. Assim, para Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. essa distinção não merece maiores destaques, devendo sempre se atentar para o fato da coisa julgada nos processos coletivos estar adstrita ao grupo que é titular da relação jurídica⁷. Logo, sendo titular toda a sociedade, a coisa julgada afetará a esse grupo. Contudo, sendo titulares apenas os jornalistas (v.g.), esse será o grupo atingido pela coisa julgada.

⁶ MARCATO, op. cit. p. 302, nota 18.

⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 4. p. 388.

Fernando Dal Bó Martins, em breve explanação do assunto, demonstra que não há sentido em limitar a coisa julgada nas tutelas coletivas. A extensão dos limites subjetivos para além das partes integrantes do processo é o que torna viável e eficaz o processo coletivo, caso contrário não haveria motivos para tal procedimento existir, pois em diversas ocasiões a parte ativa não será o titular do direito pleiteado, mas um substituto⁸ processual dos inúmeros titulares (como no caso do Ministério Público). Assim, o processo coletivo ao buscar reduzir o número de ações individuais sobre uma mesma lide não pode impedir que a eficácia de suas decisões se limite as partes, sob pena de não ser efetivo, e perder o sentido de sua existência.⁹

Ocorre, porém, que tal efeito não será verificado quando a ação for julgada improcedente por insuficiência de provas, o que demonstra a mitigação da coisa julgada material nos processos coletivos. Nesses casos, qualquer legitimado poderá intentar nova ação, com o mesmo fundamento, desde que embasado em nova prova. Assim, verifica-se a coisa julgada *secundum eventum probationis*, estabelecida pelo legislador no Código de Defesa do Consumidor. Importante destacar que, mesmo se a improcedência não decorrer da insuficiência probatória, as ações individuais poderão ser propostas novamente, sendo vedada apenas a interposição de nova ação coletiva, conforme artigo 103, § 1º, CDC.¹⁰

Ademais, a prevalência da coisa julgada *secundum eventum probationis* demonstra que o legislador optou por dar relevância à justiça, em detrimento da segurança jurídica. Contudo, é necessário que a prova utilizada para a mitigação da coisa julgada material seja suficiente para provocar um novo juízo de direito acerca da controvérsia dos autos.¹¹

⁸ Nesse sentido discordamos de Fernando Dal Bó Martins ao denominar de substituto processual os entes legitimados para a propositura da ação coletiva. Entende-se que a visão de Eduardo Arruda Alvim (ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e Litispêndência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos. In: GRINGOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 182) é mais acertada, ao denominá-los por “legitimados autônomos para a condução do processo”, tendo em vista que não há um titular específico do direito tutelado, já que o que está em discussão na demanda são direitos transindividuais indivisíveis.

⁹ MARTINS, Fernando Dal Bó. A Eficácia Territorial da Sentença no Processo Coletivo. Revista de Processo, v. 219/2013, maio 2013. p. 9.

¹⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e Litispêndência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos. In: GRINGOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo.

¹¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 4. p. 389.

É importante esclarecer que quando julgado procedente o pedido formulado na ação coletiva de tutela de direitos difusos, o sentido da decisão com efeitos *erga omnes* será o de universalidade, logo, atingirá não somente os legitimados, mas também os indivíduos considerados em sua unidade. Portanto, sanará as pretensões oriundas do bem jurídico tutelado em sentido amplo, como a poluição de um rio, por exemplo, e em sentido estrito e individual, como os pescadores que deixaram de trabalhar devido ao rio poluído (v.g.). Contudo, em casos de improcedência da ação (sem que o motivo seja a insuficiência de provas), a eficácia *erga omnes* se refere apenas aos legitimados para propositura da ação coletiva, que não poderão pleitear novamente em sede de tutela coletiva a mesma ação. Entretanto, não atingirá os indivíduos, que poderão interpor a ação individual, cuja causa de pedir será a mesma, mas o pedido formulado será distinto, pois tratará do caso específico.¹²

O mesmo ocorrerá com os direitos coletivos em sentido estrito, no qual os efeitos *ultra partis* só serão aplicados aos legitimados, e a todo o grupo, classe ou categoria em caso de procedência, tendo em vista que em casos de improcedência (sem que o motivo seja a insuficiência de provas) a eficácia *ultra partis* irá vincular apenas os legitimados para propositura da ação coletiva. Dessa forma, não abarcará os titulares de ação individual, cuja causa de pedir das ações será a mesma, mas o pedido formulado será distinto, pois tratará do caso específico.¹³

Em tal aspecto, o Código de Defesa do Consumidor opera de forma brilhante, permitindo que a interposição de ações coletivas não seja prejudicial à tutela dos direitos individuais. Considerando que o contraditório das relações particulares não ocorre nas ações coletivas, seria arbitrário inibir a sua interposição em casos de coisa julgada coletiva. Assim, não haverá coisa julgada material quanto às ações individuais, em casos de improcedência da ação coletiva, sendo possível a realização de novas provas, elementos jurídicos e fundamentações totalmente novas.¹⁴

Tal método utilizado no direito pátrio para a concessão de imutabilidade à sentença nos processos de demandas coletivas é denominado coisa julgada

¹² ALVIM, op.cit., p. 179-180, nota 23.

¹³ ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e Litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos. In: GRINGOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 182.

¹⁴ ZANETI JR., Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 249

secundum eventum litis, ou seja, segundo o resultado da demanda da ação.¹⁵ Todavia, tal denominação esbarra em um equívoco levantado por Didier e Zaneti, pois o que opera *secundum eventum litis* não é a coisa julgada, mas a extensão subjetiva da coisa julgada. Assim, de acordo com o “evento da lide” a coisa julgada terá eficácia *erga omnes* (ou *ultra partis*), ou vinculará somente os legitimados. Verifica-se que a coisa julgada sempre irá se formar, mas atingirá pessoas diferentes de acordo com o provimento que for proferido.¹⁶ Como restou demonstrado, de acordo com o provimento jurisdicional concedido, a coisa julgada agirá de determinada forma, como no caso de improcedência de ação coletiva que não seja por insuficiência de provas. Essa não fará coisa julgada para as relações individuais, mas fará para os legitimados a interpor ação coletiva.¹⁷

Assim, afirmar que a coisa julgada no direito coletivo opera *secundum eventum litis* não é correto. Na realidade, como demonstra brilhantemente Antônio Gidi, a coisa julgada opera *pro et contra*, pois sempre será formada, independente do resultado da ação, mesmo em caso de improcedência por insuficiência probatória, quando haverá coisa julgada formal. Entretanto, a extensão subjetiva da coisa julgada irá variar de acordo com as características do provimento jurisdicional, e por vezes abrangerá somente os legitimados à propositura da ação. É o que ocorre, nos casos de improcedência por motivo diverso da insuficiência de provas, assim, a extensão subjetiva da coisa julgada operará *secundum eventum litis*.¹⁸

1.2 Os aspectos subjetivos e objetivos da coisa julgada nos direitos individuais homogêneos

O art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que a coisa julgada será “*erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”. A doutrina entende que somente haverá coisa julgada *erga omnes* quando o pedido for julgado procedente, pois quando a ação for julgada improcedente, qualquer que tenha sido o fundamento, não

¹⁵ JARDIM, Deise Nicola Tanger. Digressões a respeito da coisa julgada nas ações coletivas. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, 01 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/1298-digressoes-a-respeito-da-coisa-julgada-nas-acoes-coletivas>>. Acesso em: 08 maio 2016

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 4. p. 390.

¹⁷ ALVIM, op. cit., p. 181, nota 27.

¹⁸ GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 73.

haverá restrição quanto à interposição de ações de indenização individuais, exceto para aqueles que tiverem atuado como litisconsorte no processo. Para esses, ainda que o julgamento seja de improcedência a pretensão será extinta através da coisa julgada coletiva, conforme prevê o § 2º do artigo 103, CDC.¹⁹

Dessa forma, Luiz Norton Baptista de Mattos aduz que em caso de procedência do pedido ocorrerá uma extensão da imutabilidade do julgamento, que abarcará os interessados, ou seja, as vítimas da conduta do réu da ação coletiva. Assim, não será mais necessário a propositura de ação cognitiva individual para que seja alcançada uma tutela da situação pessoal (interessado x réu da demanda coletiva), pois já terá ocorrido a constituição de título executivo judicial em favor dos titulares de interesses individuais, que precisariam apenas intentar com ação de liquidação e execução individual. Nessa etapa deverá ser demonstrado o dano individual, o nexó com o fato apurado na ação coletiva, e o montante do prejuízo.²⁰

Ainda se tratando da doutrina majoritária, a visão é a de que o legislador determinou tratamento diverso do que ocorre com os direitos difusos e coletivos em sentido estrito no que diz respeito à possibilidade de repetição da ação coletiva. Enquanto nesses existe a possibilidade de repetição nos casos de insuficiência probatória, nos individuais homogêneos tal possibilidade não existe através de nova ação coletiva, com mesmos interessados, causa de pedir e pedido idênticos, independente da fundamentação que originou a improcedência.²¹

Contudo, esse não parece o entendimento mais acertado. O texto legal, como se constata com a leitura, é vago e não preenche a questão referente à coisa julgada coletiva, apenas tratando de sua extensão. Dessa forma, Zaneti e Didier entendem de maneira acertada que as lacunas devem ser sanadas através do princípio hermenêutico, ou seja, a solução deve ser buscada por analogia através de regramentos do próprio microsistema coletivo. Logo, se for julgada improcedente por insuficiência de provas, não haverá coisa

¹⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e Litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos. In: GRINGOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 186.

²⁰ DE MATTOS, Luiz Norton Baptista. A Litispendência e a Coisa Julgada nas Ações Coletivas Segundo o Código de Defesa do Consumidor e os Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINGOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 202

²¹ *Ibidem*, p. 202-203.

julgada material no âmbito coletivo, da mesma forma que ocorre nos direitos difusos e coletivos (em sentido estrito).²²

Importante destacar que a coisa julgada só operará em favor dos titulares de ações individuais quando a suspensão do processo for requisitada em até 30 (trinta) dias após a ciência, nos autos, da propositura da ação coletiva. Caso contrário, não ocorrerá a extensão *in utilibus* da imutabilidade do julgamento em sede de ação coletiva para a esfera individual.²³ Contudo, se a suspensão for requerida, formar-se-á um título executivo em caso de procedência da ação coletiva, e em caso de improcedência, não haverá prejuízo quanto à discussão do direito individual, conforme preceitua o art. 103, § 2º, CDC.

Vale dizer, porém, que a decisão pronunciada na ação coletiva formará um precedente não vinculativo, que terá certo grau de relevância de acordo com o caso concreto em análise.²⁴ Assim, não há vício caso o juiz resolva adotar o entendimento proferido em ação coletiva, e julgar improcedente o pedido individual. Não poderá, entretanto, ser considerado como acolhido pela extensão da coisa julgada, que impediria o ajuizamento da ação, e provocaria a extinção sem resolução de mérito. O juiz poderá utilizar do precedente para, no mérito, julgar improcedente a demanda individual, entretanto, não haverá pressuposto negativo para existência da ação.

2. A ALTERAÇÃO DO ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA COLETIVA

A Lei de nº 7.347/85, promulgada em 24 de julho de 1985, também conhecida como Lei da Ação Civil Pública (LACP), surgiu, no âmbito legislativo, como uma resposta à necessidade de tutela da conflituosidade social que se alarmava à época e reclamava pela efetividade de um processo coletivo²⁵. Pioneira na disciplina processual coletiva, a essa lei sucederam

²² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 4. p. 390-391.

²³ DE MATTOS, Luiz Norton Baptista. A Litispêndência e a Coisa Julgada nas Ações Coletivas Segundo o Código de Defesa do Consumidor e os Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINGOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 203.

²⁴ GRINGOVER, Ada Pellegrini. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 954-955.

²⁵ ÁVILA, Luciano Coelho. Da limitação territorial da eficácia da coisa julgada coletiva em sede de ação civil pública: uma abordagem crítica à luz do moderno direito processual coletivo e do projeto de lei 5.100/2005. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 861, p. 53, jul. 2007.

diversos outros diplomas que, atualmente, compõem o “microsistema processual coletivo²⁶”, tais como o Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/90), a Lei de Improbidade Administrativa (lei nº 8.429/92) e a Lei do Mandado de Segurança Coletivo (lei nº 12.016/09).

No que se refere ao microsistema supracitado, cabe ressaltar que sua característica principal é a reunião intercomunicante de vários diplomas, de modo que a interpenetração entre as legislações integrantes permite uma comunicação tamanha que torna possível a aplicação das regras gerais e também dos institutos específicos como a coisa julgada, no que couber, a todas as espécies de direitos coletivos *lato sensu*²⁷.

Fincadas essas premissas, insta salientar que, originalmente, previa a Lei da Ação Civil Pública acerca da coisa julgada a seguinte redação em seu art. 16: “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” (grifos nossos)

Desse modo, em consentâneo com a natureza indivisível do objeto tutelado, bem como com o objetivo da tutela coletiva, a eficácia da coisa julgada se dava *erga omnes*, abrangendo todos os sujeitos de fato atingidos pela lesão ao direito coletivo em discussão na ação civil pública, sem qualquer limitação regional ou estadual.

Ocorre que, os primeiros dez anos de vigência das demandas coletivas foram suficientes para o poder judiciário temer, através das inúmeras ações propostas e dos efeitos delas provenientes, o imenso poder que as ações coletivas detinham para dirimir as lesões e ameaças a direitos de repercussão coletiva. A união da sociedade para buscar a tutela de um benefício comum fez surgir um ideal de que seria possível lutar contra os mantenedores do poder, o que de certa maneira abalou os alicerces do judiciário²⁸.

A ferramenta encontrada para frear as amarras impostas ao Poder Judiciário, no cenário narrado, foi a edição de sucessivas Medidas Provisórias. A MP de nº 1.570-4, de 22 de julho de 97, que passou por cinco reedições e alterou a disposição do art. 16 da LACP desponta como fruto dessa realidade, ao

²⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis. Ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 382-383.

²⁷ Ibidem. p. 382-383.

²⁸ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 252.

determinar que:

A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, *nos limites da competência territorial do órgão prolator*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Infere-se, portanto, que a partir de então, nos termos do artigo mencionado, a extensão subjetiva da coisa julgada decorrente da ação civil pública se limita ao espaço territorial de competência do magistrado prolator da sentença, desnaturando um dos principais institutos da tutela coletiva e impedindo a abrangência regional ou mesmo nacional do julgado.

Corroborando com o entendimento ora esposado, preleciona Cassio Scarpinella Bueno²⁹ que, a respeito da motivação da alteração realizada seria ingenuidade não perceber que o Poder Judiciário visou “minimizar os efeitos práticos da *conscientização* do acesso *coletivo* à Justiça, que, no processo civil, tanto deve à ação civil pública e a sua lei de regência, a Lei n. 7.347/85”. (grifos no original)

Não obstante as incontáveis críticas doutrinárias alegadas posteriormente à edição e reedições da MP 1.570/97, contrariando todas as expectativas de manutenção de uma harmonia sistêmica, a medida provisória foi convertida na Lei nº 9.494/97, que trouxe em seu artigo 2º a modificação dos efeitos subjetivos da coisa julgada coletiva.

Com efeito, parcela minoritária da doutrina justifica a aplicação dessa regra, alegando que a alteração trazida pela lei nº 9.494/97 decorre da própria lógica da organização constitucional judiciária brasileira, e que, trata-se de limitação implicitamente vigente no artigo original da Lei de Ação Civil Pública, de maneira que a nova lei apenas ratificou o que já era sabido³⁰.

Os defensores de tal artigo argumentam que conferir aos juízes de primeiro grau jurisdição nacional provoca distorções no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo à ação civil pública até mesmo funcionar como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, usurpando competência do STF.

Encontram fundamento ainda no fato de que a jurisprudência pátria, majoritariamente, adota o mesmo entendimento de aplicação do art. 16 da

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. O Poder Público em Juízo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 113.

³⁰ FERREIRA, Marcus Vinicius Vita; FONSECA, Rodrigo Garcia da; RIVITTI, Maria Augusta da Matta. A eficácia territorial da sentença proferida em ação civil pública. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 219, p. 280, maio 2013.

LACP, apontam, assim, que essa limitação territorial seria apenas consequência da divisão do Poder Judiciário em esfera estadual e federal de jurisdição, porquanto seria insensata a imposição de critérios de uma mesma sentença a diversos entes estaduais com realidades regionais distintas.

Entretanto, como cediço, tal concepção não deve prosperar. A doutrina³¹ salienta uma série de impropriedades que contaminam não apenas o conteúdo do artigo debatido, mas também o procedimento pelo qual foi inserido no ordenamento jurídico, as quais se passam a explicar.

2.1 Impropriedades e críticas doutrinárias

2.1.1 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA LEI Nº 9.494/97

Primeiramente, urge ressaltar que a alteração legislativa introduzida pela Lei nº 9.494/97 já nasceu eivada de inconstitucionalidade material e formal. Isso porque, foi sorrateiramente inserida em uma Medida Provisória (MP) que à princípio se destinava a regular as funções da Advocacia Geral da União³², sem cumprir qualquer requisito de relevância e urgência, indispensáveis para a edição de uma MP, consoante previsto no art. 62 da Carta Magna.

Além disso, a regra inscrita na alínea b, do inciso I, do §1º do art. 62 da Constituição Federal que versa ser vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria processual civil foi completamente ignorada pela Medida Provisória nº 1.570/97. Ora, flagrante é a inconstitucionalidade formal da medida, pois a modificação de um processo plenamente efetivo e em vigor tal qual o processo coletivo, deveria ser procedida através do processo legislativo ordinário ou por meio de Projeto de Lei proposto pelo Poder Executivo ou pelo Congresso Nacional³³.

³¹ Consoante esse entendimento: ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 254; DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 4. p. 153; GIDI, Antônio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008. p. 426.

³² ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 255.

³³ ALVES, Gustavo Silva. Os limites subjetivos da coisa julgada coletiva, as impropriedades do artigo 16 da Lei 7.347/85 e a possibilidade de uma futura mudança na jurisprudência do STJ à luz da técnica do julgamento-alerta. *Processos Coletivos*. v. 7, n. 2, trimestre 01abr. 2016 a 30 jun. 2016. Disponível em: < <http://www.processoscoletivos.net/index.php/revista-eletronica/70-volume-7-numero-2-trimestre-01-04-2016-a-30-06-2016/1691-os-limites-subjetivos-da-coisa-julgada-coletiva-as-impropriedades-do-artigo-16-da-lei-7-347-85-e-a-possibilidade-de-uma->

Todavia, como já observado, não obstante os esforços doutrinários despendidos para tentar tolher os desmandos sustentados por essa medida provisória, essa foi rapidamente convertida na Lei de nº 9.494/97, perpetuando tal absurdo.

Ademais, não se pode olvidar que a limitação territorial subjetiva da coisa julgada à competência do órgão prolator da sentença consiste em patente ofensa ao princípio da isonomia, da economia processual, bem como do acesso à Justiça, tornando-se, assim, materialmente inconstitucional.

O princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, *caput* da Constituição Federal, pretende dispensar tratamento igual a todos os cidadãos brasileiros. Ocorre que, ao permitir um sem número de decisões a respeito de um mesmo fato cuja lesão atingiu sujeitos em diferentes unidades federativas há flagrante desrespeito ao princípio da igualdade, uma vez que tais sujeitos estarão suscetíveis a serem expostos a decisões contraditórias. Permite-se, assim, que pessoas submetidas à mesma situação jurídica sejam tratadas desigualmente.

Há que se atentar ao fato de que, reflexamente, tal regra também fere o princípio da segurança jurídica, pois, a depender da região em que a ação for proposta, o titular do direito coletivo estará passível a diferentes decisões, o que contradiz ao fundamento de unidade e concretude do ordenamento jurídico brasileiro³⁴.

No que se refere ao princípio do acesso à Justiça, insta ressaltar que com o advento da Constituição Federal e a previsão de proteção à tutela coletiva alcançada, um novo alcance da inafastabilidade da jurisdição, consagrada no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna, deve ser considerada para abranger também os direitos supraindividuais.

Nesse sentido, faz-se mister perceber que a limitação territorial imposta pelo art. 16 da LACP surge como um obstáculo à efetividade do processo coletivo e, conseqüentemente, como regra restritiva ao acesso à Justiça, na medida em que exige a interposição de uma demanda em cada comarca ou subseção

futura-mudanca-na-jurisprudencia-do-stj-a-luz-da-tecnica-do-julgamento- alerta#_ftnref39>. Acesso em 11 maio 2016.

³⁴ ALVES, Gustavo Silva. Os limites subjetivos da coisa julgada coletiva, as impropriedades do artigo 16 da Lei 7.347/85 e a possibilidade de uma futura mudança na jurisprudência do STJ à luz da técnica do julgamento-alerta. *Processos Coletivos*. v. 7, n. 2, trimestre 01abr. 2016 a 30 jun. 2016. Disponível em: < http://www.processoscoletivos.net/index.php/revista-eletronica/70-volume-7-numero-2-trimestre-01-04-2016-a-30-06-2016/1691-os-limites-subjetivos-da-coisa-julgada-coletiva-as-impropriedades-do-artigo-16-da-lei-7-347-85-e-a-possibilidade-de-uma-futura-mudanca-na-jurisprudencia-do-stj-a-luz-da-tecnica-do-julgamento- alerta#_ftnref39>.

judiciária³⁵ a respeito do mesmo fato danoso, que deveria repercutir nos mesmos direitos e efeitos jurídicos a todos os atingidos, o que claramente dificulta a proteção dos direitos coletivos em juízo através da ação civil pública, garantido pelo inciso III do art. 129 da Constituição Federal.

Outrossim, vislumbra-se ainda ofensa ao princípio da economia processual e fomenta o conflito lógico e prático de julgados³⁶, uma vez que, como outrora explicitado, impõe a necessidade de proposição de inúmeras ações, o que acaba por sobregarregar os magistrados e tribunais, quando, na realidade, bastava apenas uma resposta jurisdicional. Tal situação é diretamente oposta ao princípio da economia processual, que busca a obtenção de máxima efetividade do direito com o mínimo possível de atividade jurisdicional.

Corolário lógico da pulverização de demandas coletivas, quando o ideal seria a solução molecular desses conflitos é a possibilidade de decisões contraditórias, o que conflita com a natureza do objeto tutelado bem como com os objetivos da tutela coletiva, quais sejam: facilitar o acesso à Justiça, viabilizar uma participação democrática de todas as classes sociais, desafogar o Poder Judiciário de demandas com semelhante causa de pedir, a uniformidade de decisões, diminuição de custos da prestação jurisdicional e maior rapidez e eficácia dos julgamentos³⁷.

2.1.2 INDIVISIBILIDADE ONTOLÓGICA DO OBJETO DA TUTELA COLETIVA

Ratificando o entendimento de que a alteração do art. 16 da LACP foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por iniciativa autoritária e política, observa-se que a Lei nº 9.494/97 sequer considerou a natureza do objeto tutelado pelo processo coletivo e tentou fracionar o que é materialmente indivisível.

É cediço que a lesão a um dos titulares do direito coletivo reflete em lesão a todos os outros titulares, bem como que os benefícios provenientes dele ocorrem no mesmo sentido. O parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor expressamente dispõe acerca da natureza indivisível

³⁵ SILVA, Bruno Freire e. A ineficácia da Tentativa de Limitação Territorial dos Efeitos da Coisa Julgada na Ação Civil Pública. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 340.

³⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 4. p. 150

³⁷ BATISTA, Roberto Carlos. *Coisa julgada nas ações civis públicas: direitos humanos e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 178-179.

dos direitos coletivos *lato sensu*³⁸. Mesmo que assim não fosse, verifica-se que tal preceito não pode ser ignorado, tendo em vista que a indivisibilidade do direito não surge de imposição legislativa, mas constitui uma característica ontológica, intrínseca aos direitos coletivos.

Como bem salienta Marcelo Abelha Rodrigues³⁹, não incumbe ao legislador determinar qual direito ou interesse é divisível ou indivisível, esse atributo não é conferido ou afastado por sua vontade. Mesmo que insista na cindibilidade daquilo que é incindível e empregue todos os seus esforços em controlar essa natureza, seus efeitos continuarão vigendo e a sua eficácia *erga omnes* abrangendo todos os titulares desse direito.

A fragmentação da coisa julgada é de tal modo absurda que intenta restringir a aspectos territoriais o direito coletivo, que tem como intuito maior a proteção dos direitos metaindividuais, independentemente de onde o sujeito lesado se encontre.

Em âmbito pragmático, diversos são os exemplos que comprovam a incongruência dessa norma. Considerando a hipótese em que uma siderúrgica se instala no limite entre dois Estados e que uma ação civil pública foi proposta para recuperar a qualidade do ar que está sendo poluído pela empresa, como fracionar os benefícios apenas para um dos estados atingidos pela atividade da empresa? ⁴⁰ E ainda, se as ações forem interpostas em ambos os estados e uma sentença julgar procedente o pedido e a outra improcedente?

Outro clássico exemplo é o da interposição de uma ação coletiva que, transitada em julgado no estado do Rio Grande do Sul, reconheceu certo medicamento como danoso à saúde e deferiu o pedido indenizatório para os consumidores lesados que ingeriram o remédio. Nos termos da atual redação do art. 16 da LACP, o dano provocado pelo medicamento apenas lesou os consumidores gaúchos. Ora, reconhecida a nocividade do fármaco, o reflexo da sua ingestão independentemente do local em que reside o consumidor,

³⁸ Lei nº 8.078/90. Art. 81. Parágrafo único: a defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (grifos nossos)

³⁹ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 268.

⁴⁰ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 268

deveria gerar o direito à indenização, uma vez que não existe uma saúde gaúcha, uma mineira e outra capixaba, por exemplo.⁴¹

Dessa maneira, verifica-se que, além de ser inconstitucional formal e materialmente, ignorar a natureza do objeto tutelado pelos direitos coletivos *lato sensu*, a alteração promovida pela Lei de nº 9.494/97 é completamente impraticável, como pôde se observar através dos exemplos supramencionados.

2.1.3 EQUÍVOCO DA TÉCNICA LEGISLATIVA E A CONFUSÃO ENTRE COMPETÊNCIA, JURISDIÇÃO E OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Ao alterar o texto do artigo 16 da Lei 7.347/85 por meio da MP 1.570 de 26.03.1997 (convertida na Lei 9.494/97), o legislador operou com enorme falha da técnica legislativa, e na tentativa de restringir os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas, acabou confundindo esse conceito com o de jurisdição, competência, conforme entende grande parte da doutrina.⁴² Assim, atuou de forma irresponsável e na contramão do escopo das ações coletivas.

Dessa forma, para uma didática mais apurada da questão, será necessária uma breve explanação acerca dos institutos, para que ao fim reste explícito o equívoco existente na alteração do dispositivo.

Inicialmente, cumpre dizer que na ótica de Carnelutti a jurisdição é a manifestação do juiz que pronunciará o direito no caso concreto, logo há necessidade de um conflito de interesses discutido em juízo. Nesse sentido, o direito *dictum* pelo *giudice* assume caráter de verdadeira manifestação justa da lei na lide, é o que na doutrina se denomina a *justa composição da lide*.⁴³ Já Chiovenda, afirma que a jurisdição é a *atuação da vontade da lei*, assim, caberia ao juiz, através da interpretação do dispositivo, fixar o real propósito da lei, estabelecendo a vontade da Lei acima da vontade dos particulares.⁴⁴

⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 166.

⁴² ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 54.

⁴³ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Nápoles: Morano, 1958, p. 19.

⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 1933. Trad. Port. De Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 2009, pp. 77-91.

Assim, embasado em tais doutrinadores, Eduardo Juan Couture defende que jurisdição é uma função estatal exercida pelos órgãos competentes, de acordo com a previsão legal, por meio da qual um ato de juízo determinará o direito das partes, com intuito de compor lides através de decisões que serão atingidas pela coisa julgada, e eventualmente executáveis.⁴⁵

Atualmente, sabe-se que a jurisdição, como função estatal, é una. Assim, os lindes geográficos correspondem a todo o território nacional, uma vez que a jurisdição é concedida pelo Estado brasileiro para atuação através dos legitimados. Contudo, acontece uma repartição do território nacional para melhor distribuição entre os órgãos do judiciário das atribuições relativas ao exercício da jurisdição.⁴⁶

Tal repartição em circunscrições judiciárias mencionada no parágrafo supra é a denominada competência territorial, conceituada por Luiz Norton B. de Mattos como limite ou medida da jurisdição⁴⁷ e visa a distribuição dos processos entre órgãos/juízos, com intuito de facilitar o acesso à Justiça e o funcionamento satisfatório do Poder Judiciário.⁴⁸

Com relação ao limite subjetivo da coisa julgada, diz respeito à abrangência em relação às pessoas que serão afetadas pela imutabilidade da sentença. Conforme exposto anteriormente, ela atuará *secundum eventum litis*, assim, de acordo com o resultado da demanda coletiva, a extensão será *erga omnes* ou *ultra partis*, afetará somente os legitimados para a propositura da demanda coletiva, ou ainda não irá se formar.

Ao realizar a alteração legislativa no artigo 16 da Lei 7.347/85, o legislador

⁴⁵ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª Ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. p. 40.

⁴⁶ ALVES, Gustavo Silva. Os limites subjetivos da coisa julgada coletiva, as impropriedades do artigo 16 da Lei 7.347/85 e a possibilidade de uma futura mudança na jurisprudência do STJ à luz da técnica do julgamento-alerta. *Processos Coletivos*. v. 7, n. 2, trimestre 01abr. 2016 a 30 jun. 2016. Disponível em: < http://www.processoscoletivos.net/index.php/revista-eletronica/70-volume-7-numero-2-trimestre-01-04-2016-a-30-06-2016/1691-os-limites-subjetivos-da-coisa-julgada-coletiva-as-impropriedades-do-artigo-16-da-lei-7-347-85-e-a-possibilidade-de-uma-futura-mudanca-na-jurisprudencia-do-stj-a-luz-da-tecnica-do-julgamento-alerta#_ftnref39>. Acesso em: 11.05.2016.

⁴⁷ DE MATTOS, Luiz Norton Baptista. A Litispendência e a Coisa Julgada nas Ações Coletivas Segundo o Código de Defesa do Consumidor e os Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINGOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 205

⁴⁸ MARTINS, Fernando Dal Bó. A eficácia territorial da sentença no processo coletivo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 39, n. 219, p. 46, maio 2013. p. 9

operou em atecnia, que gerou confusão entre o conceito de competência territorial e limites subjetivos da coisa julgada, pois são institutos distintos e sem relação entre si. Não é possível limitar a coisa julgada à competência territorial do órgão julgador, já que, sendo a coisa julgada uma qualidade da sentença, irá produzir efeitos em qualquer lugar onde as mesmas partes, pautadas na mesma causa de pedir, e buscando o mesmo pedido, venham a discutir a lide. A coisa julgada atuará como pressuposto negativo e impedirá o prosseguimento da ação. Qualquer entendimento que não seja nesse sentido irá distorcer o princípio da coisa julgada.⁴⁹

Não é possível imaginar que uma decisão proferida por magistrado, imbuído de jurisdição estatal para dirimir o conflito entre as partes, não surta efeitos em todo território nacional. A jurisdição estatal não pode ser limitada por regras de competência territorial, que como já expresso, apenas tem o intuito de funcionalizar a atuação do poder judiciário, não de limitar uma função estatal.⁵⁰ Tal entendimento não coaduna com o conceito de coisa julgada, pois bastaria trocar de limite geográfico para repropor uma ação já julgada, e pleitear um direito que já foi anteriormente avaliado. A situação, além de incongruente com o sistema da solução de conflitos, é, no mínimo, impensável em uma análise conjunta do princípio da segurança jurídica.

Importante dizer que, claramente os limites de competência territorial não se relacionam com a extensão subjetiva da coisa julgada. Tal limitação será conferida apenas pela relação jurídica material litigiosa, estabelecidas através do pedido e da causa de pedir expressos na inicial.⁵¹

Assim, a doutrina utiliza como exemplo a clássica situação do divórcio. Um casal que se divorciou sob a competência territorial do Espírito Santo, não precisará interpor nova ação nos demais Estados brasileiros para que essa decisão tenha efeitos em seus limites territoriais, pois a sentença que determinou o divórcio foi proferida por órgão que possui jurisdição em todo território nacional, uma vez que foi imbuído de tal função pelo Estado

⁴⁹ MARTINS, Fernando Dal Bó. A eficácia territorial da sentença no processo coletivo. Revista de Processo. São Paulo, v. 39, n. 219, p. 46, maio 2013. p. 12

⁵⁰ Ibidem, p. 13.

⁵¹ ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e Litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos. In: GRINGOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 205. No mesmo sentido: SILVA, Bruno Freire e. A ineficácia da Tentativa de Limitação Territorial dos Efeitos da Coisa Julgada na Ação Civil Pública. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 341.

Brasileiro.⁵²

Outro exemplo que demonstra a insustentável alteração do dispositivo é o de uma barragem construída em um rio, sendo metade da barragem em Minas Gerais e a outra Metade no Espírito Santo. Assim, se o juízo do ES determina a implosão da barragem, mas o juízo de MG se pronuncia favorável à permanência, ocorrerá uma situação de incoerência, na qual a parte da barragem que estiver dentro dos limites do Espírito Santo será implodida, enquanto o restante, inserido em Minas Gerais, continuará de pé.

O legislador buscou mitigar a decisão nas ações coletivas, ocorre, contudo, que utilizou da competência territorial para limitar a coisa julgada, e não os efeitos da sentença, como pretendia. Entretanto, a Sentença não é limitável territorialmente, ela é a expressão da jurisdição estatal, e seu alcance abrange todo território nacional, se não fosse assim, a jurisdição do Estado seria relativa, e condicionada ao território de atuação, o que não faz sentido frente à unicidade da jurisdição estatal.⁵³

Vale destacar também, que o artigo culmina em inibir a interposição de recursos nas ações coletivas, uma vez que, conforme os recursos forem sendo interpostos, maior será a competência territorial do órgão prolator, e por consequência, maior seria o âmbito de alcance da sentença, o que seria prejudicial ao réu.⁵⁴

2.1.4 INEFICÁCIA DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA FACE AO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

Dentre as impropriedades do art. 16 da LACP suscitadas pela doutrina, uma parcela sustenta que tal modificação não se aplica à coisa julgada proferida na tutela dos direitos individuais homogêneos, tendo em vista que as regras inscritas na Lei da Ação Civil Pública apenas se aplicam aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Consoante os doutrinadores que empregam essa linha de pensamento⁵⁵, os direitos individuais homogêneos devem ser

⁵² ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 54.

⁵³ MARTINS, Fernando Dal Bó. A eficácia territorial da sentença no processo coletivo. *Revista de Processo*. Paulo, v. 39, n. 219, p. 46, maio 2013. p. 13

⁵⁴ ALVIM, op. cit. p. 205, nota 65.

⁵⁵ Nesse sentido: ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 257-258; GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 940-941.

disciplinados segundo o regramento específico determinado no inciso III e parágrafos do art. 103 do CDC⁵⁶, que em nenhum dispositivo impõe uma limitação territorial aos efeitos subjetivos da coisa julgada, mas, segue o modo de produção *secundum eventum litis*.

A existência outrora explicitada do microsistema processual coletivo, é especialmente demonstrada quando da observância dos arts. 21 da LACP e 90 do CDC, em que resta consignado expressamente a aplicação, no que couber, das regras de um diploma ao outro. A interpenetração das normas entre os diplomas integrantes do microsistema é sua característica principal, de modo que não pode subsistir o entendimento esposado por esta parcela da doutrina de que a alteração seria aplicada para uma espécie de direito coletivo *lato sensu* e não seria aplicável a outra espécie. Conclui-se, assim, pelo não emprego do art. 16 da LACP tanto aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, quanto aos individuais homogêneos.

Essa sistemática processual coletiva confere pressuposto para uma parcela doutrinária argumentar também que a alteração promovida pela Lei de nº 9.494/97 é ineficaz e inoperante, porquanto o microsistema deve ser interpretado harmonicamente e as normas de competência territorial para os direitos coletivos *lato sensu* estão inscritas tanto no art. 2º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) quanto no art. 93 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Prescreve o art. 2º da LACP que “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Dada a análise do dispositivo, vislumbra-se a fixação da regra de competência territorial do local de ocorrência do dano. Cabe ressaltar que a competência funcional se configura, na realidade, uma competência absoluta. Assim, mesmo, via de regra, ser a competência territorial critério de competência relativa, o artigo prevê uma exceção em

⁵⁶ Lei nº 8.078/90. Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99[...].

que existe uma “competência territorial absoluta”⁵⁷. Dessa forma, no direito processual coletivo a competência territorial é designada no local do dano e não pode ser alterada por vontade das partes.

Complementando a norma prevista no artigo supracitado, o art. 93 do CDC estabelece que a justiça local é competente, ressalvada a competência da Justiça Federal, para as causas de âmbito local, no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano e para os casos de âmbito nacional ou regional, no foro da capital do Estado ou do Distrito Federal. Independentemente dos pormenores inferidos do dispositivo, acerca do deslocamento de competência para a capital do estado ou para o Distrito Federal⁵⁸, percebe-se que o juízo competente para o julgamento a ação passa a ter atribuição para analisar o dano em toda a sua extensão, fugindo aos limites da comarca ou subseção judiciária, como pretendeu restringir o art. 16 da LACP.

Com vistas nesses fundamentos, uma parcela doutrinária sustenta a ineficácia do dispositivo e sua inaplicabilidade, haja vista muito embora tenha sido alterada a Lei da Ação Civil Pública não foi modificado concomitantemente qualquer dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, portanto, mantém-se a interpretação e aplicação legislativa harmoniosa e coerente com o microssistema da tutela coletiva⁵⁹.

Todavia, os incontáveis esforços da doutrina em demonstrar as impropriedades e as imperfeições técnicas de uma regra letal ao processo coletivo não foram suficientes para refrear a aplicação irrestrita desse artigo pelos Tribunais por todos os anos de vigência da alteração em comento. O enfrentamento da jurisprudência na contramão de tudo o que foi exposto é medida que se impõe, uma vez que as críticas em si mesmas não tem o condão de alterar o entendimento ainda hoje confirmado majoritariamente pelos Tribunais.

3 A INCONGRUÊNCIA ENTRE A JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E A DOUTRINA

Ainda que a doutrina nacional, em sua ampla maioria, seja contrária a aplicação da modificação realizada pelo art. 2º da Medida Provisória 2.180-

⁵⁷ MARTINS, Fernando Dal Bó. A eficácia territorial da sentença no processo coletivo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 39, n. 219, p. 18, maio 2013.

⁵⁸ A esse respeito: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 4. p. 151.

⁵⁹ SILVA, Bruno Freire e. A ineficácia da Tentativa de Limitação Territorial dos Efeitos da Coisa Julgada na Ação Civil Pública. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 343.

35/2001 (antes MP 1.570-5), convertida na Lei 9.494/97, em relação ao Artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, a jurisprudência pátria entendia até data recente pela aplicação literal do texto legal e, por conseguinte, da limitação territorial imposta à eficácia *erga omnes* das decisões em ações coletivas.⁶⁰ Tal alteração legal, corroborada pela aplicação realizada pelo judiciário, representa verdadeiro retrocesso, e caminha na contramão da evolução do microsistema de tutela dos direitos transindividuais.⁶¹

Na realidade, o que se verifica na jurisprudência é uma quantidade considerável de posicionamentos. Nesse imbróglio, a questão da aplicação da nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), para que o entendimento acerca da lei federal fosse uniformizado. Porém, entre as próprias Turmas do Tribunal Superior houve divergência quanto à aplicação, e assim a questão foi remetida à Corte Especial a título de embargos de divergência, onde, originalmente, foi decidido pela manutenção da limitação dos efeitos da sentença em razão da competência do órgão prolator da decisão, logo, optou-se pela utilização incondicional dos desmandos contidos no art. 16 da LACP.⁶²

No mesmo sentido, Eduardo Arruda Alvim demonstra que o Supremo Tribunal Federal já se declarou favorável à aplicação da alteração legislativa realizada no art. 16 da Lei. 7.347/85. A manifestação ocorreu em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1576-1 que julgou, em pedido liminar, a inconstitucionalidade da Medida Provisória que alterou a redação do artigo aqui estudado.⁶³ Em tal ocasião a Corte Suprema se manifestou pelo indeferimento da liminar, e em seu voto, o Min. Marco Aurélio de Mello alegou que via “a mudança da redação como pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos *erga omnes* na área de atuação do Juízo, e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública (...)”.⁶⁴ Logo, argumentou em

⁶⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 56.

⁶¹ SILVA, Bruno Freire e. A ineficácia da Tentativa de Limitação Territorial dos Efeitos da Coisa Julgada na Ação Civil Pública. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 345.

⁶² ARDITO, Gianvito. O Limite Territorial da Sentença Coletiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 937/2013, p. 489, nov. 2013.

⁶³ ALVIM, op. cit., p. 56-57, nota 74.

⁶⁴ O trecho citado faz parte da decisão proferida no Plenário do STF em 16.04.1997, que julgou improcedente o pedido liminar de inconstitucionalidade da Lei 9.494/97. O mérito da questão

total contradição com o entendimento majoritário da doutrina.

Tal entendimento pode ser encontrado também nos seguintes julgados do STJ: EREsp 411.529/SP, 2ª Seção, j. 10.03.2010, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 24/03/2010; EREsp 293.407/SP, Corte Especial, j. 07.06.2006, rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 01/08/2006; STJ, REsp 665.947, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, j. 02.12.2004, DJ 12.12.2005; STJ, REsp 625.996, 1ª Turma, rel. p/ acórdão Teori Zavascki, j. 15.03.2005, DJ 02.05.2005.

Entretanto, mesmo depois de sanada a divergência através dos Embargos, a matéria, por sua patente incongruência com os ditames processuais coletivos, continua a gerar discordância, e surgiu a posição no STJ de que o art. 16 não seria aplicado as ações coletivas envolvendo Direitos Individuais Homogêneos. Como fundamento, os acórdãos alegam que a disciplina do art. 93 do CDC trataria apenas dos direitos individuais homogêneos, enquanto o art. 16 se aplicaria aos direitos coletivos e difusos. Apesar da fundamentação não ser correta, já que o artigo 93 é aplicável a todos os direitos coletivos (*latu sensu*) devido a existência do microsistema de tutela coletiva, percebe-se que os julgados ratificam a incongruência da aplicação do dispositivo em análise (REsp 411.529- SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 4.10.2007)⁶⁵.

A divergência persistiu, e a revisão jurisprudencial do tema no STJ quase ocorreu através do julgamento proferido pela Corte Especial no REsp 1.243.887-PR, rel. Min Luis Felipe Salomão, j. em 19.10.2011, onde a limitação territorial foi alvo de grandes debates. O Relator foi favorável à alteração do entendimento anteriormente fixado, contudo, a discussão foi afastada por configurar *obiter dictum*, mas o tema já começava a sofrer alteração jurisprudencial.⁶⁶

Em novo julgamento da Corte Especial do STJ, o tema foi posto em debate pela Ministra Fátima Nancy Andrichi, que assinalou para a necessidade de alteração do entendimento jurisprudencial, quando do julgamento do REsp 1.247.150/PR⁶⁷. Vale dizer, entretanto, que tal sinalização não chegou a se concretizar, mas a contribuição foi um avanço na Jurisprudência da Corte.

sequer chegou a ser julgado, visto a falta de aditamento da inicial por parte do autor da demanda (partido liberal – PL), que fez com que a demanda tivesse o seu seguimento negado em 17.07.1997.

⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 4. p. 154-155.

⁶⁶ Ibidem, p. 155.

⁶⁷ STJ, REsp 1.247.150/PR, Corte Especial, j. 19/10/2011, m.v, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 12/12/2011.

Nas ementas dos Recursos Especiais tratados acima (REsp 1.247.150/PR e REsp 1.243.887-PR), o STJ teceu teses indicando que “os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivo e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472, 474 CPC e 93 e 103, CDC)”. Assim, deixa claro que a aplicação do art. 16 da LACP está em inconformidade com o microsistema processual coletivo, pois limita os efeitos da sentença aos limites territoriais do órgão prolator, conquanto deveria ser limitado apenas pela “extensão do dano” e pela “qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo”.⁶⁸

Diante de tais acórdãos, verifica-se que aos poucos a aplicação do artigo está sendo enfrentada, e o surgimento de um novo posicionamento dos Tribunais brasileiros no sentido de reconhecerem a inaplicabilidade do artigo 16 da LACP começa a se formar. Na realidade, o STJ está sofrendo um processo de amadurecimento, o que demonstra que a jurisprudência predominante ainda opta pela aplicação do dispositivo legal, e não pela “posição coerente e ponderada” de não aplicar a alteração trazida ao artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública.⁶⁹

Contudo, o precedente firmado pela Mina. Rel. Nancy Andrighi no julgamento do REsp 1.243.386/RS, realizado em 12/06/2012 pela 3ª Turma, foi o de alterar o entendimento que preza pela efetiva aplicação do art. 16 *caput* da LACPP e do art. 2º-A da Lei 9.494/94. Assim, aguarda-se a consolidação da não aplicação dos dispositivos em todas as ações de tutela de direitos coletivos *latu sensu*, e não em casos específicos.⁷⁰

Assim, importante perceber que o STJ é o órgão que possui maior possibilidade de alterar o entendimento jurisprudencial da questão, por meio de embargos de divergências e outros recursos de uniformização de *decisiums*. Contudo, dada à análise da atual jurisprudência pátria, vislumbra-se que essa viragem de posicionamento pode ser utópica. Ademais, os Embargos de Divergência no REsp nº 1.243.386/RS estão a espera de julgamento e podem alterar o entendimento do Superior Tribunal, colocando-o em sintonia com os pronunciamentos da Ministra Fátima Nancy

⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 4, p. 156.

⁶⁹ SILVA, Bruno Freire e. A ineficácia da Tentativa de Limitação Territorial dos Efeitos da Coisa Julgada na Ação Civil Pública. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 345.

⁷⁰ DIDIER JR., op. cit., p. 157, nota 82.

Andrighi.

4 A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Diante do cenário narrado, é notória e premente a necessidade de modificação da regra disposta no art. 16 da Lei nº 7.437/85, dado ser eivada de suficientes impropriedades técnicas que tornam a sua vigência desestabilizadora do microsistema da tutela coletiva, pelos motivos já mencionados. Entretanto, ressalvada a excelente intenção da doutrina em denunciar as incongruentes características e consequências desastrosas da aplicação da limitação territorial dos efeitos subjetivos da coisa julgada coletiva, a crítica como um fim em si mesmo não altera a realidade da vigência e eficácia do dispositivo, que tem a “passos de formiga” caminhado para uma alteração.

Como cediço, não basta afirmar a inconstitucionalidade da norma, porquanto ela é evidente. Dessa forma, deve-se caminhar para a proposição de uma solução que esteja em consonância com os ditames do microsistema da tutela coletiva e reconheça a existência e vigência desse dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro.

Consoante o que entende Marcelo Abelha Rodrigues⁷¹, a interpretação do art. 16 da LACP em conjunto com o art. 93 do CDC, que versa sobre a competência territorial para as ações coletivas, a partir da compreensão do microsistema da tutela coletiva, consiste em uma solução que coaduna com a harmonia e coerência tanto do microsistema quanto do ordenamento jurídico.

Essa posição, extraída do raciocínio de Ada Pellegrini Grinover, pretende adequar o regime da competência territorial extraído do art. 93 do CDC com o art. 16 da LACP. Assim, a competência territorial restaria fixada de acordo com o alcance do dano, de modo que o foro competente seria firmado proporcionalmente à abrangência do dano em âmbito local, regional ou nacional. Faz-se, na realidade, uma leitura reversa do dispositivo, compreendendo que não há restrição territorial aos limites subjetivos do julgado, mas a fixação de competência a partir da compreensão da abrangência territorial do dano.

Não obstante a tentativa de salvar o dispositivo, por todo o exposto, verifica-se que a redação é clara ao determinar que “a sentença fará coisa julgada

⁷¹ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 272-273.

erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator (...)”⁷² e a jurisprudência insistente em aplicá-lo, nesses exatos termos, para os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Nesse sentido, infere-se que, a modificação do entendimento dos julgadores seria tão improvável quanto a declaração de inconstitucionalidade do artigo.

Observa-se que, se compreendido o microsistema da tutela coletiva em sua essência e a dispensa de tratamento igualitário a todas as espécies de direitos coletivos *lato sensu*, contribuindo para a coesão e harmonia do sistema, a regra do art. 16 LACP não resistiria. Considera-se também que, como outrora consignado, o Superior Tribunal de Justiça tem às mãos os procedimentos adequados para a alteração do entendimento jurisprudencial, através dos meios de uniformização de jurisprudência. No entanto, na medida em que se analisa os julgados a respeito da matéria, esmaecem as esperanças de mudança.

Apega-se, assim, à alternativa pela qual essa alteração deveria ter sido introduzida no ordenamento brasileiro, a partir de processo legislativo ordinário ou Projeto de Lei proposto pelo Poder Executivo ou pelo Congresso Nacional. A esse respeito, todos os anteprojetos de Código de Processo Coletivo, dos quais se destacam o Anteprojeto elaborado pelo professor Antônio Gidi e o Código Modelo Ibero-Americano cujos autores são Ada Pellegrini Grinover, Gidi e Kazuo Watanabe, coadunam pela revogação dessa norma, dando uma resposta expressa a tal absurdo.⁷³

Há ainda, certa esperança, em dois projetos de lei que aguardam deliberação dos recursos na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados: o Projeto de Lei nº 5.139/2009, projeto de Código de Processo Coletivo que acertadamente prevê em seu art. 32: “a sentença no processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados”, e; o PL 5.100/2005, que, no mesmo sentido, pugna pela restauração do pleno efeito *erga omnes* da coisa julgada coletiva.

Sabe-se que, nenhuma das opções elencadas e de fácil implementação, entretanto, buscar pela viragem de paradigma no que diz respeito aos efeitos da coisa julgada coletiva é de substancial importância para a realização de saneamento no processo coletivo, tornando-o ainda mais eficaz e adequado para a defesa dos direitos da coletividade. Por isso, pugna-se pela revogação dessa norma, independentemente da maneira que se proceda, ressaltando a possibilidade e necessidade de julgamento dos projetos de lei já apresentados

⁷² Art. 16 da Lei nº 7.437/85 – Lei da Ação Civil Pública.

⁷³ GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008. p. 428-429.

para votação.

CONCLUSÃO

O presente estudo demonstrou que a coisa julgada nos direitos coletivos possui especificidades previstas no art. 103 do CDC. A principal está relacionada à extensão subjetiva, que operará *secundum eventum litis*, assim, conforme o resultado da demanda será estendida aos indivíduos. Em caso de procedência, seus efeitos terão eficácia *erga omnes* ou *ultra partis*. Aqueles nos casos de direitos difusos e DIH, esses no caso de direito coletivo em sentido estrito. Já na improcedência, os efeitos não afetarão a esfera individual dos titulares. Outrossim, quanto ao modo de produção da coisa julgada, será *pro et contra*, se formará independente do provimento concedido. Contudo, no caso de julgamento improcedente por insuficiência probatória terá as peculiaridades da coisa julgada *secundum eventum probationis*, e admitirá nova propositura da ação para a reavaliação do mérito.

Após o esclarecimento de tais conceitos, adentrou-se na especificidade da alteração legislativa do art. 16 da Lei 7.347/85, que restringiu os efeitos da sentença das ações coletivas ao limite da competência territorial do órgão prolator. Tal alteração provocada pela MP de nº 1.570-4/ 97 (ratificada com a lei 9.494/97) gerou diversas críticas por suas impropriedades. Dentre tais se destaca a inconstitucionalidade formal e material, pois a alteração foi realizada por medida provisória, sem que houvesse urgência ou relevância, além de versar sobre matéria processual civil, cuja edição por meio de MP é vedada.

Outra incongruência é a tentativa de limitação territorial dos efeitos de sentença que versa sobre direitos indivisíveis. Conceber que o provimento seja capaz de alterar a qualidade ontológica de determinado direito é equivocado. Esse aspecto é conflitante com a transindividualidade e demais especificidades dos direitos coletivos. Há ainda a questão do equívoco da técnica legislativa aplicada. Ao tentar restringir a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada coletiva, o legislador utilizou do conceito de competência e relativizou a jurisdição, confundindo conceitos desejava utilizar, promovendo alteração vista como de extrema incompatibilidade com o ordenamento jurídico em sua unidade.

Resta mencionar a ineficácia da alteração legislativa, uma vez que parte majoritária entende pela não aplicação aos Direitos Individuais homogêneos, que seriam tutelados pelo artigo 103, III, CDC. Contudo, como se entende o Direito Coletivo como um microssistema, percebe-se que o art. 16 da LACP

não é aplicável aos DIH, e por consequência não deveria ser aplicado a nenhuma subespécie de direito coletivo *latu sensu*.

Todavia, enquanto o entendimento pela inaplicabilidade do art. 16 da LACP é predominante na doutrina, o mesmo não ocorre em relação à jurisprudência. O entendimento do STJ, até recentemente, era totalmente favorável a aplicação do dispositivo. Contudo, em decisões mais recentes isso tem sido alterado, e a Ministra Nancy tem argumentado em prol da não aplicação do dispositivo para direitos individuais homogêneos, como no caso de direito do consumidor. Entretanto, apesar de o STJ indicar a necessidade de alteração jurisprudencial, ela ainda não ocorreu, e o problema apresentado pela alteração legislativa continua existindo.

Dessa forma, propõe-se a superação do artigo em comento, conforme entende necessário ampla maioria da doutrina, independente do modo como irá proceder tal alteração. Têm-se como principais possibilidades a ressignificação do artigo, alterando o entendimento expresso até o momento, para que coadune com o microsistema de direito coletivo. Ainda é sugerido a alteração legislativa, como forma mais segura e eficaz de alterar o entendimento sobre o tema, dando nova redação ao artigo, adequando-o a um microsistema embasado nas peculiaridades do processo coletivo, ou extinguindo o artigo do ordenamento jurídico, para que o sistema volte a ter coesão e não haja contradição entre os princípios balizadores e dispositivos alterados de forma leviana pelo legislador para satisfazer interesses secundários e não legítimos.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

ALVES, Gustavo Silva. Os limites subjetivos da coisa julgada coletiva, as impropriedades do artigo 16 da Lei 7.347/85 e a possibilidade de uma futura mudança na jurisprudência do STJ à luz da técnica do julgamento-alerta. *Processos Coletivos*. v. 7, n. 2, trimestre 01abr. 2016 a 30 jun. 2016. Disponível em: <
http://www.processoscoletivos.net/index.php/revista-eletronica/70-volume-7-numero-2-trimestre-01-04-2016-a-30-06-2016/1691-os-limites-subjetivos-da-coisa-julgada-coletiva-as-impropriedades-do-artigo-16-da-lei-7-347-85-e-a-possibilidade-de-uma-futura-mudanca-na-jurisprudencia-do-stj-a-luz-da-tecnica-do-julgamento-alerta#_ftnref39>. Acesso em 11 maio 2016.

ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias

- (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e Litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ARDITO, Gianvito. O Limite Territorial da Sentença Coletiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 937/2013, p. 475-502, nov. 2013.
- ÁVILA, Luciano Coelho. Da limitação territorial da eficácia da coisa julgada coletiva em sede de ação civil pública: uma abordagem crítica à luz do moderno direito processual coletivo e do projeto de lei 5.100/2005. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 861, p. 53, jul. 2007.
- BATISTA, Roberto Carlos. *Coisa julgada nas ações civis públicas: direitos humanos e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *O Poder Público em Juízo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Nápoles: Morano, 1958.
- CASAD, Robert C., CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata. A handbook on its theory, doctrine and practice*. Durham: Caroline Academic Press, 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 1933. Trad. Port. De Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª Ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.
- DE MATTOS, Luiz Norton Baptista. A Litispendência e a Coisa Julgada nas Ações Coletivas Segundo o Código de Defesa do Consumidor e os Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINGOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 4.
- FERREIRA, Marcus Vinicius Vita; FONSECA, Rodrigo Garcia da; RIVITTI, Maria Augusta da Matta. A eficácia territorial da sentença

proferida em ação civil pública. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 219, p. 270-295, maio 2013.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antônio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 79, p. 282-300, jan. 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

JARDIM, Deise Nicola Tanger. Digressões a respeito da coisa julgada nas ações coletivas. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, 01 jul. 2013. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/1298-digressoes-a-respeito-da-coisa-julgada-nas-acoes-coletivas>>. Acesso em: 08 maio 2016

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do Contraditório como Elemento Essencial para a Formação da Coisa Julgada Material na Defesa dos Interesses Transindividuais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARTINS, Fernando Dal Bó. A eficácia territorial da sentença no processo coletivo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 39, n. 219, p. 43-55, maio 2013.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009.

NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 1.

SILVA, Bruno Freire e. A ineficácia da Tentativa de Limitação Territorial dos Efeitos da Coisa Julgada na Ação Civil Pública. In: MAZZEI,

Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo, v. 102, p. 400-465, jan. 2007.

WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZANETI JR., Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DERECHO PROCESAL PENAL

El principio de igualdad en el Procedimiento Abreviado^(*)

The principle of equality in the shortened procedure

Alejandro Naime González¹

Laura G. Zaragoza Contreras²

Sumario: Introducción. **1.** El Acceso a la Justicia como Garantía de Tutela Jurisdiccional. **2.** El derecho de acceso a la justicia. **3.** El Procedimiento Abreviado en el Código Nacional de Procedimientos Penales y las atribuciones del Ministerio Público, a la luz del espectro de protección constitucional. – Reflexiones finales. – Referencia bibliográfica.

Resumen: El Código Nacional de Procedimientos Penales regula el Procedimiento Abreviado, como mecanismo constitucional que permite acelerar la conclusión de un juicio pero, aun cuando representa bondades, su instrumentación procesal ha sido desafortunada, porque vulnera derechos humanos y principios procesales, ocasionando desigualdad entre las partes, lo que eventualmente hace nugatoria su aplicación o bien, resulta materia fértil para promover la corrupción y la impunidad. Desde la experiencia jurisdiccional, se revisa el principio de igualdad en

(*) Recibido: 1ro. julio 2019 | Aceptado: 17 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

¹ Magistrado en retiro del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México. Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México.

alejandronaime@hotmail.com

² Doctora en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Iberoamericana. Profesor-Investigador de la Escuela Judicial del Estado de México.

laurazaragozacontreras@live.com.mx

el Procedimiento Abreviado en el contexto del sistema de administración de justicia en México.

Palabras clave: Procedimiento Abreviado, principio de igualdad, tutela jurisdiccional, acceso a la justicia.

Abstract: The National Code of Criminal Procedure regulates the abbreviated procedure, as a constitutional mechanism that allows to speed up the conclusion of a trial but, even when it represents benefits, its procedural instrumentation has been unfortunate, because it violates human rights and procedural principles that cause inequality between the parties, what eventually makes its application or nugatory, is fertile to promote corruption and impunity. From the jurisdictional experience, the principle of equality in the abbreviated procedure is reviewed in the context of the system of administration of justice in Mexico.

Key words: Abbreviated procedure, principle of equality, jurisdictional protection, access to justice.

Introducción.

La sola aprobación de una ley, dista de garantizar su efectiva implementación, por el contrario, es menester realizar revisiones exhaustivas para terminar con las prácticas que institucionalizan los obstáculos dentro de las estructuras sociales y por ende, las propias autoridades encargadas de la defensa y promoción de los derechos humanos se convierten en responsables directos o indirectos de la vulneración de los derechos de los gobernados.

Una vez que se ha iniciado un proceso penal, siempre y cuando no exista oposición por parte del inculpado, se podrá decretar la terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la propia ley. Si el imputado reconoce³ ante la autoridad judicial, en forma voluntaria y con conocimiento de las consecuencias que esto implica, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborarlo, el juez citará a la audiencia de sentencia, en cuyo caso, la ley establecerá los

³ Cabe precisar que *reconocimiento* debe entenderse en términos diversos a *confesión*, ya que se confiesan hechos propios y se reconoce un hecho relatado por otro, en este último supuesto, por el Ministerio Público.

beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad⁴, tal y como lo prevé el propio texto constitucional.

Este derecho constitucional⁵ de la terminación anticipada del procedimiento y así evitar el enjuiciamiento tradicional del imputado con todas sus consecuencias.

El Código Nacional de Procedimientos Penales contempla soluciones alternas y formas de terminación anticipada del procedimiento⁶; las primeras se clasifican en acuerdo reparatorio y suspensión condicional del proceso y la segunda lo constituye el Procedimiento Abreviado.

El Procedimiento Abreviado constituye una herramienta para evitar el desgaste de la maquinaria del saturado sistema de administración de justicia; la reforma constitucional de 2008, en materia penal se predecía como la solución a las prácticas que operaban en el procedimiento penal tradicional en México y buscaba resolver problemas de fondo, como la lentitud en la impartición de justicia. Sin embargo, el resultado, dista de ser el esperado. Sólo por poner un ejemplo, en el tema de la prisión preventiva, la tendencia de la reforma era reducirla a casos mínimos y excepcionalmente graves, dando prioridad al principio de presunción de inocencia, tal y como lo prevén los instrumentos internacionales, de observancia obligatoria en el país, pero las recientes reformas constitucionales contradicen la esencia del sistema acusatorio, adversarial y oral, ya que se aumentó el catálogo de los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa⁷. La sociedad no acepta que el principio de presunción de inocencia es de máxima importancia para el sistema procesal vigente, se demanda el encarcelamiento de los imputados, sin distinguir la gravedad o no de sus conductas y sin saber si son o no responsables.

Cabe considerar el impacto de los medios de comunicación para acrecentar el rechazo social de esta opción procesal. La sociedad no fue preparada para este cambio de paradigma, e incluso ni los actores del sistema. Por ello no se logra la consolidación del procedimiento penal mexicano, pues hoy en día, el clamor social es la prisión preventiva para todos los que se suponen delincuentes e incluso, es preocupante la tendencia a la justicia por propia mano, conocidos como linchamientos. No obstante, la terminación

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (CPEUM) Artículo 20 Constitucional, apartado A fracción VII.

⁵ CPEUM, art. 20, apartado A, fracción VII.

⁶ Código Nacional de Procedimientos Penales. Libro segundo, Título I Capítulo I.

⁷ CPEUM, art. 19, párrafo segundo. DOF: 12 de abril de 2019.

anticipada del procedimiento es un derecho humano que debe conducir a la pronta, completa e imparcial administración de justicia, tanto para los ofendidos y víctimas, como para los imputados de un delito, acorde a las disposiciones constitucionales⁸, y por ello, debe ser objeto de estudio, para verificar el cumplimiento de los propósitos del sistema procesal penal vigente.

1. El Acceso a la Justicia como Garantía de Tutela Jurisdiccional.

El texto de la CPEUM, a partir de la reforma de junio de 2011⁹, gira en torno a los *Derechos Humanos*. En el artículo primero se señala que las autoridades, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos establecidos en el propio ordenamiento y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, interpretando las normas relativas a esos derechos de conformidad con la normatividad interna (principio de interpretación conforme) favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia (principio *pro personæ*). Lo anterior, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, de los cuales se desprende que los derechos humanos se interrelacionan y dependen recíprocamente unos de otros y tienen como

⁸ CPEUM. Art 17, párrafo segundo.

⁹ CPEUM. Título Primero. Capítulo I. De los Derechos Humanos y sus Garantías.

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

origen común la dignidad humana, por lo cual resulta improcedente relegar algunos para conceder prioridad a otros, así como tampoco puede existir jerarquía entre ellos, lo que significa que todos los derechos humanos deben ser objeto de protección sin distinción alguna.¹⁰ En otras palabras, se amplió el ámbito de protección en cuanto a los derechos sujetos a una efectiva tutela.

¹⁰ SUPLENCIA DE LA QUEJA EN EL JUICIO DE AMPARO. PROCEDE CUANDO EL JUZGADOR ADVIERTA LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

De acuerdo con el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto vigente a partir del once de junio de dos mil once, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos establecidos en aquélla y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, interpretando las normas relativas a esos derechos de conformidad con dichos ordenamientos (principio de interpretación conforme) favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia (principio pro homine).(sic) Lo anterior, entre otros, de conformidad con los principios de interdependencia e indivisibilidad, de los cuales se desprende que los derechos humanos se interrelacionan y dependen recíprocamente unos de otros y tienen como origen común la dignidad humana, por lo cual no es procedente relegar algunos para conceder prioridad a otros ni puede existir jerarquía entre ellos, lo que significa que todos los derechos humanos deben ser objeto de protección sin distinción alguna. En atención a lo anterior y de conformidad con el artículo 103 de la Carta Magna, a las autoridades jurisdiccionales que conozcan del amparo les corresponde con mayor énfasis, en razón de sus funciones de impartición de justicia y atendiendo al objeto del citado juicio, "proteger" y "garantizar" los derechos humanos en las controversias sometidas a su competencia. Por su parte, los artículos 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen que toda persona tiene derecho a un recurso "efectivo" ante los tribunales competentes, que la amparen contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y esos instrumentos normativos. Asimismo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en la tesis P. LXVII/2011 (9a.), de rubro: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.", que los Jueces están autorizados para realizar un control de convencionalidad "ex officio", esto es, con independencia de que las partes lo invoquen, pues dicha facultad no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones de los accionantes en cada caso concreto. En observancia de todo lo anterior, cuando el juzgador de amparo advierta que la norma general, acto u omisión reclamada de la autoridad responsable vulnera los derechos humanos del quejoso, debe abordar el estudio de esa violación, con independencia de que las partes invoquen o no dicha infracción en sus conceptos de violación o agravios, pues de esta manera se favorece el acatamiento de los principios señalados y se resguarda el efecto útil del juicio de amparo como medio para proteger y garantizar los derechos fundamentales, sin soslayar, desde luego, los presupuestos necesarios para suplir la deficiencia de argumentos, tales como que el juzgador tenga competencia, que el juicio sea procedente y que se respete la litis planteada. Esta suplencia complementa la prevista en la Ley de Amparo, ya que revela mayores alcances en cuanto al sujeto, al proceder en favor de cualquier persona y no sólo en beneficio de determinados individuos, circunstancia que, sin embargo, no torna inoperante el beneficio regulado en dicha ley, pues éste reviste una protección más amplia en cuanto al objeto, debido a que **no se limita a violaciones de derechos humanos en materia de constitucionalidad y convencionalidad, sino también de legalidad.** Lo anterior deja entrever que si bien ambas clases de suplencia pueden concurrir en ciertos casos, en otros puede resultar procedente una u otra, de manera que la contemplada en la Ley de Amparo sigue teniendo plena eficacia en los supuestos que prevé. (Resaltado añadido)

El principio de interpretación conforme se refiere a que todas las normas deben de interpretarse de acuerdo con los principios contenidos en el propio texto constitucional, así como en los que se encuentran contenidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos y, el principio o *pro personæ* se refiere a la obligación que adquieren las autoridades responsables de interpretar y aplicar una norma, lo cual se debe de realizar aplicando la norma que otorgue mayor beneficio respecto de los derechos humanos al gobernado.

Las asimetrías sociales, económicas y educativas se reflejan en desigualdades de *poder*, lo que repercute en que el *acceso a la justicia* adquiera importancia institucional. El *acceso a la justicia*, como derecho humano se refiere al derecho fundamental¹¹ que tiene toda persona para acudir ante el órgano jurisdiccional, el cual se encarga de prestar el servicio público de impartición de justicia con la intención de obtener la tutela judicial efectiva de sus intereses a través de un procedimiento que permita obtener una resolución pronta, completa e imparcial.

En la medida en que la legitimidad del Estado de derecho se apoye en una implementación efectiva del principio de igualdad ante la ley, las desigualdades para acceder a la justicia comprometen esa legitimidad que el Estado democrático tiene la necesidad de preservar y nutrir de forma permanente. El hecho de que los sectores marginados de la población encuentren limitado el acceso al servicio de justicia determina capacidades diferenciales de emplear el poder coercitivo del Estado para obtener o defender derechos y libertades personales.

Esta carencia de justicia, unida a la creciente falta de confianza en jueces, agentes del Ministerio Público y abogados, especialmente por la población de menos recursos, mina la legitimidad del Estado y socava las instituciones democráticas.¹² A pesar de la falta de confianza, la percepción de

Época: Décima Época. Registro: 2001511. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2. Materia(s): Común. Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) 2 K (10a.) Página: 1999.

¹¹ Se refiere a un derecho subjetivo, el cual es fundamental por encontrarse dentro del catálogo de preceptos que establece el texto constitucional y, es el reconocimiento de un derecho humano dentro de este texto lo que constituye su fundamento, así como las garantías representan el instrumento procesal de tutela de los derechos, las cuales operan como medidas jurídicas que tienen el fin específico de lograr la consecución, vigencia y efectividad de los derechos humanos al tiempo que aseguran la conservación de su carácter ontológico.

¹² Cfr. Garro, Alejandro. (1999) *El acceso a la justicia y el derecho de interés público*, en Justicia y Sociedad, año I, vol. 2. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). pp. 37-59.

corrupción¹³ respecto de las autoridades, así como las brechas y las asimetrías sociales, el Estado tiene la obligación de brindar a los gobernados la seguridad y la certeza de un efectivo acceso a la justicia para demandar el ejercicio de sus derechos.

En este tenor, en el sistema jurídico mexicano se encuentran diversas garantías y derechos humanos de seguridad jurídica; específicamente son cinco las que sustentan el sistema de administración de justicia¹⁴:

1. la prohibición de auto-tutela,
2. la prohibición de costas judiciales,
3. la independencia judicial,
4. la plena ejecución de sus sentencias y
5. el derecho a la tutela jurisdiccional.

En esta última es donde se centra este estudio.

La tutela jurisdiccional es la garantía de la que, en sentido amplio, gozan las todas las personas (físicas o morales) en todos los sistemas democráticos, de acceder a la justicia¹⁵. En el caso de México, el texto constitucional¹⁶ señala

¹³ Sobre la percepción de corrupción respecto de las autoridades, la población de 18 años y más, considera que 67.5% de los Jueces son corruptos y el 66.5% tienen esta percepción tratándose de Ministerio Público y Procuradurías Estatales. Instituto nacional de Estadística y Geografía. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública. (ENVIPE) 2018. Percepción de desempeño. p. 45. Consultado el 8 de abril de 2019 en http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2018/doc/envipe2018_presentacion_nacional.pdf

¹⁴ CPEUM. Artículo 17

¹⁵ El Derecho Humano de Acceso a la Justicia consigna el principio de presunción de inocencia, el cual constituye el fundamento de las garantías judiciales, las cuales, si bien se organizan en torno a la idea de la inocencia, no bloquean la persecución penal, pero sí la racionalizan y encausan.

¹⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 17.

Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de

que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, los cuales deben emitir sus resoluciones de forma pronta, completa e imparcial y como consecuencia de la gratuidad del servicio que prestan, las costas judiciales estarán prohibidas.

El acceso a la justicia implica la certeza que debe tener toda persona para acceder en forma inmediata a los tribunales, para ejercitar sus derechos, buscando satisfacer sus pretensiones, es decir, se trata de una situación jurídica de acceso libre a los órganos jurisdiccionales.

Al analizar en términos objetivos el derecho constitucional de acceso a la justicia se encuentran –entre otros- los siguientes elementos:

- a) Justicia pronta: implica como lo señala el texto constitucional, la existencia previa de tribunales disponibles para impartirla, en los plazos y términos legales.
- b) Justicia integral: los tribunales deberán pronunciarse respecto a todos y cada uno de los planteamientos que se sometan a su consideración.
- c) Justicia imparcial: conlleva a garantizar que los tribunales funcionarán sin que exista conflicto de intereses y sin impulso alguno extra legal que ponga en riesgo la probidad del proceso y de la resolución.
- d) Justicia gratuita: el Estado debe garantizar, que los órganos jurisdiccionales, están imposibilitados para fijar aranceles u

reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La Federación y las entidades federativas garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

honorarios por concepto del servicio de la administración de justicia.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido criterios para definir a la garantía de la tutela jurisdiccional¹⁷, donde se destaca la observancia a la que se encuentran obligadas las autoridades que realizan actividades jurisdiccionales¹⁸, así como también las que competen a los poderes ejecutivo y legislativo.

¹⁷ ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES.

La garantía individual de acceso a la impartición de justicia consagra a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; 2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y, 4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. Ahora bien, si la citada garantía constitucional está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, independientemente de que se trate de órganos judiciales, o bien, sólo materialmente jurisdiccionales.

Época: Novena Época. Registro: 171257. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Octubre de 2007. Materia(s): Constitucional. Tesis: 2a./J. 192/2007. Página: 209.

¹⁸ GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.

La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Ahora bien, si se atiende a que la prevención de que los órganos jurisdiccionales estén expeditos –desembarazados, libres de todo estorbo– para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, significa que el poder público –en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial– no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues de establecer cualquiera, ésta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales, por lo que es indudable que el

La garantía a la tutela jurisdiccional implica que todo gobernado puede acceder a los tribunales independientes e imparciales ante la vulneración de un derecho y pueda plantear una pretensión o, en su caso, también pueda acudir a defenderse; aun cuando hay normas que obstaculizan este acceso, debe revisarse si estas son innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador.

Al respecto, cabe precisar que todo sistema jurídico se conforma por normas que son principios y por normas que son reglas y, en la medida que se tienen distintas reglas y principios conviviendo en el sistema jurídico, puede haber colisiones entre principios y colisiones entre reglas, pero las formas en que se resolverán estas colisiones son diferentes ya que cuando dos reglas entran en conflicto, se pueden emplear herramientas como la declaración de invalidez de alguna de las reglas, mecanismos jerárquicos como la regla superior predomina sobre la inferior, criterios de especialidad para establecer excepciones, como la regla especial predomina sobre la general; criterios de temporalidad, como la ley posterior deroga a la anterior. El uso de este tipo de herramientas para solventar un conflicto entre reglas genera un estándar estático, que puede ser utilizado en el resto de los casos y donde claramente una regla desplaza a la otra¹⁹.

Las herramientas mencionadas para las reglas no operan cuando dos principios entran en colisión y es aquí que se actualiza la ponderación; este aspecto es el que lleva a Alexy a afirmar que la ponderación es inherente a

derecho a la tutela judicial puede conculcarse por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos.

Época: Novena Época. Registro: 1011734. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Apéndice de 2011. Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte - SCJN Décima Séptima Sección - Acceso a la justicia. Materia(s): Constitucional. Tesis: 442. Página: 1491.

¹⁹ Alexy, Conesa, Prieto y Sánchez, en Vázquez Daniel. (2016) *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. México. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 20.

la aplicación de los principios ya que, como señala las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, más que por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios²⁰. Puede concluirse que lo razonable es lo proporcional²¹, aun cuando a veces se distingue la proporcionalidad de la razonabilidad a partir de la corriente jurídica que los vio nacer, llamando principio de proporcionalidad al proveniente del derecho alemán y de razonabilidad al anglosajón²². En este orden de ideas, es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales.²³

2. El derecho de acceso a la justicia.

Desde el punto de vista de los ordenamientos internacionales aplicables en el sistema constitucional mexicano, el derecho de acceso a la justicia, se

²⁰ Alexy, en Vázquez. *op cit.* p. 21

²¹ Parra en Vázquez. *idem.*

²² Sapag en Vázquez. *idem.*

²³ GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.

La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Ahora bien, si se atiende a que la prevención de que los órganos jurisdiccionales estén expeditos –desembarazados, libres de todo estorbo– para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, significa que el poder público –en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial– no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues de establecer cualquiera, ésta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales, por lo que es indudable que el derecho a la tutela judicial puede conculcarse por normas que impongan requisitos impositivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos.

Época: Novena Época. Registro: 1011734. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Apéndice de 2011. Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales. Primera Parte - SCJN Décima Séptima Sección - Acceso a la justicia. Materia(s): Constitucional. Tesis: 442. Página: 1491.

encuentra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴; y, en ambos casos se trata de tutela judicial efectiva.

Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.²⁵

En ese tenor, el texto constitucional²⁶ regula específicamente el proceso penal y determina su naturaleza, sus principios específicos y generales y los

²⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969) Artículos 8 (Derecho a garantías judiciales) y 25 (Derecho a la protección judicial).

Artículo 8. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. [...]

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. [...]

²⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) Artículo 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. [...]"

²⁶ CPEUM. Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

[...]

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine

derechos de los sujetos procesales. Con motivo de la reforma del año 2008, ahora el sistema de justicia penal es de naturaleza acusatoria y oral y se encuentra orientado por cinco principios esenciales:

1. Publicidad (las actuaciones deben ser públicas por regla general),
2. Contradicción (debe existir debate entre las partes),
3. Concentración (unidad de juez y en audiencia continua, sucesiva y secuencial),
4. Continuidad (la audiencia debe realizarse sin interrupciones -como regla general-) e
5. Inmediación (el juez presenciara todas las actuaciones).

El acceso a la justicia, como tutela jurisdiccional, se traduce en la libertad que tiene cualquier persona física o moral, de acceder a los tribunales para hacer valer sus derechos y buscar que se satisfagan sus pretensiones, o bien, de defenderse en igualdad de condiciones de esas demandas y que una vez que se han puesto en funcionamiento, los órganos jurisdiccionales deben actuar de manera pronta, integral e imparcial.

3. El Procedimiento Abreviado en el Código Nacional de Procedimientos Penales y las atribuciones del Ministerio Público, a la luz del espectro de protección constitucional.

El texto constitucional²⁷ establece como un principio general, la posibilidad de la terminación anticipada del proceso penal, una vez que este se ha iniciado, siempre y cuando no se oponga el imputado, lo que da origen al Procedimiento Abreviado y, así deja a la legislación secundaria lo relativo a su regulación.

El CNPP²⁸ establece el *Procedimiento Abreviado*²⁹ como vía especial para variar el curso del procedimiento ordinario y concluirlo en forma anticipada y, así prescindir de la etapa del juicio oral y público.

Este ordenamiento señala las reglas para su aplicación y requisitos de procedencia dentro de los cuales destaca que el órgano o persona autorizada

la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad; [...]

DOF: 18 de junio de 2008.

²⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 20, apartado A fracción VII.

²⁸ CNPP, DOF: 5 de marzo de 2014.

²⁹ CNPP, Libro Segundo, Capítulo IV.

para solicitarlo y el tema relativo a la reducción de la pena que se ha de imponer.

El CNPP establece como requisitos de procedibilidad³⁰:

Para autorizar el Procedimiento Abreviado, el juez de control verificará en audiencia los siguientes requisitos:

- I. Que el Ministerio Público solicite el procedimiento, para lo cual se deberá formular la acusación y exponer los datos de prueba que la sustentan. La acusación deberá contener la enunciación de los hechos que se atribuyen al acusado, su clasificación jurídica y grado de intervención, así como las penas y monto de reparación del daño.
- II. Que la víctima u ofendido no presente oposición. Solo será vinculante para el juez que se encuentre fundada.
- III. Que el imputado:
 - a) Reconozca estar debidamente informado de su derecho a un juicio oral y de los alcances del Procedimiento Abreviado;
 - b) Expresamente renuncie al juicio oral;
 - c) Consienta la aplicación del Procedimiento Abreviado;
 - d) Admita su responsabilidad por el delito que se le imputa;
 - e) Acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación.

Se advierte, que sólo el Agente del Ministerio Público está facultado para solicitar la apertura del Procedimiento Abreviado y con ello, se convierte en el único actor con posibilidad de promover su terminación anticipada, constituyéndose en una facultad exclusiva que afecta los intereses y los derechos del imputado porque, aun cuando se satisfagan los requisitos, quedará la apertura a merced del investigador.

³⁰ CNPP, artículo 201:

- a) Reconozca estar debidamente informado de su derecho a un juicio oral y de los alcances del Procedimiento Abreviado;
- b) Expresamente renuncie al juicio oral;
- c) Consienta la aplicación del Procedimiento Abreviado;
- d) Admita su responsabilidad por el delito que se le imputa;
- e) Acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación.

No existe una explicación lógica para que el legislador lo determine de esta manera, pero esto es una realidad ya que así lo determina la ley, y es innegable que los índices de corrupción en los órganos de procuración de justicia en México son considerables,³¹ pero aunque se trata de un sistema de justicia negociada, resulta inadmisibles dejar solamente al Ministerio Público esta facultad, porque sin duda se alimenta el fenómeno de la corrupción, más allá de la justicia.

En contraposición, cabe recordar, que en el anterior Código de Procedimientos Penales para el Estado de México³² (CPPEM), se establecía³³ la posibilidad de tramitarse a solicitud del Ministerio Público o del imputado, cuando se reunieran los requisitos legales y no hubiere oposición.

En este caso, sí había equilibrio de las partes para solicitar la tramitación su apertura y trámite, sin que una de ellas actuara con ventaja frente a la otra, finalmente, el órgano jurisdiccional verificaba el cumplimiento de los requisitos, para declarar o no su apertura.

Pero en la actualidad, la legislación nacional impide al imputado solicitar directamente el acceso a esta opción y lo supedita a la voluntad del órgano acusador, que dispone de una herramienta procesal exclusiva y lo coloca en condición de superioridad frente a aquél, con lo que se afecta el principio de igualdad de las partes y consecuentemente, se le limita el acceso efectivo a la tutela jurisdiccional, ya que la CPEUM consigna la terminación anticipada del procedimiento como un principio general, y con ello se impide el cumplimiento de uno de los propósitos esenciales del sistema de

³¹ Desde 2012, México ha registrado un notable descenso de sus puntuaciones, lo que indica que no está logrando avances significativos en su lucha contra la corrupción. Con una puntuación de 28 puntos en el Índice de Percepción de Corrupción (IPC), México ha perdido seis puntos en relación con 2012. En los últimos México ha sufrido graves escándalos de corrupción que han afectado a líderes políticos, incluyendo varios gobernadores en el caso de México.

En los últimos años, México experimentó un creciente apoyo social a las reformas anticorrupción. En 2015, estos esfuerzos se materializaron en una reforma constitucional y en la creación de un sistema nacional anticorrupción. El año pasado, una amplia coalición, de la que Transparencia Mexicana formó parte, demandó la implementación efectiva de estas reformas y la creación de una procuraduría general independiente, la cual se materializó el 20 de diciembre de 2018. Mexico Corruption Perceptions Index 2018 Transparency International. May, 2019 y Transparencia Mexicana. Consultado el 8 de mayo de 2019 en https://www.transparency.org/news/feature/el_debilitamiento_de_la_democracia_y_el_auge_del_populismo_en_las_americanas y <https://www.tm.org.mx/ipc2018/>

³² Abrogado por el artículo Tercero Transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales. DOF: 5 de marzo de 2014 y por Decreto número 392, artículo Tercero, publicado en el Periódico Oficial “Gaceta del Gobierno” el 21 de enero de 2015.

³³ Artículo 388, del abrogado Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

enjuiciamiento penal, que es el de evitar que lleguen a juicio aquellos asuntos cuya conclusión bien puede adelantarse, al reunirse los requisitos constitucionales y procesales, evitando así el desgaste innecesario de la maquinaria jurisdiccional, lo que además afecta el derecho de la pronta, completa e imparcial administración de justicia contenido el texto constitucional.

El CNPP establece el principio de igualdad entre las partes³⁴, el cual se constituye en la columna vertebral del sistema de enjuiciamiento penal en cualquier estado democrático. Garantiza seguridad jurídica, igualdad de oportunidades, contradicción, confrontación y debate, para asegurar un fallo legal y justo. Y, en este caso, se ve afectado por la ventaja que el legislador le ha dado al Ministerio Público, como la única parte que puede promover la apertura del Procedimiento Abreviado y así, una de las partes queda supeditada a la voluntad de la otra y, en consecuencia en circunstancias de desventaja.

Y a lo anterior, se suma el hecho relativo a la reducción de la punición mínima a imponer dentro del mismo tema de análisis, ya que la regla general consiste en que, al imputado que acepte someterse a la tramitación del Procedimiento Abreviado, el Juez le impondrá las penas mínimas establecidas en la legislación sustantiva, que correspondan al delito por el que se le formule acusación, las que, de acuerdo al CNPP, *podrán reducirse*, a solicitud del Ministerio Público, de la siguiente manera:

[...] Cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso y el delito por el cual se lleva a cabo el Procedimiento Abreviado es sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de cinco años, incluidas sus calificativas atenuantes o agravantes, **el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta una mitad** de la pena mínima en los casos de delitos dolosos y **hasta dos terceras partes** de la pena mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa.

En cualquier caso, **el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta un tercio** de la mínima en los casos de delitos dolosos y **hasta en una mitad** de la mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión. Si al momento de esta solicitud, ya existiere acusación formulada por escrito, el Ministerio Público podrá modificarla oralmente en la audiencia donde se resuelva sobre el Procedimiento Abreviado y en su caso solicitar la reducción de las penas, para el efecto de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas previstas en el presente.

³⁴ CNPP. “Artículo 11. Principio de igualdad entre las partes. Se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen.”

El Ministerio Público al solicitar la pena en los términos previstos en el presente artículo, deberá observar el Acuerdo que al efecto emita el Procurador.³⁵ (Resaltado añadido)

En estas condiciones, las facultades procesales privativas del Ministerio Público, se extienden al pedimento de la reducción de las penas, lo que torna delicado un asunto, porque incluso es una potestad y no un mandato, ya que el texto legal utiliza la expresión “**podrá**”, lo que desde luego le permite hacerlo o no a su voluntad. Y, además, le da la atribución de cuantificar el monto de la reducción, cuando decida solicitarla, ya que en texto legal se utiliza la palabra “**hasta**”, es decir, la porción de la reducción puede ser desde lo mínimo hasta lo máximo, de los dos tercios, de la mitad o del tercio que, según corresponda, solicite el Ministerio Público.

Con ello, el órgano acusador recibe de la legislación procesal, atribuciones que constitucionalmente no le corresponden y le permite tener todavía más ventaja respecto del imputado, al momento en que éste deba decidir si opta o no por la terminación anticipada del procedimiento, lo que también afecta el principio de igualdad de las partes, se insiste en que esto no es admisible en un estado democrático, que regula en la constitución un procedimiento penal acusatorio y oral.

Reflexiones finales.

- A) Las reformas a los ordenamientos legales suponen mejorar –entre otros– la calidad de la justicia que se imparte y garantizar la invulnerabilidad del acceso a la justicia como derecho humano y como elemento del derecho a la igualdad, para lo cual es menester el cuidado que debe implicar la actividad legislativa que soporte una reforma al sistema de justicia.
- B) La baja calidad de la impartición de justicia, que se refleja en el rezago en la resolución de los casos, el bajo nivel de denuncia de los delitos, los altos niveles de impunidad, así como en la percepción de falta de independencia, y hasta de corrupción, por parte de los jueces y magistrados, es un problema central en nuestro país pues representa un obstáculo para alcanzar el Estado de derecho al que aspiramos los mexicanos. Esta deficiente impartición de justicia se debe en gran parte a la debilidad del gobierno judicial que se observa a nivel federal, pero

³⁵ CNPP. Artículo 202. Oportunidad.

sobre todo a nivel estatal.³⁶ Esta, también es la percepción que la comunidad internacional tiene respecto de la justicia mexicana y que se plasmó en quince recomendaciones realizadas por el Grupo de Trabajo sobre la Revisión Periódica Universal del Consejo de Derechos Humanos durante el Examen Periódico Universal³⁷ (EPU) que por tercera ocasión se realizó al Estado mexicano en noviembre de 2018 y las cuales fueron aceptadas.

Al respecto, las opiniones/recomendaciones de los Estados encargados de revisar al Estado mexicano pueden resumirse en:

- a) Reforzar los esfuerzos para luchar contra la corrupción, combatir la impunidad³⁸, fortaleciendo la independencia y el profesionalismo de los actores del sistema de justicia penal,

³⁶ Pantin, Laurence. (2018) *Elevar la calidad de la impartición de justicia con un gobierno judicial fortalecido*. p. 125. Consultado el 8 de mayo de 2019 en <https://www.mexicoevalua.org/2018/04/16/elevar-la-calidad-la-imparticion-justicia-gobierno-judicial-fortalecido/>

³⁷ Cfr.. Recomendaciones 6.91, 6.92, 6.94, 6.95, 6.97, 6.96, 6.98, 6.99, 6.100, 6.101, 6.102, 6.103, 6.104, 6.106 y 6.108. United Nations A/HRC/40/8. General Assembly Distr.: General 27 December 2018 Original: English. Human Rights Council Fortieth session 25 February–22 March 2019 Agenda item 6, Universal Periodic Review. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Mexico. Consultado el 6 de abril de 2019 en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/446/99/PDF/G1844699.pdf?OpenElement>

³⁸ México empeora en los índices de impunidad global y estatal. El índice de impunidad en México aumentó tanto en el ámbito global como en el de los estados de la República. México ocupa el cuarto lugar del Índice Global de Impunidad (IGI-2017) con 69.21 puntos. México encabeza la lista de países del continente americano con el más alto índice de impunidad. Tomando en cuenta a las 32 entidades, el promedio nacional del Índice de Impunidad (IGI-MEX 2018) aumentó a 69.84 puntos, en comparación con la última medición de 2016 que fue de 67.42.

Los diez estados con mayor índice de impunidad: 1) Estado de México (80.06), 2) Tamaulipas (78.88), 3) Baja California (78.08), 4) Coahuila (77.88), 5) Quintana Roo (77.33), 6) Guerrero (76.08), 7) Aguascalientes (75.85), 8) Veracruz (75.62), 9) Puebla (75.59) y 10) Oaxaca (75.12).

El Estado de México es la entidad con el índice de impunidad más alto. Con 80.06 puntos de impunidad, el Estado de México tiene el puntaje más alto del IGI-MEX. Se registran 202,205 carpetas de investigación, la cantidad más alta en todo el país, y únicamente hay 1,209 sentenciados en primera instancia, esto implica que sólo el 0.59% de las carpetas acaba en sentencia, lo que habla de la debilidad en la integración de las carpetas por parte de los ministerios públicos. Otro punto importante es la diferencia entre las carpetas de investigación y las causas penales abiertas (16,863) lo cual significa que apenas el 8.33% de todas las carpetas se convierten en causas penales, dejando más de 185,000 procesos concluidos en esa etapa. Estos números de la cadena impune explican que la entidad sea la que presenta la problemática más grave en el país. El Estado de México presenta, también, problemas estructurales de inversión en agencias y ministerios públicos: no cuenta con suficientes jueces y magistrados, además de que se redujo su estado de fuerza policial. Finalmente, es la segunda entidad con la mayor cifra negra (delitos no denunciados) del país.

- b) Se recomienda a México entrar en una cooperación estructurada con la comunidad internacional sobre el estado de derecho con el objetivo de mejorar las capacidades y la determinación de las instituciones mexicanas para realizar investigaciones rápidas, exhaustivas, independientes e imparciales, para garantizar juicios justos y lograr condenas basadas en estándares internacionales,
- c) Continuar sus esfuerzos para mejorar el estado de derecho y adoptar medidas para garantizar la protección efectiva de los ciudadanos [...],
- d) Continuar los esfuerzos en la implementación de la reforma judicial, incluida la independencia de los fiscales, la prohibición de la tortura y garantizar la rendición de cuentas,
- e) Continuar con sus esfuerzos en la lucha contra la corrupción y la impunidad,
- f) Adoptar nuevas medidas para hacer frente a la impunidad garantizando la independencia e imparcialidad del poder judicial, garantizando así que los jueces estén libres de toda injerencia, presión o influencia indebida en el ejercicio de sus funciones,
- g) Asegurar la imparcialidad y la independencia del Poder Judicial para que funcione sin la interferencia de la presión en el ejercicio de sus funciones,
- h) Fortalecer la independencia y efectividad del Poder Judicial para concretar el derecho a la verdad y el acceso a la justicia,
- i) Abordar la impunidad, especialmente relacionada con la corrupción, mediante el fortalecimiento de la agilidad del nuevo Sistema de Justicia Criminal Adversarial. [...]

Y, respecto de estas recomendaciones, el Estado mexicano, -entre otras- respondió³⁹:

[...]

- 6. El Gobierno de México, en coordinación con los tres poderes y niveles de gobierno, así como con las organizaciones de la sociedad civil y la academia, tiene el firme compromiso de dar atención puntual a las 262

Debemos recordar que México tiene cuatro veces menos jueces y magistrados que el resto del mundo (3.9 frente a 16 por cada cien mil habitantes). El país se encuentra en esta situación por el déficit que presentan dichas instituciones tanto en los estados como en el ámbito federal.

Cfr. Le Clercq Ortega Juan Antonio y Rodríguez Sánchez Lara Gerardo (Coords.) *La impunidad subnacional en México y sus dimensiones IGI-MEX 2018*. México, Universidad de las Américas Puebla- Jenkins Graduate School-Centro de Estudios sobre impunidad y Justicia. pp. 7-8. Versión electrónica disponible en https://www.udlap.mx/igimex/assets/files/2018/igimex2018_ESP.pdf

³⁹ Consejo de Derechos Humanos. 40º período de sesiones. 25 de febrero–22 marzo de 2019. A/HRC/40/8/Add.1, Tema 6 de la agenda. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas del Estado examinado. Consultado el 6 de mayo de 2019 en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/MXindex.aspx>

recomendaciones aceptadas, promoviendo los cambios estructurales y legales pertinentes, y adoptando las políticas públicas necesarias para propiciar condiciones de pleno e irrestricto respeto a los derechos humanos.

7. **Como parte de este compromiso, México ha desarrollado un Portal electrónico que sistematiza las más de 2800 recomendaciones que han sido formuladas por los mecanismos internacionales de derechos humanos desde 1994.** Esta plataforma, es un ejercicio de transparencia proactiva, la cual pretende hacer de utilidad pública la información sobre el seguimiento y atención que el Estado mexicano ha dado a cada una de ellas. (Resaltado añadido)
8. Dicho proyecto, permitirá al sector público, la academia, las organizaciones de la sociedad civil y otros actores interesados, acceder a la información e identificar los avances alcanzados y los temas que requieren de atención adicional o fortalecimiento.
9. El Gobierno mexicano está consciente de los desafíos que prevalecen en el país y está resuelto a tomar las medidas necesarias para garantizar el Estado de Derecho, basándonos en un modelo que promueve la prevención de la violencia y el fortalecimiento de las instituciones, [...]

C) El romper el principio de igualdad como actualmente se encuentra en la norma respecto del Procedimiento Abreviado resulta contrario al principio 16 de la Agenda 2030, el cual es un proyecto que consiste en una agenda universal y transformadora para el desarrollo sostenible basado en derechos, donde las personas y el planeta ocupan un lugar central. En forma paralela se establece un conjunto integrado de seis elementos esenciales para ayudar a enmarcar y fortalecer el carácter universal, integrador y transformador de la agenda⁴⁰:

- a) Dignidad: acabar con la pobreza y luchar contra las desigualdades;
- b) Garantizar una vida sana, el conocimiento y la inclusión de las mujeres y los niños;
- c) Prosperidad: desarrollar una economía sólida, inclusiva y transformadora;
- d) Planeta: proteger nuestros ecosistemas para todas las sociedades y para nuestros hijos;
- e) Asociación: catalizar la solidaridad mundial para el desarrollo sostenible y
- f) Justicia: promover sociedades seguras y pacíficas e instituciones sólidas.

⁴⁰ *Cfr.* Naciones Unidas. Asamblea General. (2014) Informe de síntesis del Secretario General sobre la Agenda de Desarrollo Sostenible después de 2015. El camino hacia la dignidad para 2030: acabar con la pobreza y transformar vidas protegiendo el planeta. A/69/700. 4 de diciembre de 2014. Consultado el 10 de marzo de 2018 en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/69/700>

Este nuevo marco de desarrollo representa para el Sistema de las Naciones Unidas, un reto, pero al mismo tiempo, también una oportunidad a nivel mundial, de focalizar la cooperación y programación, para promover la inclusión y equidad en un marco de derechos ya que sólo se puede aspirar a la sostenibilidad a partir de sociedades pacíficas e inclusivas, donde la justicia represente el patrimonio individual y colectivo máspreciado. Para alcanzar esta meta, se requieren instituciones sólidas, creíbles, eficaces y transparentes, que garanticen el acceso a la información verdadera e independiente y la protección de los derechos fundamentales, sin que se creen nuevos derechos ni se ideologicen los ya establecidos.⁴¹ Resulta imposible lograr los objetivos planteados en una sociedad en la cual se encuentre ausente Paz social.

En un primer momento, Naciones Unidas solicitó información para conocer la problemática que se vive en los Estados que accedieron a participar en forma voluntaria. En el documento titulado Monitoreo para implementar sociedades pacíficas, justas e inclusivas⁴², México aportó:

- Señala la existencia de un diagnóstico parcial de la violencia que enmarca la política de seguridad pública;
- Cuestiona la efectividad de las instituciones y agentes involucrados en la cadena oficial encargada de prevenir, investigar y sancionar las conductas antisociales;
- También precisa que la población percibe un ineficaz el desempeño del Ministerio Público, así como de la policía judicial
- Reconoce la limitada capacidad institucional del sector público para salvaguardar derechos humanos y, en ese mismo informe señala al Estado de México, como la entidad con el mayor número de denuncias por violación a derechos.

Respecto de estos dos últimos puntos, cabe señalar que, si bien esta entidad es la más poblada del país, también es cierto que, esa es, precisamente un área de oportunidad que debe de atenderse en forma prioritaria.

⁴¹ Gamboa-Bernal, Gilberto. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una perspectiva bioética. *Persona y Bioética*, vol. 19, no. 2, 2015, pp. 175-181. Editorial Universidad de La Sabana. Consultado el 13 de marzo de 2018 en <http://www.redalyc.org/html/832/83242580001/>

⁴² United Nations Development Programme. *Monitoring to Implement Peaceful, Just and Inclusive Societies. Pilot Initiative on National-Level Monitoring of SDG16*. United Nations Development Programme, Oslo Governance Centre, The Open Government Partnership. Denmark, 2017. p. 31. Consultado el 1 de marzo de 2018 en http://www.undp.org/content/dam/norway/undp-ogc/documents/Monitoring%20to%20Implement%20SDG16_Pilot%20Initiative_main.pdf

D) Respecto de la facultad que se otorga al Ministerio Público para solicitar la apertura del Procedimiento Abreviado, el texto constitucional señala que la imposición, modificación y duración de las penas es una atribución propia y exclusiva de la autoridad judicial⁴³, y si en el Procedimiento Abreviado se le confiere al Ministerio Público, la facultad potestativa de reducir las penas mínimas, entonces se rompe con este principio.

Estas atribuciones encuentran su fundamento legal en el propio CNPP⁴⁴ pero, el trasladar esta atribución privativa de la autoridad jurisdiccional tanto federal como local, puede llegar a constituirse en una poderosa arma con la cual, la representación social puede negociar con el propio imputado.

En este supuesto se estaría ante un escenario donde la autoridad jurisdiccional impone una pena y el Ministerio Público tiene la facultad de solicitar la reducción de la misma, lo que rompe el principio de igualdad, que en materia penal señala que las partes siempre deben estar en igualdad de circunstancias frente al juez para probar, para alegar, para controvertir, -entre otras-, y cuando se pierde ese principio, desfavorece a cualquiera de las partes, sea víctima o imputado.

E) El mantener esta facultad privativa y potestativa para el Ministerio Público, se traduce en que si no la ejerce adecuadamente, origina un aumento en los asuntos que llegan a juicio, desgastando en forma innecesaria la maquinaria jurisdiccional, a la vez que también se convierte en una peligrosa herramienta de corrupción e impunidad, lo que se traduce en incumplimiento de la pronta, completa e imparcial administración de justicia.

F) Al constituirse un monopolio para el Ministerio Público la facultad de solicitar la terminación anticipada del procedimiento penal y del pedimento de reducción de las sanciones mínimas a imponer, están aumentando los índices de corrupción.

Además, de que se rompe el principio constitucional de que la imposición, modificación y duración de las penas, es una atribución

⁴³ CPEUM. Artículo 21. [...] La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

⁴⁴ CNPP. Artículo 202. Oportunidad.

propia y exclusiva de la autoridad judicial, también se rompe el principio que, en materia penal señala que las partes siempre deben estar en igualdad de circunstancias frente al Juez, para probar, para alegar, para controvertir y cuando se pierde esa igualdad, desfavorece a cualquiera de las partes. En este caso, el CNPP Código Nacional de Procedimientos Penales rompe con el equilibrio procesal como ideal constitucional, lo que se traduce en una violación a los derechos humanos de acceso a la Justicia y al debido proceso.

El Procedimiento Abreviado, es el derecho constitucional que tienen los gobernados de concluir de manera anticipada un procedimiento penal; es una de las opciones para no llegar a juicio; es el mecanismo de descongestionamiento de los órganos jurisdiccionales encargados del sistema de enjuiciamiento penal mexicano. El punto de partida para que se concrete es animar a las partes a optar por un mecanismo de justicia negociada y que el imputado reconozca su responsabilidad; es un moderno sistema para evitar la asistencia a juicios tediosos y desgastantes y, por sus bondades evita juicios innecesarios, así como la restauración de relaciones sociales; reparación de los daños morales y materiales; aceptación de la responsabilidad y la reintegración del acusado a la sociedad de manera digna; penas reducidas, disminución de costos económicos para el Estado y las partes, así como menor desgaste del sistema de administración de justicia.

Pero el camino para llegar a la terminación anticipada tiene defectos de fondo que provocan que en muchos de los casos sea nugatorio ese derecho constitucional o bien se fomente la corrupción y la impunidad. El CNPP debe ser modificado esencialmente para desmonopolizar al Ministerio Público en dos sentidos: primero, debe darse también al imputado y a su defensor, el derecho para pedir la apertura del Procedimiento Abreviado y debe quitarse a la fiscalía la facultad de pedir la reducción de las penas mínimas que se imponen en este procedimiento, tasando en la legislación procesal los montos que habrán de disminuirse en cada caso y con ello, adicionalmente se devuelve al poder judicial la exclusividad constitucional de la imposición, modificación y duración de las penas.

Referencia bibliográfica.

Birgin, Haydée y Kohen Beatriz. (Compiladoras) Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas. Buenos Aires, Biblos, 2006.

- Cappelletti, Mauro y Bryant, Garth: El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José) 1969.
- Gamboa-Bernal, Gilberto. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una perspectiva bioética. *Persona y Bioética*, vol. 19, no. 2, 2015, pp. 175-181. Editorial Universidad de La Sabana. Disponible en <http://www.redalyc.org/html/832/83242580001/>
- Garro, Alejandro M. El acceso a la justicia y el derecho de interés público, en *Justicia y Sociedad*. Año I, vol. 2. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública. (ENVIPE) 2018. Percepción de desempeño. Disponible en http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2018/doc/envipe2018_presentacion_nacional.pdf
- Le Clercq Ortega, Juan Antonio y Rodríguez Sánchez Lara, Gerardo (Coords.) *La impunidad subnacional en México y sus dimensiones IGI-MEX 2018*. México, Universidad de las Américas Puebla- Jenkins Graduate School-Centro de Estudios sobre impunidad y Justicia. pp. 7-8. Versión electrónica disponible en https://www.udlap.mx/igimex/assets/files/2018/igimex2018_ESP.pdf
- Mexico Corruption Perceptions Index 2018 Transparency Internacional. May, 2019. Disponible en https://www.transparency.org/news/feature/el_debilitamiento_de_la_democracia_y_el_auge_del_populismo_en_las_americanas
- México. Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. Gaceta del Gobierno del Estado de México de 9 de febrero de 2009, abrogado por el Código Nacional de Procedimientos Penales.
- México. Código Nacional de Procedimientos Penales. DOF: 5 de marzo de 2014
- México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917 y sus reformas)
- Naciones Unidas. Asamblea General. (2014) Informe de síntesis del Secretario General sobre la Agenda de Desarrollo Sostenible después de 2015. El camino hacia la dignidad para 2030: acabar con la pobreza

y transformar vidas protegiendo el planeta. A/69/700. 4 de diciembre de 2014. Disponible en

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/69/700>

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. 40º período de sesiones. 25 de febrero–22 marzo de 2019. A/HRC/40/8/Add.1, Tema 6 de la agenda. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas del Estado examinado. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/MXindex.aspx>

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966)

Pantin, Laurence. (2018) *Elevar la calidad de la impartición de justicia con un gobierno judicial fortalecido*. Disponible en

<https://www.mexicoevalua.org/2018/04/16/elevar-la-calidad-la-imparticion-justicia-gobierno-judicial-fortalecido/>

Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

Transparencia Mexicana. Disponible en <https://www.tm.org.mx/ipc2018/>

United Nations A/HRC/40/8. General Assembly Distr.: General 27 December 2018 Original: English. Human Rights Council Fortieth session 25 February–22 March 2019 Agenda item 6, Universal Periodic Review. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Mexico. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/446/99/PDF/G1844699.pdf?OpenElement>

United Nations Development Programme. Monitoring to Implement Peaceful, Just and Inclusive Societies. Pilot Initiative on National-Level Monitoring of SDG16. United Nations Development Programme, Oslo Governance Centre, The Open Government Partnership. Denmark, 2017. p. 31. Disponible en http://www.undp.org/content/dam/norway/undp-ogc/documents/Monitoring%20to%20Implement%20SDG16_Pilot%20Initiative_main.pdf

Vázquez, Daniel. (2016) *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles.*

México. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de
Investigaciones Jurídicas.

Las preguntas sugestivas en el interrogatorio y el contrainterrogatorio^(*)^(**)

Suggestive questions in questioning and cross- examination

Carmelo García Calizaya¹

Sumario: Introducción. 1. Preguntas sugestivas. 2. Uso de preguntas sugestivas. – Conclusiones. – Bibliografía.

Resumen: En el presente trabajo se analiza la temática de preguntas sugestivas realizadas a los testigos y peritos en el desarrollo del juicio oral, dentro de un proceso penal. Se explica los fundamentos de la prohibición de este tipo de preguntas en el interrogatorio, debido a que este procedimiento se rige por el principio de espontaneidad; también se señalan las excepciones y la autorización de uso de este tipo de preguntas dentro del juicio. Además de ello, el autor recomienda su uso en el contrainterrogatorio porque permite al interrogador el control del declarante.

Palabras claves: interrogatorio, contrainterrogatorio, preguntas sugestivas, declarante.

^(*) Recibido: 14 agosto 2018 | Aceptado: 16 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

^(**) El artículo original de este trabajo fue publicado en la revista *Actualidad Penal*, Vol. 57, Lima: marzo del 2019, pp. 227- 236

¹ Abogado por la Universidad Nacional del Altiplano Puno. Juez Titular Penal Unipersonal de Lircay- Angaraes. Exdefensor Público de Espinar (Cusco).
registrocapi762@hotmail.com

Abstract: This paper analyzes the topic of suggestive questions asked to witnesses and experts in the development of the oral trial, within a criminal process. It explains the reasons for the prohibition of this type of questions in the interrogation, since this procedure is governed by the principle of spontaneity; it also points out the exceptions and authorization for the use of this type of questions within the trial. In addition, the author recommends their use in cross-examination because they allow the interrogator to control the declarant.

Keywords: interrogation, cross-examination, suggestive questions, declarant.

Introducción

En el juicio oral, durante la actuación probatoria, resulta de vital importancia el manejo del interrogatorio y del contrainterrogatorio de los testigos o peritos a fin de obtener información útil y poder acreditar o desacreditar la pretensión postulada en el proceso. Tanto el interrogatorio como el contrainterrogatorio están constituidos por las preguntas que formulan las partes y por las respuestas que brindan los testigos o peritos.

Las partes emplearán sus destrezas y harán uso de ciertas técnicas para la consecución de algún elemento de prueba adecuado a su teoría del caso; es decir, con el claro propósito de hallar el aporte probatorio a su favor o desarticular la tesis del adversario.

Existen preguntas que permiten al testigo, con su relato libre, espontáneo, y mayor protagonismo testifical, alcanzar credibilidad; y, también, existen preguntas que limitan las respuestas del testigo, en un escenario donde el que interroga asume el papel protagónico en lugar del testigo o perito.

Así, en un proceso, la consolidación o el desvanecimiento de una afirmación postulada dependerá de la información proporcionada por los órganos de prueba, en consecuencia, el reactivo para la obtención de un dato relevante está en saber formular las preguntas, sea como parte oferente o como contraparte.

En ese entendido, para un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio, se han establecido reglas. La formulación de las preguntas no está sujeto a la libre voluntad de los litigantes, sino a ciertas conveniencias que la práctica de la litigación oral impone, para alcanzar la objetividad de un testimonio, por ejemplo, no se podrá realizar las preguntas prohibidas, entre las que,

algunos incluyen, a las preguntas que sugieren sus propias respuestas; así, la parte oferente se abstendrá de realizar a su testigo o perito preguntas de contenido sugerente o que direccionen a una determinada respuesta. Precisamente, en las siguientes líneas se desarrollará el tema de preguntas sugestivas, y su alcance, tanto en el interrogatorio, así como en el transcurso del contrainterrogatorio o interrogatorio cruzado.

1. Preguntas sugestivas

Las preguntas sugestivas son aquellas que, en su estructura brindan la información de manera anticipada al testigo, para que este, a través, de su respuesta, únicamente proceda con ratificar esa información, ya sea aceptando o negando.

El dato sugerido en las preguntas debe ser sobre aquello que, todavía, el testigo no ha referido, empero, si ya lo dijo, no estaremos ante el tipo de preguntas sugestivas.

Las llamadas preguntas sugestivas aprovisionan información al testigo, siendo su finalidad alcanzar la respuesta que se desea. Es decir, el que realiza las interrogaciones agrega a la pregunta, ya sea directa o implícitamente, una información para que el testigo o perito pueda acoger en su respuesta. Será directa cuando en la pregunta, de manera expresa, se comprende la supuesta respuesta; en cambio, será implícita, cuando en la misma interrogación indirectamente se sugiere la contestación.

Ejemplos:

¿En la competencia de “10 K”, el atleta que ocupó el primer lugar, era de apellido Tizón?

¿Ese atleta había corrido la distancia de 10 kilómetros?

O también, se puede formular de la siguiente manera:

¿En la competencia de “10 K”, el atleta que ocupó el primer lugar, quizá era de apellido Tizón?

¿Ese atleta habrá corrido la distancia de 10 kilómetros?

En efecto, según CABANELLAS DE TORRES, son preguntas sugestivas “las que contienen en sí la respuesta que a las mismas ha de darse; ya en forma directa, en que se denominan *claras*, o de modo encubierto, en que se dicen *paliadas*”².

² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, Buenos Aires: Heliasta, 2002, p. 315.

Asimismo, CALDERÓN SUMARRIVA Y PICADO VARGAS sostienen que las preguntas sugestivas se incluyen dentro de la categoría de preguntas cerradas, no siendo recomendable su uso cuando se quiere extraer información del testigo³.

Sin embargo, CORONADO SALAZAR⁴ señala que una pregunta sugestiva puede estar constituida tanto por una estructura de pregunta cerrada como abierta, entendida esta última como aquella que propicia una respuesta de contenido mayor o de apertura. Ejemplo de pregunta abierta: “¿Por qué se quedó en el *lugar de los hechos*?”. También, ZALAMEA⁵ nos dice que las preguntas sugestivas no son nada más que aquellas que introducen información no aportada por el testigo, no son aquellas que se contestan con sí o con no, es cierto que son las más comunes, también lo es, que son las que mayor nivel de sugestividad tienen, pero eso no quiere decir que son las únicas.

Además, las preguntas sugestivas pueden sugerir un hecho o una determinada circunstancia, tal como señala JAUCHEN que dentro de la misma interrogación está insinuado o sugerido el hecho o circunstancia que en la contestación el declarante debe reconocer o no mediante una respuesta solo afirmativa o negativa⁶.

Por su parte, DE PABLO HERMIDA afirma lo siguiente:

Son preguntas sugestivas las que sugieren al interrogado la respuesta que debe dar. Por ejemplo, sería sugestivo preguntar “¿Es verdad que al entrar en el salón encontró el cadáver de la víctima con un cuchillo clavado en la espalda?: Lo correcto sería preguntar ¿Qué vio usted al entrar en el salón? A veces, las preguntas sugestivas solo sugieren la poca experiencia o habilidad en el interrogatorio de un abogado novato. Pero otras veces, pueden ser una estrategia ilícita para arrancar una respuesta que, de otro modo, el testigo nunca nos iba a dar. En realidad, estaríamos ante un modo de coaccionar al que declara. Por eso está prohibido⁷.

³ CALDERÓN SUMARRIVA, Ana y Carlos PICADO VARGAS, *Cómo litigar. Técnica & estrategia procesal*, Lima: San Marcos, 2017, p. 233.

⁴ CORONADO SALAZAR, Nayko, “Las objeciones en los interrogatorios del juicio oral”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 79, Lima: enero del 2016, p. 192.

⁵ Cfr. ZALAMEA, Diego, *Objeciones: sugestivas* (videograbación), en: <<https://www.youtube.com/watch?v=SaVDx8d20uI>> (Consulta: 18 de agosto de 2018).

⁶ JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2012, p. 418.

⁷ DE PABLO HERMIDA, José M. “La declaración de la Infanta y las preguntas prohibidas”, en *El blog de José María de Pablo*, Madrid: febrero del 2014.

En: <<https://josemariadepablo.com/2014/02/22/la-declaracion-de-la-infanta-y-las-preguntas-prohibidas/>> (Consulta: 12/11/2018).

2. Uso de preguntas sugestivas

El tratamiento de las preguntas sugestivas varía, en función de quién pregunta al testigo; si el que interroga es la parte que ofreció el testigo, no podrá emplear preguntas sugestivas, salvo excepciones. Por el contrario, si el preguntante es la parte contra quien se ofreció y declaró el testigo, está autorizado para formular preguntas sugestivas.

a. Preguntas sugestivas en el examen directo

El examen directo comprende a las preguntas que en el juicio oral hace una parte a su testigo o perito, ofrecido y admitido como órgano de prueba.

Entonces, dicha actividad se refiere a la primera formulación de un conjunto de preguntas por la parte que ofreció el órgano de prueba, este puede ser fiscal, el abogado del imputado, el abogado del actor civil, el abogado del tercero civilmente responsable. El interrogatorio directo lo efectúa, pues, la parte que ofreció el testigo o perito para probar su caso⁸.

En cuanto al objetivo del examen directo BAYTELMAN y DUCE refieren lo siguiente:

El principal objetivo del examen directo es, extraer del testigo la información que requerimos para construir la historia o trozo de historia que este nos puede proporcionar. Esta es la etapa en que elaboramos la mayor parte de nuestra versión de los hechos, nuestra “teoría del caso”. Así, la relevancia del examen directo es que constituye la principal oportunidad de que dispone el litigante para probar su teoría del caso ante el tribunal⁹.

Según, el Código Procesal Penal peruano de 2004, las *preguntas sugestivas* en el examen directo están prohibidas. Así, el artículo 88.4 del CPP precisa que: “En el interrogatorio las preguntas serán claras y precisas, no podrán formularse preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas”. También, el artículo 376.2.d) del CPP señala en su última parte que en el interrogatorio del acusado tampoco están permitidas las preguntas que contengan respuestas sugeridas. Asimismo, el artículo 378.2 del mismo cuerpo legal refiere que el examen de los testigos se sujeta –en lo pertinente- a las mismas reglas del interrogatorio del acusado. Es más, específicamente, en el numeral 4 de este mismo artículo resalta que el juez moderará en el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas sugestivas.

⁸ Cfr. ESPINOZA RAMOS, Benji, “Examen directo y contrainterrogatorio o examen cruzado”, en, JURADO CERRÓN, Doly (coord.), *Técnicas de litigación oral y teoría del caso*, Lima: Gaceta jurídica, 2018, p. 250.

⁹BAYTELMAN A., Andrés y Maurice DUCE J. *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Lima: Editorial alternativas, 2005, p.110.

i. Fundamentos de la prohibición

El fundamento de la prohibición de este tipo de preguntas radica en que es evidente que si un fiscal presenta a un testigo de cargo es porque está convencido que el testimonio de su testigo le favorece; lo presenta a juicio, ya que no duda de su testimonio, el que debe concordar con la real versión de los hechos que alega en su alegato inicial y teoría del caso. Entonces, con esta prohibición se evita que el interrogador en el examen directo cuando interroga haga repetir al testigo lo que le interesa a su caso impidiendo que el juez discierna sobre “el conocimiento que proviene del propio testigo del que ha sido puesto por aquel¹⁰.

Asimismo, FONTANET MALDONADO sostiene lo siguiente:

Las preguntas sugestivas, durante el interrogatorio directo deben ser descartadas, en la medida de que el testigo tiene que ser el que haga las aseveraciones y las conclusiones. Aparte de quitarle el protagonismo al testigo y de crear una interrogante sobre la capacidad de percepción o de recordar del testigo, la misma priva al juzgador de escuchar por voz del testigo todo lo percibido por este. Además se le priva de poder evaluar con detenimiento su conducta no verbalizada (demeanor). El juzgador desea examinar “cómo” el testigo declara. Sus gestos, sus manierismos y su mirada, son de mucha utilidad al momento de evaluar la credibilidad¹¹.

Por su parte, ZALAMEA¹² señala que la ilegitimidad se explica en el formato de “soplar” la información al testigo, el problema está en que si la información no sale del testigo, sale del abogado, pierde calidad; se explica en este ejemplo:

¿Sr. López usted compró un computador?

¿Ese computador era marca zz?

¿Valía dos mil dólares?

¿Usted pagó esa cantidad?

¿Le debieron entregar ese computador a los quince días?

¿Hasta el día no le han entregado?

¿Estamos un año después?

¹⁰QUIROZ SALZAR, William, *El interrogatorio y el conainterrogatorio en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta jurídica, 2013, p. 81.

¹¹FONTANET MALDONADO, Julio E. *Principios y técnicas de la práctica forense*. 3ª. Ed., San Juan de Puerto Rico: Jurídica editores, 2010, p.81.

¹²ZALAMEA, Diego, *Objeciones: sugestivas* (videgrabación), en: <<https://www.youtube.com/watch?v=SaVDx8d20uI>>(Consulta: 18 de agosto de 2018).

¿Usted ha reclamado la entrega?

De todo este interrogatorio ¿Qué información aportó el testigo? Esta, es la ilegitimidad. Desde la lógica dispositiva, claramente, este interrogatorio lo hacía el abogado que representaba al demandante, los dos estaban del mismo lado, entonces, allí radica la ilegitimidad.

Por nuestra parte, consideramos que, la recepción de la declaración del testigo o perito se rige bajo determinados principios, entre ellos, se encuentra el *principio de espontaneidad* lo cual significa el testigo debe decir, sin la ayuda del preguntante, lo que él sabe. La mejor opción de preservar a este principio es realizar preguntas abiertas, sin presiones indebidas, al testigo. La declaración lograda mediante las preguntas sugestivas interfiere el alcance del principio de espontaneidad, por ende resta la confiabilidad del testimonio.

La espontaneidad del testimonio a su vez se expresa mediante la confianza y la seguridad en el testigo al momento de su declaración en el juzgamiento. El testigo debe de declarar con la confianza que le da el saber el dato o información que se requiere obtener en el interrogatorio, y la seguridad de brindarlo. La fluidez del testimonio es una consecuencia de esa espontaneidad¹³.

Como hemos dicho, son consideradas preguntas sugestivas aquellas que sugieren la respuesta, y los profesionales en derecho muchas veces no nos damos cuenta que plantear este tipo de preguntas en un interrogatorio sencillamente resta la credibilidad al testimonio de quien las contesta¹⁴.

ii. Excepciones de la prohibición

Las preguntas sugestivas en el interrogatorio directo están restringidas, mas no están prohibidas completamente.

Al respecto ZALAMEA explica lo siguiente:

En el interrogatorio inclusive se admiten excepciones, lo que interesa es el debido proceso, si es un tema introductorio, por ejemplo, preguntar a un perito médico, preguntar si es médico, no hay tema de discusión, pues es absurdo objetar, en temas de introducción no tiene sentido perder el tiempo con estas restricciones, pero no así con los temas de fondo. La segunda excepción, es en aquellos casos en que el testigo ya ha dado información, lo único que se

¹³GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro, *Manual de litigación oral. Una perspectiva fiscal*. Lima: Idemsa, 2018, p. 173.

¹⁴ Cfr. MANTILLA ANTEZANA, Ariel Agustín, *La fase de interrogatorio en el proceso penal boliviano*. La Paz: Gráfica Loayza, 2017, p. 82.

hace es recopilar dicha información, por ejemplo: El testigo dice en eso vi al demandado con un cheque en la mano. Entonces se pregunta

¿Ese cheque de qué banco era? De Pichincha

¿Ese cheque de banco de Pichincha de qué monto era? Cincuenta mil dólares

¿Ese cheque de banco de Pinchincha de monto de cincuenta mil dólares estaba o no cruzado?

Solo está última pregunta es sugestiva, todas las anteriores fueron legítimas, al preguntar si estaba o no cruzado, ahí se introduce la información no aportada por el testigo, pero la recopilación que antecede fue absolutamente legítima¹⁵.

La prohibición de utilizar preguntas sugestivas en el examen directo tiene cuatro excepciones: son permitidas cuando son introductorias, de transición, en supuestos de testigos hostiles y sugestivas por la negativa¹⁶.

Asimismo, CORONADO SALAZAR destaca que la regla de la no formulación de preguntas sugestivas en el interrogatorio tiene excepciones, tales como el caso del testigo hostil. O el caso especial del tipo de testigo que es presentado a juicio, por ejemplo, si se trata de un menor de edad al que le resulta difícil responder a las preguntas por la estructura de su formulación. De la misma forma, cuando se trate de una persona con escasa instrucción o por su especial formación cultural o por la avanzada edad del testigo; pero, que dependerá del caso concreto, de la forma de entendimiento del testigo o de la forma a veces complicada del interrogador de formular sus preguntas, siempre viabilizando que el interrogado pueda aportar información espontánea y objetiva durante su examen¹⁷.

b. Preguntas sugestivas en el contraexamen

Durante el juicio oral, una vez culminada el interrogatorio directo corresponde el inicio del contrainterrogatorio, que tiene carácter facultativo para la parte contraria; en ese sentido, si se opta el contrainterrogatorio, este comprende a las preguntas que se realiza al testigo o perito que acaba de declarar en el interrogatorio.

Aunque, igualmente se refiere a la formulación de las preguntas al testigo, pero tiene notas propias en relación al interrogatorio; así, en el interrogatorio se busca información, mientras que en el contrainterrogatorio se buscan los hechos a favor o minimizar el impacto del testimonio rendido; en el

¹⁵ZALAMEA, Diego, *Objeciones: sugestivas* (videgrabación), en: <<https://www.youtube.com/watch?v=SaVDx8d20uI>>(Consulta: 18 de agosto de 2018).

¹⁶RUA, Gonzalo, *El examen directo de testigos*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2015, p. 98.

¹⁷ CORONADO SALAZAR, Nayko, *Ob. cit.* p. 193.

interrogatorio el protagonista es el testigo, mientras que en el contrainterrogatorio lo es el abogado que se encarga del mismo; en el interrogatorio se persigue que el testigo rinda una narración lógica, mientras que en el contrainterrogatorio se busca aquello que en el testimonio rendido se haya denotado con debilidad¹⁸.

El contrainterrogatorio es el interrogatorio que hace la parte contra quien sea ofrecido el testimonio del declarante, con el propósito de aportar aspectos positivos a su caso, destacar aspectos negativos del caso de la parte contraria o para impugnar a la credibilidad del testigo¹⁹.

Para ALMANZA ALTAMIRANO, el contraexamen directo o contrainterrogatorio:

Es una técnica que se utiliza para examinar a los testigos y peritos que dan una versión contraria, luego que estos fueron objeto del interrogatorio directo. El fin, primero es de acreditar nuestras propias posiciones fácticas; segundo desacreditar la teoría del caso contrario estableciendo aspectos negativos y contradictorios. En tercer lugar desacreditar al testigo si no se lograron los propósitos señalados²⁰.

En el contraexamen del testigo o perito el uso de las preguntas sugestivas está permitido, y también, son las más recomendables.

El artículo 170.6 del Código Procesal Penal peruano de 2004 con acierto señala que son inadmisibles las preguntas capciosas, impertinentes o *sugestivas*, salvo esta última, en el contrainterrogatorio.

Aunque, las preguntas sugestivas en principio siempre están permitidas, salvo excepción para el supuesto de las preguntas normales del interrogatorio directo²¹.

Sin embargo, GUEVARA VÁSQUEZ²², nos señala que una pregunta sugestiva en el contraexamen sería una medida de “última línea”, una medida desesperada para hacer frente a un testigo ofrecido por la parte procesal contraria. En ese sentido, son más bien las preguntas cerradas no sugestivas las recomendables en el contrainterrogatorio de testigos.

¹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro, J. “Estrategias técnicas de litigación penal oral. Especial referencia al interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos”, en *Actualidad penal* n° 26, Lima: agosto del 2016, p. 342.

¹⁹ FONTANET MALDONADO, Julio E. *ob. cit.*, p. 214.

²⁰ ALMANZA, Frank, *Litigación y argumentación en el proceso penal*, Lima: RZ, 2018, p. 284.

²¹ JAUCHEN, Eduardo, *ob. cit.*, p. 423.

²² GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro, *Ob. cit.*, p. 194.

Fundamentos de su admisión

En el contrainterrogatorio las preguntas sugestivas están permitidas, como dice RÚA, sin preguntas sugestivas no hay contraexamen²³. También, PEÑA GONZÁLEZ sostiene que abandonar preguntas sugestivas, nos hace perder el control del testigo, toda vez que las preguntas sugestivas son una herramienta esencial en el contraexamen, nos permite mantener el control del testigo, aunque en algunos casos se opta por abandonar²⁴.

De igual manera, VILLAFUERTE ALVA señala lo siguiente:

Para mantener el control del contrainterrogatorio, solo debemos hacer preguntas cerradas para que la respuesta sea un sí o un no; hacer preguntas afirmativas, dirigidas y también **sugestivas**, es decir, preguntas que insinúan la respuesta en la misma pregunta, lo cual provocará que el testigo **afirme o niegue el hecho plasmado en la pregunta** y no dé una explicación de esta.

Por ejemplo, si preguntamos: ¿Ayleen dónde vives? Ayleen tendrá la oportunidad de contestar como quiera y obtendrá el control; pero si formulamos una pregunta sugestiva, donde la respuesta se halla en la propia pregunta, mantenemos el control y el testigo no podrá dar explicaciones; por ejemplo: ¿Ayleen vives en casa de tus padres en una mansión en Beverly Hills? Como vemos, la pregunta ya contiene la respuesta y Ayleen solo podrá afirmar sin tener la oportunidad de explicarnos por qué vive ahí, o cuáles son las circunstancias que engloban el hecho de vivir ahí²⁵.

En el contraexamen los testigos de la contraparte son en general hostiles a nuestro propio caso y no están dispuestos a dejarse guiar –ni a confiar- en las preguntas que uno les formule. De esta suerte, el testigo de la contraparte siempre podrá –y estará dispuesto a- negar la pregunta sugestiva que uno les formule.

Las preguntas sugestivas en el contraexamen, lejos de ser objetables, son su instrumento por excelencia y constituyen la clave del contraexamen temáticamente orientado, pues nos permiten dirigir la respuesta del testigo a la específica porción del relato que la pregunta persigue²⁶.

²³RUA, Gonzalo, *Ob. cit.*, p. 80.

²⁴PEÑA GONZALES, Oscar, *El contrainterrogatorio como arma fundamental en el juzgamiento*. Lima: APECC, 2015, p. 35.

²⁵VILAFUERTE, Carlos, “Contrainterrogatorio: reglas generales”, marzo, 2018. En, <Legis.pe <https://legis.pe/contrainterrogatorio-reglas-generales/>> (Consulta: 30/11/2018).

²⁶COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL IMPULSO DE ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL, *Técnicas de juicio oral en el sistema penal colombiano*. Bogotá: s/e, 2003, p.186.

Conclusiones

Las preguntas sugestivas son aquellas interrogaciones que llevan consigo la información, aun no proporcionada, a fin de que el testigo proceda únicamente a afirmar o negar las mismas. Este tipo de preguntas están permitidas en función al avance de la declaración del testigo y dependiendo de la parte que las formula.

Las interrogaciones de carácter sugerente están restringidas durante el examen directo de los testigos, a fin de no afectar el principio de espontaneidad.

En cambio, en el contraexamen están completamente autorizadas, dado que el contrainterrogatorio se realiza sobre la base del testimonio de examen directo. También, nos permite tener el control del testigo para evitar, en cierto modo, la explicación de su contestación.

Referencia bibliográfica

- ALMANZA, Frank, *Litigación y argumentación en el proceso penal*, Lima: RZ, 2018.
- BAYTELMAN A., Andrés y Maurice DUCE J. *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Lima: Alternativas, 2005.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 2002.
- CALDERÓN SUMARRIVA, Ana y Carlos PICADO VARGAS, *Cómo litigar. Técnica & estrategia procesal*, Lima: San Marcos, 2017.
- COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL IMPULSO DE ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL, *Técnicas de juicio oral en el sistema penal colombiano*. Bogotá: s/e, 2003.
- CORONADO SALAZAR, Nayko, “Las objeciones en los interrogatorios del juicio oral”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal n° 79*, Lima: enero del 2016.
- DE PABLO HERMIDA, José M. “La declaración de la Infanta y las preguntas prohibidas”, en *El blog de José María de Pablo*, Madrid: febrero del 2014. En: <<https://josemariadepablo.com/2014/02/22/la-declaracion-de-la-infanta-y-las-preguntas-prohibidas/>> (Consulta: 12/11/2018).
- ESPINOZA RAMOS, Benji, “Examen directo y contrainterrogatorio o examen cruzado”, en, JURADO CERRÓN, Doly (coord.), *Técnicas de litigación oral y teoría del caso*, Lima: Gaceta jurídica, 2018.

- FONTANET MALDONADO, Julio E. *Principios y técnicas de la práctica forense*. 3a ed. San Juan de Puerto Rico: Jurídica editores, 2010.
- GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro, *Manual de litigación oral. Una perspectiva fiscal*. Lima: Idemsa, 2018.
- JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2012.
- MANTILLA ANTEZANA, Ariel Agustín, *La fase de interrogatorio en el proceso penal boliviano*. La Paz: Gráfica Loayza, 2017.
- PEÑA GONZALES, Oscar, *El contrainterrogatorio como arma fundamental en el juzgamiento*. Lima: APECC, 2015.
- QUIROZ SALZAR, William, *El interrogatorio y el contrainterrogatorio en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta jurídica, 2013.
- RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro, J. “Estrategias técnicas de litigación penal oral. Especial referencia al interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos”, en *Actualidad penal* n° 26, Lima: agosto del 2016.
- RUA, Gonzalo, *El examen directo de testigos*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2015, p. 98.
- VILAFUERTE, Carlos, “Contrainterrogatorio: reglas generales”, en *Legis*, Lima: marzo del 2018. En, [<Legis.pehttps://legis.pe/contrainterrogatorio-reglas-generales/>](https://legis.pe/contrainterrogatorio-reglas-generales/) (consulta: 30/11/2018).
- ZALAMEA, Diego, *Objeciones: sugestivas* (videograbación), en: <https://www.youtube.com/watch?v=SaVDx8d20uI> (Consulta: 18 de agosto de 2018).

Colaboração premiada como método de tutela estatal nos crimes de lavagem de dinheiro ^(*)¹

Award-winning collaboration as a State guardianship
method in money-laundering crimes

Colaboración premiada como método de tutela estatal
en los delitos de lavado de dinero

Bruna Velloso Parente²

Júlia Chequer Feu Rosa³

Daury Cesar Fabríz⁴

Sumário: Introdução. **1.** Lavagem de Dinheiro. **2.** A teoria dos jogos e a tomada de decisões por parte dos indivíduos: a racionalidade no processo de escolha e a sua presença na seara jurídica. **3.** A colaboração premiada no atual ordenamento

(*) Recibido: 11 julio 2019 | Aceptado: 30 agosto 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

- ¹ Artigo elaborado na disciplina Direito Penal Econômico regida pelo Prof. Daury Cesar Fabríz do departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)
- ² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/0705245560731706>
bvparente@gmail.com
- ³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/1588519824707724>
juliacr1@me.com
- ⁴ Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/7280691457104972>
daury@terra.com.br

brasileiro: os aspectos próprios do instituto e a sua aplicabilidade diante da dinâmica jurídica hodierna; 4. O pacote Anti Crime idealizado pelo Min. Sérgio Moro: as possíveis modificações à colaboração premiada e sua efetividade na obtenção de tutela estatal. – Conclusão. – Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem por escopo abordar a colaboração premiada como um mecanismo apto e efetivo à obtenção de tutela estatal em casos de lavagem de dinheiro. Para tanto, por meio de metodologia qualitativa, exploratória, com base em pesquisa bibliográfica e em diplomas nacionais, descreve as questões próprias que envolvem o fenômeno fático-jurídico da lavagem de dinheiro, com relevância para os métodos empregados para assegurar os produtos advindos da prática criminosa. A seguir, aborda as dinâmicas relativas ao instituto jurídico da colaboração premiada, de sorte a destacá-lo enquanto mecanismo viável para a tratativa do tipo-penal, em especial, diante da fluidez com a qual ele se desenvolve. Nesse ínterim, evidencia-se os aspectos práticos de sua aplicabilidade, frente às circunstâncias sobre as quais os indivíduos, racionalmente, tendem a tomar decisões, realizando-se cotejo com as modificações recomendadas no Projeto Anti crime proposto pelo Ministro Sérgio Moro. Assim, o estudo reitera a importância da colaboração premiada no combate à lavagem de dinheiro, prática criminosa cuja complexidade não permite que os métodos comuns de investigação sejam plenamente efetivos.

Palavras-chaves: colaboração premiada, efetividade, lavagem de dinheiro, projeto anticrime, tutela estatal.

Abstract: This paper aims to give an account of the award-winning collaboration, as mechanism suitable and effective to the achievement of State guardianship in cases of money-laundering. For this purpose, through a qualitative, and exploratory methodology based on bibliographical research and national diplomas, describes specific questions of the phatic and legal phenomenon of money-laundering, with relevance to the methods employed for ensure the goods from the criminal activity. Then, deals with the dynamics on the legal institute of award-winning collaboration, thus highlighting its as an manageable mechanism for further dealings on that criminal type, in special, given the fluidity with which its develops itself. In this interim, evidences the practical aspects of the award-winning collaboration applicability, under the circumstances on which people, rationally, are likely to make decisions, performing, as well, a

crosscheck against the changes recommended by the Minister Sergio Moro's Anti-crime Project. In conclusion, the study reaffirms the importance of the award-winning collaboration to the combate of money-laundering, criminal activity whose complexity does not allow the common methods of investigation to be fully effective.

Keywords: anti-crime project, award-winning collaboration, effective, money-laundering, state guardianship.

Resumen: El alcance de este artículo es abordar la colaboración premiada como un mecanismo adecuado y efectivo para obtener protección estatal en casos de lavado de dinero. Por lo tanto, mediante una metodología cualitativa y exploratoria, basada en la investigación bibliográfica y en los eventos nacionales, se describen los temas específicos que involucran el fenómeno fáctico-jurídico del lavado de dinero, con relevancia para los métodos utilizados para asegurar los productos resultantes de la práctica delictiva. A continuación se discute la dinámica del instituto jurídico de colaboración premiada, con el fin de destacarlo como un mecanismo viable para tratar con el tipo penal, especialmente en vista de la fluidez con la que se desarrolla. Mientras tanto, los aspectos prácticos de su aplicabilidad son evidentes, dadas las circunstancias en las que los individuos tienden racionalmente a tomar decisiones, en comparación con los cambios recomendados en el Proyecto Anticrimen propuesto por el juez Sérgio Moro. Así, el estudio reitera la importancia de la colaboración premiada en la lucha contra el blanqueo de capitales, una práctica delictiva cuya complejidad no permite que los métodos comunes de investigación sean plenamente eficaces.

Palabras clave: colaboración premiada, eficacia, blanqueo de dinero, proyecto de lucha contra la delincuencia, tutela estatal.

INTRODUÇÃO

A lavagem de dinheiro, diante da globalização, passou a ser parte fundamental da economia mundial. Com a democratização da tecnologia, do acesso ao mercado de capitais e da informação, potencializou-se as oportunidades de lavagem de dinheiro e agravou-se a dificuldade de identificação do crime e punição por parte do Estado. Não à toa, diante da

inviabilidade de enquadramento do tipo de conduta no delito, constantemente modificável, a quantia movimentada ilegalmente com esse tipo de crime consegue superar o volume dos capitais movimentados legalmente em países importantes como a Rússia e Espanha, e gera forte estagnação econômica (LEMOS JÚNIOR, 2007, p. 23).

Esse cenário se agrava ao considerarmos a lavagem de dinheiro como crime complexo e abstrato. Esse tipo de delito não possui uma única vítima e nem um único agente. Isso é tão verdade que não há necessidade de aproximação física ou até de comunicação para o co-crime, fato que dificulta as investigações (LEMOS JÚNIOR, 2007, p. 24). Assim, o Estado passa a ter dificuldades de impedir o crime.

Nesse ínterim, destacamos o uso da colaboração premiada como método de fortalecimento da tutela estatal. Como técnica especial de investigação, a colaboração premiada pode ser empregada para a negociação sobre o fornecimento de informações importantes acerca da prática criminosa, seus agentes, circunstâncias e métodos. Ou seja, busca-se o combate ao crime por meio de conhecimento interno, e, que, por isso leva à melhor efetivação do direito de punição do Estado. Torna-se, assim, verdadeira medida antilavagem.

Porém, diante da possível mudança legislativa proveniente do "Pacote Anti Crime" proposto em 2019 pelo atual Min. da Justiça Sérgio Moro, vale questionar sobre a efetividade que tais alterações podem trazer para a tutela estatal e o real combate ao crime de lavagem de dinheiro. Assim, apesar de se defender que o projeto endurecerá o sistema para reduzir o crime, buscase, nesse artigo, sem adoção de nenhum posicionamento político e com a adoção de um método dedutivo partindo de premissas gerais e alcançando um resultado específico, compreender o real significado dessa possível nova legislação.

1. LAVAGEM DE DINHEIRO

Para compreender a delação premiada como medida antilavagem diante da tutela estatal de combate ao crime, vale explorar melhor o tema do crime de lavagem de dinheiro previsto na Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, e posteriormente modificado pela Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012.

Para Jung (2007, p. 41) lavagem de dinheiro designa uma operação que tem por "objetivo introduzir ou reintroduzir na cadeia econômica valores que se originaram de atividades ilícitas". Ou seja, busca-se ocultar ou dissimular a

natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens provenientes de infração penal.

Trata-se de crime abstrato, altamente modificável e contra a ordem econômica, com constante atualização de métodos de dissimulação e com o envolvimento de organizações públicas, privadas, e profissionais liberais como contadores e até advogados. Por mascarar a origem do dinheiro, o crime de lavagem de dinheiro afeta a economia, a credibilidade e o sistema financeiro. Ou seja, a lavagem de dinheiro tem relação direta com o mundo capitalista. Surge daí a importância da cooperação. Sobre isso:

(...) os comportamentos referidos produzem profundas alterações em todo o sistema econômico-financeiro, dentre as quais podem ser citadas: a integração no mercado financeiro de recursos obtidos a um custo consideravelmente inferior ao das atividades lícitas; a incidência massiva sobre determinados setores econômicos especialmente favoráveis à canalização de tais recursos; o controle de determinados âmbitos da economia e a convivência progressiva e interessada de agentes econômicos, profissionais e até funcionários. (PRADO, s.d., p. 7)

Diante do mercado global e tendo em vista que a lavagem de dinheiro visa esconder a origem de capitais criminosos e permitir a utilização no mercado formal, existem diversas formas já identificadas de lavagem de dinheiro e a criatividade criminosa tem se aproveitado das tecnologias modernas para ampliar as possibilidades de ocultação. Por isso, a lei supracitada, em seu primeiro artigo, ampliou o conceito de lavagem, para serem admitidos quaisquer delitos prévios de natureza grave (PRADO, s.d., p. 5). Assim, os recursos ilícitos podem provir de crimes contra a ordem social (como o tráfico de drogas) ou contra a ordem tributária (como o contrabando) (JUNG, 2007, p. 41- 42).

Porém, para que haja essa lavagem, fala-se tradicionalmente de um procedimento de três fases. A primeira fase é a colocação do dinheiro no sistema econômico, normalmente por meio de países com regras mais permissivas. A segunda é a ocultação, para dificultar o rastreamento e quebrar a cadeia de evidências. A última seria a integração dos ativos com sua incorporação formal ao sistema econômico (JUNG, 2007, p. 42).

Trata-se de um processo difuso de ocultação, de modo que para alguns autores o processo de lavagem não poderia ser dividido em apenas 3 fases (LEMONS JÚNIOR, 2007, p. 27). Ou seja, essas etapas podem se desenvolver de forma “separada, simultânea, superposta ou conjunta” (PRADO, s.d., p.4), variando a forma de realização conforme as necessidades.

Visto o conceito de lavagem de dinheiro passa-se para as formas de combate.

Coibição e medidas antilavagem

O início e o avanço do combate ao fenômeno criminoso da lavagem de dinheiro devem-se à preocupação mundial com a reciclagem de dinheiro proveniente do tráfico de drogas que culminou com a Convenção de Viena de 20 de Dezembro de 1988. (LE MOS JÚNIOR, 2007, p. 32). No Brasil, mais especificamente, a Lei n. 9631/98, modificada em 2012, procurou coibir a lavagem de dinheiro. Criou-se, além dos tipos penais, um regime administrativo com base no COAF (Conselho de Controle das Atividades Financeiras), com base na ideia de compartilhamento entre o Estado e os Setores privados para “prevenir a utilização dos setores econômicos para a lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo” (COAF, 2019). Ou seja, trata-se de cooperação intersetorial, diante da necessidade de mascaramento da ilicitude do dinheiro por meio de setores lícitos (SAADI, 2007, p. 68).

Diante, da lei supracitada, no Brasil surge a obrigação dos sujeitos do art. 9 (bolsas de valores, seguradoras, etc) comunicarem às autoridades responsáveis todas as operações em ativos que ultrapassem o limite fixado. Assim, surgem deveres e obrigações de identificação do cliente, manutenção de registro (art. 10) e comunicação de operações financeiras (art. 11) (SAADI, 2007, p. 72). As duas primeiras se baseiam no *know your client*, proveniente do Comitê de Basileia (1988) e que buscava encorajar princípios éticos nas instituições financeiras, e, para isso, declararam 3 princípios: (a) identificação adequada de clientes; (b) desencorajamento de operações que não pareçam legítimas; e (c) cooperação com os órgãos responsáveis por fazer cumprir a lei (ROMANTINI; HIJJAR; ANJOS, 2003, p. 122).

Vê-se, portanto, que essas pessoas listadas estão sujeitas à cooperação, que surge como necessidade (SAADI, 2007, p.72), devendo cuidar da economia como bem público. Isso porque, sendo crime contra a economia, prejudica a sociedade como sujeito indeterminado, dos quais tais setores também são parte.

Porém, ressalta-se que sendo a lavagem crime de modificação constante, parece que os criminosos passariam utilizar limites menores. Ou seja, quando tratamos de lavagem de dinheiro, nada deve ser instrumento único de combate, de modo que a cooperação da qual tratamos, deve surgir de efetiva vontade pública. Assim, há uma série de instrumentos estatais que podem ser usados, inclusive processualmente, como a inversão do ônus da prova, e a delação premiada (SAADI, 2007, p. 69).

Nesse íterim, relaciona-se o tema da cooperação com a doutrina da cegueira deliberada (MARTINS, 2014, p. 135-137). Esta, como construção do

common law serve para a responsabilização dos agentes por meio do dolo eventual. Há, portanto, a responsabilização daquele que poderia ter se aprofundado sobre os fatos, mas que preferiu se manter “cego” diante do que poderia prejudicá-lo. Isso é claro pressuposto do dever de cooperação, devendo os agentes agirem ativamente para evitar a lavagem de dinheiro.

Recorda-se ainda dentro desta temática que em 1989 foi criado o TAFT (Financial Action Task Force on Money Laundering). Esta é uma entidade intergovernamental focada no desenvolvimento e divulgação de políticas nacionais e internacionais de prevenção e combate à lavagem de dinheiro. Suas 40 recomendações, revisadas em 2010, tratam do papel dos sistemas jurídicos nacionais, do sistema financeiro e do reforço da cooperação internacional. Nesse sentido, destaca-se a recomendação 27:

Os Países devem garantir que autoridades legais possuam responsabilidade para a investigação de lavagem de dinheiro e financiamento de terrorismo. **Países são encorajados a apoiar e desenvolver, até onde for possível, técnicas especiais de investigação adequadas para a investigação de lavagem de dinheiro**, como a entrega controlada, operações infiltradas e outras técnicas relevantes. (...) (FATF, 2010, p. 11) (Tradução livre) (g.n.)⁵

Percebe-se a importância de técnicas especializadas para o impedimento da lavagem de dinheiro. Para nós, uma dessas técnicas seria a delação premiada. Sobre isso cita-se:

O combate ao crime de lavagem de dinheiro é bastante complexo de forma que a **infidelidade criminal é um dos fatos positivos para o combate mais vigoroso contra determinados infratores**. (...) Nos casos concretos a delação premiada tem apresentado resultados bastante positivos. Como a lavagem de dinheiro é um **crime bastante complexo que muitas vezes envolve a utilização de diversos países no seu processo, o que dificulta sobremaneira a obtenção de provas, muito útil tem sido a participação daquele criminoso que participou dos ilícitos** e que se dispõe a esclarecer determinados fatos em troca de benefícios legais. (SAADI, 2007, p.74-76) (g.n.)

Passa-se agora para a análise mais aprofundada da delação premiada como medida antilavagem e a sua relação com a teoria dos jogos.

⁵ Countries should ensure that designated law enforcement authorities have responsibility for money laundering and terrorist financing investigations. Countries are encouraged to support and develop, as far as possible, special investigative techniques suitable for the investigation of money laundering, such as controlled delivery, undercover operations and other relevant techniques. Countries are also encouraged to use other effective mechanisms such as the use of permanent or temporary groups specialised in asset investigation, and co-operative investigations with appropriate competent authorities in other countries.

2. A TEORIA DOS JOGOS E A TOMADA DE DECISÕES POR PARTE DOS INDIVÍDUOS: A RACIONALIDADE NO PROCESSO DE ESCOLHA E A SUA PRESENÇA NA SEARA JURÍDICA

Primeiramente, deve-se refletir no que consiste a teoria dos jogos, para que se possa compreender qual o seu papel na tomada de decisão dos indivíduos, e, conseqüentemente, qual a sua importância diante do instituto jurídico da colaboração premiada.

Isto posto, a teoria dos jogos, desenvolvida originariamente em esfera matemática, antes de se expandir para as demais áreas do conhecimento, consiste no estudo da tomada de decisões pelos indivíduos, mediante condições de conflito. Para tanto, ela se dedica a, matematicamente, explicar a relação existente entre o conjunto de estratégias desenvolvidas por cada jogador e os seus interesses e preferências, frente os cenários possíveis que lhe são apresentados (SARTINI; GARBUGIO; BORTOLOSSI; SANTOS; BARRETO, 2004, p. 4).

Os modelos matemáticos propostos pela teoria descrevem interações competitivas ou cooperativas, sujeitas a um conjunto de regras, sendo os resultados das interações decorrentes das estratégias ou de um plano de ação que descreve as decisões tomadas por um jogador sob quaisquer circunstâncias (ALENCAR; YAMAMOTO, 2008, p. 523).

Assim, ao prever qual dos possíveis resultados parece ser o mais provável de se concretizar, o jogador fixa sua postura. Considera-se, também, quais tendem a ser os comportamentos de seus adversários (ALENCAR; YAMAMOTO, 2008, p. 523).

Em paralelo, quando analisada à luz da seara jurídica, a teoria dos jogos se mostra presente nas decisões tomadas pelos sujeitos processuais, ao longo de suas interações. Desse modo, com o desenvolver das ações judiciais, faz-se possível observá-la por meio das posturas adotadas no desenvolver do processo (ALCÂNTARA, 2012, p. 91)

Diante disso, então, entende-se que a teoria dos jogos repercute nas diversas áreas do Direito, incluindo as searas penal e processual penal. Assim, a colaboração premiada, enquanto instituto jurídico no qual não se tomam decisões substanciais por parte de agente do crime e do órgão de investigação, ou de persecução, não escapa de sua influência.

3. A COLABORAÇÃO PREMIADA NO ATUAL ORDENAMENTO BRASILEIRO: OS ASPECTOS PRÓPRIOS DO INSTITUTO E A SUA APLICABILIDADE DIANTE DA DINÂMICA JURÍDICA HODIERNA

No ordenamento jurídico atual, não há legislação específica que regulamente a colaboração premiada. Sua normatização se desenvolve de forma fracionada, com menções em distintas leis extravagantes (RAMOS, 2014, p. 7). Porém, com a Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, especificamente, do seu art. 4º, que dispõe sobre a colaboração premiada, convencionou-se pela sua aplicação, em analogia, para os casos em que não haja norma específica (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 182). Diante disso, as regulamentações passaram a vigorar de forma geral, extrapolando o campo no qual, inicialmente, dispunham-se a atuar, em notório diálogo entre as fontes jurídicas (GOMES; SILVA, 2015, p. 170).

Feitas estas considerações, a colaboração premiada consiste em técnica especial de investigação, possível de ser empregada desde o inquérito policial até após o pronunciamento de sentença, em que os órgãos estatais de investigação policial ou de persecução penal negociam, com um dos agentes do delito, seja este coautor ou partícipe, o fornecimento de informações relevantes acerca da prática criminosa ou de circunstâncias, a ela, correlatas (LIMA, 2017, p. 782). Ou seja, é técnica a partir da qual, para o combate do crime, na busca pela melhor efetivação do direito de punição inerente ao Estado, realiza-se acordo, voluntariamente, com um de seus agentes, de modo a promover escambo de informações valiosas à persecução penal, por certos benefícios ao colaborador.

Neste sentido, é meio de obtenção de prova, isto é, de mecanismo a partir do qual os órgãos estatais podem, cada um dentro dos seus limites, utilizar-se para buscar, com base nas informações fornecidas pelo colaborador, provas acerca da autoria e da materialidade do crime. Desse modo, não é meio de prova em si, e não pode, isoladamente, ser utilizada para ensejar condenações, conforme o art. 4º, §16 da lei supracitada. Tal entendimento, mostra-se consolidado no STF e no STJ:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. DEPUTADO FEDERAL. QUADRILHA, CORRUPÇÃO PASSIVA E CRIME LICITATÓRIO DO ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93. COLABORAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE CORROBORAÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVA ACIMA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. 1. A **colaboração**

premiada é meio de obtenção de prova (artigo 3º da Lei nº 12.850/2013). Não se placita, antes ou depois da Lei nº 12.850/2013, condenação fundada exclusivamente nas declarações do agente colaborador. 2. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. (...) (STF; AP 676; Primeira Turma; Rel. Min. Roberto Barroso; DJE 06/02/2018) (BRASIL, 2018, *online*) (g.n.).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL OBJETIVA. VÍCIO CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO PARA TRANCAR O PROCESSO SOMENTE EM RELAÇÃO À RECORRENTE. 1. O trancamento do processo, no âmbito de habeas corpus, é medida excepcional, somente cabível quando demonstrada a absoluta ausência de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria, a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva da punibilidade. 2. **Sendo a colaboração premiada mero meio de obtenção de prova, forçoso constatar que o documento que certifica a situação fiscal do contribuinte, no caso dos autos, não tem como atribuir aos recorrentes, pessoa física que detém parcela do capital societário, responsabilidade penal decorrente exclusivamente dessa condição, conforme pacífica jurisprudência desta Corte Superior.** (...) (STJ; RHC 93.443; Proc. 2017/0333523-6; PR; Sexta Turma; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; Julg. 23/04/2019; DJE 30/04/2019) (BRASIL, 2019, *online*) (g.n.).

Além disso, é possível se compreender que a colaboração premiada corresponde, também, a um acordo formal, passível de homologação por magistrado, com base na interpretação do §7º, do art. 4º, da Lei nº 12.850. Não se trata de um direito subjetivo adquirido pelo agente colaborador tão logo opta pela negociação; este surge após o cumprimento da decisão homologatória, responsável pela verificação dos requisitos e da regularidade do acordo, finalizando com a concessão dos benefícios (RAMOS, 2014, p. 11).

Assim sendo, nos termos do art. 4º, § 6º, da Lei nº 12.850, a colaboração premiada se desenvolve em sede de negociação dinâmica, sem a presença de magistrado, entre agente do crime, acompanhado de seu advogado ou defensor, e Delegado de Polícia, caso se inicie em inquérito policial, ou membro do Ministério Público competente, caso o faça após denúncia (BRASIL, 2013, *online*). Desta forma, observa-se que não se permite a concessão *ex officio* do instituto, haja visto que este nem ao menos é autorizado, pelo ordenamento jurídico, a participar da fase de negociação, surgindo somente após apresentação do acordo pronto, para a sua verificação e homologação; cabe apontar que não se dispensa a pronúncia de sentença,

sendo ela acompanhada dos termos do acordo, segundo o art. 4º, § 11, da referida legislação.

Não se olvida, contudo, que se fez ressalva, no § 8º, art. 4º, da Lei nº 12.850, para a possibilidade de negativa do magistrado, caso entenda que este padece de regularidade ou de algum dos requisitos a serem supervenientemente abordados (BRASIL, 2013, *online*). Também, no § art. 4º, 10, da lei supramencionada, autoriza-se a sua retratação, por qualquer das partes, em qualquer momento, o que, por sua vez, gera condição para a continuação do processo penal: a impossibilidade de se utilizar de quaisquer que sejam as provas produzidas pelo, até então, colaborador isoladamente em seu desfavor (BRASIL, 2013, *online*).

Isto posto, a formação do acordo de colaboração depende da presença de requisitos a serem, cumulativamente, preenchidos, sob pena de, caso não haja como adequá-los, ter sua homologação negada, (BRASIL, 2013, *online*). De tal modo, faz-se imprescindível para que seja sequer possível ofertar a possibilidade de acordo que o crime tenha pluralidade de agentes, bem como que o colaborador em potencial opte, voluntariamente, por oferecer informações acerca do delito ou de suas circunstâncias correlatas, devendo, ainda, aquelas possuírem conteúdo valioso e efetivo para a investigação criminal (RAMOS, 2014, p. 8).

À vista disso, são elementos essenciais para a colaboração premiada: o concurso de pessoas, a voluntariedade da participação do colaborador e a efetividade das informações, por ele, fornecidas (RAMOS, 2014, p. 8). Desse modo, o agente, em momento algum, pode sofrer coações irresistíveis, devendo possuir liberdade para optar por sua participação e pelos limites em que irá executá-la, mesmo quando aconselhado por terceiros (LIMA, 2017, p. 781).

Outrossim, deve-se ponderar a efetividade das informações aduzidas pelo agente, já que estas são justamente o que lhe fornece material de barganha. Para tanto, é fundamental que os dados apresentados pelo colaborador sejam capazes de produzir resultados no mundo fático que, sem o seu auxílio, seriam impossíveis de se construir, mesmo que não haja êxito por parte dos representantes estatais em suas persecuções (LIMA, 2017, p. 794).

Nesse viés, estabelecem-se nos incisos I ao V, do a do art. 4º, da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, possibilidades de informações a serem apresentadas, alternativamente, para a concessão dos benefícios, sendo elas: a identificação dos demais agentes, a hierarquia da estrutura criminosa, a possibilidade de impedimento de futuros delitos, a recuperação de produtos do crime, ou a localização de eventual vítima (BRASIL, 2013, *online*).

O colaborador deve honrar com a verdade, sendo colocado em posição de testemunha nos termos do § 14, do art. 4º, da referida lei, renunciando o direito constitucional ao silêncio – art. 5º, LXIII, CRFB/88 (BRASIL, 2013, *online*). Desta forma, caso opte por se calar ou incorra em mentira, pode perder benefício, por romper com o critério da efetividade, mesmo que não seja possível acusar-lhe por falso testemunho (RAMOS, 2014, p. 12).

Por fim, cabe compreender quais são os benefícios possíveis ao colaborador em potencial: a diminuição do valor da pena aplicada, em até 2/3 do seu valor para o crime de organização criminosas e para outros que não possuem regulamentação específica acerca da matéria; a modificação do regime inicial de cumprimento de pena, para semiaberto ou aberto; a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito; o não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, em caráter excepcional, com afastamento dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, para o agente não líder de organização criminosa que seja o primeiro a delatar; o perdão judicial, com extinção de punibilidade (BRASIL, 2013, *online*). Assim, a Lei nº 12.850, em seu art. 4º, *caput*, §§ 2º e 4º, estabelece quais prêmios o agente pode obter. Contudo, eles são oferecidos, e até mesmo cumulados, com base, dentre outras circunstâncias próprias do caso concreto, na efetividade dos dados, incentivando a pluralidade de benefícios (LIMA, 2017, p. 784; RAMOS, 2014, p. 10).

Entretanto, em relação ao benefício de diminuição da pena aplicada, faz-se ressaltar acerca de sua temporalidade, pois, embora esta não seja requisito para a efetivação da colaboração, quando está se consuma, após o pronunciamento de sentença, influi sobre o *quantum* do benefício sob óbice, mitigando-o de 2/3 para metade, em conformidade com o § 5º, do art. 4º, Lei nº 12.850 (BRASIL, 2013, *online*).

Portanto, frente ao abordado, é possível compreender que o cerne da colaboração premiada se desenvolve sob a ótica de comparação, pelo agente criminoso, dos benefícios que pode vir a ter. Trata-se de exercício racional de verificação de qual, dentre as hipóteses que lhe são apresentadas, parece construir situação mais vantajosa, sendo, justamente, esta característica interessante para o presente estudo.

Logo, após explanação acerca do modelo, hodiernamente, implementado, disserta-se sobre o projeto, proposto pelo Min. Sérgio Moro: o Pacote Anti Crime.

4. O PACOTE ANTI CRIME IDEALIZADO PELO MIN. SÉRGIO MORO: AS POSSÍVEIS MODIFICAÇÕES À COLABORAÇÃO PREMIADA E SUA EFETIVIDADE NA OBTENÇÃO DE TUTELA ESTATAL

Para os fins analíticos desta obra, faz-se recorte na proposta governamental, destacando-se as possíveis modificações relativas à colaboração premiada, que se encontram no art. 395 – A, o qual se busca inserir na Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, conhecida como Código de Processo Penal, ampliando o seu escopo de atuação. Deste modo, por meio da inclusão do referido dispositivo, faz-se a revogação das demais normas dedicadas ao instituto, concretando-se, nele, todos os critérios regulamentadores, tal como se observa

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa (MIN. SÉRGIO MORO, 2019, p. 17).

Contudo, antes de se iniciar maiores digressões acerca do Pacote Anticrime, proposto em 2019, pelo Min. da Justiça Sérgio Moro, deve-se apontar seu objetivo: alterar certos institutos jurídicos, e, conseqüentemente, a dinâmica da searas penal e processual penal, em esfera nacional, construindo, tal como já foi afirmado e reiterado pela Situação, um cenário de maior rigor e punição (FOLHA DE SÃO PAULO, 2019, *online*).

Para tanto, a aproximação da colaboração premiada com o instituto estadunidense do *plea bargaining* se constrói, mesmo que, diante de incompatibilidades entre os ordenamentos jurídicos, seja necessário descaracterizar certos aspectos que lhe são próprios. Isto é, as ordens jurídicas penal e processual penal norte-americanas se estruturam em formatos distintos das brasileiras, de forma que, enquanto estas se pautam, em regra, nos princípios da obrigatoriedade da ação penal e da indisponibilidade do direito de punir, as primeiras desenvolvem dinâmica simetricamente oposta, com os princípios, justamente, da não obrigatoriedade e da disponibilidade (GOMES; SILVA, 2015, p. 165; LIMA, 2017, p. 240).

Para a maioria dos crimes cometidos em solo estadunidense, é coerente o emprego do *plea bargaining*, com a confissão do agente e o fornecimentos de informações acerca de questões vinculadas à conduta criminosa, em troca de benefícios na execução penal. Estes benefícios podem variar, basicamente, em três figuras que classificam o instituto jurídico em subespécies: *charge bargaining*, quando se negocia acerca da imputação, substituindo a acusação; *sentence bargaining*, quando há negociação sobre a pena; e negociação mista, em que aplica-se, cumulativamente, as duas opções anteriores (GOMES; SILVA, 2015, p. 165).

Em cotejo, o art. 395 – A, do Pacote Anti crime, ao apresentar suas propostas de modificação, aduz pela inclusão de novos requisitos para a colaboração premiada, além da voluntariedade e da efetividade. Inclui-se, pelo § 1º do dispositivo, a necessidade de confissão, pelo agente, de suas ações vinculadas à prática criminosa, o requerimento de que a aplicação da pena privativa de liberdade seja aplicada em consonância com as circunstâncias e os parâmetros legais do caso, e a expressa dispensa de produção probatória pelas partes, bem como a renúncia de recursos (MIN. SÉRGIO MORO, 2019, p. 7).

Além disso, propõe-se nova distribuição de benefícios, com exclusão da possibilidade de perdão judicial e do não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. Ambos não possuem previsão normativa acerca das suas aplicabilidades, em dissonância com o apresentado pela Lei nº 12.850, porém, o segundo se mostra impossível em decorrência da delimitação temporal oriunda do *caput*. Nos limites traçados pelo Min., a colaboração só surge como possibilidade após o recebimento de denúncia, ou queixa, até o início da instrução no processo. De tal modo, resta, ao colaborador em potencial, pelo § 2º, considerando os requisitos supramencionados, observar entre redução de metade da pena fixada em Juízo, alteração do regime inicial de cumprimento de pena, para os réus primários ou os que não possuam indícios probatórios que demonstrem habitualidade ou profissionalismo na prática criminosa, segundo ressalva do § 10º do art. 395 – A, e a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito (MIN. SÉRGIO MORO, 2019, p. 7).

Ainda, desenvolve-se política reparatória, quando possível, à vítima, pelos danos causados em virtude do crime, de forma que se deve fixar, no acordo de colaboração, valor mínimo para sua reparação, sem que haja prejuízo de demandas na esfera cível, de acordo com o § 5º, do art. 395 – A, do Projeto Anticrime (MIN. SÉRGIO MORO, 2019, p. 7).

Percebe-se, diante do exposto, o endurecimento do instituto da colaboração premiada, com imputação de mais condições para a sua aplicabilidade, bem como restrição de sua temporalidade e dos benefícios a serem obtidos pelo colaborador.

CONCLUSÃO

A colaboração premiada consiste em técnica especial de investigação, utilizada como meio de obtenção de provas, em situações nas quais os esforços do Estado, por meio de suas técnicas tradicionais, não resultam frutíferas, diante da especificidade, da complexidade e da estrutura em que se desenvolvem as práticas criminosas.

Para viabilizar a obtenção de tutela estatal, leia-se, viabilizar o combate ao crime, assegurando o direito de punir do Estado, a propositura de acordos homologáveis mostra-se como uma alternativa considerável. Deste modo, os órgãos responsáveis pela investigação e pela persecução penal, mediante autorização legal, podem negociar com o agente, para que ele apresente-lhes informações substanciais acerca do delito, em troca de certos benefícios.

Para tanto, há, tanto por parte dos órgãos estatais, quanto do colaborador em potencial, o exercício de atividade ponderativa. Isto é, ambos, racionalmente, sobrepesam as vantagens e os prejuízos que podem obter, caso optem, respectivamente, ofertar e aceitar o acordo de colaboração, cotejando os cenários futuros originados de suas escolhas, escolhendo aquele que se apresenta mais favorável. Tal lógica, explica-se pela teoria dos jogos.

Diante disso, quando se estuda a colaboração premiada, percebe-se pela essencialidade, pela lógica do colaborador, do oferecimento de benefícios consideráveis, frente às informações que tem para ofertar, afinal, são justamente eles que o motivam a romper com os outros agentes e com o esquema montado para a execução do delito.

Assim, com o endurecimento dos parâmetros fixados para a obtenção de acordo, bem como a exclusão de parte do rol de benefícios, nos moldes do Projeto Anticrime, se constata certo enfraquecimento do instituto, haja vista que, ao sentir dos agentes criminosos, o fornecimento de informações não mais se apresenta como tão vantajoso.

Neste sentido, o crime de lavagem de dinheiro desenvolvido mediante elevada complexidade, com estrutura organizacional rebuscada, capaz de praticamente inviabilizar atividades investigativas e punitivas, mostra-se, muitas vezes, inabalável, salvo quando se possui conhecimento acerca das atividades de seus agentes. À vista disso, a colaboração premiada surge como estratégia desejável, de modo que se deve convencer o colaborador em

potencial das vantagens advindas de sua conduta delatora, o que, todavia, concretiza-se com a oferta de benefícios substanciais, condizentes com o grau de efetividade de suas informações.

Portanto, entende-se pela redução da efetividade da colaboração premiada, com as modificações propostas pelo Sr. Ministro da Justiça, de modo a enfraquecer o combate estatal aos crimes cuja complexidade transcende os métodos e os mecanismos tradicionais de investigação e de persecução. Logo, tem-se, conseqüentemente, pela mitigação do alcance da tutela estatal, em decorrência de endurecimento do instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização na Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, v. 16, n. 57, p. 88 – 94, maio/ago., 2012. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1592/1569>. Acesso em: 19 jun. 2019.
- ALENCAR, Anuska Irene; YAMAMOTO, Maria Emília. A Teoria dos Jogos como Metodologia de Investigação Científica para a Cooperação na Perspectiva da Psicologia Evolucionista. **Revista Psico**, v. 39, n. 4, p. 522 – 529, out./dez., 2008. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5161533> >. Acesso em: 19 jun. 2019.
- BADARO, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei n. 9. 613/1998, com alterações da Lei n. 12.683/2012**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BERTONI, Felipe Faoro; CARVALHO, Diogo. **Criminal Compliance e Lavagem de Dinheiro**. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/08.pdf>. Acesso em: 23 de maio de 2019.
- BRASIL. **COAF**. 2019. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf>. Acesso em: 24 de maio de 2019.
- BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940

(Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa nº 2017/0333523-6. Sexta Turma. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. DF, 23 de abril de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/2schietti-tranca-duas-acoes-penais.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa nº AP 676. Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300838>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Criminalidade organizada & globalização desorganizada**: curso completo de acordo com a Lei 12.850/13. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014.

FATF. **The FATF 40 Recommendations**. 2013. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/FATF%20Standards%20-%2040%20Recommendations%20rc.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2019.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto; ZANON, Patricie Barricelli. Políticas Públicas De Prevenção E Combate À Lavagem De Dinheiro No Brasil: Coaf E Arranjo Institucional. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, Vol. 12, No 2, jul./dez. 2018

FOLHA DE SÃO PAULO. **Proposta Que Endurece Prazo De Tramitação De Mps Avança No Congresso: medidas provisórias enviadas pelo presidente terão prazo determinado em cada Casa**. São Paulo, 05 jun. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/proposta-que-endurece-prazo-de-tramitacao-de-mps-avanca-na-camara.shtml>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

JUNG, L.w.. Lavagem de Dinheiro e a Responsabilidade do Contador. **Revista Catarinense da Ciência Contábil**, [s.l.], v. 6, n. 17, p.39-54, 31 jul. 2007. Revista Catarinense da Ciencia Contabil. <http://dx.doi.org/10.16930/2237-7662/rccc.v6n17p39-54>.

- GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade Organizada e Justiça Penal Negociada: delação premiada. **Revista de Tecnologia do Direito, do Estado e da Sociedade**, v. 6, p. 164 – 175, 2015. Disponível em: < <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/211/218> >. Acesso em: 16 jun. 2019.
- LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. Uma Reflexão sobre as Dificuldades da Investigação Criminal do Crime de Lavagem de Dinheiro. **Justitia**, São Paulo, v. 64, n. 197, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16014322.pdf>. Acesso em: 23 de maio de 2019.
- LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**, volume único. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Florence, 2017.
- MAGALHÃES, Vladmir Costa. Breves Notas sobre Lavagem de Dinheiro: Cegueira Deliberada e Honorários Maculados. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, p. 164- 186, jan. - abr. 2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79118291.pdf>. Acesso em: 23 de maio de 2019.
- MARTINS, Luiza Farias. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 55, p. 135 -162, out./dez. 2014.
- MEIRA, Fernanda. O Combate à lavagem de dinheiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 26, p. 50-55, jul./set. 2004. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/624/804>. Acesso em: 23 de maio de 2019.
- MIN. SÉRGIO MORO. **Antiprojeto nº _____, de 2019**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63/pl-mjsp-medidas-contracorrupcao-crime-organizado.pdf> >. Acesso em: 17 de junho de 2019.
- PRADO, Luiz Regis. **O novo tratamento penal da Lavagem de Dinheiro (Lei 12.683/2012)**. S.d. Disponível em: <http://professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/O%20NOVO%20TRATAMENTO%20PENAL%20DA%20LAVAGEM%20DE%20DINHEIRO.pdf>. Acesso em: 23 de maio de 2019.
- RAMOS, Leandro Ferreira. **A Colaboração Premiada no Direito Penal Brasileiro**. 2014. 22 f. Monografia (Especialização) – Curso de

Direito, Processus Faculdade de Direito, Brasília, 2014. Cap. 2.

Disponível em: <

<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj053370.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

ROMANTINI, Gerson Luís; Hijjar, João Tiago; ANJOS, Wolney José dos.

O papel do Supervisor Bancário na Prevenção à Lavagem de

Dinheiro. Relatório de estabilidade Financeiro. 2003. Disponível em:

https://www.bcb.gov.br/htms/estabilidade/2003_maio/portuguescapitulo6.pdf. Acesso em: 24 de maio de 2019.

SARTINI, Brigida Alexandre; GARBUGIO, Gilmar; BORTOLOSSI,

Humberto José; SANTOS, Polyane Alves; BARRETO, Larissa

Santana. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: **II BIENAL DA**

SBM, 2004, Salvador. Disponível em:

<<https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

SAADI, Ricardo Andrade. **O combate à lavagem de dinheiro.** 2007. 210

f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-graduação em Direito

Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre criminal

compliance. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, n. 218, p. 11-2, jan., 2011.

SANTOS, Léa Marta Geaquinto dos. O desafio do combate à lavagem de

dinheiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n.

166, p. 221 - 231, abr./jun. 2005. Disponível

em:<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496898/RIL166.pdf?sequence=1#page=204>. Acesso em: 23 de maio de 2019.

SARCEDO, Leandro. A delação premiada e a necessária mitigação do

princípio da obrigação penal. **Revista do Instituto dos Advogados de**

São Paulo-RIASP, São Paulo, ano 14, vol. 27, p. 191-205, jan./jun.

2011. Disponível em: [http://www.massud-](http://www.massud-sarcedo.adv.br/site/in_artigos.php?id=39)

[sarcedo.adv.br/site/in_artigos.php?id=39](http://www.massud-sarcedo.adv.br/site/in_artigos.php?id=39). Acesso em: 24 de maio de 2019.

TUCCI, R. Princípio e regras da execução de sentença penal. **Revista CEJ**,

América do Norte, 320 04 1999.

**Obrigatoriedade da ação penal pública e *in dubio pro societate* no Processo Penal brasileiro:
repensando antigos mitos ^(*)^(**)**

**Obligatoriness of public criminal prosecution and *in dubio pro societate* in Brazilian Criminal Procedural
Law: rethinking old myths**

**Obligatoriedad de la acción penal pública e *in dubio pro societate* en el Proceso Penal brasileño:
repensando antiguos mitos**

Thadeu Augimeri de Goes Lima¹

Sumário: Considerações introdutórias. **1.** O exercício da ação penal de iniciativa pública e a obrigatoriedade. **2.** A falácia do *in dubio pro societate*. – À guisa de conclusão. – Referências.

(*) Recibido: 29 junio 2019 | Aceptado: 10 julio 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

(**) Uma versão do presente artigo foi originalmente publicada em CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico (Org.). **Direito e justiça:** estudos em homenagem a Gilberto Giacoia. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2016. p. 493-507. O presente trabalho é uma nova versão do artigo, atualizada e reformulada.

¹ Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro-fundador, vice-presidente e pesquisador do Instituto Ratio Juris – Pesquisa, Publicações e Ensino Interdisciplinares em Direito e Ciências Afins. Diretor e professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), unidade de Londrina. Promotor de Justiça de Entrância Final na Comarca da Região Metropolitana de Londrina, Paraná, Brasil.
taglima@gmail.com

Resumo: O presente trabalho, que se desenvolve na forma de breve ensaio, traça algumas linhas críticas acerca da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública e do aforismo *in dubio pro societate*, dois temas que restaram alçados a uma verdadeira dimensão mítica na compreensão e na operacionalização do Direito Processual Penal brasileiro, em especial apontando certas disfunções que eles são capazes de ensejar na realidade do sistema de Justiça Criminal.

Palavras-chave: Processo Penal brasileiro, obrigatoriedade da ação penal pública, *in dubio pro societate*.

Abstract: The present work, which is developed in the form of a short essay, draws some critical lines about the obligatoriness of public criminal prosecution and the aphorism *in dubio pro societate*, two themes that were elevated to a true mythical dimension in the understanding and the operationalization of Brazilian Criminal Procedural Law, in particular pointing out certain dysfunctions that they are able to cause in the Criminal Justice system's reality.

Keywords: Brazilian Criminal Procedural Law, obligatoriness of public criminal prosecution, *in dubio pro societate*.

Resumen: El presente trabajo, que se desarrolla en forma de breve ensayo, traza algunas líneas críticas acerca de la obrigatoriedad de la acción penal de iniciativa pública y del aforismo *in dubio pro societate*, dos temas que quedaron elevados a una verdadera dimensión mítica en la comprensión y la operacionalización del Derecho Procesal Penal brasileño, especialmente, incidiendo en ciertas disfunciones que éstos son capaces de ocasionar en la realidad del sistema de Justicia Criminal.

Palabras clave: Proceso Penal brasileño, obrigatoriedad de la acción penal pública, *in dubio pro societate*.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública e o aforismo *in dubio pro societate* são dois temas que restaram alçados a uma *dimensão mítica* na compreensão e na operacionalização do Direito Processual Penal brasileiro.

De fato, ambos constituem verdadeiros *mitos* que informam a teoria e a práxis da persecução penal sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro, aqui tomado o vocábulo *mito* na acepção que lhe confere Raimon Pannikar, como “o horizonte invisível no qual projetamos nossas noções do real”.²

É fácil observar que eles desfrutam de ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial e usualmente norteiam *in concreto* as posturas do Ministério Público e do juiz no limiar (formação da *opinio delicti*/dedução da acusação) e na etapa intermediária (juízo de admissibilidade/viabilidade da acusação) do processo penal de conhecimento condenatório, não raro sendo explicitamente invocados como fundamentos das manifestações ministeriais exaradas e das decisões judiciais tomadas durante esse íterim do curso procedimental.

O presente trabalho, que se desenvolve na forma de breve ensaio, pretende justamente traçar algumas linhas críticas acerca dos temas em apreço, em especial apontando certas disfunções que são capazes de ensejar na realidade do sistema de Justiça Criminal.

1. O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA E A OBRIGATORIEDADE

Embora não haja no Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-lei 3.689/1941) um dispositivo legal que contemple de forma expressa e inequívoca a obrigatoriedade do exercício da ação penal de iniciativa pública pelo Ministério Público, a sua encampação como paradigma pelo Direito

² Apud EBERHARD, Christoph. Para uma teoria jurídica intercultural: o desafio dialógico. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 3, n. 2, jul./dez. 2002, p. 507.

brasileiro é reconhecida por parcela significativa da doutrina, ao menos no que tange à grande generalidade das infrações penais.³⁻⁴

Com efeito, costuma-se sustentar que, uma vez verificada, a partir dos elementos angariados em investigação preliminar ou constantes de peças informativas, a presença das condições para o regular exercício da ação

³ A obrigatoriedade do exercício da ação penal de iniciativa pública é comumente referida como um *princípio* do Direito Processual Penal brasileiro, cf. SOUZA, José Barcelos de. **Teoria e prática da ação penal**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 17; JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001; Idem. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 85; SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada: aplicação nos juizados especiais criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 31-32; e MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 171. Vicente Greco Filho (**Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 119) e Vladimir Stasiak (**As condições da ação penal: perspectiva crítica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 101-103), ao seu turno, preferem tratar a obrigatoriedade (ou *necessidade*) como uma *característica* da ação penal de iniciativa pública. Por fim, Rogério Lauria Tucci (**Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal [estudo sistemático]**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 116-120; 224-227) e Aury Lopes Júnior (**Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1, p. 368) a concebem como uma *regra*. Para Tucci, inclusive, há *apenas um* verdadeiro princípio processual penal, aquele que o autor chama de *princípio publicístico* e do qual afirma derivar todo o regramento dessa seara jurídica. Afrânio Silva Jardim (**Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**, cit., p. 91 ss.) e Eduardo Araujo da Silva (**Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada**, cit., p. 32-33) deduzem o princípio da obrigatoriedade da ação penal a partir da exegese sistemática não só de preceitos do Código de Processo Penal brasileiro, como também de outras leis extravagantes (v.g., Lei 1.521/1951, Código Eleitoral e Decreto-lei 201/1967).

⁴ Vários doutrinadores viram desde logo no instituto da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995) a consagração de uma mudança paradigmática no âmbito da repressão às infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo, rumando da tradicional obrigatoriedade para a chamada *oportunidade regrada* ou *discricionariedade regulada* ou *regrada*, mediante a qual o *Parquet* passou a dispor de uma terceira via alternativa ao binômio *arquivamento-ação penal*, consistente na possibilidade de imediata e consensual aplicação de sanção criminal não-privativa de liberdade ao indigitado infrator. Nesse sentido, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099/95**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 95-96; SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada**, cit., p. 56 ss; e LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 370. Advirta-se que para Afrânio Silva Jardim (**Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**, cit., p. 106-109) e Maria Lúcia Karam (**Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 85-94), contudo, a transação penal consiste em verdadeira demanda penal abreviada proposta perante o Juizado Especial Criminal.

penal⁵ e da justa causa⁶, cumpre ao Ministério Público deflagrar o processo penal de conhecimento condenatório, oferecendo denúncia. Trata-se assim de *ato juridicamente vinculado*, não cabendo ao agente do *Parquet* deixar de formular a acusação e de deduzir em juízo a pretensão processual baseado em critérios de oportunidade e conveniência, ainda que plenamente louváveis sob as perspectivas político-criminal ou social e ante as peculiaridades do caso concreto.

A obrigatoriedade do exercício da ação penal pública claramente se inspira na ideia de que *nec delicta maneant impunita* e na utópica meta do *full*

⁵ Não há unanimidade de entendimento acerca das condições para o legítimo exercício da ação penal. Com efeito, posição defendida por nomes como Antonio Acir Breda (Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 9, 1980, p. 177-178), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (**A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 145) e Aury Lopes Júnior (**Direito processual penal**, cit., p. 349-366) as apresenta como a *tipicidade objetiva* (ou *aparente*), a *punibilidade concreta*, a *legitimidade das partes* e a *justa causa*. A corrente amplamente majoritária, com a qual em parte concordamos, postula serem, em princípio, idênticas as condições da ação nos processos civil e penal, embora com conteúdos ligeiramente diversos, admitindo também outras, concernentes apenas ao último. Poder-se-ia, destarte, dividi-las em *condições genéricas*, isto é, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir, e *condições específicas de procedibilidade*. Sobre o tema, com acurada apreciação crítica dos posicionamentos adrede mencionados, v. também STASIAK, Vladimir. **As condições da ação penal: perspectiva crítica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

⁶ O conceito de *justa causa para a ação penal* está longe de ser unânime. Na doutrina e na jurisprudência se podem colher duas acepções principais, uma mais restrita e outra mais abrangente. A primeira equipara a justa causa ao lastro probatório mínimo relativo à materialidade e à autoria da infração exigido para o ajuizamento da ação penal condenatória, comumente inserindo-a no interesse de agir. A última, interpretando *contrario sensu* o art. 648 do CPP, considera-a como o suporte fático e jurídico necessário para tornar lícita a coação representada pelo processo criminal, envolvendo a presença daquele conjunto indiciário, dos pressupostos processuais, das condições da ação, da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade aparentes e da punibilidade concreta. Sobre o tema, indispensável a leitura das obras de José Barcelos de Souza (**Direito processual civil e penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 77-78; 147 ss) e de Maria Thereza Rocha de Assis Moura (**Justa causa para a ação penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 165-223; 237-261). Afrânio Silva Jardim (**Direito processual penal**, cit., p. 95-99), Maria Lúcia Karam (**Juizados especiais criminais**, cit., p. 143) e Eugênio Pacelli de Oliveira (**Curso de processo penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 96-97) prelecionam ser a justa causa uma quarta condição da ação penal condenatória, ao lado da possibilidade jurídica do pedido, da legitimidade das partes e do interesse de agir, cujas configurações não destoariam das sedimentadas no processo civil. Entendemos que a *justa causa* não se insere no âmbito do interesse de agir nem é uma quarta condição da ação penal condenatória, consistindo em uma técnica processual que impõe ao magistrado a análise acerca do mérito da acusação baseada em cognição sumária, necessária para resguardar o indivíduo de acusações temerárias.

enforcement, de acordo com as quais compete ao Estado perseguir e punir todo e qualquer ilícito penal praticado.⁷

Ocorre que a realidade é pródiga em confrontar as aspirações teóricas e mesmo as legais e a forçar, se não o seu abandono, que sejam repensadas.

A partir da segunda metade do século XX, verificou-se em todo o mundo considerável aumento dos índices de criminalidade, em decorrência da crise social sem precedentes e da modernidade da vida em sociedade, sobrecarregando o trabalho da Justiça Criminal. Em razão da avalanche de casos penais, as instâncias formais de controle não conseguiram dar vazão ao excessivo número de processos criminais, comprometendo a apuração das infrações tidas como mais graves e complexas, as quais demandam dos operadores jurídicos maior tempo e melhor preparo técnico.⁸

Outrossim, como bem recorda Luiz Flávio Gomes, também muito contribuíram para o enfraquecimento da aposta na obrigatoriedade do exercício da ação penal pública as constatações empírico-criminológicas atinentes aos altos índices de *cifra negra ou oculta* (crimes não descobertos, não perseguidos ou não sancionados), bem como ao intrínseco funcionamento *seletivo e discriminatório* do sistema penal, que vieram a comprovar a enorme distância – lamentavelmente frequente – entre a *law in books* e a *law in action*.⁹

Adverte Raúl Cervini que os objetivos declarados do sistema penal, no plano do discurso jurídico, são a igualdade (ou seja, a absoluta submissão à lei de todos os habitantes do território de determinado Estado, qualquer que seja a posição social que ocupem ou a função que desempenhem), a segurança jurídica e a prevenção geral. Na realidade, entretanto, pelo jogo das relações e fatores de poder, nota-se uma desfiguração desses princípios e o sistema funciona exatamente ao contrário de suas declarações de metas e objetivos, isto é, de forma seletiva, marginalizante, estigmatizante e condicionante.¹⁰

⁷ Cf. SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública**: princípio da oportunidade regrada, cit., p. 31; e GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 45.

⁸ Cf. SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública**: princípio da oportunidade regrada, cit., p. 13.

⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**, cit., p. 45.

¹⁰ CERVINI, Raúl. **Os procesos de descriminalização**. 2. ed. Tradução de Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 73.

Com orientação similar, Nereu José Giacomolli frisa que, na atualidade, a ânsia de criminalizar do legislador, que busca no Direito Penal, de forma equivocada, a solução para diminuir ou eliminar a criminalidade, conduz a uma espiral inflacionária de tipos penais, pois o incremento da criminalidade é diretamente proporcional à proliferação dos tipos penais. A consequência é a impossibilidade do Estado de investigar todas as infrações criminais e de dar resposta pronta e eficaz ao fenômeno da criminalidade. Isso é uma das causas da denominada crise da Justiça Penal. O Estado, que tomou para si a tarefa de investigar as infrações criminais e de castigar os culpados, encontra-se incapaz de cumprir a contento a sua missão, devido não só ao aumento da criminalidade, como também à variação das suas formas. Esses fenômenos avivam a discussão a respeito da criminalização, da despenalização, do consenso e da oportunidade no Processo Penal.¹¹

A *crise numérica de dupla face* que assola o sistema de Justiça Criminal, de um lado representada pela *cifra negra* da delinquência grave e oculta, que escapa às instâncias oficiais de controle, e de outro representada pelo excessivo volume de inquéritos policiais, termos circunstanciados e processos penais instaurados e pela carência de agentes estatais suficientes a lhes fazer frente e lhes dar resolução de modo qualitativa e temporalmente adequado, impõe repensar seriamente e mitigar um tanto mais o dogma da obrigatoriedade da ação penal, em busca de um planejamento estratégico político-criminal apto a eleger prioridades e a diversificar as respostas à criminalidade de escassa transcendência jurídico-social.

É chegado o momento de admitir que o art. 129, inc. I, da Constituição da República Brasileira de 1988, o qual incumbe ao Ministério Público a tarefa de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”, não se resume a uma *cláusula de legitimação ativa exclusiva* para o processo penal condenatório relativo às infrações sujeitas à ação de iniciativa pública. O enunciado em apreço comete ao *Parquet*, sobretudo, o papel de legítimo *gatekeeper* do sistema de Justiça Penal, para verdadeiramente *decidir em primeiro plano quais casos penais merecem nele ingressar*, por óbvio mediante critérios racionais e objetivos, juridicamente aceitáveis e intersubjetivamente controláveis (v.g., na forma do art. 28 do Código de Processo Penal brasileiro).¹² No plano infraconstitucional, ademais, tal

¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23.

¹² CPP brasileiro: “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de

proposta já é possível *de lege lata*, ou seja, independentemente de reformas legislativas.

Vale trazer à colação o magistério de José Frederico Marques, que há muito tempo, e com apoio no entendimento de Euclides Custódio da Silveira, preconizava solução semelhante. Conforme o saudoso mestre paulista, uma certa mitigação ao princípio da obrigatoriedade se contém no art. 28 do CPP, visto que o dispositivo faz menção a “razões invocadas” para a promoção de arquivamento pelo órgão do Ministério Público, as quais o juiz deve examinar para avaliar se procedem ou não. Destarte, não esclarecendo o preceito normativo que razões são essas, nada impede que o agente ministerial suscite motivos de oportunidade que, se forem relevantes, podem ser acolhidos pelo magistrado, de imediato, ou pelo Procurador-Geral, quando instado à revisão da resolução de não acusar.¹³

Mais recentemente, Luís Wanderley Gazoto também aportou argumentos bastante precisos sobre a necessidade e a possibilidade de relativizar a obrigatoriedade da ação penal pública. Segundo ele, o processo penal é uma atividade estatal que, como todas as outras, não encontra a sua finalidade em si mesma, atingindo a sua razão teleológica na utilidade pública que desempenha. Não se move a máquina judiciária em persecução penal por mero deleite, para simplesmente vê-la em movimento. Como em toda atividade estatal, subjacente a ela há um interesse que a motiva e a anima, qual seja, a apuração da responsabilidade penal de alguém. Qualquer outro objetivo será acessório ou abusivo, e, inexistente o interesse principal, perecem todos os demais.¹⁴

Prossegue o autor, afirmando que o exercício da ação penal pública somente encontra amparo se aliado à possibilidade da obtenção de resultado prático. Desvestido da possibilidade de sucesso, constituirá desperdício de serviços públicos e perigosa provocação de danos imputáveis à União ou ao Estado. A persecução penal, como qualquer atividade pública que implique administração de recursos escassos, não é algo que se faça desorganizada e aleatoriamente. Por isso, a Constituição Federal Brasileira atribuiu

informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

¹³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 1, p. 338-339.

¹⁴ GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 111-112.

privativamente ao Ministério Público tal função, esperando, de seu exercício, tratamento racional e eficiente.¹⁵

De nossa parte, com lastro nas ponderações acima registradas e *de lege lata*, sustentamos a compreensão da obrigatoriedade do exercício da ação penal de iniciativa pública como uma *regra geral*, porém *flexível*, quer-se dizer, *aberta a temperamentos*. Logo, havendo motivos relevantes, de índole político-criminal ou social – aqui inseridos os próprios interesses dos envolvidos na infração penal, quando esta não desbordar do contexto intersubjetivo, e portanto não causar sensível abalo comunitário, por exemplo, em hipóteses de retomada de saudável convívio entre o agressor e a vítima em casos pontuais de violência doméstica e familiar, ou de composição entre o sujeito ativo e o ofendido nos crimes patrimoniais perpetrados sem violência ou grave ameaça, dentre outras –, há que se permitir ao *Parquet* a abstenção de acusar, autorizando-se o arquivamento dos autos da investigação criminal ou das peças informativas, mas obviamente lhe cobrando para tanto fundamentação racional, concreta e idônea.

Resultará em uma factível tentativa de reduzir o assoberbamento do sistema de Justiça Criminal, retirando-lhe os casos passíveis de serem manejados e solucionados em outras esferas da vida social, preferentemente as não-institucionalizadas, tal como se dá no panorama da justiça restaurativa, e direcionando os esforços e os recursos públicos para elucidar e reprimir efetivamente os delitos que lesionam ou ameaçam os bens jurídicos mais caros à comunidade.

2. A FALÁCIA DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*

A famigerada locução latina *in dubio pro societate* consiste em um *adágio*, *axioma*, *aforismo* ou *brocardo*, vale dizer, uma sentença ou máxima doutrinal dotada de significação jurídica e exarada de forma breve e objetiva, que todavia é reputada por expressiva parcela da doutrina e da jurisprudência brasileiras um vero *princípio* norteador das etapas inicial e intermediária da persecução penal, isto é, que alegadamente vigora desde a fase investigativa até a ocasião do juízo de admissibilidade/viabilidade da acusação. Com efeito, assevera-se que, relativamente à investigação criminal e nos momentos da formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público e da apreciação judicial preliminar da denúncia ofertada, bem como ao final da fase do *judicium accusationis* no rito especial previsto para o processo e

¹⁵ GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública**, cit., p. 112.

juízo dos crimes de competência do Tribunal do Júri, qualquer dúvida na valoração dos elementos informativos ou de convicção produzidos há que ser resolvida “em favor da sociedade”.¹⁶

Destarte, preleciona-se que, ainda que em dúvida sobre o envolvimento de um suspeito na infração penal sob apuração, pode a autoridade policial proceder ao seu indiciamento; estando em dúvida quanto ao conjunto indiciário coligido na investigação criminal, deve o *Parquet* oferecer a denúncia; estando em dúvida quanto aos elementos que amparam a peça acusatória, deve o juiz recebê-la; estando em dúvida quanto à autoria ou a participação do réu em relação a um delito doloso contra a vida e/ou conexo, deve o magistrado pronunciá-lo, a fim de submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Se é certo que o *in dubio pro societate* tem sua utilidade no curso da fase investigativa da persecução penal, posto que ela se desenvolve estruturada sobre *juízo de mera possibilidade*¹⁷, trata-se de verdadeira *falácia* no que se refere às etapas subsequentes. De fato, a irrefletida acolhida do adágio em tela vulnera não só as *garantias constitucionais processuais do imputado* como também o próprio *interesse público à repressão penal eficaz*.¹⁸

Na ótica das garantias do imputado, esclarece Antônio Alberto Machado que toda acusação e seu respectivo recebimento em juízo, bem como o indiciamento do indivíduo suspeito da prática de crime, devem ser feitos apenas e tão-somente quando houver um lastro probatório mínimo e razoável. Nenhuma acusação, pelo menos nos Estados civilizados, será feita sem que haja um *fumus* razoável de sua plausibilidade. A ausência desse

¹⁶ Na doutrina, por todos, v. BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 525; 555; DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 388; e FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica**. Niterói, RJ: Impetus, 2008, p. 109-110. Na massiva jurisprudência acerca do tema, merecem ser destacados os seguintes julgados das Cortes Superiores: STF, ARE 788.457 AgR/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 13.05.2014, p. DJe-101, de 28.05.2014; STJ, ARg no REsp 1.513.910, 5ª T., Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 01.10.2015, p. DJe de 19.10.2015; e STJ, HC 149.106/SP, 5ª T., Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 01.10.2015, p. DJe de 19.10.2015.

¹⁷ Cf. LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106-107; e LIMA, Thadeu Augimeri de Goes; PRADO, Florestan Rodrigo do. Delação anônima, persecução criminal e Constituição: buscando o necessário equilíbrio entre os direitos fundamentais e a repressão penal eficaz. **Argumenta** (UENP), Jacarezinho, n. 20, jul./dez. 2014, p. 121-122.

¹⁸ Que, no Estado Democrático de Direito, deve ser sempre compreendido em relação de mútua complementaridade, e não de exclusão, com o irrestrito respeito aos direitos fundamentais, cf. LIMA, Thadeu Augimeri de Goes; PRADO, Florestan Rodrigo do. Delação anônima, persecução criminal e Constituição, cit., p. 125.

“suporte mínimo” para a acusação fulmina de morte o devido processo legal, impedindo que este último sequer se instale como processo válido e viável.¹⁹

Ao seu turno, Alberto M. Binder ressalta que os julgamentos devem ser convenientemente preparados e que se deve chegar a eles depois de uma atividade responsabilmente conduzida. O julgamento é público e isso significa que o acusado deverá se defender em um processo aberto, que pode ser do conhecimento de qualquer cidadão. Assim como a publicidade implica uma garantia na estruturação do processo penal condenatório, também tem um custo: mesmo que a pessoa seja absolvida e seja comprovada a sua inocência, o fato de ter sido submetida a julgamento sempre significará uma cota considerável de sofrimento, de gastos e de descrédito público. Por essas razões, um processo corretamente estruturado tem que garantir, também, que a decisão de submeter o acusado a julgamento não seja precipitada, superficial ou arbitrária.²⁰

Na lição de Aury Lopes Júnior, a acusação não pode, diante da inegável existência de penas processuais, ser leviana e despida de um suporte probatório suficiente para, à luz do cânone da proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição de réu.²¹

Ainda de acordo com o jurista gaúcho, não somente inexistente no plano normativo a previsão do *in dubio pro societate* como, se existisse, seria inconstitucional, porque, ao afirmar que na dúvida se deve proceder contra uma pessoa, estaria sendo anulada a proteção constitucional da presunção de inocência, antes mesmo de iniciar o processo. Enfatiza o autor que não há amparo constitucional para o brocardo em nenhum momento e em nenhum procedimento, sequer no rito dos crimes submetidos ao Tribunal do Júri.²²

Aliás, é neste âmbito que mais suscita preocupação a acrítica invocação do aforismo, ao final da primeira etapa do procedimento, a da *instrução preliminar*, também conhecida por *judicium accusationis*. Esta fase tem por finalidade precípua efetuar o controle da *viabilidade da acusação*, em acepção mais ampla que a da singela *admissibilidade*. Por *viabilidade* queremos significar sobretudo a *fiscalização qualitativa da acusação* quanto à *probabilidade de procedência*, visto que, estando o julgamento pelo Júri inserido na Lei Maior como um *direito fundamental individual* (art. 5º, inc.

¹⁹ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**, cit., p. 168.

²⁰ BINDER, Alberto M.. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani, com revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 187.

²¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 370.

²² LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**, cit., p. 108.

XXXVIII), seria absurdo contrassenso submeter o réu aos riscos de um veredito condenatório, proferido por *íntima convicção* pelos jurados, diante de acusação temerária ou pouco respaldada.²³

Assim, parece-nos que a máxima *in dubio pro societate* impende, aqui e com muito mais razão, ser mais seriamente repensada, tomando por base a ideia dos *modelos de constatação* ou *standards* de prova.²⁴ Aquela expressão deve ser compreendida não no sentido de bastar, para o impulso à fase de julgamento em plenário, a *verossimilhança da imputação*, própria do juízo de recebimento da denúncia ou da queixa – pois desta forma a instrução preliminar seria de todo despicienda –, mas tampouco no sentido de exigir a *prova além da dúvida razoável* necessária para o juízo condenatório penal, ou mesmo a *prova clara e convincente* necessária, por exemplo, para o juízo condenatório em demanda de responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Por envolver atividade instrutória e cognitiva relevante e aprofundada, porém ainda não exauriente – dada a estrutura ritual bifásica e a possibilidade de continuidade e complementação da produção probatória –, o modelo de constatação mínimo adequado *quanto à autoria ou a participação do increpado*, para a conclusão do *judicium accusationis* com a sua pronúncia ou impronúncia, deve ser o de *preponderância das provas*.²⁵ Por conseguinte, o raciocínio a ser empregado é o de verificar se o conjunto probatório reunido aponta prevalentemente para a culpabilidade do acusado, tal como afirmada na denúncia ou na queixa. Neste molde merece ser interpretada – conforme a Constituição e as características teleológicas e processuais da fase instrutória prévia – a dicção “indícios suficientes de autoria ou participação”, trazida nos arts. 413, *caput*, e 414, *caput*, ambos do CPP.²⁶ Resultando positiva aquela apreciação, terá lugar a decisão de

²³ Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, cit., p. 416.

²⁴ Acerca do tema, v. TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar”, de Larry Laudan. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 28, p. 115-126, 2005; e KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 15 ss.

²⁵ Observe-se que, no tocante à *materialidade do fato criminoso*, o próprio art. 413, *caput*, do CPP exige como *standard* probatório mínimo a *prova clara e convincente*, não impondo desde logo que a comprovação ocorra *além da dúvida razoável*.

²⁶ CPP brasileiro:

“Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

[...]

pronúncia, que encaminhará o feito ao juiz natural, isto é, o Tribunal do Júri. Resultando negativa, terá lugar a sentença de impronúncia, que fará cessar o curso processual.

De outro lado, havendo *prova clara e convincente* sobre a inexistência do fato ou a desvinculação pessoal do acusado, bem assim sobre a presença de causa excludente da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade, caberá ao magistrado *absolver sumariamente* o réu (art. 415 do CPP), ao passo que, também diante de *prova clara e convincente* e concluindo o julgador, na *operação intelectual* de enquadramento típico, pela ocorrência de crime diverso do doloso contra a vida, deverá promover a *desclassificação* e encaminhar os autos ao órgão competente para prosseguir na análise do caso penal, se não o for (art. 419 do CPP).²⁷ É compreensível, no momento procedimental em apreço, que o *standard* probatório precise ser algo mais alto que o critério da preponderância para justificar a abreviação do processo e a imediata absolvição do imputado ou a desclassificação do delito, a fim de não excluir a ação e indevidamente do Tribunal do Júri o julgamento da causa, após o esgotamento das oportunidades instrutórias.

Agora sob o ângulo do interesse público à repressão penal eficaz, uma acurada e realista análise faz perceber que o *in dubio pro societate*, na

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova.”

²⁷ CPP brasileiro:

“Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

- I – provada a inexistência do fato;
- II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;
- III – o fato não constituir infração penal;
- IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do *caput* deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

[...]

Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

Parágrafo único. Remetidos os autos do processo a outro juiz, à disposição deste ficará o acusado preso.”

verdade, culmina por operar em desfavor da própria sociedade que intenta beneficiar.

Com efeito, os operadores jurídicos que atuam na área criminal têm a noção de que o quadro probatório cristalizado na investigação criminal tende, na imensa maioria das vezes, a ser refletido ou até a sofrer algum enfraquecimento no decorrer da subsequente instrução processual. Apenas em raríssimos casos ele experimenta qualquer melhoria, podendo portanto servir *ab initio* para um seguro prognóstico acerca do *resultado* do processo penal de conhecimento condenatório.²⁸

De fato, é sim possível, a partir do quadro probatório produzido na fase investigativa, *antever* quais são as *chances de procedência e de improcedência* de eventual acusação, até porque não se ignora que, no momento da sentença, o cânone do *favor rei* e a regra de julgamento consubstanciada na máxima *in dubio pro reo* impõem, frente a alguma dúvida razoável, a absolvição do imputado.

Logo, o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, quando se vislumbra prospectivamente uma considerável margem probabilística de improcedência da pretensão processual, isto é, agindo “na dúvida, em favor da sociedade”, mostra-se conduta sobremodo temerária e precipitada, uma vez que, transitado em julgado o *decisum* absolutório, nada mais poderá ser feito a respeito. Ainda que exurgissem novas e bastantes provas indicativas da culpa do imputado, a oportunidade de processá-lo e buscar a sua devida responsabilização penal já terá sido irremediavelmente desperdiçada, o que evidencia o equívoco que carrega, na hipótese, o aforismo *in dubio pro societate*.

Diante de um quadro probatório despido de maior robustez, por conseguinte, recomenda a melhor cautela que o *Parquet* promova o arquivamento da investigação criminal ou das peças de informação, valendo-se da possibilidade de retomada da persecução penal *se e quando* conhecidos novos elementos de convicção, nos moldes do art. 18 do Estatuto Instrumental Criminal e da Súmula n. 524 do Supremo Tribunal Federal, no

²⁸ Apoiamos a afirmação trazida no texto em nossa experiência profissional de mais de dezesseis anos no Ministério Público do Estado do Paraná.

escopo de não prejudicar irreversivelmente o interesse público à repressão penal eficaz pelo qual é constitucionalmente incumbido de zelar.²⁹⁻³⁰

À GUIA DE CONCLUSÃO

De acordo com Gustavo Calvinho, revitalizar o exame de certos temas, que se acreditam esgotados, enfrentando-os sob as circunstâncias e a realidade de nosso tempo, muitas vezes pode resultar em exercício interessante e construtivo.³¹

Os tópicos que optamos por abordar nestas breves linhas, quais sejam, a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública e o aforismo *in dubio pro societate* – e como deixamos consignado logo de partida –, merecem permanecer constantemente no foco das discussões críticas, em função da *dimensão mítica* a que restaram alçados na compreensão e na operacionalização do Direito Processual Penal brasileiro.

O presente ensaio, ao fim e ao cabo, mais do que uma tentativa de oferecer respostas às múltiplas e variadas indagações que eles despertam, é um convite a novas perguntas.

REFERÊNCIAS

- BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani, com revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 9, p. 171-189, 1980.
- CALVINHO, Gustavo. La regla “iura novit curia” en beneficio de los litigantes. Disponível em:

²⁹ CPP brasileiro: “Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.”

³⁰ Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.”

³¹ CALVINHO, Gustavo. La regla “iura novit curia” en beneficio de los litigantes. Disponível em: <<http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2015, p. 1.

<<http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf>>
. Acesso em: 25 mai. 2015.

- CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico (Org.). **Direito e justiça**: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2016.
- CERVINI, Raúl. **Os procesos de descriminalização**. 2. ed. Tradução de Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- EBERHARD, Christoph. Para uma teoria jurídica intercultural: o desafio dialógico. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 3, n. 2, p. 489-530, jul./dez. 2002.
- FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal**: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica. Niterói, RJ: Impetus, 2008.
- GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública**: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. Barueri, SP: Manole, 2003.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099/95. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Obrigatoriedade da ação penal pública e *in dubio pro societate*: repensando antigos mitos. In: CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico (Org.). **Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2016. p. 493-507.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes; PRADO, Florestan Rodrigo do. Delação anônima, persecução criminal e Constituição: buscando o necessário equilíbrio entre os direitos fundamentais e a repressão penal eficaz. **Argumenta** (UENP), Jacarezinho, n. 20, p. 109-126, jul./dez. 2014.
- LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 1.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada: aplicação nos juizados especiais criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- SOUZA, José Barcelos de. **Teoria e prática da ação penal**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- SOUZA, José Barcelos de. **Direito processual civil e penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

- STASIAK, Vladimir. **As condições da ação penal**: perspectiva crítica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar”, de Larry Laudan. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 28, p. 115-126, 2005.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CRIMINOLOGÍA

Suicidio, un crimen contra la persona^(*)

Suicide, a crime against the person

Jorge Armas Pérez¹

Resumen: El suicidio es un tema tabú. Es un suceso que se trata de ocultar a toda costa tanto en el propio seno familiar, como en el ámbito más público. De hecho, hay una regla no escrita, bastante respetada, por la cual en los medios de comunicación no se hace referencias a este tipo de acciones. La pregunta es clara ¿por qué? Seguramente, porque víctima y verdugo coinciden en la misma persona y es difícil ahondar en las causas que determinaron ese dilema. A esto se añade una cuestión: ¿influyen en estas actuaciones los cambios sociales, políticos o económicos como la crisis inmobiliaria que ha vivido nuestro país?

Palabras clave: Criminología, Sociología, Durkheim, anomia, suicidios, crisis inmobiliaria, España.

Abstrac: Suicide is a taboo topic. It is an event that is trying to hide at all costs both within the family itself, and in the public sphere. In fact, there is an unwritten rule, well respected, for which no references are made to this type of actions in the media. The question is clear, why? Surely, because victim and executioner coincide in the same person and it is difficult to delve into the causes that determined that dilemma. And another question: do these actions influence social, political or economic

^(*) Recibido: 13 setiembre 2019 | Aceptado: 20 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 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

changes such as the housing crisis that our country has experienced?

Keywords: Criminology, Sociology, Durkheim, anomia, suicides, housing crisis, Spain.

Muchos estudiosos de distintas disciplinas han intentado dar una respuesta racional a los suicidios, este tipo de comportamiento del ser humano que se define como un acto voluntario y perjudicial para quien lo practica. Entre ellos, probablemente el que más destaque sea ÉMILE DURKHEIM (1858-1917), sociólogo galo, fundamentalmente conocido por establecer formalmente la disciplina académica. Junto él, también cabe mencionar a AUGUSTO COMTE, KARL MARX y MAX WEBER.

En concreto, DURKHEIM escribió en 1897 “El suicidio”, un trabajo científico en el que el francés obtiene diferentes conclusiones tras realizar varias estadísticas sobre los suicidios ocurridos en su época. Para poder comprender mejor los fundamentos que se declaran en esta obra, es importante conocer los motivos y el escenario en que fue escrita para su estudio sociológico. El contexto no es otro que un continente abrumado por multitud de transformaciones sociales producidas por el final de la Revolución Industrial y crecientes reivindicaciones sociales que generaron hasta tres Revoluciones en poco más de cuatro décadas en pleno siglo XIX.

El interés por el suicidio de DURKHEIM radica en que este hecho se produce de forma independiente en un entorno propio. Además, lo considera interesante para la Sociología al darse por igual en cualquier extracto social pudiendo suceder de forma individual o colectiva.

En su afán por establecer una relación entre las circunstancias del suicidio y sus variaciones, el sociólogo realizó diferentes comparativas con los datos oficiales de numerosos países desde 1841 hasta 1872. Tras combinarlos por sexos, edades, formación, estados, situaciones de la vida, etc. concluyó que en la sociedad moderna existían más suicidios que en épocas previas a la Revolución Industrial. De sus investigaciones, también ultimó la existencia de una tasa normal de suicidios en la sociedad.

Por otro lado, DURKHEIM confirma que las únicas variaciones de las tasas del suicidio son dadas por acontecimientos sociales. En su tesis enseña que los suicidios son fenómenos individuales (egoístas, altruistas, anómicos o fatalistas) que responden a causas sociales. Estas ideas contradicen lo

expuesto, unos años antes, por QUETELET (1796-1874) que es conocido por aplicar el método estadístico al estudio de la sociología. Concretamente este autor, en su primer postulado, denomina al “crimen como un fenómeno social de masas, no como un hecho individual” (GARCÍA-PABLOS 2009: 347). Es probable que DURKHEIM partiera de esta idea para formular y madurar su tesis.

Existen infinidad de autores que han aportado otros estudios sobre el suicidio, pero la mayoría basados en la primera definición científica de DURKHEIM: “Se llama suicidio a toda muerte que resulta, mediata o inmediata, de un acto, positivo o negativo, realizado por la víctima misma, sabiendo ella que debía producirse ese resultado” (DURKHEIM 1897: 15). Por ejemplo, FREUD (1920) planteó la existencia del término o las nuevas definiciones del suicidio realizadas por FERRI (1928): “La muerte realizada en su contexto por un desarrollo exclusivamente egoísta, con la intención de evitar un mal inminente o creído como tal”, DESHAIES (1947): “Acto de la persona de producirse la muerte como medio o como fin, de modo habitualmente consciente, asumiéndola”, etc.

Ahondando en las páginas de “El suicidio” (1897), es interesante remarcar algunas de las láminas que incluye la obra. En la primera, DURKHEIM refleja un mapa político de Francia con la distribución de los suicidios acaecidos desde 1878 hasta 1887. París, junto a sus provincias limítrofes y la zona de Marsella son las áreas con mayor proporción de suicidios. Esta proporción es sobre 100.000 habitantes y estaría entre 31 y 48 suicidios. Lo curioso, tras observar láminas posteriores sobre delitos relacionados con alcoholismo, locura relacionada con el alcohol y el consumo de alcohol, es que solo el consumo de alcohol parece tener algo de relación con la del suicidio.

Bajo estos datos, se puede desarrollar un planteamiento sobre la anomia de los grandes núcleos urbanos. Por ejemplo, a lo largo de la historia ha sido muy común que las personas, movidas por la posibilidad de encontrar un buen trabajo cerca de las áreas urbanas, abandonaran sus hogares. A causa de estas migraciones, las ciudades han sufrido las continuas avalanchas de obreros que vienen para trabajar en la industria. La ciudad los acoge pero no cuida de ellos. Los trabajadores pasan de ser un individuo conocido a uno de los cientos de trabajadores que trabajan para una factoría. En este escenario, es probable que una de las formas de evadirse de los duros trabajos y la soledad de la ciudad sea consumiendo alcohol. Creo que de aquí parte la definición de DURKHEIM sobre la **anomia**: “La falta de normas que puedan orientar el comportamiento de los individuos”.

Por otro lado, es interesante la reflexión que refleja DURKHEIM sobre el suicidio anómico:

Pero entonces, sus mismas exigencias hacen que sea imposible satisfacerlas. Las ambiciones sobreexcitadas van siempre más allá de los resultados obtenidos, cualquiera que sean, porque no se les advierte que no deben ir más lejos. Nada, pues, las contenta, y toda esta agitación se gasta sobre sí misma sin llegar a saciarse (...) Ahora bien, sucede que al mismo tiempo la lucha se hace más violenta y más dolorosa, a la vez que está menos regulada y que las competencias son más ardientes. Todas las clases están en lucha, porque ya no hay clasificación establecida. El esfuerzo es, pues, más considerable en el momento en que se hace más improductivo. ¿Cómo, en estas condiciones, no se debilita la voluntad de vivir?. (DURKHEIM, 2013: 271).

Aunque puede que la definición de anomia planteada por el funcionalista ROBERT K. MERTON (1938) sea más certera con la actual situación: “La imposibilidad para ciertos individuos de alcanzar sus metas sociales o culturales previstas”.

Bajo este paraguas empírico, es plausible plantearse las mismas preguntas para los tiempos actuales. Es decir, cabría estudiar si los últimos acontecimientos sociales y económicos ocurridos en España en los últimos años han propiciado una modificación en la tasa de suicidios. Obviamente, la sociedad ha cambiado, pero la esencia del suicidio es la misma. Para explicar mejor este argumento, voy a desarrollar un ejemplo que lo aclare basado en los listados oficiales del Instituto Nacional de Estadística (INE) en relación a los suicidios provocados en España por “Lesión autoinfligida intencionalmente al saltar desde un lugar elevado” (concretamente los relativos al apartado X80.0 desde una vivienda). Los datos reflejados en este artículo corresponden a la tasa de suicidios previos y posteriores a la crisis producida por el estallido de la burbuja inmobiliaria en España entre el periodo de 1999 a 2007 y el de 2008 al 2014. (Tabla 1)

Antes de ahondar en los resultados de este estudio, me parece importante recalcar la dificultad metodológica de codificar realmente los suicidios ya que expertos en la materia consideran que no se tienen en cuenta las cifras reales de los archivos de los Institutos de Medicina Legal. Por ejemplo, en el de Cataluña, según GOTSSENS (2011): “Solo el 40% de las defunciones que realmente eran suicidios se codificaron como tales en el Registro de Mortalidad”. O como reconoce JAVIER JIMÉNEZ, psicólogo clínico y presidente de la Asociación de Investigación, Prevención e Intervención del Suicidio (AIPIS) que, entre 2012 y 2013, por el simple cambio en la metodología del registro, el número de suicidios aumentó un 250% en la Comunidad de Madrid. Por ello, concluye que hipotéticamente: “Cogiendo bien los datos de los Institutos de Medicina Legal en toda España, quizá se registrarían 1000 suicidios más cada año”.

Teniendo en cuenta la información aportada en el párrafo anterior, se pueden obtener las siguientes conclusiones a partir de los datos obtenidos en el INE relativos a suicidios desde un sitio elevado:

- I. Del primer periodo anterior a la crisis, que comprende los años de 1999 al 2007, es interesante reflejar el ascenso moderado desde 1999 al 2002 (174 casos a 222). Posteriormente, se produjo un leve descenso del 12,61% en 2003 (194 casos) y, en 2004, bruscamente aumentó en un 29,38% hasta los 251 suicidios. Tras este pico, vienen dos años de descenso pero nuevamente se produce otro ascenso respecto al año anterior del 14,62% en 2007 (de 171 casos a 196), año en el que aparecieron los primeros síntomas que precedieron el comienzo de la recesión económica. Por tanto, el índice de suicidios en esta época de antesala de la crisis no indica grandes variaciones.
- II. Una vez en plenos años de crisis, que van desde 2008 al 2014, se puede decir que en comparación con el periodo anterior sí se observa un ascenso en los casos de suicidios. En el 2008 se reduce la tasa en un 17,35% (162 casos) para ascender nuevamente en los dos próximos años (de 192 a 237 casos). Aunque en el año 2011 hay un leve receso de 10 personas (227 casos), en 2012 se experimenta el periodo que más casos de suicidios se registran por estos hechos en los años a estudio (305 casos en 2012). Por otro lado, como años anteriores, tras un gran repunte en la tasa de suicidios viene un periodo de bonanza los dos siguientes años (de 295 a 268 casos).

Realizando una comparativa entre los datos de suicidio producido por “saltar desde un lugar elevado” (desde una vivienda) que acabo de analizar, con el total de los suicidios producidos en España entre el periodo 2005-2016 se observa una tendencia parecida. En ambas comparativas se produce un efecto vaivén. Por un lado, en cifras generales, se produce el primer pico de subida de suicidios en el año 2007. Este incremento se puede interpretar como un síntoma previo a la crisis. Posteriormente, en los siguientes tres años se produce un descenso que repunta en los tres últimos años de la crisis, culminando con la mayor tasa del periodo estudiado en el 2014, año en el que se considera finalizada la crisis. Este alarmante ascenso en la tasa de suicidios, que comienza el año 2012, puede tener su explicación en el cambio de metodología empleada en la catalogación de suicidios por la Comunidad de Madrid, que desde esta fecha eleva la tasa general de España. Y tras este ascenso, se vuelve al habitual descenso en los dos siguientes años.

Por otro lado, los suicidios desde vivienda también presentan su primera subida en 2007. Desde aquí su trayectoria es más irregular pero tiene la misma dinámica: dos años de ascenso, uno de descenso, uno de ascenso y

finaliza con dos años de descenso en pleno deceso del periodo de crisis en estudio. En definitiva, se puede considerar una tasa regular.

Una vez analizados diferentes datos sobre los suicidios, me parece interesante ahondar en las conclusiones que se obtienen de contrastar, por ejemplo, el apartado más específico “X80.0 desde una vivienda” con un apartado más general como es el “X80. Lesión autoinfligida intencionalmente al saltar desde un lugar elevado” en relación a la diferencia que existe en los suicidios masculinos y femeninos. De los datos comparados entre los años 2005 al 2014 se observa que las mujeres son más propensas a realizar este hecho desde una vivienda. Ahondar en los motivos de esta estadística ascendente puede ser el origen de un completo estudio ya que puede estar debida tanto a una cuestión del tiempo que pasa este sexo en el ámbito del hogar, hasta por casualidad u otra razón. (Tabla 2 y tabla 3)

Los datos de la estadística global del suicidio indican que son las mujeres las que más se autoinfligen lesiones que podrían derivar en la muerte. Sin embargo, comparado con los indicadores masculinos, el resultado es una media de cuatro hombres fallecidos por una mujer. Tal vez los resultados finales inclinen la balanza hacia los hombres ya que suelen utilizar métodos más “violentos” o “contundentes”.

Un ejemplo claro de lo expuesto en el párrafo anterior son los datos que aporta el apartado “X70. Lesión autoinfligida intencionalmente por ahorcamiento, estrangulamiento o sofocación”. Tras comparar las cifras comprendidas entre el año 2005 al año 2014 la media resulta ser un 4,76% mayor de muertes producidas por este medio a manos de hombres. (Tabla 4). Sin duda, ahondar en las formas más comunes de suicidios femeninos y masculinos en España daría para otro estudio y artículo.

Como reflexión final de los datos aportados, se puede concluir que, pese al importante incremento del total de cifras las víctimas provocadas por los suicidios en los últimos años, la media de resultados entraría en una tasa normalizada. Esta situación es ratificada en las dos comparativas siguientes ya que tanto en un primer periodo previo a la crisis como en el segundo la línea simula una ondulación de subidas y bajadas estables sin poder explicar los porqués de las mismas:

- I. Por ese motivo, en el análisis de quince años antes del estudio principal del artículo (periodo 1990-2004) se puede observar que los cinco primeros años la tasa es inestable. Los tres años siguientes (1995-1997) tienen un ascenso importante de 367 personas para proseguir con otro ascenso paulatino, para acto seguido tener dos años de descenso (1998-

1999). Los últimos cinco años de este periodo terminan con altibajos similares al modo que se empezó. (Tabla 5)

- II. Para finalizar la comparativa global de las víctimas totales del periodo (2005-2014) destaca que del máximo resultado de 3.910 casos en 2014, al mínimo con 3.158 casos en 2010 solo difieren en 752 víctimas; pero ambos resultados no están muy alejados de la media de casos en estos últimos 12 años: 3.469 casos. Por tanto, se deduce que el periodo de crisis económica que vivió España tuvo poca repercusión en la tasa de suicidios. (Tabla 6)

Teniendo en cuenta esta tasa reciente de suicidios en España bajo el prisma del estudio que elaboró DURKHEIM al analizar los datos de la evolución de los suicidios en periodos de crisis económicas, se puede concluir que los resultados coinciden. Es decir, que aunque la lógica lleve a pensar que en una época de crisis el volumen de casos de suicidios aumentará, la realidad nos demuestra lo contrario. “(...) si las muertes voluntarias aumentasen al hacerse más cruda la vida, deberían disminuir sensiblemente cuando el bienestar aumenta.”(DURKHEIM, 2013: 192). Al igual que DURKHEIM demostró con sus datos justificando una tasa normalizada de suicidios a lo largo de los años pese a existir posibles detonantes del aumento del suicidio, en España sucedió lo mismo. En conclusión, al principio de la crisis cuando se entiende que la gente está más asustada por el futuro, disminuyó la tasa de suicidios. Por el contrario, cuando se preveía el final de la misma, los suicidios aumentaron para bajar nuevamente en un periodo posterior a la crisis financiera obteniendo nuevamente la regularización de los suicidios.

Bibliografía:

- ANSEDE, M., CLEMENTE, Y. (14 de junio de 2017). El imposible mapa de los suicidios en España. El País. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2017/06/12/ciencia/1497291180_123865.html [Acceso 04 de marzo de 2018].
- CASTRO MELÉNDEZ, G. (2011): *Pulsión de muerte: nostalgia por la armonía perdida*.
- DESHAIES, O. (1947): *Psychologie du suicide*. París, Presses Universitaires de France.
- DURKHEIM, E., (1897) *El suicidio*. Madrid, Akal, 1982.
- FERRI. E. (1934): *El Homicidio-Suicidio*. Madrid, Ediciones Reus.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A (2009): *Tratado de Criminología*, 4ª edición. Valencia, ES: Tirant lo Blanch.

HUERTAS-DÍAZ, O. (2010): *Anomia, normalidad y función del crimen desde la perspectiva de Robert Merton y su incidencia en la criminología*. Revista criminología vol. 52, número 1, p 370-371.

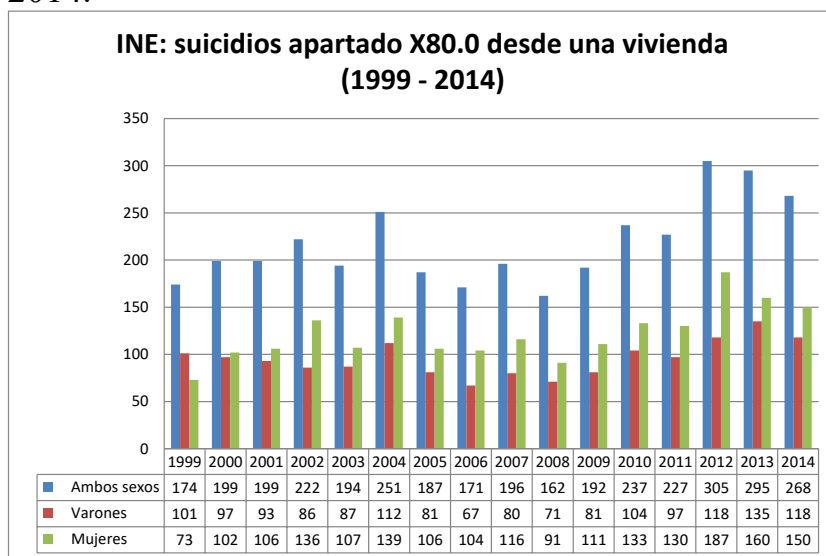
LÓPEZ GARCÍA M. B., HINOJAL FONSECA, R., BOBES GARCÍA, J., (1993): *El suicidio: aspectos conceptuales, doctrinales, epidemiológicos y jurídicos*. Revista de derecho penal y criminología. Página 403.

MERTON, R., (1968): *Social Theory and Social Structure*. Nueva York, NY, EE.UU.: The Free Press.

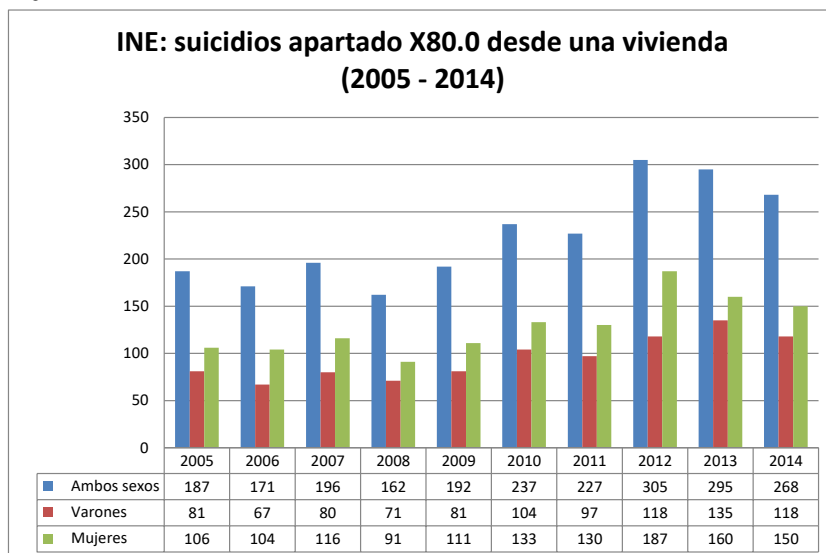
TABLAS

(Elaboración propia tras la consulta de datos del INE):

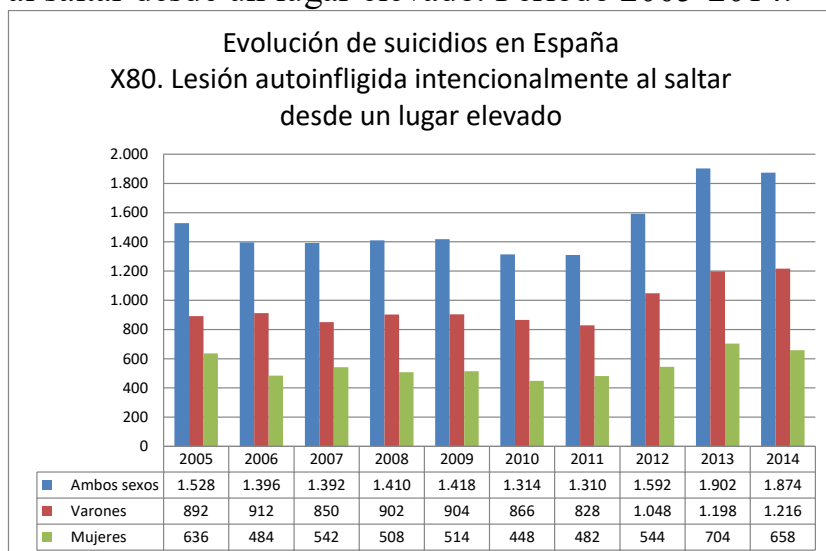
- Tabla 1. Apartado X80.0 desde una vivienda. Periodo 1999-2014.



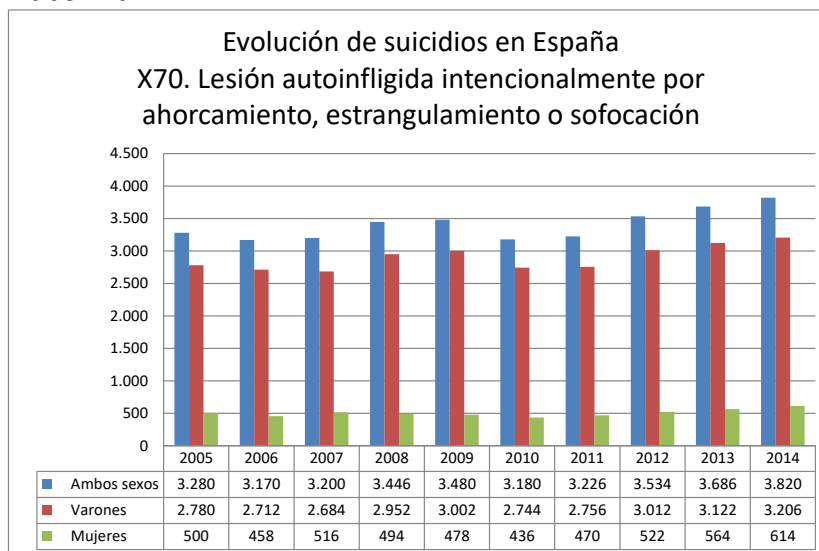
- Tabla 2. Apartado X80.0 desde una vivienda. Periodo 2005-2014.



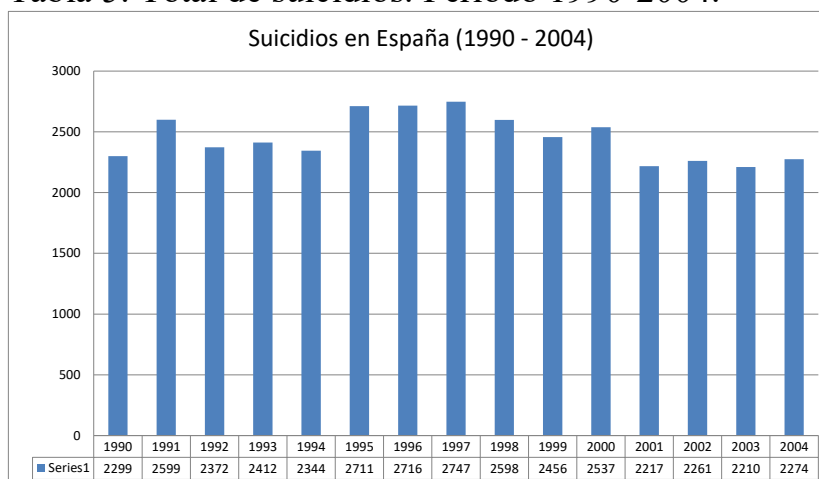
- Tabla 3. Apartado X80. Lesión autoinfligida intencionalmente al saltar desde un lugar elevado. Periodo 2005-2014.



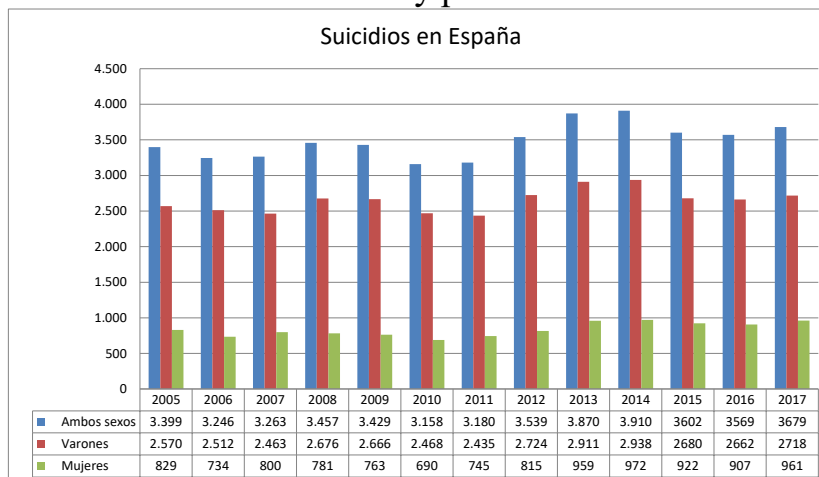
- Tabla 4. Apartado X70. Lesión autoinfligida intencionalmente por ahorcamiento, estrangulamiento o sofocación. Periodo 2005-2014.



- Tabla 5. Total de suicidios. Periodo 1990-2004.



- Tabla 6. Total de suicidios y por sexo. Periodo 2005-2017.



VARIOS

Claves de Derecho de Empresa: del fin de recursos humanos a la emergencia de talento en la posglobalización^(*)¹

Keys to Business Law:
from the end of human resources to the emergence of
talent in post-globalization

Antonio Sánchez-Bayón²

(*) Recibido: 27 agosto 2019 | Aceptado: 10 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

¹ Publicación realizada en el seno de GiDECoS-ISEMCO y GEPOS-EAE Business School, 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).

² Antonio Sánchez-Bayón (Doctor y Lcdo. en Derecho-UCM, Doctor en Teología-UM, Doctor en Humanidades-RRII-UVA, Doctor en Filosofía-UCM, y doctorando en Sociología y Antropología-UNED y UCM, Máster en Finanzas-IEB UCM, MEd/CAP en Filosofía-ICE UCM, Lcdo. en CC. Políticas y Adm.-UCM, etc.), 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 en 5 idiomas (medio centenar de libros y el doble de artículos en publicaciones indexadas). Actualmente es Prof. Agregado en ISEMCO-UNIDAM, EAE Business School y Promerits-UEMC, más Univ. Bernardo O'Higgins (Chile). Ha sido docente e investigador en universidades y escuelas de negocios de España (Dir. Investigación en ISEMCO-UNIDAM, CEDEU-URJC y en UCJC); además de académico visitante en EE.UU. (v.g. *Harvard, DePaul, Baylor*) e Iberoamérica (v.g. *IIDH, UCR, URL, IPB*). 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 múltiples medios de comunicación.

a.sanchez@isemco.eu

Sumario: 1. Presentación: el fin de RR.HH. 2. Balance de la evolución de RR.HH.: crítica y revelaciones. 3. Diagnóstico y pronóstico de relaciones laborales ante la economía gig. – Conclusiones. – Fuentes de consulta.

Resumen: en este artículo constituye una revisión crítica del conocimiento disponible en el área de *Recursos Humanos* (RR.HH.), dado su fin y la emergencia del talento en la posglobalización. Se pretende hacer balance y diagnosticar el estado de la cuestión, además de contrastar sus contenidos entre sí y con la realidad subyacente. También se busca pronosticar sobre sus tendencias y si se alinean con *Horizonte 2030* (*Pacto mundial* de ONU y demás iniciativas internacionales de convergencia). A la postre, se espera aclarar cómo se transita del modelo de RR.HH. de trabajadores replicantes en organizaciones burocráticas de economía de bienestar, al modelo de desarrollo del talento de colaboradores creativos en organizaciones ágiles de *economía gig* (colaborativa, circular, autónoma y naranja).

Palabras clave: Derecho de Empresa, recursos humanos, posglobalización, relaciones laborales, economía de bienestar, talento de colaboradores.

Abstract: In this article, it constitutes a critical review of the knowledge available in the area of Human Resources (HR), given its end and the emergence of talent in post-globalization. The aim is to take stock and diagnose the state of the issue, as well as to contrast its contents with each other and with the underlying reality. The aim is also to forecast their trends and whether they align with Horizon 2030 (UN Global Compact and other international convergence initiatives). At the end of the day, it is hoped to clarify how to move from the HR model of replicating workers in bureaucratic welfare economy organizations, to the talent development model of creative collaborators in agile organizations of gig economy (collaborative, circular, autonomous and orange).

Keywords: Company Law, human resources, post-globalization, labor relations, welfare economy, employee talent.

1. Presentación: el fin de RR.HH.

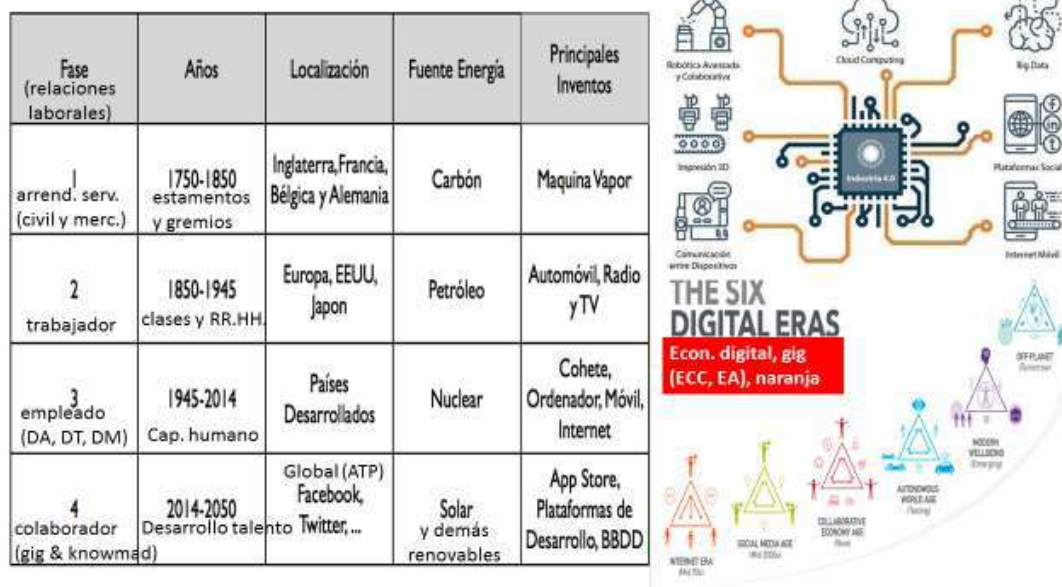
Vivimos el fin de *Recursos Humanos* (RR.HH.), lo que quiere decir: de un lado, que se han satisfecho sus objetivos (lograr que la empresa funcione como una maquinaria bien engranada); de otro lado, que se ha terminado un ciclo con una visión mecanicista y burocrática, dándose paso a otro más organicista, incluso difuso (no sólo por su incertidumbre, sino también por su difuminación, al convivir lo corpóreo con lo virtual).

El origen de RR.HH. –que no sus antecedentes, vid. epígr. 2- coincide con la *II revolución industrial* (década de 1880, máxime en EE.UU., con la gran migración del campo a la ciudad, el *boom* industrial, el reclutamiento masivo y el despertar del *Derecho del Trabajo*), cuando ingenieros como F.W. Taylor diseñan la organización del trabajo en el marco de una cadena de producción, midiendo y ajustando las tareas y los tiempos, como si de una gran maquinaria se tratara. Así se desarrolla el llamado *taylorismo o fordismo* (pues fue contratado por H. Ford, para aumentar la producción de su fábrica de automóviles), que es uno de los primeros modelos de gestión de RR.HH., también conocido como *organización científica del trabajo* (Taylor, 1911): basándose en métodos científicos de entonces (*positivistas*: medición y experimento de ensayo y error), se plantea una relación tipificada del obrero con la producción, para maximizar sus resultados. A diferencia de la producción artesanal, que era intuitiva, peculiar y reducida (cada artesano daba su toque propio, variando en cada pieza y los tiempos para realizarla), en cambio, con la producción industrial se pretende la división especializada de tareas (tal como ya adelantara Smith, 1776, sólo que subdividiéndolas en otras más sencillas y reiterativas, en interacción con la maquinaria), ajustándose a unos tiempos y a un número de resultados, dependiendo de ello la remuneración. En dicho sistema, los trabajadores quedaban reducidos a mera mano de obra, ejecutora mecánica de tareas ya diseñadas (sin lugar para la creatividad, de ahí la crítica de la alienación aparejada, Marx, 1873³). Este sistema mecanicista (en el que el trabajador posee una cualificación mínima, en una relación laboral de dependencia, arrendando su esfuerzo y tiempo a

³ Aunque la edición original del libro primero de *El Capital* es de 1867, sin embargo, la versión que ha quedado es la edición de Engels en 1873 (más alejada de la tesis de extrañamiento de Hegel, distorsionada por Marx, como teoría de la explotación capitalista –al impedírsele al trabajador ser el propietario de los medios de producción, independientemente de lo que gane-, reducido todo ello al absurdo por Engels, con la cuestión de la teoría del valor y la plusvalía –el obrero sólo cobra unas pocas horas de las muchas que trabaja, recibiendo una pequeña parte de la riqueza que genera, además de no tener ya una relación completa con el bien producido, limitándose a la parte que le toca de la cadena de producción-. Los otros dos volúmenes de *El Capital* (1885 y 94), son publicados póstumamente y bajo la factura de Engels, sin atender a fundamentos económicos tales como el *valor marginal* (que desmonta en términos económicos todo *El Capital*), cuyos errores son corregidos y aumentados en su traducción al ruso por Lenin y su *teoría empirocítica del marxismo* (Uliánov, 1909).

cambio de un salario), es corregido y aumentado con la burocracia del periodo de entreguerras (al introducirse la diferenciación entre el trabajador de cuello azul y cuello blanco, Wright Mills, 1956), alcanzando su cénit con la *economía de bienestar-EB* (tras la II Guerra mundial, Sánchez-Bayón, 2014, 16, 17, 18 y 19). Ahora bien, todo sistema mecanicista tiene un ciclo determinado (pues no posee capacidad auto-regenerativa), dando lugar a crisis y caducidades (tal como se aclara seguidamente), además de dar paso a otras propuestas paradigmáticas en curso (baste como avance el esquema de la *figura 1*, más Andreu y Sánchez-Bayón, 2019).

Figura 1.- Evolución de revoluciones industriales y relaciones laborales



Fuente: elaboración propia.

El anunciado fin de RR.HH., coincide también con el cierre de un ciclo mayor, pues la globalización (desde la década de 1990), trajo consigo las crisis favorecedoras del tránsito entre un agonizante mundo cuadrado y dividido (dominado por el Estado-nación, con sus normas e instituciones rígidas, y su dirigismo económico) y la emergencia de otro circular y conectado (una aldea global, con normas e instituciones flexibles, y nuevos paradigmas económicos: *economía colaborativa y circular-ECC*, *economía autónoma-EA* y *economía naranja-EN*)⁴. La globalización se completó con

⁴ Notas mínimas sobre nuevos paradigmas de economía digital (en fase gig): a) ECC, se basa en redes sociales, reciclando bienes y servicios compartidos (v.g. AirBnB, Uber); b) EA, se basa en *big-data*, *IoT*, *IA*, *RA-RV-RM*, etc., articulándose mediante *5G*, *block-chain*, *smart-contracts* y *DAOs* (v.g. fondos de inversión en flota de coches autónomos, *fintech*); c) EN, se basa en el talento y la creatividad aplicándose a la experiencia y el entretenimiento (v.g. gastronomía, turismo, videojuegos, festivales).

la *crisis de valores de 2008-14* (no sólo de valores financieros, sino también y sobre todo, de valores ético-morales), dándose paso a la *posglobalización* (Valero y Sánchez-Bayón, 2018. Andreu y Sánchez-Bayón, 2019), que es el periodo de convergencia mundial fijado desde organizaciones internacionales para el año 2030 (*Horizonte 2030-H2030*), cuando la humanidad estaría lista para realizar la anhelada *sociedad del conocimiento* (SC), posibilitadora de la *civilización tipo I*⁵. No obstante, tanto la globalización como la posglobalización acarrearán un alto grado de incertidumbre y difusión (recuérdese la difuminación y la combinación de lo corpóreo y lo virtual), de ahí que los teóricos del proceso calificaran nuestras sociedades y organizaciones de *riesgo* (Beck, 1992), *líquidas* (Bauman, 2000), *frágiles* (Taleb, 2012), *corrosivas y flexibles* (Sennett, 1998), *digitales y en red* (Mattelart, 2001. Castells, 2002), *difusas* (Kosko, 1999), etc.; incluso, se habló de una época VUCA⁶. Tales calificativos revelan una época de significativas, múltiples, veloces y cada vez más frecuentes y presentes transformaciones socio-culturales (alcanzando al área de RR.HH.), donde la constante –paradójicamente– ha sido el cambio: se desdibujan las tradicionales dinámicas y estructuras, sin terminar de cristalizar las nuevas reglas e instituciones socio-culturales tendentes a la SC.

Por tanto, el hecho de haber satisfecho objetivos y haber completado ciclos, no debe verse como una debilidad, a modo de precariedad y duelo (por el mundo rígido y seguro que se desvanece), ni es una amenaza de volatilidad y fragilidad (por los continuos y acelerados cambios); más bien, si se retiran

⁵ Actualmente, pese a su uso, no se ha alcanzado la SC (es un ejercicio de falacia naturalista o *wishful-thinking*: la confusión del deber ser con el ser, o el deseo con la realidad, que es en lo que se basan los velos de confusión posmodernos del pensamiento débil, Sánchez-Bayón, 2015 y 17). 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 de consumo). En cuanto a la expresión *civilización tipo I*, se alude a la escala Kardashev: 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 no se consideró contrario al comunismo (al no predecir el fin del capitalismo, sino su transformación), por lo que fue condenado, y si hoy se sabe al respecto fue gracias a Asimov y Sagan.

⁶ VUCA (acrónimo en inglés de volátil, incierto, complejo y ambiguo), fue la expresión popularizada a comienzos de la globalización por *US War College* y la *Academia West-Point* para referirse a nuestro nuevo entorno, considerado como frágil (o sea, vulnerable). Actualmente, se está trabajando para convertir las debilidades en fortalezas, y por tanto, que VUCA signifique *visión, entendimiento, claridad y agilidad*, de modo que el entorno pase de frágil a ágil.

los *velos posmodernos de confusión* (en adelante sólo *velos*)⁷, y se analiza críticamente el conocimiento disponible (cuál es su autenticidad, sentido y alcance, con su reformulación paradigmática), ayudándose en el proceso de la fortaleza de las *tecnología de la información y la comunicación* (TIC, y más allá: *realidad aumentada-RA*, *realidad virtual-RV*, etc.), además de contarse con la oportunidad que brinda la revalorización del talento y del profesional, entonces, se estará en disposición de lograr el anhelado tránsito a SC. En lo tocante al *área de desarrollo del talento* (heredera de RR.HH.), supondrá el contar con colaboradores motivados, con un desempeño más creativo y autónomo, en organizaciones maduras (no por antigüedad, sino por adaptación a los nuevos paradigmas) orientadas a un modelo de felicidad –eso sí, si previamente se realiza la revisión que a continuación se propone–

2. Balance de la evolución de RR.HH.: crítica y revelaciones

Para realizar un balance solvente de RR.HH., no es necesario remontarse a sus antecedentes (que posiblemente se hallen en los constructores de catedrales, al ser el único gremio itinerante y dependiente de su talento y reputación, además de precursor de la masonería y las Artes Liberales, v.g. medicina, abogacía, periodismo). Basta con evaluar el último siglo y medio, desde la II revolución industrial, como ya se ha mencionado (vid. infra). Incluso, en lo tocante al fin de RR.HH., es suficiente con remontarse a la década de 1990: dadas las antedichas crisis, transiciones y nuevos ciclos, así como por los velos extendidos, no es de extrañar que urja hoy una (re)visión crítica y reveladora. Dicha revisión ha de permitir una verificación del conocimiento disponible, su reconexión con la realidad subyacente, y su reformulación paradigmática (qué es racional y real, cómo se sistematiza y para qué se va a usar). Se trata de un intento de recuperar la gestión de lo auténtico, racional y real (vía *logos-ethos*), abandonándose de una vez lo ideológico, de corte discursivo y emocional (vía *pathos-mithos*). Para ello es recomendable el volver a graduarse la vista (en cuanto al paradigma manejado, como gafas intelectuales, para percibir y gestionar mejor la realidad subyacente, solventando sus problemas y retos), además de reconocer el terreno que se pisa (no vaya a ser que sean arenas movedizas ideológicas, cubiertas por velos y discursos, y no la tierra firme esperada o SC). Ahora que la posglobalización está en ciernes, la humanidad se halla en un punto crucial (de elección y no retorno), lo que requiere de una revisión

⁷ Se trata de un cúmulo de inferencias, imposturas y falacias fruto de la combinación del *pensamiento débil* (una hibridación de viejas ideologías, desde la narrativa emocional del *pathos-mithos*) con la *corrección política y sus cuotas, cientificismo, género, posverdad*, et al. (Sánchez-Bayón, 2015, 16, 17 y 19).

de las cartografías disponibles, así como un ejercicio de reflexión crítica de fundamentos: no sólo urge el redescubrir nuestra realidad (social y natural, más la virtual *in crescendo*), sino también el tipo de paradigma a usar al respecto. En tal sentido, este artículo ofrece unos apuntes críticos y renovadores sobre RR.HH., más su diagnóstico y pronóstico, de modo que sea posible tomar conciencia de dónde se está y a dónde se va (vid. figura 2 y 3).

Figura 2.- Revelaciones de relaciones laborales (y transformación de RR.HH.)



Fuente: elaboración propia.

Para realizar un auténtico balance de la evolución de las relaciones laborales y del área de RR.HH., el primer velo a retirar es el de la épica socialista al respecto: los avances logrados no son monopolio de partido o sindicato alguno –menos aún si resulta anti-sistema o revolucionario-, sino que se trata de una sinergia institucional convergente de reforma (en el periodo de entreguerras), que parte de la Oficina Internacional del Trabajo de la *Sociedad de Naciones* (más tarde la *Organización Internacional del Trabajo-OIT* en la *Organización de Naciones Unidas-ONU*), pasando por los parlamentos estatales (en sus diversos niveles), hasta las directrices de implantación en el seno de las empresas (con la participación de comités de empresa y demás agentes intervinientes). Por tanto –y una vez más-, todo arranca con la II revolución industrial, aplicada al sector primario (desapareciendo así buena parte de los tradicionales oficios agropecuarios y energéticos), además de impulsarse el sector secundario (desarrollándose las industrias con cadenas de producción, y con ellas, aparecen nuevas relaciones laborales). Así se produce una migración del campo a la ciudad, con un sinfín de cambios socio-culturales, no exentos de conflictos y urgencia de una ordenación al respecto. De ahí que el auténtico despegue del

Derecho del Trabajo (relativo al asalariado por cuenta ajena y en relación de dependencia), tiene su auge en el mencionado periodo de entreguerras, con el marco mínimo común dado por la OIT, desarrollado por parlamentos nacionales, y realizado en cada empresa. Dicho marco fue revisado y ampliado en el periodo de posguerra, con el *boom* del sector terciario y para dar el salto a EB⁸ y su diversidad: con trabajadores privados por cuenta ajena (Derecho del Trabajo) y propia (Derecho Mercantil), servicios de obra y de sociedad (Derecho Civil), empleados públicos (Derecho Administrativo), etc. Es entonces cuando se pasa de RR.HH. (focalizados en la contratación de trabajadores industriales por cuenta ajena, poco cualificados y no-diferenciados –de ahí la percepción como piezas intercambiables del sistema-), llegándose a la cualificación de Capital humano (en la costa pacífica) y Administración de personal (en la costa atlántica), requiriéndose de una atención específica a los puestos concretos y las personas más adecuadas para su desempeño. No obstante, pese a la transición cualitativa, se mantiene la visión mecanicista y burocrática, incluso aumentada: dado que, tras la devastación de la II Guerra mundial, sólo el Sector público dispone de músculo para reactivar la economía, se procede a hibridar política y economía en el modelo de EB, nacionalizándose las empresas líderes de sectores estratégicos (v.g. Francia: *France Telecom, Air France y Renault*;

⁸ Otro velo a retirar: ni su denominación ni su inspiración es socialdemócrata –más bien, muy criticada por la misma en un inicio, VV.AA., 1971-; su nombre procede de la contraposición a la economía de guerra (en vez de *war-state*, se pasó a *welfare-state*), siendo impulsada por liberales, laboristas y democristianos (v.g. Lord Beveridge, Lord Keynes, Adenauer, De Gasperi, Schuman). Con las guerras culturales (1960-80), en la universidad surge *The New Left*: se alude a la *cuarta internacional socialista* o *situacionismo/situacionalismo* (los movimientos anti-sistema de protesta, v.g. *hippies*), que inspirara las revueltas universitarias de los años 60, sobre todo en EE.UU. (por influjo de Marcuse, Adorno, Bloch, etc.) y Francia (Sartre, Derrida, Foucault, etc.). Sus planteamientos fueron poco creíbles en términos económicos, hasta que se hibridaron con los anteriormente criticados de Keynes (como pasara con otras internacionales socialistas con respecto al Estado, hasta su llegada al poder), destacando la labor de autores tan populares como Galbraith desde Harvard -pese a que Schumpeter (y su discípulo Samuelson) ya lo venía haciendo, pero no llegaba igual a los universitarios- (Lindbeck, 1971), así como la difusión de organizaciones como el *Club de Roma* (desde 1968, con apoyo de investigadores de Harvard, MIT, etc.). De este modo, se mezclaron reivindicaciones políticas de toma de conciencia y desburocratización, extendiéndose los planteamientos del Estado de bienestar a los problemas de calidad de vida -incluso los problemas de población, el crecimiento y sus externalidades, más su impacto en la naturaleza- (Meadows et al., 1972). El caso es que, como pasara con los *hippies*, volviéndose luego los *yuppies*, la *New Left* y su *New Economy* hibridaron y necesitaron de su némesis: *New Liberals*, a quien culpar de su bandazo ideológico, al llegar al poder como generación y aumentar los problemas sociales (etnoculturales, de género, etc.), así como el nivel de endeudamiento (consumiéndose la riqueza de siguientes generaciones), amén de la mayor devastación del medioambiente (culpándose a otros y postulando un neomaltusianismo eugenésico frente al cambio climático). Vid. Sánchez-Bayón, 2016, 18 y 19.

España: *Telefónica, Iberia y SEAT*). En tal sentido, la Administración de personal opera en los mismos términos que el resto de las Administraciones públicas: convocatorias públicas de contratación, vía sistemas de selección próximas al concurso-oposición, jerarquizándose y normalizándose empleados, etc.

En lo relativo a *Capital humano*, conviene prestar atención a la retroalimentación pacífica (entre EE.UU. y Japón, aunque también termina alcanzando a otros tigres asiáticos: Corea del Sur, Singapur, Hong-Kong y Taiwán). A diferencia del modelo burocrático y direccionista europeo (con financiación estadounidense, v.g. *ordocapitalismo* alemán, *degauillismo* francés), las variantes asiáticas, pretenden ir más allá, dando lugar a la peculiar burocracia corporativa de conglomerados familiares favorecidos por el Estado (v.g. *chaebols* surcoreanos: LG, Lotte, Daewoo, Samsung, Hyundai). En dichas variantes, la burocracia no se debe tanto a los tasados procesos (pues se busca su aligeración de manera resolutive y expeditiva), sino a las jerarquías y vínculos psicosociales en los que se sustentan (se trata de una burocracia no de idoneidad, sino de identificación de misión-visión-valores). Se alude así a expresiones como:

- *Toyotismo* (también conocido como *ohnoismo*): si Taylor formuló la organización científica del trabajo, sentando las bases modernas de RR.HH., otro ingeniero japonés, Taiichi Ohno, aprendiendo de las prácticas del ejército estadounidense desplegado en su país (v.g. programas TWI), combinándolas con planteamientos culturales propios (taoísmo y budismo, sobre todo), dio lugar al modelo *kaizen* o de gestión de calidad (mejora continua y reducción de: desperdicio, *stock* de almacén –tanto de materias primas como de producción-, horarios y empleados –con rotación de turnos y equipos-, etc.). Así nació *Toyota Production System* (TPS). Tras la crisis energética e industrial de 1973 (acabando con la expectativa de desarrollismo y pleno empleo), los estadounidenses asimilan el modelo TPS, sustituyendo la producción en cadena por *just in time* o ajustada (bajo demanda y de reducción de costes), además de dar lugar a otras propuestas de gestión, como la sustitución del sistema *push* (o previsión de ventas) por *pull* (o reposición, base del *retail* actual de supermercados), *improvement teams* (o equipos de mejora), así como otros tantos orientados al no-desperdicio (v.g. *production leveling, quick die changes, one-piece flow, flexible job assignments, removing non-value added work*). Con dicho trasplante comenzará la desinstitucionalización empresarial y cierta precarización laboral (vid. supra).
- *Kaizen Nissan* (literalmente: *cambio bueno* en japonés): se trata de una

versión actualizada de TPS, intensificando un modelo flexible y ágil de producción en conjunto, impulsado por otra empresa japonesa de automóviles (Nissan), destacando en los años 80 (al expandirse internacionalmente y llegar a superar a la estadounidense GM –no sólo por su gestión de RR.HH., sino por ser pionera en la producción de coches menos contaminantes-). Su modelo se basa en la selección de trabajadores ágiles y colaboradores (incluso de manera trasversal, juntando taller y oficina), además de resolutivos y expeditivos. Una de sus reglas operativas es *2x2*: tras la detección de un problema en la producción, se constituye un equipo interdisciplinario (llamados *círculos de calidad*, inspirados por K. Ishikawa), que dispone de dos días para dar con la solución e implementarla en la cadena antes de dos horas.

- *Lean* (es un préstamo del japonés, pasado al inglés, y suele entenderse como *sistema ágil y ajustado*): se alude a la producción innovadora desde los años 90, que no sólo no se preocupa de no desperdiciar en la producción (como se focalizaba TPS), sino que también integra la agilidad de respuesta de *kaizen-Nissan*, además de buscar la mejora de la experiencia del cliente (ofreciéndole más soluciones adecuadas: propuestas intuitivas, mayor comodidad, etc.). La propuesta nace en las escuelas de negocio estadounidenses, con tesis doctorales como la de J. Krafcik en Sloan-MIT (1988), pasando luego a consultoras, tipo las de Womack (quien dejara de ser profesor de MIT para fundar *Lean Enterprise Institute* en 1997, y *Lean Global Network* en 2007), impulsándose una cultura empresarial de mejora, añadiendo a todo lo anterior una vocación de heurística basada en retos y la proactividad de los colaboradores, lográndose una mayor motivación, además de perfeccionar y agilizar la cadena de valor.

De tal manera, se inició la desinstitucionalización rígida del trabajo (típica de EB), para pasar a otra flexible (como la economía gig), de trabajadores colaborativos y móviles. Sin embargo, tal transición no ha sido fácil ni agradable, más bien problemática: a) por las diferencias culturales; b) por los responsables de su trasplante y sus velos de confusión; c) por el requerimiento de organizaciones maduras, comprometidas con el cambio. Téngase en cuenta que, desde los años 80, cuando se generalizara el trasplante cultural de los modelos planteados al resto de Occidente (por urgencia de reconversión y no por convencimiento pleno), resulta que los encargados de dicha labor fueron los *baby-boomers* y la *generación x* (ya *yuppies* de dirección), extendiendo un cúmulo de velos sobre la

*desinstitucionalización flexible*⁹, volviéndola así precaria para las siguientes generaciones (la *generación y*, más los *milenios* –conocidos como los *mileuristas*, vid. supra-): la flexibilidad es una condición física que permite la deformación ante presiones (como las crisis), para recuperarse luego; pero crisis tras crisis y dada la desinstitucionalización promovida, las nuevas generaciones, pese a su mayor cualificación, disfrutaban de menos derechos, teniendo que saber negociar sus beneficios laborales en cada nueva experiencia profesional (más allá del *salario emocional*, vid. supra). Al riesgo de rechazo de trasplante cultural y su inadecuada operación, como se ha indicado, hay que añadir el requerimiento de organizaciones maduras: aquellas focalizadas, ya no en la mera producción y los beneficios, sino en las personas y la sostenibilidad, basándose en un *modelo de bienestar y felicidad* (vid. supra).

En este balance, hay que añadir la crítica vertida por los sobrevenidos *Estudios culturales* (de corte neo y post-marxista), haciéndose eco de la misma las Escuelas de negocio, y postulándose la siguiente fórmula sintética (sobre la evolución de RR.HH.): en los años 60, dominaba un uniforme paradigma masculino, de corte competitivo-desarrollista (crecimiento a toda costa), cuyo sector líder era el automovilístico, con grandes fábricas y oficinas, y tendente a la normalización de trabajadores (usualmente de la zona, seleccionados por títulos educativos y uniformados en consecuencia); tras la globalización, se ha transitado a un multi-paradigma femenino, de corte colaborativo-posibilista (las empresas ya no se valoran por su producción e inmuebles, sino por su talento y capacidad transformadora), cuyo sector líder es el tecnológico (v.g. *GAFAs: Google, Apple, Facebook, Amazon*), con colaboradores diversos (en nacionalidades, etnias, género, etc.) y creativos (con iniciativa y planteamientos originales).

⁹ A los universitarios del 68, les alienaba que sus vidas estuvieran ya claramente diseñadas, por lo que se permitieron un periodo sabático hippie, y al reclamárseles que fueran el relevo de élites de poder que estaba previsto, entonces regresaron con el objetivo de dismantelar el sistema (su desinstitucionalización): hasta entonces, ser universitario daba acceso a un cargo en una empresa de manera indefinida, sabiendo exactamente cuánto cobrar y qué hacer cada día hasta la jubilación (como un tren ubicado en unos railes hasta la parada final). Paradójicamente, le quitaron su dimensión social a la empresa (como proyecto de personas y bienes para lograr unos objetivos comunes), centrándola sólo en el ánimo de lucro, al que despreciaban tanto como practicaban, convirtiéndolo en especulativo y por tanto, contrario a la propia subsistencia de la empresa (Sánchez-Bayón, 2018 y 19. Sánchez-Bayón, et al., 2017).

Figura 3.- Evolución de RR.HH. a Área de desarrollo de talento



Fuente: elaboración propia.

Por tanto, los cambios en los planteamientos de RR.HH. (de la rigidez jerárquica y largoplacista a la flexibilidad trasversal y cortoplacista), son previos al agotamiento de la EB (con su burocracia y direccionismo), solo que agravándose todo ello con las crisis de la globalización, resultando así urgente y necesario un nuevo paradigma para la posglobalización. Para conocer el actual estado de la cuestión, se ofrece a continuación un diagnóstico y pronóstico de las relaciones laborales en el marco de la *economía gig* (ECC, EA, EN), introduciéndose a novedosas nociones relacionadas con los colaboradores (v.g. *knowmads*, *flexecurity*, *part-time jobs mix*), y las organizaciones (v.g. *wellness & happiness model*).

3. Diagnóstico y pronóstico de relaciones laborales ante la economía gig

Como se viene señalando, la economía gig es una fase de la economía digital, que aglutina expresiones como ECC, EA y EN. Su nombre procede de una expresión estadounidense, relativa a la gira o bolos artísticos: un profesional ofrece sus servicios para una actuación y, si gusta, repite. Algo así funciona la economía gig: un profesional debe estar en redes sociales y plataformas, pendiente de la llamada para su actuación, que es valorada y de ello depende si continúa prestando ese servicio en su zona, incluso en otras plazas. Luego, ¿cuáles son los pro y contra de la economía gig?

- A favor: permite que gente corriente de todo el mundo, con lo que ya tiene, puede iniciar negocios y participar en mercados sin intermediarios y respetando el medioambiente (al compartir, reciclar y alquilar, frenándose la obsolescencia programa y destino basura). Uno es su propio jefe, gestionando su tiempo e ingresos; cada cuál conoce su

talento y lo pone al servicio de los demás; no hay tanta burocracia y direccionismo, sino más bien, el riesgo se convierte en una oportunidad y experiencia, que además se comparte con los otros, generando una inteligencia colaborativa, añadiendo aún más valor a la labor realizada (siendo también un primer hito del camino a la SC).

- b) En contra: al virtualizarse (operar vía internet), desaparecen las oficinas y la camaradería, dificultando la sindicación y defensa de derechos laborales; al no pagarse apenas impuestos ni cotizaciones, no hay casi protección laboral, desapareciendo las vacaciones pagadas, los subsidios de desempleo o enfermedad, las jubilaciones, etc.

En definitiva, al no haber tanto control de los mercados ni de los trabajos, resulta muy difícil su fiscalización por los poderes públicos, por lo que estos generan restricciones y alarma al respecto, como pasa con las mal llamadas “criptomonedas” (restándose confianza, que es la base económica). De tal modo, se intenta regular en contra de (vid. *figura 4*): apartamentos turísticos (v.g. *AirBnB*, *Rentalia*), vehículos de transporte con conductor (v.g. *Uber*, *BlaBlaCar*), bazares de segunda mano (v.g. *Wallapop*, *eBay*, *OpenBazaar*)... ya no porque escapen a su gravamen, sino por su falta de influencia en su devenir (no pudiendo fijar restricciones, tipo licencias, colegiaciones, etc.), vulnerándose así su monopolio del sistema social: resulta que los ciudadanos ya no necesitan de los poderes públicos y sus fedatarios para la prestación y validación de bienes y servicios, sino que pasan a ser las propias comunidades de particulares quienes lo hacen, con recursos como las *puntuaciones*, *comentarios* y *rankings*, así como la tecnología *blockchain* (operativa a raíz de la crisis de valores de 2008). Ciertamente es que la tendencia de las redes sociales, plataformas y aplicaciones en las que se basa la economía gig, ha sido la de concentración (como ya pasara con las principales multinacionales en la EB, sirviendo el ejemplo de la industria musical –por continuar con la alusión a los bolos-, reducida a cuatro grandes conglomerados), dando lugar a *relaciones de elefantes y hormigas* (o sea de grandes compañías y cada uno de los profesionales), pero con la gran diferencia del potenciado influjo de la *destrucción creativa* (grandes cambios en poco tiempo, constante heurística y renovación tecnológica, etc.), por lo que periódicamente se van renovando los líderes de sector, así como los propios sectores.

Figura 4.- Elementos de la economía gig



Fuente: elaboración propia.

La economía gig acaba con buena parte de la burocracia y el direccionismo, devolviendo cierta autonomía al colaborador –quien ya no es trabajador dependiente o *mano de obra*-; eso sí, se ha incrementado el riesgo y la incertidumbre, además de exigirse agilidad, adaptabilidad y talento (tanto en el valor diferencial propio, como en el aportado a la relación laboral). En lo tocante a RR.HH., la economía gig está afectando sobre todo a dos tipos de profesionales, en polos opuestos: los *knowmads* (muy cualificados) y los *freeriders* (poco cualificados).

- a) *Knowmads* (juego de palabras del inglés: *know+nomads*=nómadas del conocimiento, tipo médicos, abogados, profesores, ingenieros, diseñadores, etc.): son profesionales del conocimiento, altamente cualificados, y abiertos a la movilidad. Sirva de ejemplo, el caso de los colaboradores en las *holocracy startups* o *empresas hocráticas* (*autogestionadas o sin-jefe*) –¿cómo contratar a los mejores y luego decirles lo que tienen que hacer, ralentizando todo con barreras de supervisión?-, desde pioneras como *Zappos* (empresa de zapatos) o *Gore* (ropa *gore-tex*), pasando por *DaVita* (servicios de salud), hasta *Valve* (videojuegos), *Netflix* (entretenimiento audiovisual), *Rastreator* (buscadores y comparadores de servicios) o *Ternary Software* (servicios informáticos) –y ni que decir en sectores renovados por la destrucción creativa, tipo *FinTech*-. En estas compañías todos pueden proponer y asumir proyectos (sin puestos ni roles fijos, sino a modo de *redarquías* – más allá de las tradicionales cooperativas-), cobrando según

participación y resultados, además de darse manifestaciones como *teletrabajo* (desde cualquier lugar, siendo el móvil la oficina), *flexecurity* (al ser colaboradores cualificados, conocen sus derechos y pueden permitirse renunciar a la relación laboral –esa es su seguridad-, por lo que las condiciones están abiertas a negociación –la flexibilidad-), o *part-time job mix* (al colaborar en *startups*, para asegurar facturación – que no ya salario-, debe tenerse un cesta de colaboraciones –incluso, se recomienda el empezar a percibir a los empleadores como clientes, de modo que desaparece el estigma psicosocial del despido-)

- b) *Freeriders* (son los jinetes solitarios, aludiendo a repartidores, reponedores, vigilantes, etc.): se trata de operadores poco cualificados, obligados a la movilidad. Uno de los casos más ilustrativos es el de los repartidores de *Deliveroo* o *Glovo*. En sendas compañías, existe un sistema abierto y ágil de contratación, pero lleno de riesgos y costes ocultos: personas en situación irregular pueden empezar a trabajar de inmediato¹⁰, eso sí, casi sin coberturas y teniendo que registrarse varios repartidores bajo una misma cuenta, de modo que aseguren el cumplimiento de las entregas y su frecuencia, para permanecer visibles en los ranking de reparto de servicios. Como corrección a esos elefantes, van surgiendo alternativas como *La Pájara*, u hormigas de reparto especializado (v.g. para consultoras, despachos, firmas).

Como resultado del balance realizado, se ha constatado el cambio (de paradigma económico, empresarial, laboral, de RR.HH., etc.), con constantes correcciones, pues aún se está en fase de transición (como es la posglobalización). Por ello, tanto el diagnóstico como el pronóstico resultan menos claros de lo deseable, al tener que convivir aún el rígido modelo de EB y el flexible de economía gig (dando lugar a intermedias zonas grises de precariedad). Lo que sí es seguro, es la extinción de EB (v.g. argentinización populista de Europa), con sus relaciones laborales burocratizadas y dirigidas para asalariados dependientes, expuestos a una mayor precariedad (menguándose sus derechos y resignándose al respecto)¹¹, por no asumir el

¹⁰ Cualquiera que disponga de un bien o servicio del que no requiera en ese momento (v.g. una habitación, un coche, minutos de teléfono), puede ponerlo a disposición de los demás, ganando todos (menos el Estado, que tiene más difícil su fiscalización, perdiendo parte de su financiación esperada). Incluso, pueden participar inmigrantes irregulares, solo que lamentablemente, ven reducida su disponibilidad –temporalmente- a la condición de *freeriders*, ya que la de *knowmands* requiere del sorteo de trabas administrativas (Navajas et al, 2014 y 16).

¹¹ En los últimos tiempos se ha generalizado un perverso tópico: “y gracias que se tiene trabajo”. Resulta que no importa qué trabajo sea ni en qué condiciones, sino disponer del mismo. Al respecto caben dos observaciones: a) pese a la falsa seguridad de EB (con su regulación proteccionista), el asalariado nunca ha tenido un trabajo en sentido patrimonial, pues si fuera así,

riesgo de descubrir su talento, cultivarlo y ofrecerlo a los demás. Además, la precariedad de la que se viene hablando (generalizada en la recta final de EB), no es imputable a la *cuarta revolución industrial* y su *transformación digital* (pues destruye tantos trabajos, como nuevos crea –como ya pasara en las otras revoluciones industriales, vid. infra-), sino a la mala fe y mala práctica de *baby-boomers* y *gen x* en diversos niveles: a) económico: pese a ser los más beneficiados de EB, la han llevado a su colapso (al haber consumido más riqueza de la generada, gastando la de las siguientes generaciones, vía endeudamiento); b) empresarial: han promovido la desinstitucionalización de las compañías (desde la *deslocalización* y el *dumping de mano de obra* –corregida con la transformación digital, v.g. *impresoras 3D-*, hasta la intensificación de figuras laborales precarias, tipo becario –en vez del contrato en prácticas y de aprendizaje-), por lo que ya no hay un proyecto común ni sostenibilidad, sino que cada cual tiene su propia *agenda oculta*, saltando de proyecto en proyecto (Pérez-Huertas y Sánchez-Bayón, 2013 y 15); c) RR.HH.: al mismo tiempo que ha habido hiperregulación, se ha intensificado del fraude de ley, de modo que a los nuevos trabajadores se les ha contratado por debajo de su cualificación, imponiéndoseles unas condiciones abusivas, bajo una falsa promesa de futura mejora y de que otros vendrán que asumirán la sobrecarga (debido a la desinstitucionalización, ya no hay carreras laborales al uso, ocupándose un puesto multitarea mientras convenga, pues a la dirección ya no se llega por promoción interna, sino vía caza-talentos). En definitiva, es el fin de EB y sus RR.HH., y la economía gig sólo es una fase más (con errores que corregir, si se desea alcanzar la SC); por lo que se recomienda cuanto antes aprender cuáles son los nuevos paradigmas y cómo operar al respecto.

Conclusiones

Tal como anunciara el rótulo del artículo, se pretendía ofrecer aquí una crítica de RR.HH., dado su fin y la emergencia del talento para la posglobalización. A lo largo del texto, se han ido sembrando ideas clave, tipo: el agotamiento de RR.HH. por cumplimiento de objetivos y ciclo; el balance de los cambios económicos (de EB a digital), empresariales (de los conglomerados del sector automovilístico a la virtualidad GAFAs), y de RR.HH. (del modelo direccionistas y burocrático de asalariados titulados replicados al modelo de bienestar y felicidad de colaboradores talentosos y

se podría vender, por ejemplo (sí ha habido distorsiones, como las prácticas socialistas del PRI en México: cuando alguien encontraba trabajo a otro, se debía dar una parte del salario, aumentando así la precariedad laboral, fomentándose el gran ausentismo laboral en dicho país); b) con la extinción de EB, lo que sí parece es que los trabajos tienen a las personas (como se ha aclarado no importa el trabajo, sino estar al amparo del mismo).

motivados); el diagnóstico y pronóstico laboral ante la economía gig, con dos perfiles afectados y polarizados (los *knowmads* y los *freeriders*), etc.

En definitiva, en lo tocante a RR.HH., es su fin, por todo lo expuesto y explicado, pero también por la propia destrucción creativa (que ha afectado a otros sectores y profesiones, vid. infra), así como a la emergencia del talento: toda organización madura requiere de colaboradores talentosos, empezando por quienes deben gestionar dicho talento. Hoy en día, un responsable de gestión cultural y desarrollo de talento es clave, pues como un entrenador, conoce a su equipo, ayudando en el crecimiento personal y profesional de todos y cada uno, para “salir a ganar”. En cuanto a la parte cultural, no sólo vela por el buen clima laboral, sino que ha de promocionar una cultura organizacional participativa e integradora (v.g. redefiniendo y haciendo accesible la misión, visión y valores de la compañía, el reglamento interno de la empresa, la resolución de conflictos y su prevención). Luego, un gestor cultural y desarrollador de talento ha de ser alguien empático y pragmático a la par, que siga la regla 80/20: la mayor parte del tiempo apoyando a los colaboradores, y la menor posible dedicada a papeleo.

Queda mucho por decir sobre el fin de RR.HH. y la emergencia del talento para su adecuación a H2030, pero al tratarse de un camino que aún se está recorriendo (con constantes y acelerados cambios), baste por ahora estas primeras reflexiones sembradas (a cosechar preferiblemente antes del año 2030).

Fuentes de consulta

ANDREU, A., SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2019). *Claves de Administración y Dirección de Empresas en la Posglobalización*, Madrid: Delta Publicaciones, 2019.

BAUMAN, Z. (2000). *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity.

BECK, U (1992). *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: Sage.

CASTELLS, M. (2002). *La Era de la Información*. México DF: Siglo XXI Editores.

HUXLEY, A. (1932). *Brave new world*, London: Chatto & Windus.

KOSKO, B. (1999). *The Fuzzy Future*. New York: Random House.

LINDBECK, A. (1971). *The Political Economy of the New Left*. New York: Harper & Row.

MARX, K. (1867-94). *Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie*, Hamburg: Verlag von Otto Meisner.

- MATTELART, A. (2001). *Histoire de la société de l'information*. Paris: Découverte.
- MEADOWS, D. et al. (1972). *The limits to growth*. Cambridge: Universe Books.
- NAVAJAS, V., SANCHEZ-BAYON, A., CEBRIAN, A. (2016). *Inmigración y emprendimiento en la globalización: estudio de caso aplicado a la realidad española*, Madrid: Delta Publicaciones.
- NAVAJAS, V., LÓPEZ, C., SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2014). “Aprendizaje participativo en disciplinas duales mediante estudio de casos trasversales: una mirada a los problemas del emprendimiento en España”, *Universidad & Empresa* (v. 16, nº 26): 173-190.
- PÉREZ-HUERTAS, J., SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2015). “Aportación iberoamericana a la nueva gestión”, *Miscelánea* (v. 73, n. 142): 93-110.
- PÉREZ-HUERTAS, J., SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2013). “Nuevas aportaciones en Teoría económica y empresarial: la escuela de juegos de poder y la evaluación de su desarrollo”, *Torre de los Lujanes* (v. 69): 127-151.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2019). “Problemas convergentes de derecho, economía y sociología en la posglobalización: transición entre la economía de bienestar y las economías colaborativas, circulares, autónomas y naranjas”, *Derecho y Cambio Social* (nº 57): 12-41.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2017). “Apuntes para una teoría crítica humanista y su praxis económico-empresarial en la posglobalización”, *Miscelania* (v. 75, n. 147): 305-329.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2017). “Revelaciones conceptuales y lingüísticas de la posglobalización: Retos de construcción moral de la sociedad del conocimiento y aportes del humanismo hispánico”, *Carthaginensia* (v. XXXIII, n. 64): 411-458.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2016). *Problemas y retos para alcanzar la sociedad del conocimiento*, Madrid: Delta Publicaciones.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2014). “Global System in a Changing Social Reality: How to Rethink and to study it”, *Beijing Law Review* (nº 5): 196-209. DOI: 10.4236/blr.2014.53019
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A., et al. (2018). “Plan de acción frente al consumismo global de la Nueva Economía”, *Empresa y Humanismo* (v. XXI, n. 1): 69-93.
- SENNETT, R. (1998). *The corrosion of character*. New York: Norton.

- SMITH, A. (1776). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. London: Straham & Cadell.
- TALEB, N. (2007). *The Black Swan*. New York: Random House. (2012). *Antifragile*. New York: Random House.
- TAYLOR, F.W. (1911). *The Principles of Scientific Management*. New York: Harper & Bro.
- ULIÁNOV, V.I. (1909). *Materialismo y empiriocriticismo* (trad. ruso). Moscú: Zvienó.
- VALERO, J.A., SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2018). *Balance la globalización y teoría social de la posglobalización*. Madrid: Dykinson.
- VV.AA. (1971). *Tras la fachada de las teorías burguesas* (trad. Carrillo y Rodríguez). Moscú: Ed. Progreso.
- WRIGHT MILLS, C. (1956). *White Collar: the American Middle Classes*. New York: Oxford University Press.

O ensino doméstico (*homeschooling*) e seu possível reconhecimento legal no Brasil (*)

Homeschooling and its possible legal recognition in Brazil

La enseñanza doméstica (*homeschooling*) y su posible reconocimiento legal en Brasil

Júlia Ávila Vianez¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. **1.** A educação e a Constituição de 1988. **2.** A educação no Ordenamento Infraconstitucional. **3.** O *homeschooling* no Direito norte-americano. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo realizar um estudo acerca do ensino doméstico, também conhecido como

(*) Recibido: 27 marzo 2019 | Aceptado: 18 julio 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 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). juuhvianez@hotmail.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

homeschooling, e seu possível reconhecimento legal no Ordenamento Jurídico brasileiro. Com tal intuito, fez-se uma análise acerca do tratamento que a educação recebeu na Constituição brasileira de 1988 e na legislação infraconstitucional vigente, analisando a dicotomia entre dever dos pais e dever do estado com base na tese do jurista Franciulli Netto. Após, a partir dos ensinamentos do professor Fernando da Costa realizou-se uma pesquisa a respeito do *homeschooling* no Direito norte-americano, bem como da base histórica e cultural que permitiu que o ensino doméstico florescesse no referido país, de modo a expor o êxito da prática naquele país. Além disso, ao adentrar o dever constitucional do Estado de fornecer educação, deu-se enfoque ao caráter complementar entre a modalidade convencional de ensino e o *homeschooling*, de maneira a concluir pela compatibilidade entre o *homeschooling* e o dever do Estado de fornecer educação.

Palavras-chave: ensino doméstico, educação, dever do Estado.

Abstract: The present study aims to conduct a study about home teaching, also known as homeschooling, and its possible legal recognition in the Brazilian Legal Order. With this purpose, an analysis was made of the treatment received by the Brazilian Constitution in 1988 and the current infraconstitutional legislation, analyzing the dichotomy between parental duty and state duty based on the thesis of the jurist Franciulli Netto. Afterwards, from the teachings of Professor Fernando da Costa, a research was carried out on homeschooling in the North American Law, as well as of the historical and cultural base that allowed that the domestic education flourished in the said country, in order to expose the success practice in that country. In addition, in entering the constitutional duty of the State to provide education, the complementary nature of the conventional mode of teaching and homeschooling was emphasized, in order to conclude that there is a compatibility between homeschooling and the State's duty to provide education.

Keywords: homeschooling, education, state duty.

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo realizar un estudio sobre la enseñanza doméstica, también conocido como *homeschooling*, y su posible reconocimiento legal en el ordenamiento jurídico brasileño. Con tal propósito, se hizo un análisis acerca del tratamiento que la educación recibió en la Constitución brasileña de 1988 y en la legislación infraconstitucional vigente, analizando la dicotomía entre el deber de los padres y deber del estado con base en la tesis del

jurista Franciulli Netto. Después, a partir de las enseñanzas del profesor Fernando da Costa se realizó una investigación acerca del *homeschooling* en el Derecho norteamericano, así como de la base histórica y cultural que permitió que la enseñanza doméstica florezca en dicho país, para exponer el éxito de la práctica en ese país. Además de profundizar en el deber constitucional del Estado de proporcionar educación, se dio un enfoque al carácter complementario entre la modalidad convencional de enseñanza y el *homeschooling*, de manera que permita concluir en la compatibilidad entre el *homeschooling* y el deber del Estado de proporcionar educación.

Palabras clave: enseñanza doméstica, educación, deber del Estado.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a realizar um estudo acerca do *homeschooling* e da sua possibilidade de congruência com o Ordenamento Jurídico Pátrio.

O *homeschooling*, conforme preceitua Kelly Coutinho (2018)³, “é entendido no Brasil como ensino domiciliar, sendo transferida para os pais ou tutores a responsabilidade de educar os filhos em casa ou no ambiente definido por eles”.

A partir desse conceito, deve-se suscitar que, com o julgamento do RE 888815/RS, o tema foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal como não tutelado pela lei brasileira, em razão da ausência de lei regulamentadora para o exercício da educação doméstica.

Nesse sentido, embora haja interpretação da Suprema Corte na linha da inconstitucionalidade da prática (enquanto não se edita lei regulamentadora), é justo buscar trazer argumentos que expõem os benefícios práticos do *homeschooling* e os motivos jurídicos e principiológicos em que se baseiam seus defensores.

O que se sabe é que, além da prática ser aceita em 63 países, no Brasil ela vem crescendo e já soma, segundo dados da Associação Nacional de Ensino

³ COUTINHO, Kelly. Afinal, o que é o homeschooling? Entenda este método de ensino. **Saindo dos Trilhos**. 2018. Disponível em: < <https://saindodostrilhos.com.br/o-que-e-homeschooling/>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

Domiciliar (2017)⁴, aproximadamente 5.000 famílias que aderiram à referida opção educacional.

Inicialmente, é importante destacar que, por diversas vezes no decorrer do trabalho, serão utilizadas expressões diferentes que abarcam o mesmo significado, a exemplo do emprego de termos como “homeschooling”, “ensino doméstico”, “ensino domiciliar”, etc, que se referem ao ensino realizado no ambiente familiar.

Ademais, cabível lembrar, a título de menção, que existem projetos de lei que visam regularizar o homeschooling no Congresso Nacional.

O presente estudo fará um apurado a respeito da educação e a Constituição de 1988, sublinhando a sua relevância na legislação infraconstitucional.

Posteriormente, realizaremos um breve estudo acerca dos princípios que norteiam o fenômeno do *homeschooling*, principalmente no país em que a prática mais floresceu, qual seja, nos Estados Unidos da América.

Dessa forma, a partir de toda essa construção, que analisará a educação no âmbito constitucional brasileiro, o homeschooling e a legislação pátria atual e a aplicação dessa modalidade de ensino nos Estados Unidos da América, será possível concluir se a prática deve ou não ser reconhecida legalmente pelo Ordenamento Jurídico do Brasil.

1. A EDUCAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A atual Constituição Brasileira, promulgada no ano de 1988, marcou um período de redemocratização do país, de modo que buscou assegurar e ampliar o rol de direitos e garantias fundamentais. Por esse motivo, o texto constitucional estabelece como um dos princípios fundamentais o Estado Democrático de Direito, cujo foco é proteger esses direitos frente aos possíveis abusos estatais.

Ademais, entende-se que também deve haver uma ação positiva do Estado em prol da sociedade. Nesse sentido, considerando que a educação é um elemento primordial no desenvolvimento humano e aprimoramento da cultura, o Poder Constituinte optou por classificá-la como direito social. Assim prevê o *caput* do artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 6º 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

⁴ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR. **Perguntas Frequentes**. 2017. Disponível em: <<https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-sobre/ed-perguntas>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Tendo tamanha importância, importa registrar que a CRFB/88, em seu art. 24, inciso IX, estabelece como sendo competência da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar concorrentemente sobre educação.

Nessa linha, é relevante registrar que o próprio texto constitucional prevê como se dará a divisão de atuação dos entes federativos no que tange aos sistemas de ensino.

Segundo o art. 211 da CFRB/88, a União deverá financiar as instituições de ensino públicas federais, enquanto os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. O município, por sua vez, deverá focar no ensino fundamental e na educação infantil. Veja:

Art. 211. § 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

Além disso, considerando-a como elemento imprescindível no Estado Democrático de Direito, Gomes (2005, p. 66), afirma:

O Direito e o Estado devem ser considerados meios e não fins. Estes devem estar à disposição do homem e não o contrário. Conforme ensina Kant: o homem constitui um fim em si mesmo (aperfeiçoamento de seu ser); por esta razão que a educação é vital tanto para o desenvolvimento do indivíduo, como da democracia e consequentemente do Estado.

É mister destacar também que existe uma incerteza e vagueza no que se refere ao significado e alcance do conceito de educação. Sobre isso, Ranieri (2000), citada por Maria Cristina Teixeira e Zambone (2015, p. 17-18)⁵, ensina que:

Educação [...] constitui o ato ou efeito de educar-se; o processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano,

⁵ TEIXEIRA, Maria Cristina; ZAMBONE, Alessandra Maria Sabatine. **O direito social à educação**. 2015. Disponível em:

<<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:NWgREOZrr0oJ:https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/download/6617/5185+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

visando a sua melhor integração individual e social. Significa também os conhecimentos ou as aptidões resultantes de tal processo, ou o cabedal científico e os métodos empregados na obtenção de tais resultados. E, ainda, instrução, ensino. [...] Ensino, por sua vez, designa a transmissão de conhecimentos, informações ou esclarecimentos úteis ou indispensáveis à educação; os métodos empregados para se ministrar o ensino; o esforço orientado para a formação ou modificação da conduta humana; educação.

Isto posto, paira no ar a dúvida sobre quem é o responsável por fornecer o referido direito. A CRFB/88, em seu art. 229, determina que é dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores.

Por outro lado, o art. 208 do referido diploma legal estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado através da garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito. Ainda nesse dispositivo, o parágrafo terceiro dispõe que compete ao Poder Público e aos responsáveis pela criança zelar por sua frequência escolar.

Dessa forma, aplicando o ensino doméstico a esses dispositivos constitucionais, percebe-se que resta dúvida quanto à existência ou não da chancela da Lei Maior para a prática, visto que por um lado a Carta Magna confere aos pais o dever de educar os filhos menores, e, por outro, estabelece como dever do Estado fornecer a educação.

Nota-se, portanto, que o Texto Constitucional de 1988 permite diferentes interpretações e posicionamentos a favor do ensino obrigatório regular, como fora tratado no artigo publicado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Franciulli Netto (2005, p. 227)⁶ que ensina:

Destarte, o conteúdo das normas constitucionais disciplinadoras do direito à educação deve ser investigado em consonância com os preceitos relativos à família, de maneira a evitar qualquer contradição. Se é dever do Estado e da família garantir a educação e ao Estado a promoção do bem-estar da família, a vontade familiar prevalece na determinação dos métodos e concepções pedagógicas.

Dessa forma, não é possível extrair da leitura da Constituição brasileira a certeza acerca de qual viés foi dado à educação pela Carta Magna de 1988 em relação ao homeschooling.

⁶ NETTO, Franciulli. **Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família**. 2007. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/coletanea/article/view/1703/1627>>.

Acesso em: 12 mar. 2019.

O Supremo Tribunal Federal, conforme artigo publicado no site Dizer o Direito (2018)⁷, manifestou-se sobre o assunto, no julgamento do RE 888815/RS:

Não é possível, atualmente, o ensino domiciliar (*homeschooling*) como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação.

Não há, na CF/88, uma vedação absoluta ao ensino domiciliar. A CF/88, apesar de não o prever expressamente, não proíbe o ensino domiciliar.

No entanto, o ensino domiciliar não pode ser atualmente exercido porque não há legislação que regulamente os preceitos e as regras aplicáveis a essa modalidade de ensino.

Assim, o ensino domiciliar somente pode ser implementado no Brasil após uma regulamentação por meio de lei na qual sejam previstos mecanismos de avaliação e fiscalização, devendo essa lei respeitar os mandamentos constitucionais que tratam sobre educação.

STF. Plenário. RE 888815/RS, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 12/9/2018 (repercussão geral) (Info 915).

Vê-se, dessa feita, que o STF firmou entendimento no ano de 2018 que a prática só é cancelada pela Ordem Jurídica Pátria caso haja lei que a regulamente.

Todavia, com a eleição do presidente Jair Bolsonaro, a tese no sentido de permitir a prática ganhou força, uma vez que a Ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos, Damares Alves, já se manifestou no sentido de que será editada medida provisória para regular o tema.

Segundo a Ministra, em matéria publicada por Ferrari (2019)⁸, “Nós entendemos que é direito dos pais decidir sobre a educação dos seus filhos, é uma questão de direitos humanos. Então, a iniciativa sai deste ministério sob esta vertente. É uma questão de direitos humanos também”.

Prosseguindo a análise constitucional do tema, é importante sublinhar que o ensino doméstico é uma modalidade educacional que possui forte relação com a instituição da família. Isso porque, é a família, representada pelos pais,

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888815 – Rio Grande do Sul. **Dizer o Direito**. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/11/nao-e-possivel-atualmente-o.html>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

⁸ FERRARI, Hamilton. Ministério de Damares encaminhará MP para regulamentar ensino domiciliar. **Correio Braziliense**. 2019. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/ensino_educacaobasica/2019/01/29/ensino_educacaobasica_interna,733828/damares-alves-encaminha-mp-para-regulamentar-ensino-domiciliar.shtml>. Acesso em: 10 mar. 2019.

que opta por fornecer esse modo de ensino aos filhos e não a educação convencional, e essa escolha se dá por razões ideológicas, religiosas e etc.

Nesse sentido, é relevante invocar o disposto no art. 5º, inciso VIII, da CRFB/88, que respalda o instituto da objeção de consciência, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Alexandre Moreira (2008)⁹, ao versar sobre esse dispositivo constitucional, afirmou que:

A falta de previsão legal da prestação alternativa não inviabiliza o exercício do direito, pois todas as normas que prevêm direitos individuais têm aplicabilidade imediata. Basta a utilização do superprincípio da proporcionalidade. [...] O citado inciso refere-se a uma das maiores proteções do indivíduo contra os excessos da democracia (do poder da maioria) em sua vida.

Destacando a importância do supracitado inciso e do instituto que ele resguarda para o exercício da cidadania e para a democracia, Gilmar Mendes e Branco (2012, p. 443)¹⁰ dispõem que:

A objeção de consciência consiste, portanto, na recusa em realizar um comportamento prescrito, por força de convicções seriamente arraigadas no indivíduo, de tal sorte que, se o indivíduo atendesse ao comando normativo, sofreria grave tormento moral. (...) A objeção de consciência admitida pelo Estado traduz forma máxima de respeito à intimidade e à consciência do indivíduo. O Estado abre mão do princípio de que a maioria democrática impõe as normas a todos, em troca de não sacrificar a integridade íntima do indivíduo.

Ao comentar acerca do tema, Marcelo Novelino (2014, p. 508)¹¹ leciona:

⁹ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Homeschooling: uma alternativa constitucional à falência da Educação no Brasil. **Jusbrasil**. 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/420105/artigos-homeschooling-uma-alternativa-constitucional-a-falencia-da-educacao-no-brasil>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹¹ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. SCHOLASTIC APTITUDE TESTE. **New Chart Shows Homeschooling "By the Numbers"**.

O reconhecimento da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença somente faz sentido se conferida ao indivíduo a faculdade de agir conforme suas convicções. O Estado, além de não interferir no âmbito de proteção desses direitos, deve assegurar os meios para que sejam realizados na maior medida possível.

Aplicando os supracitados entendimentos doutrinários acerca do instituto da objeção de consciência ao *homeschooling*, percebe-se que ambos guardam íntima relação, na medida em que a escolha pelo ensino doméstico se justifica, muitas vezes, por motivos de crença religiosa ou ideologia política.

Isso significa que a escusa de consciência, enquanto direito que tutela a liberdade de consciência e de crença de cada indivíduo, é um instituto que abarca os indivíduos que almejam fornecer *homeschooling* aos seus filhos, justamente porque essas pessoas o fazem por suas convicções pessoais.

Nesse sentido, Moreira (2008)¹² disserta que:

A objeção de consciência aplica-se perfeitamente ao caso do *homeschooling*. Os pais que aplicam essa forma de educar aos filhos discordam, de forma radical, do sistema educacional imposto no País. E, se há bons motivos para que isso ocorra em países desenvolvidos, mais ainda pode se dizer no Brasil, cujas crônicas deficiências educacionais são mais que conhecidas.

Portanto, considerando que cada família tem suas particularidades religiosas, políticas, filosóficas, etc, os defensores da legalização da prática entendem que é direito dos pais escolher a forma de educação que acharem mais adequada para seus filhos.

Afinal, alegam que, por mais importante que seja a prestação estatal em prol da efetivação da educação, esta atuação deve ser subsidiária, não podendo o Estado se colocar como o “grande” pai das crianças, mas devendo se portar como colaborador das famílias.

Sobre a liberdade dos pais escolherem a melhor via de ensino para os filhos, Araña e Errázuriz (2011)¹³ comentam:

O Estado deve salvaguardar a liberdade das famílias, de modo que estas possam escolher com retidão a escola ou os centros que julguem mais convenientes para a educação dos seus filhos. Certamente, no seu papel de tutelar o bem comum, o Estado possui determinados direitos e deveres sobre

Disponível em: <<http://www.home-school.com/news/homeschooling-by-the-numbers.php>>.

Acesso em: 12 mar. 2019.

¹² Ibidem, p. 08.

¹³ ARANA, J.A; ERRAZURIZ, J.C. O direito dos pais à educação dos filhos (I). Opus Dei. 2011.

Disponível em: <<http://opusdei.org/pt-br/article/o-direito-dos-pais-a-educacao-dos-filhos-i/>>.

Acesso em: 11 mar. 2019.

a educação e a eles voltaremos num próximo artigo. Mas tal intervenção não pode chocar com a legítima pretensão dos pais de educar os seus próprios filhos em consonância com os bens que eles defendem e vivem, e que consideram enriquecedores para a sua descendência.

Ainda nesse sentido, considerando o conflito entre a liberdade dos pais e a primazia do Estado em fornecer educação, Ives Gandra da Silva Martins (1985, p. 27)¹⁴, ensina:

O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo.

Por fim, ressalta-se que a Lei Maior de 1988 estabelece dois deveres aparentemente contrastantes: o dos pais educarem os filhos e o do Estado de fornecer educação. A Constituição também chancela o instituto da escusa de consciência, que, como visto, guarda proximidade com o *homeschooling*.

2. A EDUCAÇÃO NO ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL

Além de ser exaustivamente tratada na Constituição, a educação, dada sua importância, encontra destaque também no ordenamento infraconstitucional, como se demonstrará a seguir.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD - Lei 8.069/90) estabelece, no seu art. 22, que é dever dos pais o sustento, a guarda e educação dos filhos menores. Posteriormente, no art. 55, prevê expressamente a obrigatoriedade de matrícula na rede regular de ensino. Confira-se:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Ademais, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96 - LDBE) indica que a educação é dever da família e do Estado, inspirada nos princípios da liberdade e da solidariedade humana. O art. 6º corrobora a obrigação prevista no ECRIAD. Veja:

¹⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. In **Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural**, n. 1, 1ª ed., Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985.

Art. 6º É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.

Apesar da LDBE não fazer nenhuma referência ao *homeschooling*, sendo omissa nesse ponto, nota-se, pela leitura da lei, que o Poder Público, juntamente com os pais, deve zelar pela frequência escolar. Confira-se, por exemplo, o art. 5º, §1º, inciso III, *in verbis*:

Art. 5.º § 1º O poder público, na esfera de sua competência federativa, deverá:

III - zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Outrossim, é importante mencionar que o Código Penal também versa sobre educação no que tange ao crime de *abandono intelectual*, uma vez que tipifica como crime deixar de prover instrução primária ao filho em idade escolar, sem que haja justa causa. Atente-se:

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Por último, é imprescindível citar um documento que gozou de grande respaldo na História mundial, e ainda exerce enorme influência tanto no Direito como na política. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), tratado internacional do qual o Brasil é signatário, em seu art. 26, assim dispõe sobre a primazia dos pais sobre a escolha do gênero de educação a ser dada aos filhos:

2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos.

Percebe-se, diante de todo o exposto, que a discussão acerca da legalidade ou não do ensino doméstico, à luz do Ordenamento Jurídico Pátrio, é válida, e embora haja entendimento atual do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade da prática até a edição de lei que a regule, existem argumentos jurídicos para ambos os lados.

Contudo, entendendo que o Direito deve se modificar para que possa se adaptar às demandas da sociedade, o presente trabalho não se propõe a uma mera reprodução legal, mas sim a um estudo lógico-argumentativo acerca da possibilidade de reconhecimento do *homeschooling* no Brasil.

Afinal, a análise da experiência prática do ensino domiciliar ao redor do Globo e dos seus lados positivos e negativos permite mensurar se a referida

prática poderá se tornar uma via alternativa eficaz frente à educação convencional no país, que se encontra em estado calamitoso.

3. O HOMESCHOOLING NO DIREITO NORTE-AMERICANO

O ensino doméstico tem sido apontado como uma via alternativa à educação convencional, possibilitando que as crianças, até o nível médio, sejam educadas no ambiente doméstico, através dos pais, tutores, ou professores particulares.

Decerto, os motivos pelos quais tantas famílias optam por *homeschooling* são vários, como por exemplo, divergências ideológicas, motivos religiosos, discordância com relação à forma de ensino das instituições, violência no ambiente escolar, etc. Em entrevista acerca do tema, a escritora Isabel Lymann (2008)¹⁵, quando indagada das motivações do *homeschooling*, respondeu:

Em 1996, o Departamento de Educação da Flórida enviou um formulário de pesquisa para 2.245 homeschoolers, sendo que 31 por cento dessas pessoas deram retorno. Desse grupo, 42 por cento disseram que a insatisfação com o ambiente predominante nas escolas públicas (insegurança, drogas e pressão adversa do ambiente) foi a razão que os fez elaborar um programa próprio de educação domiciliar. Minha tese de doutorado, focalizada no *homeschooling* e na mídia, analisou mais de 300 artigos de jornais e revistas. Neles, descobri que as quatro principais razões para se evitar o ensino escolar convencional foram a insatisfação com as escolas públicas, o desejo de se transmitir livremente valores religiosos, a superioridade acadêmica do ensino doméstico e a necessidade de se construir laços familiares mais robustos.

Além disso, existem críticas ao modelo da escola contemporânea, no qual o professor transmite o conteúdo para a turma sem se atentar para as especificidades e tempo de aprendizagem de cada criança.

Nesse sentido, é imperioso lembrar que não se pode cobrar um rendimento equivalente entre todas elas, haja vista que cada ser humano tem suas próprias afinidades e limitações. Sobre isso, Dumas, Gates e Scharzer (2008, p. 10)¹⁶ comentam:

¹⁵ LYMANN, Isabel. O Homeschooling nos EUA (e no Brasil). **Mises Brasil**. 2008. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=153>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

¹⁶ DUMAS, Tanya K.; GATES, Sean; SCHWARZER, Deborah R. **Evidence for Homeschooling: Constitutional Analysis in Light of Social Science Research**. Widener Law Review, Forthcoming. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=5131031030091200061071110860861020740970420140480230251211150661170010971130990721240270120100410261210340900700241201131210120170090440150491000291250770850220940680650130831121240880860901060>>

Um dos principais benefícios do *homeschooling* é a habilidade de adaptar a educação de acordo com as necessidades de cada estudante e a possibilidade de trabalhar com a criança de forma mais individualizada. A maioria das escolas tem um professor para um grupo de alunos, o que não permite que as necessidades educacionais de cada criança sejam realmente conhecidas. Mas famílias que educam em casa usam uma grande variedade de diferentes para alcançar o fim que desejam.

Ademais, deve-se considerar que o ano escolar já se inicia com um planejamento temporal, em que todos os conteúdos têm data pra começar e para ser finalizado, além de ter horário determinado para cada matéria, de modo que a criança não tem tempo hábil para aprender a gostar e se aprofundar em um conteúdo ou matéria específica.

Nesse sentido, a economista Kerry McDonald (2017)¹⁷ acredita que as escolas, como elas são atualmente, “matam a criatividade da criança”. Confira-se:

Em 2006, o educador e autor de livros Ken Robinson proferiu uma palestra para a TED intitulada "Será que as escolas matam a criatividade?". Com mais de 45 milhões de visualizações, esta continua sendo a palestra mais visualizada da história da TED.

A premissa de Robinson é simples: nosso atual sistema educacional acaba com a criatividade e a curiosidade naturais dos jovens ao forçá-los a se configurar dentro de um molde acadêmico unidimensional. Esse molde pode funcionar bem para alguns — principalmente, como diz ele, para aqueles que querem se tornar professores universitários.

Porém, para a maioria de nós, nossas paixões e habilidades inatas são, na melhor das hipóteses, ignoradas. Na pior, são prontamente destruídas pelo sistema educacional moderno.

O educador John Holt, citado por McDonald (2017)¹⁸, há décadas já chegava a essa mesma conclusão:

Queremos acreditar que estamos enviando nossas crianças para a escola para que elas aprendam a pensar. Mas o que realmente estamos fazendo é ensinando-as a pensar de maneira errada. Pior: estamos ensinando-as a abandonar uma maneira natural e poderosa de pensar e a adotar um método que não funciona para elas e o qual nós mesmos raramente usamos.

Ainda pior do que tudo isso: nós tentamos convencê-las de que, ao menos dentro da escola, ou mesmo em qualquer situação em que palavras, símbolos

92006123076124026002120097065118095024124117085015107029080&EXT=pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

¹⁷ MCDONALD, Kerry. Como a escola acaba com a criatividade e com o raciocínio próprio. **Mises Brasil**. 2017. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2704>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

¹⁸ *Ibidem*, p. 14.

ou pensamento abstrato estejam envolvidos, elas simplesmente não podem pensar. Devem apenas repetir.

Ao ensino, é oportuno registrar que o ensino doméstico pode ser feito através de vários métodos, devendo os responsáveis se atentarem ao perfil específico da criança, pois uma vez que foge ao padrão convencional, não pode ser ele mesmo um desses modelos. Sobre os variados métodos, Dumas, Gates e Scharzer (2008, p. 10)¹⁹ explicam:

Muitas famílias usam uma forma de abordagem que segue muito o estilo, escopo, sequência e materiais utilizados nas instituições de ensino tradicionais. Outras famílias escolhem abordagens padronizadas de modelos da educação clássica, incorporando lógica, latim e o desenvolvimento do pensamento crítico. Algumas famílias usam um modelo mais holístico de aprendizado, que integre arte e natureza dentro do currículo. Outros unem o trabalho de educar de forma que atendam as especificidades de cada criança e os problemas de aprendizado ou até mesmo o estilo que se encaixe melhor no perfil da criança, assim como a dificuldades com os materiais escolares, da forma como são apresentados nas “escolas tradicionais”. A maioria utiliza uma variedade de abordagens, testando diferentes materiais, métodos e escolhendo o que melhor se adaptar a criança. Porque o *homeschooling* fornece aos pais a habilidade de customizar um meio de aprendizado para cada criança.

Outrossim, quanto à origem do *homeschooling*, não é possível definir de forma exata, uma vez que a instituição escolar, segundo Coimbra (1986)²⁰, surgiu no século XVII, de modo que o ensino doméstico é anterior e provavelmente sempre existiu.

A partir da experiência da Prússia e da Áustria, cresceu nos demais países leis determinando a obrigatoriedade da frequência escolar, colocando em risco o ensino doméstico. Sobre essa crescente onda, Vieira (2012, p. 7)²¹ relata:

A escolarização obrigatória, [...] foi concebida nos governos despóticos da Prússia e da Áustria setecentistas com um propósito claro: construir um estado-nação unificado. Nos dois séculos seguintes, leis de frequência escolar

¹⁹ Ibidem, p. 14.

²⁰ COIMBRA, Cecília Maria B. **As funções da instituição escolar: análise e reflexões**. 1986. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931989000300006>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²¹ VIEIRA, André de Holanda Padilha. **“ESCOLA? NÃO, OBRIGADO”**: Um retrato da homeschooling no Brasil. Monografia de graduação em Sociologia – Universidade de Brasília. Brasília: 2012. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3946/1/2012_AndredeHolandaPadilhaVieira.pdf> Acesso em: 12 mar. 2019

compulsória foram aprovadas por quase todos os governos no mundo com a progressiva assimilação de necessidades locais.

Contudo, começou a florescer nos Estados Unidos, desde a década de 1960, um movimento de contracultura em prol do *homeschooling*. Este movimento teve como precursores Paul Goodman, Ivan Illich e John Holt. A partir desse pontapé inicial, segundo Vieira (2012, p. 07)²², o movimento ganhou outros adeptos, como o casal adventista Raymond e Dorothy Moore e o líder protestante James Dobson.

Atualmente, apesar de não estar expressamente prevista na Constituição dos Estados Unidos da América, a prática é permitida nos cinquenta estados norte-americanos e têm-se aproximadamente 2,3 milhões de alunos adeptos do ensino doméstico, segundo dados do *National Home Education Research Institute* (NHERI).

Ao olhar para a história do país, facilmente se enxerga a razão da prática ter florescido e angariado tantas famílias. O povo americano, desde os primórdios do país, já almejava e zelava pela liberdade e autonomia.

A busca por liberdade começou antes mesmo da conhecida Guerra de Independência dos Estados Unidos da América – aliás, é oportuno mencionar que essa busca a inspirou.

Tentando se desvencilharem da submissão e das duras leis impostas pelos ingleses, os imigrantes das Treze Colônias se reuniram no segundo Congresso da Filadélfia (1776). Nesta ocasião, Thomas Jefferson assinou a Declaração de Independência, documento que seria crucial para o futuro do país.

Irresignado, o rei inglês George III não aceitou a supracitada Declaração, e proclamou guerra. Todavia, foram os americanos que, com o apoio da França e da Espanha, saíram vitoriosos no episódio que ficou conhecido como a Guerra de Independência (1776-1783). Sobre esse fato histórico tão influenciado pela sede de liberdade, Fernando Nogueira da Costa (2014)²³, professor da UNICAMP, relata:

Na miríade de imigrantes que formaram as 13 colônias britânicas na América do Norte, para a constituição da imagem de liberdade e da cidadania, desde os primórdios, houve uma hipertrofia de alguns fatos históricos e a supressão ou diminuição de outros. Foi um “extra-ordinário” processo de (re)invenção de memória e de uma longa tradição de liberdade. [...] A ideia de autonomia

²² Idem.

²³ COSTA, Fernando Nogueira da. *Revolução Americana: Estados Unidos, Liberdade e Cidadania*. 2014. Disponível em: <<https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2014/01/26/revolucao-americana-estados-unidos-liberdade-e-cidadania/#comment-38146>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

e liberdade das colônias é muito mais complexa do que a memória oficial destacou [...]. A tradição de liberdade para os colonos puritanos foi reforçada ao longo de todo o século XVII pela quase ausência total da Inglaterra.

Como é possível observar, a liberdade, característica principal dos Estados Unidos, está profundamente entrelaçada com sua história e raízes. Nesse sentido, o professor continua:

A partir da metade do século XVIII, houve, entretanto, uma visível mudança no comportamento colonial inglês. As dívidas contraídas pelo governo de Londres durante a chamada Guerra dos Sete Anos com a França (1756-1763) e as novas necessidades ditadas pela Revolução Industrial justificaram a alteração de atitude com a imposição de legislação de caráter mercantilista, reduzindo a liberdade colonial que predominara antes. Os colonos norte-americanos passaram a receber, sistematicamente, leis restritivas com a do açúcar, a do selo, a da moeda, etc.

Dessa forma, os colonos americanos, acostumados com uma interferência ínfima da Coroa Inglesa nas questões atinentes à Colônia, se viram duramente prejudicados pelas novas medidas implementadas.

Vendo sua tão valiosa autonomia se esvaír, os americanos buscaram reverter esse quadro de intervencionismo inglês nas 13 colônias, haja vista que isso havia gerado um ônus significativo aos interesses dos habitantes do novo território. Sobre a resposta dada pelos americanos as medidas da Coroa, Costa (2014)²⁴ dispõe que:

As medidas britânicas provocaram o choque entre a Inglaterra e suas 13 colônias. Os colonos passaram a fazer petições com reclamações e congressos expressando sua desavenças com a nova política. A política inglesa foi pouco flexível e a repressão armada começou. Ainda antes da Declaração de Independência de 1776 já existiam choques armados entre colonos e ingleses. [...] Não havia apenas uma luta para enfrentar, havia uma memória e uma identidade a construir.

Assim, diante dessas breves considerações acerca da fundação dos Estados Unidos e dos valores que nortearam a criação dessa nova nação, é notável que a ideia da liberdade permeia o imaginário cultural do povo americano desde o surgimento do país.

O respeito às liberdades individuais, a proteção à propriedade privada e o caráter mínimo do Estado são princípios basilares dos founding fathers do país, razão pela qual tais ideias são fortes até hoje naquela nação.

²⁴ Ibidem, p. 17.

Esse arcabouço principiológico, difundido no inconsciente de cada cidadão americano ao longo dos séculos, serviu de sementeira para o florescimento de ideias como a educação domiciliar – o “*homeschooling*”.

Afinal, se cada ser humano é livre e se o Estado deve evitar interferir na vida privada alheia, não há razões para proibir que pais que desejem educar seus filhos em suas casas, conforme suas convicções políticas ou religiosas, o façam.

Além disso, oportuno mencionar – visando destacar a eficácia do *homeschooling* – personalidades mundialmente conhecidas que, nos séculos XVIII e XIX, receberam ensino doméstico, como George Washington, primeiro presidente dos Estados Unidos, e Abraham Lincoln, presidente americano que contribuiu para a abolição da escravidão. Sobre isso, Vieira (2012)²⁵ registra:

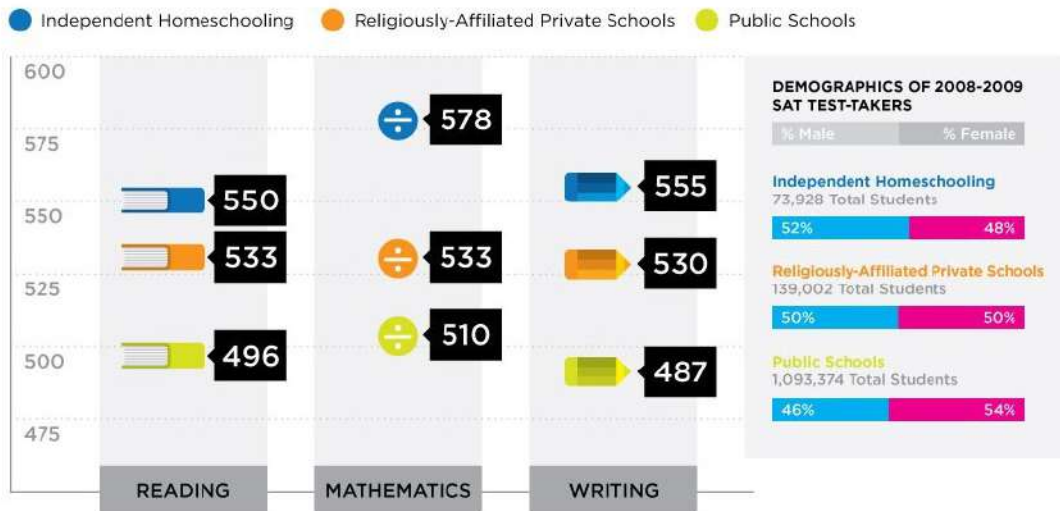
A força da homeschool (*sic*) nos Estados Unidos encontra raízes profundas no prestígio que a prática gozava entre os founding fathers do país: George Washington, Abraham Lincoln, Thomas Jefferson e Benjamin Franklin foram todos educados em casa. (VIEIRA, 2012, p. 16).

Assim, pode-se concluir que as ideias que contribuíram diretamente para a criação do Estado Americano são compatíveis com o *homeschooling*, de maneira que o estudo domiciliar, dentro da lógica e dos princípios que fundaram aquele país, é só mais uma consequência natural.

Ao longo dos anos, a prática adquiriu quantidade considerável de adeptos, atingindo o número de 2,3 milhões de estudantes nos Estados Unidos. Além disso, pesquisas realizadas pelo Scholastic Aptitude Teste – SAT (versão americana do ENEM) no referido país para avaliar o desempenho, nos anos de 2008 e 2009, dos homeschoolers (estudantes que fazem *homeschooling*) e dos alunos convencionais – dentre eles, estudantes de escolas religiosas e escolas públicas –, mostraram que estes tiveram performance inferior aos estudantes de ensino doméstico. Confira-se:

²⁵ Ibidem, p. 16.

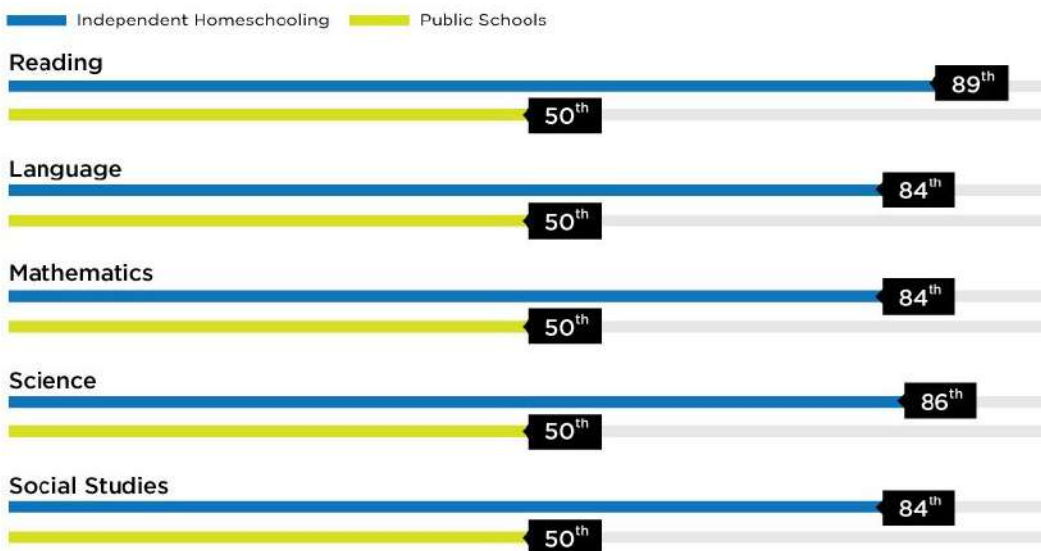
COMPARING 2008 - 2009 SAT SCORES



26

Nas demais matérias, os alunos do *homeschooling* continuam na frente dos alunos convencionais. Atente-se:

NATIONAL AVERAGE PERCENTILE SCORES PUBLIC SCHOOL VERSUS HOMESCHOOL



27

É mister salientar, outrossim, que a exposição dessas pesquisas não visa inferiorizar as escolas convencionais, nem mesmo afirmar que o

²⁶ SCHOLASTIC APTITUDE TESTE. **New Chart Shows Homeschooling "By the Numbers"**. Disponível em: <<http://www.home-school.com/news/homeschooling-by-the-numbers.php>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

²⁷ Idem.

homeschooling é sempre eficiente, ou seja, sempre logra êxitos. Na verdade, o objetivo é mostrar que a experiência americana revela os bons resultados do ensino doméstico.

Cabe destacar que essa eficácia obtida com a prática nos Estados Unidos não significa justificativa, por si só, para que o *homeschooling* seja permitido no Brasil. Todavia, o fato de naquele país ter tido bons resultados representa apenas um sinal de que há experiência internacional positiva quanto à prática.

Dessa forma, à luz dos resultados obtidos nos Estados Unidos da América, a tese que busca deslegitimar o *homeschooling* por alegar que a seu caráter difuso e familiar é ineficiente não possui valor absoluto, pois, caso possuísse, a experiência americana, permeada dessas duas características, não adquiriria resultados satisfatórios, inclusive superiores ao das escolas convencionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente trabalho, foi possível constatar a importância da educação como direito social previsto e amplamente tratado tanto na CRFB/88 como na legislação infraconstitucional. Contudo, não obstante sua importância para o efetivo exercício da cidadania, a educação não está restrita a uma mera prestação estatal.

Afinal, a atuação do Estado em prol da educação é essencial, na medida em que através do ensino público abarca crianças que, se ficassem reféns apenas do ensino privado, em razão de sua hipossuficiência, não conseguiriam ter acesso às escolas, de modo que o referido direito social não teria eficácia no plano fático.

Sendo assim, é em busca dessa efetivação que o Estado fornece a educação pública e almeja promover o referido direito social. Todavia, isso não deve excluir, de maneira alguma, novas opções de oferecimento de educação, como é o caso da educação doméstica.

É inegável que o ensino convencional e público é importante, uma vez que fornece esse direito, tão relevante, para aqueles que, se refém do ensino privado tradicional ou do *homeschooling*, correriam o risco de ficarem desassistidas.

Contudo, a permissão do ensino doméstico em nada prejudica esse dever estatal de fornecer educação para os hipossuficientes. Na verdade, se estaria permitindo o exercício do direito constitucional à liberdade de consciência dos que desejam assim educar aos próprios filhos.

Deve-se compreender que o ensino convencional fornecido pelo Estado e o *homeschooling* não são institutos excludentes, mas sim complementares, em que ambos representam modalidades cujo intuito é justamente efetivar o direito à educação.

Além disso, urge lembrar que a discussão sobre o reconhecimento legal do ensino doméstico não pretende diminuir o alcance da educação, o que certamente seria inconstitucional.

Pelo contrário, o objetivo é ampliar os horizontes educacionais, com novos métodos, visões e instrumentos; é tentar abraçar famílias que não estão satisfeitas com o sistema educacional moderno e crianças que não conseguem se enquadrar nele.

Sendo assim, amparado pelo princípio constitucional da liberdade – elemento imprescindível no Estado Democrático de Direito – e pelo instituto da escusa de consciência, é urgente que se proceda com o devido reconhecimento legal do ensino doméstico.

REFERÊNCIAS

- ARANA, J.A; ERRAZURIZ, J.C. O direito dos pais à educação dos filhos (I). Opus Dei. 2011. Disponível em: <<http://opusdei.org/pt-br/article/o-direito-dos-pais-a-educacao-dos-filhos-i/>>. Acesso em: 11 mar. 2019.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR. **Perguntas Frequentes**. 2017. Disponível em: <<https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-sobre/ed-perguntas>>. Acesso em: 13 mar. 2019.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** . 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

- BRASIL. **Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888815 – Rio Grande do Sul. **Dizer o Direito.** Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/11/nao-e-possivel-atualmente-o.html>>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- COIMBRA, Cecília Maria B. **As funções da instituição escolar: análise e reflexões.** 1986. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931989000300006>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- COSTA, Fernando Nogueira da. **Revolução Americana: Estados Unidos, Liberdade e Cidadania.** 2014. Disponível em: <<https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2014/01/26/revolucao-americana-estados-unidos-liberdade-e-cidadania/#comment-38146>>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- COUTINHO, Kelly. Afinal, o que é o homeschooling? Entenda este método de ensino. **Saindo dos Trilhos.** 2018. Disponível em: <<https://saindodostrilhos.com.br/o-que-e-homeschooling/>>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/pdf>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- DUMAS, Tanya K.; GATES, Sean; SCHWARZER, Deborah R. **Evidence for Homeschooling: Constitutional Analysis in Light of Social Science Research.** *Widener Law Review*, Forthcoming. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=513103103009120006107111086086102074097042014048023025121115066117001097113099072124027012010041026121034090070024120113121012017009044015049100029125077085022094068065013083112124088086090106092006123076124026002120097065118095024124117085015107029080&EXT=pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2019.
- FERRARI, Hamilton. Ministério de Damares encaminhará MP para regulamentar ensino domiciliar. **Correio Braziliense.** 2019. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/ensino_educacaobasica/2019/01/29/ensino_educacaobasica_>

interna,733828/damores-alves-encaminha-mp-para-regulamentar-ensino-domiciliar.shtml>. Acesso em: 10 mar. 2019.

GOMES, Sergio. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa humana e o Direito Fundamental à Educação**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, 2005, n.51.

LYMANN, Isabel. O Homeschooling nos EUA (e no Brasil). **Mises Brasil**. 2008. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=153>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. In **Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural**, n. 1, 1ª ed., Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985.

MCDONALD, Kerry. Como a escola acaba com a criatividade e com o raciocínio próprio. **Mises Brasil**. 2017. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2704>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Homeschooling: uma alternativa constitucional à falência da Educação no Brasil. **Jusbrasil**. 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/420105/artigos-homeschooling-uma-alternativa-constitucional-a-falencia-da-educacao-no-brasil>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

NETTO, Franciulli. **Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família**. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/coletanea/article/view/1703/1627>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

SCHOLASTIC APTITUDE TESTE. **New Chart Shows Homeschooling "By the Numbers"**. Disponível em: <<http://www.home-school.com/news/homeschooling-by-the-numbers.php>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

SCHOLASTIC APTITUDE TESTE. **New Chart Shows Homeschooling "By the Numbers"**. Disponível em: <<http://www.home-school.com/news/homeschooling-by-the-numbers.php>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

- TEIXEIRA, Maria Cristina; ZAMBONE, Alessandra Maria Sabatine. **O direito social à educação**. 2015. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:NWgREOZrr0oJ:https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/download/6617/5185+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- VIEIRA, André de Holanda Padilha. **“ESCOLA? NÃO, OBRIGADO”**: Um retrato da homeschooling no Brasil. Monografia de graduação em Sociologia – Universidade de Brasília. Brasília: 2012. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3946/1/2012_AndredeHolandaPadilhaVieira.pdf> Acesso em: 12 mar. 2019.

**Mediação e direito fraterno em um cenário de litígios:
o diálogo como instrumento de fomento na
administração de conflitos e na promoção da cidadania
ativa^(*)**

**Mediation and fraternal law in a scenario of litigation:
dialogue as an instrument of promotion in the
management of conflicts and the promotion of active
citizenship**

**Mediación y derecho fraterno en un escenario de litigio:
el diálogo como instrumento de promoción en la gestión
de conflictos y la promoción de la ciudadanía activa**

Tauã Lima Verdan Rangel¹

Sumário: Comentário introdutório: da superação da cidadania à edificação da cidadania ativa. **1.** O sistema adversarial brasileiro e o acirramento da litigiosidade entre os atores processuais. **2.** O direito fraterno como alicerce teórico dos métodos extrajudiciais de tratamento de conflitos. **3.** O emprego da mediação em um cenário de litígios: o empoderamento dos indivíduos na administração dos conflitos e a desconstrução da tradicional ideologia processual ganhador-perdedor. - Ponderações finais: o

(*) Recibido: 01 abril 2019 | Aceptado: 30 julio 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

¹ Pós-Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense “Darcy Ribeiro”. Mestre e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense.
taua_verdan2@hotmail.com

diálogo como instrumento de fomento na administração de conflitos e na promoção da cidadania ativa. – Referências.

Resumo: É fato que, no território nacional, o sistema jurídico estabelecido privilegia, sobremaneira, o enfrentamento entre as partes envolvidas no litígio, agravando, comumente, conflitos inúteis, alongando as batalhas e fomentando o confronto entre os envolvidos no dissenso causador da lide. Há uma ofuscante valoração do dualismo ganhador-perdedor que permeia o sistema processual adotado, no qual, imperiosamente, existe a imprescindibilidade de se estabelecer uma vítima e um responsável pelo acontecimento do conflito. Não bastasse a ótica adversarial que torna os limites do caderno processual um verdadeiro campo de batalhas, a morosidade do desenvolvimento da marcha do processo tem o condão de desencadear nefastos desgastes, comprometendo, por vezes, o discernimento dos envolvidos no que toca à administração do conflito. No sistema vigente, cuida reconhecer que a conflituosidade tende a emoldurar os procedimentos judiciais. Os litigantes, em decorrência dos mecanismos processuais agasalhados na legislação processual, são obrigados, comumente, a apresentar motivos justificadores a existência do dissenso, buscando se colocar em situação de vítima e a parte *ex-adversa* como culpada pela ocorrência do conflito, utilizando, por vezes, de argumentos que são hipertrofiados e que não refletem, em razão do grau de comprometimento psicológico dos envolvidos, a realidade existente, aguçando, ainda mais, a beligerância entre os envolvidos. Diante de tal cenário, o escopo do presente artigo está assentado em promover um exame a respeito do diálogo como importante mecanismo condutor da administração do conflito, pautando-se, para tanto, nas balizas sustentadoras da Mediação e do Direito Fraternal, importantes instrumentos no fomento da cidadania ativa e no empoderamento dos atores para o alcance de um consenso capaz de refletir os anseios dos envolvidos. Como base teórica, foram empregadas as contribuições apresentadas por Luis Alberto Warat, Fabiana Marion Spengler e Elígio Resta.

Palavras-chaves: mediação, direito fraternal, cultura do diálogo.

Abstract: It is a fact that, in the national territory, the established legal system privileges, especially, the confrontation between the parties involved in the litigation, worsening, usually, useless conflicts, lengthening the battles and fomenting the confrontation between those involved in the dissension that caused the litigation. There is a dazzling valuation of the winning-loser dualism that permeates the procedural system adopted, in which, imperiously, there is the indispensability of establishing a victim

and responsible for the event of the conflict. Not enough adversarial optics that makes the limits of the procedural book a real battlefield, the slowness of the development of the march of the process has the potential to trigger nefarious wear and tear, sometimes compromising the discernment of those involved in the administration of conflict. In the current system, it is important to recognize that conflicts tend to framed judicial procedures. The litigants, as a result of the procedural mechanisms wrapped up in the procedural legislation, are usually forced to present justifiable reasons for the existence of dissent, seeking to place themselves in the position of victim and the ex-adversary party as guilty of the occurrence of the conflict, using, for sometimes, of arguments that are hypertrophied and that do not reflect, due to the degree of psychological commitment of those involved, the existing reality, sharpening even more the belligerence between those involved. In view of such a scenario, the scope of this article is based on promoting an examination of the dialogue as an important mechanism for conducting conflict management, based on the goal of sustaining Mediation and Fraternal Law, important instruments in the promotion of active citizenship and the empowerment of the actors to reach a consensus capable of reflecting the wishes of those involved. As a theoretical basis, contributions were made by Luis Alberto Warat, Fabiana Marion Spengler and Elígio Resta.

Keywords: mediation, fraternal right, culture of dialogue.

Resumen: Es un hecho que, en el territorio nacional, el sistema legal establecido privilegia, sobre todo, la confrontación entre las partes involucradas en el litigio, agravando, comúnmente, conflictos inútiles, alargando las batallas y fomentando la confrontación entre los involucrados en la disidencia que causó el litigio. Existe una valoración cegadora del dualismo ganador-perdedor que impregna el sistema procesal adoptado, en el que, imperiosamente, existe la necesidad de establecer una víctima y una persona responsable del evento del conflicto. Si el punto de vista adversario que convierte los límites del cuaderno de procedimiento en un verdadero campo de batalla no fuera suficiente, la lentitud en el desarrollo del proceso tiene el poder de desencadenar un desgaste perjudicial, comprometiendo, a veces, el discernimiento de los que intervienen en la administración del conflicto. En el sistema actual, se cuida de reconocer que los conflictos tienden a enmarcar los procedimientos judiciales. Los litigantes, como consecuencia de los mecanismos procesales envueltos en la legislación procesal, suelen estar obligados a presentar razones justificables para la

existencia de disidencia, buscando colocarse en una situación de víctima y ex-adverso como culpable de la ocurrencia del conflicto, utilizando, en ocasiones, argumentos que son hipertrofiados y que no reflejan, debido al grado de compromiso psicológico de los implicados, la realidad existente, agudizando aún más la beligerancia entre los implicados. Ante tal escenario, el alcance de este artículo se basa en la promoción de un examen del diálogo como importante mecanismo impulsor de la gestión de conflictos, basado en los objetivos sostenedores de la Mediación y el Derecho Fraternal, instrumentos importantes en la promoción de la ciudadanía activa y el empoderamiento de los actores para lograr un consenso capaz de reflejar las preocupaciones de los involucrados. Como base teórica se utilizaron las contribuciones presentadas por Luis Alberto Warat, Fabiana Marion Spengler y Elígio Resta.

Palabras clave: mediación, derecho fraternal, cultura de diálogo.

COMENTÁRIO INTRODUTÓRIO: DA SUPERAÇÃO DA ESTADANIA À EDIFICAÇÃO DA CIDADANIA ATIVA

Em um primeiro comentário, cuida destacar que, em sede de teoria constitucional contemporânea, *cidadão* é o indivíduo que detém vínculo jurídico com o Estado. “É portador de direitos e deveres por uma determinada estrutura legal (Constituição, leis) que lhe confere, ainda, a nacionalidade” (BENEVIDES, 1994, p. 07). Cidadãos, portanto, são, em tese, livres e iguais perante a lei, porém são considerados súditos em relação ao Estado. Neste aspecto, nos regimes democráticos, compreende-se que os cidadãos participarem ou aceitaram o pacto estruturante da nação ou, ainda, de uma nova ordem jurídica. Por sua vez, no quadro da democracia liberal, o termo *cidadania* corresponde ao conjunto das liberdades individuais – os denominados direitos civis de locomoção, pensamento, expressão, integridade física, associação, etc. Denota-se, neste primeiro contato, que a cidadania advém da construção e reconhecimento dos direitos humanos de primeira dimensão. “Os direitos de primeira geração [dimensão] ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade” (BONAVIDES, 2007, p. 563), aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de

oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

A edificação da democracia social introduziu, àqueles direitos do indivíduo, os direitos trabalhistas, também nomeados de direitos a prestações de natureza social reclamadas ao Estado, tais como educação, saúde, seguridade e previdência. Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal” (BONAVIDES, 2007, p. 564). Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”, como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p. 47).

Em ambos os casos o cidadão, nesta concepção, é titular de direitos e liberdades em relação ao Estado e a outros particulares – mas permanece situado fora do âmbito estatal, não assumindo qualquer titularidade quanto a funções públicas. Mantém-se, assim, a perspectiva do constitucionalismo clássico: direito do homem e do cidadão são exercidos frente ao Estado, mas não dentro do aparelho estatal (BENEVIDES, 1994, p. 08).

Ora, o cidadão, além de ser alguém que é capaz de exercer direitos, cumpre deveres ou goza de liberdades em relação ao Estado, assim como é titular, mesmo que parcialmente, de uma função ou poder público. Com efeito, a possibilidade de participação direta no exercício do poder político confirma o ideário de soberania popular como elemento imprescindível ao delineamento da democracia. Mais que isso, é verificável o reforço da importância de se somarem direitos políticos aos direitos sociais, porquanto aqueles favorecem a organização para a reclamação desses. Nesta toada, como bem destaca Chauí (1984), a cidadania pode ser definida pelos princípios da democracia, traduzindo-se, necessariamente, em conquista e em consolidação social e política. Benevides (1994), em arremate ao esposado, aponta que a cidadania reclama instituições, mediações e comportamentos próprios, substancializando-se na criação de espaços sociais de lutas (movimentos sociais, sindicais e populares) e na definição de instituições permanentes para a expressão política, tais como partidos, legislação e órgãos do Poder Público.

Do apresentado, há que se distinguir a cidadania passiva – “aquela que é outorgada pelo Estado, com a ideia moral do favor e da tutela” (BENEVIDES, 1994, p. 08) – da cidadania ativa, aquela que empodera o cidadão como portador de direitos e deveres, mas, fundamentalmente, criador de direitos para abrir novos espaços de participação política. Assim, a cidadania ativa, a partir da concepção exposta, reclama, em sede do território nacional, uma substancial ampliação dos direitos políticos para possibilitar a participação direta do cidadão no processo das decisões de interesse público. Todavia, o exercício da cidadania ativa não pode estar limitado apenas a uma atuação na esfera política institucional, reclamando plurais arenas de materialização. Neste passo, há que se reconhecer, também, que é imprescindível a existência de espaços públicos independentes das instituições do governo, do sistema partidário e das estruturas do Estado é condição imprescindível à democracia contemporânea e o exercício da cidadania ativa. “Como intermediações entre o nível do poder político e as redes da vida cotidiana, esses espaços públicos requerem simultaneamente os mecanismos da representação e da participação” (VIEIRA, s.d., p. 09).

Salta aos olhos, portanto, que ambos são fundamentais para a existência da democracia nas sociedades complexas, eis que, consoante Melucci (1988) os espaços públicos são pontos de conexão entre as instituições políticas e as demandas coletivas, entre as funções de governo e a representação de conflitos. Nesta linha, a edificação dessa esfera social-pública, na condição de participação social e política dos cidadãos, passa pela existência de entidades e movimentos não-governamentais, não-mercantis, não-corporativos e não-partidários. Ora, tais entidades e movimentos são privados por sua origem, mas públicos por seu escopo. Eles promovem a articulação entre esfera pública e âmbito privado como nova forma de representação, perseguindo alternativas de desenvolvimento democrático para a sociedade. Segundo Vieira (s.d.), as organizações da sociedade civil que cumprem funções públicas percebem sua prática inovadora na articulação de uma nova esfera pública social, sendo consideradas precursoras de uma nova institucionalidade emergente. Verifica-se, assim, que o Estado, o mercado, as corporações e os partidos não seriam suficientes para a articulação e ampliação da esfera pública em sua integralidade, nem seriam adequados para a estruturação de uma nova institucionalidade social-pública. Ao reverso, a pressão advinda de uma esfera social-pública emergente é que poderia reformar e democratizar efetivamente o Estado, o mercado, as corporações e os partidos.

Os chamados novos movimentos sociais - movimentos ecológicos, feministas, de minorias, de consumidores etc. - se organizaram de forma autônoma fora dos partidos políticos, pois sentem-se (sic) afugentados pela

forma piramidal, burocrática e profissional das lutas político-partidárias. Em suma, essas entidades e movimentos da sociedade civil, de caráter não-governamental, não-mercantil, não-corporativo e não-partidário, podem assumir um papel estratégico quando se transformam em sujeitos políticos autônomos e levantam a bandeira da ética, da cidadania, da democracia e da busca de um novo padrão de desenvolvimento que não produza a exclusão social e a degradação ambiental (VIEIRA, s.d., p. 10).

Tecidos estes comentários, há que se destacar, ainda segundo a visão apresentada por Garcia (2009), que o Brasil é um país que concentra inúmeras peculiaridades, sejam elas históricas, climáticas, geográficas, culturais e étnicas. Contabiliza-se, dentro das inúmeras singularidades, a relação construída entre governantes e governados, porquanto o Brasil não é uma ação de direitos conquistados, mas sim de direitos concedidos. Desta feita, percebe-se que, desde o Brasil colônia até os dias atuais, a relação entre a população e detentores do poder se caracterizou pela constante subordinação e pelo excesso de autoritarismo. Com ênfase, “o Estado brasileiro é caracterizado por políticas paternalistas e populistas, assimiladas como formas de concessões e benefícios oferecidos pelo governante a seus cidadãos” (ANDRADE; CASTRO; PEREIRA, 2012, p. 185).

A trajetória histórica nacional revela que a democracia e a cidadania tiveram uma formação dessemelhante da encontrada em outras partes do globo, porquanto, no território nacional, em primeiro lugar vieram os direitos sociais, em seguida direitos políticos e, por fim, os direitos civis. Cuida salientar que a implementação de cada um desses direitos não ocorreu de forma ideal e satisfatória, eis que parcela dos direitos supramencionados permanece inacessível a uma grande parte da sociedade brasileira. Ao lado disso, Paulo Fronzaglia (2007) acrescenta, ainda, que os fatos que marcaram a trajetória histórica brasileira funcionaram como obstáculos para a formação de uma cultura cívica consolidada. Carvalho (2001) explica que o Brasil pode ser enquadrado entre aqueles países que desenvolveram sua cidadania de “cima para baixo”, porquanto os grandes marcos históricos se deram sem revolução social e política. Essa precariedade de participação reflete até nos dias atuais, sendo tímido o papel desempenhado pela sociedade civil.

Denota-se, no Brasil, em consonância com as ponderações apresentadas por Moura e Silva (2008), o predomínio de perspectivas que conferem maior destaque ao Estado, na condição de ator e protagonista na estruturação da vida social, subsistindo, assim, uma concepção “estatista”, conferindo ao Estado a capacidade de iniciativa e de condução da dinâmica sociopolítica e/ou da modernização do país, incumbindo aos atores não estatais um papel de coadjuvantes na arena da cidadania. “No Brasil não predomina uma

tradição de vida civil ativa, o que fortalece a premissa de que o Estado sempre assumiu uma postura central na relação entre poder público e sociedade” (ANDRADE; CASTRO; PEREIRA, 2012, p. 186). Em uma perspectiva adicional, denota-se que o Poder Público não é garantidor dos direitos de todos, mas sim de grupos econômicos e de cidadãos que com ele edificam uma rede clientelista de distribuição particularista de bens públicos. Assim, é denotável que a cultura “estatista” favorece uma visão corporativa dos interesses coletivos.

Consoante Carvalho (2007), a ausência de ampla organização autônoma da sociedade faz com que os interesses corporativos prevaleçam. “Assim, a representação política não funciona No Brasil, diversos fatos da história da administração pública propiciaram o fortalecimento de uma “estadania”” (ANDRADE; CASTRO; PEREIRA, 2012, p. 186). Nesta linha de exposição, a crescente desigualdade social do país fomenta a consolidação de uma cultura pouco favorável à atuação coletiva e aos valores igualitários, essenciais à democracia. Ribeiro (2007), por sua vez, destaca que a democracia vindica a participação de todas as pessoas dotadas de autonomia moral, o que demanda um grau razoável de independência e segurança econômica. Assim, Ribeiro defende a ideia de que no Brasil predomina uma “democracia representativa excludente”, em que poucos desfrutariam da real condição de cidadania.

Ora, cuida reconhecer que a superação da estadania supramencionada não se dá apenas nas raias da representatividade política, mas ganha pungência em um sistema processual que valoriza a ideologia estruturada no binômio ganhador-perdedor². É possível, contudo, adiantar que uma sociedade democrática é caracterizada pela existência de cidadãos capazes de solucionar, com habilidade, os problemas e embates sociais, decorrentes do convívio com outros indivíduos, em especial quando o fenômeno judicializante que vigora no Brasil obsta a pacificação social e a manutenção dos laços de convivência contínua, estando voltado para o julgamento mecânico das lides e atendimento de metas. Tal capacidade, com efeito, decorre da estruturação de uma educação associada ao desenvolvimento da acepção estrutural de cidadão, enquanto integrante da vida pública, e por meio da prática cotidiana da participação livre e experiente da cidadania. “Participação e cidadania são conceitos interligados e referem-se à apropriação pelos indivíduos do direito de construção democrática do seu próprio destino” (NASCIMENTO, 2010). Ora, é verificável que ambos estão umbilicalmente atrelados, porquanto a cidadania só é substancializada na

² Sobre o sistema processual adversarial brasileiro e a ideologia ganhador-perdedor, o artigo aprofundará tal temática na seção 02.

presença de uma participação social entendida enquanto ação coletiva e o seu exercício consciente, voluntário e conquistado. Nesta esteira, a construção de uma vivência democrática transparente reclama uma gestão que se alicerce na inclusão da comunidade em geral, assegurando, por extensão, a igualdade de participação, tal como possibilite a expressão das ideias que possam ser discutidas em momento de deliberação coletiva.

Assim, é imprescindível o exercício da comunicação, eis que quando os indivíduos passam a ter oportunidade plena de interagir, debater e deliberar a respeito dos problemas concretos que a comunidade apresenta diariamente, é desenvolvido a capacidade de lidar com estes problemas, bem como convergir esforços para a sua resolução. Ao lado disso, não se pode olvidar que em um procedimento tão livre e autocorretivo de intercomunicação, o surgimento de conflitos entre os indivíduos é algo inevitável, principalmente que cada um tem seu modo de encarar as necessidades, fins e consequências, tal como tolerar níveis de desgaste. Com realce, a solução para tais conflitos está jungida na cooperação amigável, sendo que as controvérsias devem ser convertidas em empreendimentos cooperativos, nos quais as partes aprendem possibilidades de se expressar. A gestão democrática e participativa de conflitos requer o desenvolvimento de um olhar de cada espaço como um elo de resolução das pendências e colisões de interesses interpelando os envolvidos e os demais integrantes da comunidade à participação e ao envolvimento nesse procedimento.

1. O SISTEMA ADVERSARIAL BRASILEIRO E O ACIRRAMENTO DA LITIGIOSIDADE ENTRE OS ATORES PROCESSUAIS

Em um primeiro comentário, faz-se notório destacar que o *conflito* é algo intrínseco à condição humana, tendo o seu nascedouro desde os primórdios da formação da sociedade e se consolidando com as pretensões adversas apresentadas pelos indivíduos em contínua convivência. Neste sentido, o conflito materializa o dissenso, decorrendo das expectativas, valores e interesses contrariados. “Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga”, como complementa Vasconcelos (2012, p. 19). Desta feita, é oportuno assinalar que a percepção do *conflito* experimentada pela sociedade contemporânea transmuda a parte como adversária, apenas por apresentar objetivos distintos e dissonantes, tal como responsabiliza aquela como causadora do conflito, sendo, portanto, a raiz do problema que atenta contra a pacificação social, devendo, pois, ser

expurgado. Ao lado disso, a partir de uma perspectiva puramente legal, “o conflito é resultado de uma violação da lei ou de uma desobediência a um padrão, fato que lhe confere uma aversão social”, conforme pondera Foley (2011, p. 246).

Corriqueiramente, é verificável uma conjunção de esforços, por vezes sobre-humanos, para concentrar todo o raciocínio e elementos probatórios na busca insaciável de alcançar novos fundamentos para fortalecer o posicionamento unilateral, com o objetivo único de enfraquecer e destruir os argumentos apresentados pela parte *ex-adversa*. O crítico cenário descrito é plenamente observável, especialmente, em processos judiciais, nos quais o desgaste das pessoas diretamente afetadas pelo litígio é ofuscante, quer seja em razão da morosidade, quer seja em decorrência do comprometimento psicológico daqueles na questão discutida. A visão tradicional que envolve o conflito, como sendo algo ruim, é tão arraigada na sociedade contemporânea que obsta os envolvidos de analisarem a questão de forma madura, compartilhando a responsabilidade sobre a questão, mas sim promovendo uma constante busca em transferir “ao outro” a culpa pelo surgimento e o agravamento do conflito. Ao invés de envidar esforços para tratar o conflito, por meio de estratégias sóbrias e racionais, a abordagem tradicional do dissenso concentra todos os empenhos em identificar o culpado pelo surgimento do conflito e puni-lo. Foley, neste sentido, anota que:

No sistema judicial oficial, o conflito é solucionado por meio da aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto. O processo é o palco no qual interesses são dialeticamente confrontados sob uma aura adversarial que confere ao conflito uma dimensão de disputa. O vencedor da demanda encontra satisfação de seus interesses materiais e o derrotado, em geral, sente-se injustiçado. Não há um processo de compreensão das origens e das circunstâncias em que se situa o conflito, tampouco se verifica uma participação na busca de uma solução criativa capaz de contemplar os reais interesses em disputa. (FOLEY, 2011, p. 248).

Desta sorte, seguindo as ponderações apresentadas por Pinho e Paumgarten (s.d.), a explosão de litigiosidade que caracteriza, de maneira geral, as sociedades contemporâneas é dotada de elevada complexidade, sendo, sem dúvidas, alimentada, de maneira abundante, por sistemas extremamente normativos, que de forma isolada, sem a intervenção do Poder Judiciário, não consegue prevenir o surgimento e, por vezes, agravamento do conflito. Mais que isso, é experiência peculiar de países com ordenamento jurídico pouco efetivo e diminuta credibilidade social, que dificulta o conhecimento ou confunde a população, tornando, comumente, verdadeiro obstáculo ao cumprimento de tal arcabouço jurídico. Ademais, há que reconhecer que a litigiosidade encontra caudalosa fonte no fato de algumas sociedades ao

desenvolvimento e emprego da autocomposição dos conflitos, seja por uma cultura demandista/adversarial ou em razão da atuação do Poder Judiciário que, em um contínuo processo de inchaço, não admite a perda do controle e poder sobre a sociedade, culminando em uma sobrecarga e o exaurimento da capacidade produtiva jurisdicional.

O sistema jurídico, em vigor, apresenta como robusto aspecto a confrontação entre as partes em litígio, agravando, corriqueiramente, conflitos inúteis, alongando as batalhas e fomentando o confronto entre os envolvidos no dissenso causador da lide. Trata-se da valoração do dualismo perdedor-ganhador fomentado pelo sistema processual adotado, no qual, imperiosamente, a morosidade do processo acarreta o desgaste ainda maior, comprometendo, por vezes, o discernimento dos envolvidos para uma abordagem madura da questão. No sistema vigente, pautado na conflituosidade que caracteriza os procedimentos judiciais, os litigantes são obrigados, comumente, a apresentar motivos justificadores a existência do dissenso, buscando se colocar em situação de vítima e a parte *ex-adversa* como culpada pela ocorrência do conflito, utilizando, por vezes, de argumentos que são hipertrofiados e que não refletem, em razão do grau de comprometimento psicológico dos envolvidos, a realidade existente, aguçando, ainda mais, a beligerância entre os envolvidos.

Ademais, a tônica desenvolvida na liturgia processual, pragmática, engessada, voltada à satisfação de índices e metas estabelecidos, com o único intento de promover a materialização ao direito fundamental e constitucional à duração razoável do processo, mascara um sistema ineficiente, no qual não se trata o problema (o conflito), mas tão somente coloca fim a mais um processo, atendendo as expectativas frias e débeis de finalização de processos. Ora, é crucial destacar que o apostilado processual não se resume a uma sequência lógica de peças que observam um rito, previamente estabelecido, culminando, em sede de primeiro grau, com a prolação de uma sentença que, por excelência, encerra a prestação jurisdicional. Ao reverso, trata-se de um compêndio que reflete, comumente, as angústias e anseios dos envolvidos, os quais, mais que o pronunciamento do Estado-juiz, buscam o tratamento do conflito, das causas ensejadoras e consequências decorrentes do dissenso, de maneira a abreviar uma situação que cause desgaste emocional, psicológico e físico.

O estado emocional fomenta as polaridades e atalha a percepção do interesse comum, mascarando-o sob a falsa perspectiva de atingir apenas o interesse individual, mantendo-se incólume aos efeitos reflexos advindos do desgaste proporcionado pela gestão ineficiente do conflito. Como bem destacam

Morais e Spengler (2008, p. 54), “o conflito transforma o indivíduo, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradas e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras”. Partindo da premissa que o conflito interpessoal não tem solução, é possível estabelecer diretrizes sóbrias que busquem solucionar as disputas pontuais, confrontos específicos, dispensando ao dissenso um aspecto positivo. Com efeito, trata-se da premissa de utilizar o conflito como algo positivo para aqueles que estão inclusos nele, permitindo amadurecimento na administração e empoderamento na edificação de consensos. Acerca do tema, é oportuno colacionar as anotações de Vasconcelos:

O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência.

O que geralmente ocorre no conflito processado com enfoque adversarial é a hipertrofia do argumento unilateral, quase não importando o que o outro fala ou escreve. Por isso mesmo, enquanto um se expressa, o outro já prepara uma nova argumentação. Ao identificarem que não estão sendo entendidas, escutadas, lidas, as partes se exaltam e dramatizam, polarizando ainda mais as posições. (VASCONCELOS, 2012, p. 19-20).

Com efeito, a solução transformadora do conflito reclama o reconhecimento das diferenças e do contorno dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, já que a relação interpessoal está calcada em alguma expectativa, valor ou interesse comum. Já restou devidamente demonstrada que a visão tradicional não produz os resultados ambicionados, já que a eliminação do conflito da vida social é algo que contraria a existência e interação em sociedade. O mesmo pensamento vigora com a premissa de que a paz social só pode ser alcançada, essencialmente, com a erradicação do conflito; ao reverso, a paz é um bem precariamente conquistado por pessoas e sociedades que apreendem a abordar o conflito de forma consciente e madura, dispensando um tratamento positivo, em prol do crescimento e amadurecimento dos envolvidos e não como elemento de destruição.

Segundo Foley (2011, p. 246), toda situação conflituosa deve ser analisada como uma oportunidade, na proporção em que possibilita a veiculação de

um processo transformador. Ora, os conflitos são detentores de sentidos e, quando compreendidos, as partes neles envolvidas têm a possibilidade de desenvolver e transformar a sua vida, logo, como são elementos constituintes da vida humana, não podem ser concebidos como exceção, mas sim como mecanismos oriundos da coexistência em sociedade que permite o amadurecimento dos envolvidos e, por vezes, a alteração da ótica para analisar as situações adversas a que são submetidos. Neste passo, conceber o conflito como uma aberração social é contrariar a própria essência do convívio em sociedade, no qual indivíduos complexos, com entendimentos e posturas variadas e plurais, em convívio contínuo, tendem a apresentar interesses opostos, os quais, inevitavelmente, entram em rota de colisão.

É imperioso a ressignificação do vocábulo “conflito”, adequando-o à realidade contemporânea, de modo que não seja empregado apenas em um sentido negativo, mas sim dotado de aspecto positivo, permitindo aos envolvidos o desenvolvimento de uma análise madura e sóbria da questão, de modo a enfrentar o dissenso como algo corriqueiro e integrante da vida em sociedade e não como uma exceção a ser combatida. Ressignificar o conflito, neste cenário, é extrair a moldura tradicional que desencadeia a incessante busca dos envolvidos em determinar o culpado e demonizá-lo, mas sim assegurar que haja o tratamento dos motivos e causas que desencadeiam os dissensos, propiciando a estruturação cultural de uma nova visão do tema.

2. O DIREITO FRATERO COMO ALICERCE TEÓRICO DOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS

Diante das ponderações apresentadas até o momento, cuida estabelecer uma crítica a oferta monopolista de justiça que foi incorporada no interior do sistema de jurisdição, delegado a receber e a regular uma escalada de conflitualidade. Entretanto, o que culminou a altos índices de ineficiência do sistema de jurisdição está arrimado no crescimento vertiginoso das expectativas e das perguntas a isso referidas. “Em sentido técnico, chama-se explosão da litigiosidade, possuindo muitas causas, nunca analisadas com profundidade. O fato é que a atenção sempre esteve mais voltada para os ‘remédios’ (no sentido de constantes reformas nas normas)” (SPENGLER, 2006, p. 51), em detrimento da abordagem das causas da litigiosidade crescente, que, tradicionalmente, encontra tradução na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciais.

Ao lado disso, é cristalino que a regulação dos conflitos, dentro de uma sociedade, se transforma no tempo e no espaço, estabelecendo os *remédios* a serem aplicados, sendo que a ineficácia em sua aplicação desencadeia a novação equivocada de que a causa é a falta de recursos estruturais, materiais e pessoais, além de outros. Ora, o remédio age apenas sobre a ferida existente, não atacando a causa desencadeadora. É justamente, nesse cenário, impulsionado pela cultura adversarial abordada anteriormente, que o problema tende a ser agravado, porquanto reafirma uma cultura adversarial, pautada na ideologia do ganhador-perdedor e alimentada pela rivalidade geradora do conflito. Assim, em busca do estabelecimento de uma resposta, na grande maioria dos conflitos, ocorre a demanda processual, em que, como dito algures, a arena da litigiosidade ganha contornos mais robustos e as partes processuais passam a se encarar como rivais.

Resolver o conflito judicialmente, porém, significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem perde a demanda. É oportuno consignar, em tal cenário, o fortalecimento da cidadania e o enfraquecimento da cidadania ativa, na qual os envolvidos no conflito possuem um comportamento amadurecido apto a conduzir a administração do litígio e, em conjunto, apresentar soluções. “Vai nesse sentido a afirmativa de que quando se vai ao juiz se perde a face, uma vez que, imbuído do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, sendo por ele empossado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força” (SPENGLER, 2006, p. 52).

Em alinhamento com as ponderações apresentadas até o momento, cuida assinalar que a proposta fraterna substancializa, segundo as ponderações apresentadas por Ghisleni e Spengler (2011), o embasamento teórico da mediação e dos demais métodos extrajudiciais de tratamento de conflitos sociais, porquanto insere uma parcela de complexidade no primado do justo sobre o bom, buscando estabelecer contornos dessemelhantes daqueles que tender a emoldurar as relações. Sem embargo, há que sustentar, também, que ao postulado da fraternidade está atrelado, imperiosamente, o ideário de amizade, “na medida em que prevê a ‘comunhão de destinos derivada do nascimento e independente das diferenças’” (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 24). Para Eligio Resta (2004), o Direito Fraternal compreende um modelo de direito que abandona a tradicional visão fechada da cidadania e passa a olhar em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelo mercado, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo ou pelos poderes informais que à sua sombra governam e decidem.

Entretanto, é imprescindível destacar que o vocábulo *fraternidade*, em tal

contexto, possui um sentido vagamente anacrônico, porquanto, quando comparada a outros ideais presentes no cenário da revolução iluminista, pode ser considerado dotado de menor proeminência, eis permaneceu inédita e não resolvida em relação aos demais temas da liberdade e da igualdade. Mais que isso, a fraternidade indicava apenas um dispositivo de etérea solidariedade entre as nações; guardando maior vinculação com os princípios de um direito internacional nascente, que deixava intacta, tal como pressupunha uma comunidade política assentada nos corolários dos Estados nacionais, porém sua solidificação é capaz de inaugurar uma nova oportunidade no tratamento de conflitos (RESTA, 2004, p. 09-12).

Dessa forma, a vinculação entre direito e fraternidade, além de ser uma tentativa de valorizar uma possibilidade diferente, recoloca em destaque um modelo de regra da comunidade política: modelo não vencedor, mas possível. Destarte, é um trecho do direito vivo que não deve ser analisado sempre como o direito vencedor. Ora, por meio do binômio em comento retorna um modelo *convencional* de direito, “‘jurado conjuntamente’ entre irmãos e não imposto, como se diz, pelo ‘pai senhor da guerra’. Jurado conjuntamente, mas não produzido por um ‘conluio’” (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 25). Em decorrência disso, é decisivamente não violento, ou seja, capaz de não se apropriar da caracterizadora violência pertencente ao *querer combater*. Em arremate, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Paumgarten (s.d.) evidenciam que um dos pilares mais relevantes do Direito Fraterno encontra consolidação sob o alicerce de uma sociedade humana, retratando um Direito não violento, despido da beligerância e dos enfrentamentos desnecessários, buscando, doutro viés, a inclusão e a ruptura do binômio ganhador-perdedor/amigo-inimigo, convenção arraigada do processo judicial tradicional.

É oportuno, ainda, apontar que o Direito Fraterno encontra sustentação por meio dos direitos humanos, que se estabeleceram com o decurso da história da humanidade e que possuem aspecto de universalidade, eis que são aplicados a todos os cidadãos. Ao lado disso, os direitos humanos resultaram, por consequência, de múltiplos processos históricos e que ainda hoje sofrem alterações em decorrência da globalização mundial. Em complementação, Resta (2004) sublinha que o Direito Fraterno coincide com o *locus* de reflexão associados ao tema dos Direitos Humanos, conferindo uma consciência a mais, a saber: a de que a humanidade é apenas um lugar comum, somente em cujo interior é possível pensar no reconhecimento e na tutela. É necessário, também, estabelecer a diferença existente entre *ser homem e ter humanidade*. Há que se destacar, nesta linha de exposição, que

o fato de *ser homem* não assegura que haja o sentimento singular de humanidade; a linguagem, com a variabilidade de sentido que encerra, substancializa um infinito observatório dos paradoxos com os quais o ser humano convive.

Ainda no que pertine aos direitos humanos, cuida destacar que, ao mesmo tempo, em que eles somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, é em decorrência desta que entra em vigor. Logo, o Direito Fraternal se apresenta como um instrumento por meio do qual é possível crescer um processo de autorresponsabilização, desde que o reconhecimento do compartilhamento se libere da rivalidade destrutiva típica do modelo adversarial do sistema processual brasileiro. “Podem ser definidos como o direito inerente a toda e qualquer pessoa, visando à proteção e resguardo da integridade dos cidadãos. O interessante é que os direitos humanos vêm adquirindo cada vez mais solidez com o evoluir da humanidade” (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 25), possuindo contornos claramente internacionais em face da criação de normas de proteção internacional da pessoa humana. Ademais, encontram claro liame com a ideia de cidadania, como bem explicita Eligio Resta:

[...] o seu olhar voltado para além do confim, para proximidades distantes, requer revogações decisivas daquele “direito de cidadania”, que é, desde sempre, lugar de exclusão através de um *ethnos*. Por isso, a sua forma é aquela dos direitos humanos, contanto que eles sejam esvaziados da metafísica. O olhar vai para a humanidade como um “lugar comum”, e não como a abstração que confunde tudo e mascara as diferenças. Os direitos humanos têm uma dimensão “ecológica”, são espaço no qual as duplas opositivas são novamente compreendidas: isto nos leva à conscientização de que os direitos humanos podem ser ameaçados sempre e somente pela própria humanidade; mas podem ser tutelados sempre e somente pela própria humanidade; não por uma natureza, um Deus, um Terceiro, qualquer outra abstração metafísica, mas pelos homens de carne e osso, por nós, na vida quotidiana (RESTA, 2011, p. 134).

O novo modelo de composição dos conflitos que floresce no Direito Fraternal está centrado na criação de regras de compartilhamentos e de convivência mútua que desbordam dos tradicionais litígios judiciais, arvorando formas de inclusão de proteção dos direitos fundamentais. Em uma seara essencialmente judicial, existem mecanismos extrajudiciais³ de tratamento

³ Em que pesem os debates existentes sobre a nomenclatura, havendo a denominação métodos alternativos de tratamento de conflitos e métodos extrajudiciais de tratamento de conflitos, no presente a segunda será a empregada, porquanto, para o objeto eleito, confere protagonismo aos envolvidos no conflito, reafirmando as bases de cidadania ativa, autorresponsabilização e autonomia na condução da administração do conflito e na construção de uma resposta que decorra dos anseios de ambos e não calcado na imposição do Estado-juiz fortalecido.

das demandas, sendo possível citar a conciliação, a arbitragem e a mediação. Cuida-se, portanto, de elementos que possuem como ponto comum serem extrajudiciais, porém não estranhos ao Poder Judiciário, operando na busca da *face* perdida das partes processuais numa relação de cooperação pactuada e convencionada, estabelecendo uma *justiça de proximidade* e, sobremaneira, uma filosofia de justiça calcada no modelo restaurativo que compreende estruturas de composição e gestão do conflito menos autoritariamente decisivo, como observa Restá (2004).

Mais que isso, há que reconhecer que o conflito também se tornará essencialmente prejudicial quando os mecanismos para tratamento são considerados inadequados, por retirar do conflito o que ele tem de melhor, a saber: sua capacidade de gerar a satisfação de interesses e resoluções construtivas. “Quando esses mecanismos são descartados, a função do conflito é a produção de violência ou outros conflitos. A decisão judicial pode interromper ou acelerar o processo de causa e efeito, mas não propicia a mudança necessária para a evolução que o conflito pode provocar” (PINHO; PAUMGARTTEN, s.d., p. 08). Mais que isso, a questão determinante encerrada na função do conflito será a escolha do processo de tratamento para alcançar os resultados buscados. Ora, o processo competitivo adversarial estabelece ganhadores e perdedores, ao passo que o processo cooperativo, assentado na doutrina do Direito Fraterno, determina apenas ganhadores. “Entende-se até de um modo amplo, que mesmo a parte vença uma disputa, não logra um conflito construtivo, pois a satisfação de objetivos unilaterais, unicamente individuais, cristaliza o egocentrismo, auxiliam o totalitarismo e provocam com o tempo, consequências sempre destrutivas” (PINHO; PAUMGARTTEN, s.d., p. 08).

Em tal trilha de insatisfação, cujo nascedouro está ancorado na insuficiência estatal para atender as demandas sociais e os conflitos de interesse, de maneira geral, estão delineados, com entusiasmo, o sistema de métodos alternativos à jurisdição ou *alternative dispute resolution* (ADR) para o tratamento dos conflitos, assentado numa prática discursiva, criando através do diálogo e não da força coercitiva, um tratamento para o conflito, cuja legitimidade deste resultado encontra suas bases no próprio processo comunicativo que lhe originou. Assim, com o escopo de avançar no exame da temática, faz-se imprescindível analisar, pormenorizadamente, a mediação como método extrajudicial de tratamento de conflito e a valorização do diálogo para administrar o conflito e na promoção da cidadania ativa, o que será feito na seção subsequente.

3. O EMPREGO DA MEDIAÇÃO EM UM CENÁRIO DE LITÍGIOS: O EMPODERAMENTO DOS INDIVÍDUOS NA ADMINISTRAÇÃO DOS CONFLITOS E A DESCONSTRUÇÃO DA TRADICIONAL IDEOLOGIA PROCESSUAL GANHADOR-PERDEDOR

Ao partir da necessidade de mudança de paradigmas no tocante ao tratamento dispensado ao conflito, é possível, utilizando a definição apresentada por Roberto Portugal Bacellar (2003, p. 174), que mediação consiste em uma técnica lato senso que tem como assento a aproximação das pessoas interessadas no tratamento⁴ de um conflito, induzindo-as a encontrar, por meio do estabelecimento de um diálogo, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas. Em mesmo sentido, Vasconcelos (2012, p. 42) descreve mediação como “um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, em ambiente seguro e ambiência de serenidade, com a colaboração de um terceiro [...], expõem o problema, são escutadas e questionadas”, estabelecendo um diálogo construtivo e identificando interesses em comuns, opções e, de maneira eventual, estabelecer um consenso. Garcia e Verdan apontam que:

A mediação é um meio alternativo simples, essencialmente extrajudicial de resolução de conflitos e efetivo no acesso a justiça. Ocorre quando as partes elegem um terceiro (mediador) alheio aos fatos para conduzi-las à solução do conflito por meio de um acordo sem que haja uma interferência real do mesmo. O objetivo da mediação é responsabilizar os protagonistas, fazendo com que eles mesmos restaurem a comunicação e sejam capazes de elaborar acordos duráveis. A mediação não é instituto jurídico, mas sim, uma técnica alternativa na solução de conflitos que propõe mudanças na forma do ser humano enfrentar seus problemas. (GARCIA; VERDAN, 2013, p. 13). (grifei).

Distintamente do sistema adversarial processual que vigora, a mediação busca a estruturação de uma mudança cultural, especialmente no que se refere ao poder dos indivíduos de tomar às decisões que influenciam a realidade em que se encontram inseridos. Conforme Waltrich e Spengler (2013, p. 172) apontam, a mediação, na condição de espécie do gênero justiça consensual, permite uma aceção ecológica de tratamento dos conflitos sociais e jurídicos, na qual o escopo de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada proveniente de uma sanção legal. A mediação possibilita um tratamento igualitário entre os envolvidos, na condição de seres humanos, observando as características de cada

⁴ Conquanto o autor empregue o termo “resolução”, pelas razões aduzidas em nota anterior, será mantida a expressão “tratamento”, ao abordar os conflitos.

indivíduo, não comportando qualquer forma de julgamento, mas sim fomentando uma compreensão recíproca e uma responsabilidade compartilhada.

Dessa forma, a mediação é considerada, contemporaneamente, como forma ecológica de tratamento dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Está assentado na ótica segundo a qual um terceiro neutro tenta, por meio da organização de trocas entre as partes, permitir a estas confrontar seus pontos de vista e procurar, com seu auxilia, uma solução para o conflito que os opõe. “Atualmente a mediação é considerada um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, baseada no litígio e apoiada em um objetivo idealizado e fictício como é o de descobrir a verdade, que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo” (SPENGLER, 2006, p. 53). Ora, diz-se dela que é uma forma consensuada de tratamento do litígio, porquanto o terceiro mediador é dotado de um poder de decisão limitado ou não autoritário, ajudando as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um consenso, mutuamente aceitável com relação às questões colocadas em disputa.

Desconstrói-se a figura da vítima e do agressor, do autor e do réu, erigindo, em seu lugar, os “mediandos”, em situação de igualdade e, a partir da edificação de diálogos e responsabilização compartilhada, amadurecidos para promover, culturalmente, a mudança de paradigmas no enfrentamento do conflito, de modo que não há uma busca sedenta pelo estabelecimento do culpado, mas sim na construção de um consenso proveniente da vontade dos envolvidos. Assim, opondo-se à dogmática processualista tradicional, que busca a eliminação do conflito por meio da simples emissão de um pronunciamento do Estado-juiz, a mediação, alçado a método transformador de uma cultura adversarial, objetiva o enaltecimento da dimensão afetivo-conflituosa, tratando as origens, as causas e as consequências advindas do conflito.

A visão da mediação transformadora sobre o conflito percebe-o como uma situação-problema comum ao convívio e que deve servir de oportunidade ao amadurecimento das relações. Contrariamente, o poder jurisdicional percebe no conflito a lide judicial a qual deve ser posta termo, visto que reflete algum distúrbio ou quebra da ordem social. A decisão autoritária põe fim à lide processual, permanecendo ou até mesmo piorando o conflito, pois na maioria dos casos a determinação judicial trabalha de forma binária com a ótica de vencedores e perdedores, não satisfazendo muitas vezes o resultado a nenhuma das partes. (BEZERRA, 2011, p. 219)

Supera-se o ranço tradicional de transferir para o Estado-juiz, de maneira exclusiva, a possibilidade para a resolução dos conflitos, notadamente os inseridos na esfera privada, assegurando, por consequência, o empoderamento dos envolvidos, de modo a desenvolver a cidadania e autonomia para a construção de consensos e promover a cultura de paz. Trata-se, com efeito, de privilegiar a autonomia da vontade das partes, ao invés de recorrer a um terceiro que decida por eles, sendo que o Estado-juiz é o último recurso, quando todas as vias de negociação fracassaram. Com destaque, o provimento jurisdicional prestado pelo Estado-juiz, comumente, está revestido apenas da técnica processual, pautado na legislação fria e em precedentes jurisprudenciais, poucas vezes voltando um olhar sensível para as peculiaridades e nuances que emolduram a situação concreta levada a Juízo. Por mais uma vez, há que se resgatar que, diante da política de números e estatísticas que passou a inundar o Judiciário, o qual busca incessantemente demonstrar a concreção do acesso à justiça⁵ e a duração razoável do processo, o que importa é a finalização de processos, sem que isso, necessariamente, reflita na construção de consensos entre os envolvidos.

A visão transformativa propiciada pela mediação, consoante Foley (2011, p. 247), permite que o conflito seja encarado como uma oportunidade dúplice, na qual, concomitantemente, há o desenvolvimento e exercício da autodeterminação, consistente no empoderamento⁶ dos mediandos, e na confiança mútua, por meio do fomento à reciprocidade entre os envolvidos no conflito. Com destaque, a resposta ideal ao conflito não consiste em buscas desenfreadas e beligerantes de extirpá-lo para promover a resolução do problema; ao contrário, o conflito reclama uma gestão madura, a fim de materializar um processo de transformação dos indivíduos nele envolvidos. Neste passo, a mudança paradigmática de ótica no tratamento do conflito é

⁵ No presente, a locução “acesso à justiça” é empregada de maneira restrita como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, enfatizando as críticas do autor às políticas estabelecidas até o momento, materializando o monopólio do Estado em “tratar” os conflitos. Com efeito, acesso à justiça compreende múltiplas ferramentas, dentre as quais a possibilidade dos indivíduos de tratarem os conflitos em que se encontram inseridos, gozando da faculdade de recorrer ao Estado-juiz apenas quando todas as demais possibilidades restaram frustradas.

⁶ A expressão “empoderamento” é utilizada como um conceito associado à autonomia, desenvolvida em um processo paulatino, amadurecido e consciente de transformação pessoal por meio do qual os indivíduos passam a controlar suas vidas. Com efeito, a expressão “empoderamento” passa a emprestar substância a uma ideologia segundo a qual é possível assegurar que cada indivíduo exerça sua autonomia e autodeterminação de maneira plena, consciente e madura, notadamente no tocante ao tratamento dos conflitos e dissensos gerados do convívio em sociedade, a fim de assegurar a responsabilização compartilhada, em detrimento da cultura tradicional que busca identificar culpados e transferir responsabilidades.

responsável por alterar o comportamento dos mediandos diante do dissenso, fomentando a responsabilidade compartilhada e solidarizada, de modo a não estabelecer polos antagonistas, mas sim partes complementares.

A mediação, principalmente o enfoque transformador, traça um novo contexto dentro do qual é possível lidar com as diferenças de forma não binária, convocando para estabelecer uma ponte entre um e outro, sem eliminação e sem fusão, entre esses polos de relação. É um convite para se reconhecer o outro e seu co-protagonismo na solução do problema vivenciado por eles. (SOARES, 2010, p. 113).

Warat (2001, p. 80-81) já se posicionou no sentido que a mediação não está cingida a somente o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos, alheia à moldura factual que enquadra o dissenso entre os envolvidos. De igual maneira, a mediação, na condição de método extrajudicial de tratamento de conflitos, não busca como única finalidade a obtenção de um acordo que, corriqueiramente, não reflete substancialmente a vontade das partes nem permite a responsabilização solidária dos envolvidos. Ao reverso, o fito maior é ajudar os interessados a redimensionar o conflito, compreendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que foram responsáveis por causar a colisão entre as atitudes e os interesses no relacionamento de pessoas envolvidas. A perspectiva valorada não está assentada no ideário puramente acordista, que concebe o acordo como o fim último do processo, o qual transmite o ideário mascarado de tratamento do conflito, colocando fim em mais um número que tramita nos sistemas de gerenciamento de dados dos Tribunais de Justiça. Ao reverso, a ótica privilegiada está calcada na construção paulatina e imprescindível do consenso, no qual o mediador atua na construção de uma relação alicerçada no diálogo, possibilitando o entendimento de sentidos, a partir da determinação da autonomia e empoderamento dos indivíduos.

Como bem assinala Silva (2004, p. 15), “a base do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer”, sensível às complexas e intrincadas realidades apresentadas por cada indivíduo e que contribuíram para a abordagem do conflito. Deve-se destacar, com ênfase, que “a finalidade de todo o processo é a obtenção de um acordo satisfatório para as partes e o desenrolar do mesmo é feito com base na consensualidade” (RIOS, 2005, p. 11), eis que tão somente assim são alcançadas as soluções que satisfazem os interesses de ambos os envolvidos. Na mediação, os indivíduos não atuam como adversários, porém como corresponsáveis pela solução do conflito, contando com a colaboração do mediador, o terceiro – que deve ser apto,

imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito. Acerca do tema, esclarecem Moraes e Spengler:

Através deste instituto, busca-se selecionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado. Esse terceiro denomina-se mediador e exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes constituir suas respostas. Com auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e as fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal tradicional, na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos nas funções jurisdicionais. (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 134).

É necessário colocar em destaque, também, que a mediação, na condição de método de tratamento extrajudicial de conflitos, combate a escalada de desentendimentos decorrentes do moroso e litigioso procedimento adotado no cenário jurídico vigente, não permitindo que as partes alcancem o conflito extremo, permitido pelo sistema adversarial. “A ideologia ganhador-perdedor vigente no sistema tradicional judiciário é substituída por uma nova abordagem baseada na cooperação entre as partes envolvidas e não na competição” (SANTA CATARINA, 2004, p. 04). Deste modo, a mediação, apesar de ser método com longo percurso de aplicação, apresenta-se como forma inovadora, no território nacional, de abordagem jurídica e também como alternativa ao sistema tradicional judiciário adotado para tratar os conflitos, nos quais se valoram a cooperação e a disponibilidade em promover a solução, destacando-se, via de consequência, como elementos imprescindíveis para a construção de um consenso entre os mediandos.

É plenamente perceptível que a mediação exige terreno próprio para atuação, em decorrência dos aspectos a que se propõe, notadamente a mudança cultural no tocante ao enfrentamento do conflito, já que suas bases se pautam na busca de um consenso qualitativo que só pode ser alcançado com o tempo e com a mudança cultural das partes que preferencialmente esperam ouvir, atender uma ordem do Estado a tomar uma decisão por si. Sobre tal assunto, Dierle José Coelho Nunes (2011, p. 174) afirma “que existem situações em que os acordos são impostos, mesmo quando sejam inexecutáveis para permitir a pronta “resolução do caso”, com a adequação à lógica neoliberal de produtividade”, e isso, por óbvio, não é o que se espera da mediação de conflitos. Neste passo, a mediação propõe a responsabilização dos envolvidos para tratarem o conflito, de maneira que consenso seja resultante da conjunção de esforços e reflita as vontades dos mediandos, não se traduzindo, via de consequência, em um pronunciamento emanando por um terceiro (Estado-juiz), alheio às nuances e particularidades que emolduram o dissenso.

PONDERAÇÕES FINAIS:

O DIÁLOGO COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO NA ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS E NA PROMOÇÃO DA CIDADANIA ATIVA

Diante do cenário apresentado, é possível pontuar que, conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também nomeada de “Constituição Cidadã”, assegurar, formalmente, o acesso à justiça, há que se salientar que o Poder Judiciário, em decorrência do pragmatismo existente e da visão processual adotada, diariamente, frustra a promoção de tal direito. Na realidade, a busca insaciável por diminuição de processos, com emissões de pronunciamentos do Estado-juiz, pautado, corriqueiramente, na distorcida visão do acordo como elemento de satisfação das partes, apenas atende o aspecto quantitativo de índices e dados que buscam demonstrar que o Judiciário, como zeloso e sensível Poder constituído, trava uma batalha pela materialização do princípio da duração razoável do processo. Ora, a falaciosa cultura acordista, adotada no modelo nacional, não trata o conflito nem as causas que o desencadeiam; ao reverso, fomenta apenas o tradicionalismo adversarial arraigado que, imperiosamente, agrupa os envolvidos em polos conflitantes que, uma vez infantilizados pelo monopólio na solução dos litígios, transferem ao terceiro, Estado-juiz, a capacidade de gerir o dissenso e determinar, a partir do arcabouço jurídico posto, qual dos envolvidos é detentor do direito pleiteado ou mesmo quem ganha e quem perde.

Em oposição à visão negativa de abordagem dos conflitos, a mediação, como método extrajudicial de tratamento dos dissensos, busca promover uma mudança cultural, pautada no empoderamento dos envolvidos, de modo que, a partir do diálogo e amadurecimento dos mediandos, seja possível estabelecer uma responsabilização compartilhada, em substituição à figura do culpado, culminando na construção de consensos que decorram, de fato, da confluência da vontade dos envolvidos. Mais que isso, há que reconhecer que o diálogo permite uma experiência de aproximação com o outro, criando um cenário de comunhão, espontaneidade de perguntas e respostas e o ser humano deixa-se ser e dizer para o outro, revelando-se. O diálogo, em um cenário de aguçada litigiosidade, se apresenta como instrumento dotado de relevante proeminência, permitindo aos mediandos um crescimento pelo falar e pelo ouvir, abandonando a visão tradicional de imposição que é advinda do representante do Estado-juiz.

Não mais vigora a ideologia dualística do ganhador-perdedor, mas sim uma ótica segundo a qual o diálogo estruturado permite que ambos os envolvidos

experimentem uma nova percepção do conflito, algo intrínseco e inseparável da convivência em sociedade. A cultura de empoderamento dos indivíduos possibilita que seja desenvolvida uma autonomia participativa que refletirá diretamente na construção dos consensos formados, eis que derivarão da conjunção de esforços e anseios dos envolvidos. Trata-se, com efeito, de reconhecimento e fortalecimento da cidadania ativa como instrumento capaz de conferir amadurecimento aos indivíduos, inclusive na condução e administração do conflito, sem que isso se reflita no fortalecimento da tradicional infantilização social e cidadania. Neste cenário, o consenso é fruto da vontade dos envolvidos que, uma vez empoderados, logram êxito na gestão do conflito e no melhor mecanismo para tratá-lo, distinguindo-se, via de consequência, do pronunciamento estatal que, corriqueiramente, é imposto pelo julgado, alheio às nuances e aspectos caracterizadores dos envolvidos, estando atrelado apenas ao arcabouço jurídico.

Ora, há que reconhecer que em prol da edificação de um sistema pautado no empoderamento dos mediandos e no fortalecimento, por consequência, da cidadania ativa, o protagonismo está vinculado àqueles em detrimento do Estado-juiz. Mais que isso, em tal cenário, inexistente a figura do juiz togado, cuja legitimidade é proveniente do reconhecimento dispensado pelo Estado e pelo sistema burocrático, mas sim o mediador, o terceiro imparcial, escolhido consensualmente pelos envolvidos, cuja legitimação decorre do próprio reconhecimento da comunidade que, ao invés de emanar uma decisão, apenas orientará a condução do diálogo, permitindo que os mediandos alcancem o tratamento mais adequado ao conflito existente. É denotável, portanto, que, ao conceder protagonismo aos mediandos, está, por consequência, conferindo reconhecimento à autonomia e amadurecimento daqueles diretamente envolvidos no conflito, inclusive no que toca à edificação de consensos que reflitam seus reais interesses e não pronunciamentos judiciais (sentenças e decisões) incapazes de tratar o conflito, mas que apenas colocam fim a mais um caderno processual. Assim, a mediação, em tal cenário, se apresenta como instrumento capaz de resgatar a capacidade do indivíduo de se expressar ativamente, manifestando-se na administração dos conflitos em que está envolvido, tal como permitir que o litígio não fosse encarado como algo destrutivo, uma arena de combate, mas sim um campo de amadurecimento, emancipação e cidadania ativa.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daniela Meirelles; CASTRO, Carolina Lescura de Carvalho; PEREIRA, José Roberto. Cidadania ou “cidadania” na gestão pública brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 46, v. 01, jan.-fev. 2012, p. 177-190. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/rap/v46n1/v46n1a09.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2019.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e Democracia. **Revista Lua Nova**, n. 33, 1994, p. 05-16. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n33/a02n33.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2019.

BEZERRA, Tício. A Mediação enquanto instrumento de Emancipação da Cidadania e de Democratização da Justiça e do Direito. **Revista Direito & Sensibilidade**, 2011, p. 211-226. Disponível em: <<http://seer.bce.unb.br/index.php/enedex/issue/current>>. Acesso em 31 mar. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CARVALHO, José Murilo. Cidadania, estadania, apatia. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, p. 8, 24 jun. 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

FOLEY, Gláucia Falsarella. A Justiça Comunitária para Emancipação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César (org.). **Justiça Restaurativa e Mediação: Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos Sociais**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

FRONZAGLIA, Paulo M.L. Estado, cidadania e políticas de bem-estar no Brasil: uma abordagem histórica. **Revista Mackenzie**, São Paulo, n. 3, B07, 2007.

GARCIA, Cláudia Moreira Hehr; VERDAN, Tauã Lima. A Mediação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Críticas à Efetivação do Instituto de Composição de Litígios, a partir de uma análise construtiva das tradições *Civil Law* e *Common Law*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; *et all.* (org.). **Mediação Judicial e Garantias Constitucionais**. Niterói: Editora do PPGSD, 2013.

GARCIA, Gustavo S. Prado. **Estadania x cidadania**. Disponível em: <http://www.pradogarcia.com.br/index.php?option=com_content&tas>

k=view&id=60&Itemid=7>. Acesso em 31 mar. 2019.

- GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.
- MELLUCCI, A. Social Movements and the Democratization of Everyday Life. **Civil Society and the State**. Londres: Verso, 1988.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à jurisdição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MOURA, Joana Tereza Vaz; SILVA, Marcelo Kunrath. Atores sociais em espaços de ampliação da democracia: as redes sociais em perspectiva. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, v. 16, n. suplementar, ago. 2008, p. 43-54.
- NASCIMENTO, Vanessa do Carmo. Mediação comunitária como meio de efetivação da democracia participativa. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 31 mar. 2019.
- NUNES, Dierle José Coelho Nunes. **Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2011.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. **O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.reajdd.com.br/html/humberto.pdf>>. Acesso em 19 set. 2015.
- RESTA, Elígio. **O Direito Fraternal**. VIAL, Sandra Regina Martini (trad.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- RIBEIRO, Luiz Cesar Queiróz. Desafios da construção da cidadania na metrópole brasileira. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 22, n. 3, set. dez. 2007, p. 525-544. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v22n3/03.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2019.
- RIOS, Paula Lucas. Mediação Familiar: Estudo Preliminar para uma Regulamentação Legal da Mediação Familiar em Portugal. **Verbo Jurídico**, v. 2, 2005. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com>>. Acesso em 31 mar. 2019.
- SANTA CATARINA (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Mediação Familiar: Formação de Base**. Florianópolis: 2004, 98p. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 31

mar. 2019.

SILVA, João Roberto da. **A Mediação e o Processo de Mediação**. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. **Mediação de Conflitos Ambientais: Um novo caminho pra a Governança da Água no Brasil?** Curitiba: Editora Juruá, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. Uma nova abordagem dos conflitos sociojurídicos por meio do Direito Fraterno. **Direito em Debate**, n. 26, jul.-dez. 2006, p. 33-56. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/676/393>>. Acesso em 19 set. 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Sociedade Civil no espaço público democrática**. Disponível em: <<http://empreende.org.br>>. Acesso em 31 mar. 2019.

WALTRICH, Dheimy Quelem; SPENGLER, Fabiana Marion. Reflexões acerca da Mediação Comunitária como Estratégia Prática de Cidadania Participativa. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, a. 17, n. 25, 2013, p. 161-181. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/546>>. Acesso em 31 mar. 2019.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

O surgimento de grupos separatistas na Europa no século 21: o caso da Catalunha (*)

The emergence of separatist groups in Europe in the 21st century: the case of Catalonia

La emergencia de los grupos separatistas en la Europa del siglo XXI: el caso de Cataluña

Ana Luísa Brito de Ataíde¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. **1.** O início da integrações regionais europeias e a globalização. **2.** Composição da Espanha e Catalunha. **3** Catalanismo: o movimento nacionalista separatista catalão. – Considerações finais. – Referências.

(*) Recibido: 19 setiembre 2018 | Aceptado: 10 julio 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

¹ Aluna da Graduação do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. ana.brito.ataide@gmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Mestre em Direito Internacional e Direito Comunitário pela PUC-MG. 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

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar o movimento separatista mais famoso da Espanha, o Catalanismo, que traz preocupação aos líderes europeus, dada a inconstância e imprevisibilidade que permeia na região. Para tanto, foi necessário explicar, brevemente, o contexto espanhol e catalão. Por meio do método dialético, pautado principalmente em notícias jornalísticas e artigos científicos, foram abordados as visões do povo catalão, quanto à cultura à qual pertencem, ou seja, o Estado de origem e a União Europeia, a fim de iniciar um debate sobre como é o relacionamento dessas instituições, a partir do crescente crescimento catalão dentro do território europeu.

Palavras-chave: Reino Unido, União Europeia, Europa, Espanha, nação, nacionalismo, catalanismo, catalão, Catalunha.

Abstract: The present work aims to analyze the most famous separatist movement in Spain, Catalanism, which brings concern to European leaders, given the inconstancy and unpredictability that permeates the region. To do so, it was necessary to briefly explain the Spanish and Catalan context. Through the dialectic method, based mainly on journalistic news and scientific articles, the views of the Catalan people regarding the culture to which they belong, namely the State of origin and the European Union, were approached in order to initiate a debate on how is the relationship of these institutions, from the growing Catalan growth within the European territory.

Keywords: United Kingdom, European Union, Europe, Spain, nation, nationalism, catalanism, catalan, Catalonia.

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo analizar el movimiento separatista más famoso de España, el Catalanismo, que trae preocupación a los líderes europeos, dada la inestabilidad e imprevisibilidad que impregna en la región. Para ello, fue necesario explicar brevemente el contexto español y catalán. Por medio del método dialéctico, pautado principalmente en noticias periodísticas y artículos científicos, se abordaron las visiones del pueblo catalán, en cuanto a la cultura a la que pertenecen, es decir, el Estado de origen y la Unión Europea, para iniciar un debate sobre cómo es la relación de esas instituciones, a partir del creciente crecimiento catalán dentro del territorio europeo.

Palabras clave: Reino Unido, União Europeia, Europa, Espanha, nação, nacionalismo, catalanismo, catalão, Catalunha.

INTRODUÇÃO

Por muito tempo o continente europeu foi campo de grandes conflitos. Após a Segunda Guerra Mundial, nasce a necessidade de discutir a convivência dos Estados no panorama internacional, na medida em que nasce a questão da criação de um artifício que substitua o egocentrismo pela colaboração.

A conexão regional é apontada como uma saída para superar os problemas que afligem o Estado moderno. A pluralidade, anteriormente vista como a causa dos conflitos, passou a ser justamente um ponto de estabilização que propiciou a aquisição e conservação da paz ao longo dos anos.

No processo de desenvolvimento de Estados, distintos povos foram postos em um mesmo território, sob um mesmo governo e leis. Pequenos povos acabaram sendo colocados junto com os maiores em virtude das guerras de conquista, uns com os outros.

Um grande exemplo do disposto acima é a Espanha, que possui em seu território a nação espanhola, galega, catalã e basca. Resumindo, é apenas um Estado para quatro nações. O grande problema é que a maioria dessas nações não está satisfeitas com o atual panorama e deseja a independência, haja vista o contexto histórico que permeia a situação.

Em um território onde há uma diversidade de nações e alvos divergentes, atos individuais podem surgir e despertar anseios de extraordinária lealdade à nação, uma vez que é nela que há refúgio nos momentos de crises.

O nacionalismo, compreendido pelo sentimento de lealdade à nação por parte de um conjunto de pessoas unidas num mesmo território por tradições, língua, cultura, religião ou interesses comuns, é um movimento que constitui uma individualidade política com direito de se autodeterminar³

Sob essa perspectiva a Catalunha, vem causando comoção desde que propôs plebiscitos em 2015 a fim de iniciar o processo de separação. Tem-se a crença de o movimento catalão, pode entusiasmar casos semelhantes em outros países da União Europeia.

O movimento nacionalista catalão vem desde o surgimento do Estado espanhol, e ultrapassa as questões culturais. Os separatistas da região veem

³ HOBBSAWM, Eric. **Nações e Nacionalismo desde 1780**. Tradução Anna Maria Quirino. 6. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2008. 280 p. Tradução de: Nations and Nationalism since 1780.

na independência uma forma de reafirmar não só a identidade linguística e cultural, mas também reforçar os interesses econômicos e políticos.

Assim, o movimento nacionalista separatista catalão vem ganhando cada vez mais força. A União Europeia deve se atentar ao movimento, já que a repartição de um Estado membro seria algo nunca antes visto e sem previsão nos tratados de direito internacional europeus.

Dessa forma, o objetivo geral do trabalho é entender a composição da Espanha e da Catalunha; abarcar o surgimento do movimento separatista catalão e seu posicionamento sobre o Estado espanhol e União Europeia.

No primeiro capítulo do presente trabalho é exposto como se deu o início das integrações das regiões europeias. No segundo capítulo é possível analisar o contexto espanhol e catalão sobre a questão separatista. Já o terceiro capítulo aborda o início e os desdobramentos do movimento separatista Catalão. A continuação é apresentada a conclusão e as referências utilizadas na pesquisa.

1. O INÍCIO DA INTEGRAÇÕES REGIONAIS EUROPEIAS E A GLOBALIZAÇÃO

Sabe-se que, de maneira geral, com o fim da Segunda Guerra Mundial, surgiram diversos reflexos não só no ramo político, mas também no ramo da tecnologia. Isso porque, difundiu-se o chamado processo de globalização, que levou às grandes nações a abrirem suas fronteiras econômicas a fim de buscar pelo ganho de capital. Segundo, Antonio Eduardo Alves Oliveira em *A formação dos blocos regionais para a integração e o desenvolvimento no contexto da globalização*:

O processo de mundialização veio à tona, a partir do incremento dos fluxos globais de comércio, capital, mercadorias, conhecimento e informações. Pode-se afirmar que esse processo envolve o ingresso de novos padrões tecnológicos ou o incremento da concorrência de mercado em escala planetária como também a elevação dos investimentos, devido ao aumento da liberalização do comércio internacional e à desregulamentação financeira, tendo profundos impactos em variadas esferas da vida social na atualidade⁴

A partir desse cenário, surgem no Continente Europeu formas de integração das regiões, que são definidas por Manuel Diaz Velascos como uma espécie de “associação voluntária de Estados estabelecida por acordo internacional, dotada de órgãos permanentes, próprios e independentes, encarregada de

⁴ OLIVEIRA, Antonio Eduardo Alves. **A formação dos blocos regionais para a integração e o desenvolvimento no contexto da globalização: O Caso da União Europeia e MERCOSUL**. Salvador, 2010. 307 p. Disponível em . Acesso em: 11 Set 2018.

gerir interesses coletivos e capazes de expressar a vontade de seus membros juridicamente”⁵. Dessa forma, pode-se perceber que o objetivo de tal interação é a busca pela realização dos desejos e necessidades de um determinado povo a partir da análise de questões sociais e culturais e não meramente políticas.

Sobre essa questão vale ressaltar que, a partir dos ensinamentos Monica Herz⁶ há, tratando-se de regionalismo dois períodos históricos, sendo o primeiro iniciado nos pós Segunda Guerra Mundial, com o surgimento de tratados como a Organização dos Estados Americanos (OEA), Associação Latino Americana de Livre Comércio (ALALC), Associação do Sudeste Asiático (ASEAN) e organização Europeia de Cooperação Econômica (OCDE).

Já o segundo período surgiu na segunda metade da década de 1980, em que houve a assinatura de novos tratados, mas com a revogação de tantos outros, por não atenderem mais os anseios do mundo globalizado. Assim, foi assinado o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), o Mercado Comum do Sul (Mercosul), a Cooperação Econômica Ásia Pacífico (APEC)⁷, . Para Karine de Souza Silva e Rogério Santos Costa:

Neste contexto, resalta-se as organizações de integração regional que se transformaram em tendência mundial a partir da década de 1950 do século passado e que tem na União Europeia o exemplo mais ousado em virtude dos seus fins, das competências que receberam dos seus Estados Membros e pela estruturação das suas instituições.⁸

Não obstante, é importante frisar que, em razão do grande sofrimento de maneira colossal com o final da Segunda Grande Guerra, a integração de diversas regiões surge como resposta aos problemas passados, como uma chance de mostrar ao mundo que existiam cidadãos que lutavam pelos mesmos ideais e desejavam a reconstrução de seus países de origem, sob a ótica econômica e social.

Outro sim se pode dizer que o contexto político de guerra fria, com a bipolarização dos sistemas capitalista, com os Estados Unidos da América,

⁵ VELASCOS, Manuel Diez. **Las organizaciones internacionales**. 16. ed. Madrid: Tecnos, 2010

⁶ HERZ, Monica. **Organizações Internacionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 233 p

⁷ IDEM

⁸ SILVA, Karine de Souza; COSTA, Rogério Santos. **Organizações Internacionais de Integração Regional: União Europeia, Mercosul e UNASUL**. 1. ed. Florianópolis: UFSC, 2013. 16 p

e socialista, com a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, influenciou tal processo.⁹

Entretanto, com a organização das integrações regionais e maior participação dos membros presentes, novos anseios passam a surgir como a criação de um próprio Estado. Segundo Matheus Leite do Nascimento, Ian Rebouças Batista e Rodrigo Barros de Albuquerque “os movimentos separatistas de sub-regiões dentro dessa União acirram as discussões sobre o correto funcionamento do bloco e se existe espaço para maior autonomia desses grupos dentro desse âmbito de cooperação.”¹⁰

O debate sobre a autonomia dos grupos vem aumentando na medida em que a crise econômica presente na Europa cresce. A sensação que se tem é que os desejos do povo não são compreendidos e respeitados pelos seus governadores, sendo cada vez mais comum a eleição de bancadas que correspondem às expectativas dessas minorias, o que demonstra, ao mesmo tempo, insatisfação e desejos diversos da maioria.

No próximo capítulo serão abordadas as questões do surgimento das integrações regionais na Espanha e os motivos pelos quais a Catalunha deseja ser um povo politicamente independente e parte da União Europeia, como Estado europeu.

2. COMPOSIÇÃO DA ESPANHA E CATALUNHA

2.1 ESPANHA

Ao analisar o contexto espanhol, depreende-se que o país está localizado na Península Ibérica, Europa Mediterrânea, possuindo quase 47 milhões de habitantes, sendo cerca de 9% de estrangeiros.¹¹ Tem-se como o castelhano a língua oficial da Espanha. Entretanto, existem no país diversas comunidades, que possuem dentre outras peculiaridades, uma língua/dialeto próprio, como é o caso do Catalão, que é a língua oficial da comunidade Catalã. Conforme Romão:

⁹ OLIVEIRA, Antonio Eduardo Alves. **A formação dos blocos regionais para a integração e o desenvolvimento no contexto da globalização: O Caso da União Europeia e MERCOSUL.** Salvador, 2010. 307 p. Disponível em . Acesso em : 11 Set 2018

¹⁰ NASCIMENTO, Matheus Leite; BATISTA, Ian Rebouças; ALBUQUERQUE, Rodrigo Barros. **Separatismo de Sub-regiões no Processo de Integração Regional Europeu: caso da Catalunha.** Facultadedamas.edu. São Paulo, 2016. 19 p. Disponível em . Acesso em: 06 Ago 2018

¹¹ ICEX. Ficha país: **España. Icx**- España exportaciones e inversiones. Madrid, 2016. Disponível em . Acesso em: 15 Ago 2018

Seja pelas diferenças culturais, que se refletem na existência de línguas próprias em determinadas comunidades, pela forma como se permitiu a algumas autonomias adquirir mais competências em menos tempo ou pelo reconhecimento de direitos históricos que consubstanciam regimes fiscais alternativos ao regime geral, a Espanha caminhou para um modelo não uniformizado.¹²

A comunidade Catalã, como as outras existentes no país, possuem seus próprios governos, sendo esses e autônomos para gerir assuntos de interesse público como saúde e educação. Há uma organização em forma de assembleia escolhida pelos cidadãos e um parlamento, para criar as leis que vão reger as comunidades, existindo sempre o respeito ao Estatuto de Autonomia, “que define as competências e aspectos com os quais a comunidade pode governar.”¹³

2.2 CATALUNHA

A Catalunha, coforme aludido acima, possui um sistema organizado politicamente, que se denomina Generalitat, e se caracteriza por ser uma das áreas mais ricas da Espanha, sendo constatado o PIB de 27.663€ euros per capita. Conforme preceitua Aparicio:

O parlamento goza de autonomia organizativa, financeira e administrativa, e o autogoverno se fundamenta em direitos históricos do povo catalão, ou seja, direitos embasados nessa identidade nacional minoritária. A tradição jurídica, que se incorporam no estatuto de Generalitat também reforça o reconhecimento do direito civil, língua, e cultura catalã¹⁴

Dessa forma, é possível perceber que Catalunha, não só necessita da proteção de sua história, como a língua e os costumes, como também possui bastante poder em relação à Espanha, haja vista sua influencia econômica posição privilegiada territorialmente, que capacita a existência de acordos comerciais e a entrada e saída de produtos, através dos portos catalãos.

3 CATALANISMO: O MOVIMENTO NACIONALISTA SEPARATISTA CATALÃO

¹² ROMÃO, Felipe Vasconcelos. **A transformação dos mecanismos de materialização política das identidades nacionais: o Estado autonômico espanhol e a emergência das autonomiasnação basca e catalã.** Scielo. Brasília, 2013. 16 p. Disponível em . Acesso em: 16 Ago 2018

¹³ IDEM

¹⁴ TAVARES APUD APARICIO, Oriol Vidal. **Independencia de Catalunya y nacionalidad española.** Constituición Catalã. Barcelona, 2015. 27 p. Disponível em . Acesso em: 02 Mai 2017

Conforme preceitua Janete Silveira Abrão em “Nacionalismo Cultural y Político: La doble cara de un proyecto único: Cataluña”, há relatos de que o catalanismo exista desde a criação da comunidade da Catalunha, mas em século XVIII o movimento, iniciado por universitários, tomou forças com o “Renaixença”, que se caracterizou como a união para buscar o passado catalão, por meio da literatura dialeto. Ressalta Luiz Fernando Carvalho:

Em 1841, no prefácio de uma antologia poética em catalão, Joaquim Rubió pediu independência cultural e afirmou que a Espanha não representava a pátria dos catalães. Nos anos de 1850, o movimento já se havia consolidado na Catalunha e a organização dos Jogos Florais, concurso anual de poesia, iniciado em 1859, marcou importante impulso na recuperação do uso do catalão¹⁵

Das diversas ideias discutidas pelo grupo, surgiu o anseio de se instalar o federalismo republicano, a fim de que a Catalunha se tornasse autônoma, tanto politicamente quanto financeiramente. A questão foi levada tão a sério que foram criadas organizações políticas e culturais destinadas ao povo catalão, como escolas destinadas a ensinar a língua e gramática catalã e o partido político Lliga de Catalunya.

Sobre essa uniao política, é imperioso ressaltar que a mesma “se dispôs à lutar pelos interesses da Catalunha, e realizou uma importante ação em 1894, na assembleia de Balanguer, substituiu o conceito “região” pelo de “nação””¹⁶

Já no século XX, ressalta-se que a Espanha passa por dois regimes ditatoriais, gerando consequências nacionais. Como efeito do regime ditatorial de Miguel Primo de Riviera, houve em 1923 a suspensão da Constituição de 1876, fazendo com que o idioma catalão, manifestações religiosas, órgãos regionais fossem proibidos, a fim de unificar uma só ideologia.

Com isso, o povo catalão, ao perceber a situação na qual se encontravam, se organizou contra a ditadura de Rivera, “pois além da opressão à cultura

¹⁵ CARVALHO, Luíz Fernando. **O RECRUDESCIMENTO DO NACIONALISMO**

CATALÃO: Estudo de caso sobre o lugar da nação no século XXI. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2016. 276 p. Disponível em <http://funag.gov.br/loja/download/1139-O_Recrudescimento_do_Nacionalismo_Catalao_13_01_2016.pdf>. Acesso em: 15 Fev 2017.

¹⁶ CARVALHO, Luíz Fernando. **O RECRUDESCIMENTO DO NACIONALISMO**
CATALÃO: Estudo de caso sobre o lugar da nação no século XXI. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2016. 276 p. Disponível em http://funag.gov.br/loja/download/1139-O_Recrudescimento_do_Nacionalismo_Catalao_13_01_2016.pdf>. Acesso em: 15 Fev 2017.

catalã, eles se deram conta que seria mais fácil conseguir seus objetivos em uma democracia do que em uma ditadura ou monarquia”¹⁷

Tomando como pressuposto a instabilidade do governo, em 1931 Lluís Companys, como um dos principais líderes do movimento à época, proclama a república da Catalunha, o que logo é renunciado após reuniões políticas na região, em troca de poder para a região, cujo o nome dado posteriormente foi Generalitat¹⁸. Um ano depois foi aprovado pelo Estado o Estatuto de Autonomia da Catalunha.¹⁹

A resistência por parte da Catalunha, ao longo das décadas, foi uma das mais notáveis causas para a Guerra Civil Espanhola em 1936. Foram os nacionalismos os maiores lutadores contra o regime franquista e o nazismo no Estado, e conseguiram alcance internacional.²⁰

Ocorre que, o conflito exposto acima culminou no golpe de Estado que levou ao poder o ditador Francisco Franco. Foram suprimidas, nesse contexto, os direitos democráticos dos cidadãos, e como consequência natural, a perseguição e proibição das ideias e desejos separatistas. Algumas das posturas inseridas foram o fim da representação regional, literatura; redes de ensino e formas de comunicação.

Com o falecimento de Franco, em 1975, ocorreu, de forma geral, a reorganização política no país, houve uma liberação política que propiciou uma reforma geral no país, conforme é apontado por Alves e Pereira e Cintra:

Em nível externo a nova organização política propiciou a entrada da Espanha nas instituições europeia. Já em nível interno, houve uma reorganização do

¹⁷ ABRÃO, Janete Silveira. **Nacionalismo Cultural y Político: La doble cara de un proyecto único: Cataluña. TDX.** Barcelona, 2007. 314 p. Disponível em

<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/1992/JSA_TESIS_COMPLETA.pdf;jsessionid=E4B0E01947AF86CEDBBDC12A9CA8270E?sequence=3>. Acesso em: 12 Set 2018.

¹⁸ ABRÃO, Janete Silveira. **Nacionalismo Cultural y Político: La doble cara de un proyecto único: Cataluña. TDX.** Barcelona, 2007. 314 p. Disponível em

<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/1992/JSA_TESIS_COMPLETA.pdf;jsessionid=E4B0E01947AF86CEDBBDC12A9CA8270E?sequence=3>. Acesso em: 12 Set 2018.

¹⁹ CARVALHO, Luíz Fernando. **O RECRUDESCIMENTO DO NACIONALISMO CATALÃO:** Estudo de caso sobre o lugar da nação no século XXI. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2016. 276 p. Disponível em http://funag.gov.br/loja/download/1139-O_Recrudescimento_do_Nacionalismo_Catalao_13_01_2016.pdf>. Acesso em: 15 Fev 2017.

²⁰ CHAGAS, Rodolfo Pereira. **Catalunha: Um Estado sem Nação.** Editora Letra. São Paulo, 2014. 9 p. Disponível em <<http://www.editoraletra1.com/anais-congeio/arquivos/978-85-63800-17-6-p752-760.pdf>>. Acesso em: 23 Ago 2018.

Estado, que culminou na implantação das comunidades autônomas. O centralismo foi substituído pela diversidade interna.²¹

Na região da Catalunha, com implemento da descentralização, quem assume a presidência e promove um autogoverno catalão, é o líder Jordi Pujol, que com ideias nacionalistas, promoveu o idioma catalão à língua predominante na região, trazendo de volta o que fora suprimido nos períodos ditatoriais.

Com isso, pode-se afirmar que o Catalanismo surge no tempo em que a Catalunha foi anexada à Espanha. A região se associou ao Estado espanhol através de uniões, ressaltando que a população nunca fora consultada à respeito, o que acarreta a sensação de desconforto e deslocamento do povo catalão para com o povo espanhol. Tal afirmação se dá na medida em que é possível notar, ao longo da história, as diversas guerras e embates políticos entre os povos.

Além disso, destaca-se que, outro ponto que enaltece o Catalanismo, é o fato de que não houve, pelos líderes que inicialmente formaram a Espanha, a divulgação de unidade nacional, a fim de conferir aos cidadãos a ideia de um único povo. Logo, a situação aqui apresentada, além das fortes ditaduras impostas no século XX, a proibição das manifestações ideológicas catalãs em diversos campos, fortaleceram ainda mais o desejo do povo catalão de possuírem o seu próprio Estado.

A Catalunha, na classe de pátria histórica, se encontrou altamente oprimida tendo que abrir mão, ainda que um período, todavia por bastante tempo, de seus hábitos, língua e cultura. A repressão ditatorial, num panorama geral, contribuiu com a preservação das mágoas que vieram a surgir nos últimos anos.

Sob essa ótica, engana-se quem pensa que os anseios por independência do povo catalão, se limita à questão linguística e cultural. A questão ideológica é fortemente discutida, que é vista pelo povo catalão, como muito divergente do povo espanhol, uma vez que ainda há marcas do governo ditatorial de Franco, que lutou contra o temor socialista na região. Entretanto, no que tange separação da União Europeia, vê-se que tal desejo não se reproduz. A questão foi apontada pelo jornal EL PAÍS, em 2016:

Dessa forma, a comunidade depende dos benefícios oferecidos pela integração. Quando se trata da União Europeia o movimento

²¹ ALVES PEREIRA, Guilherme Henrique; CINTRA, Rodrigo. **ESPAÑA E UNIÃO EUROPEIA: Análise da interdependência e as consequências da crise 2008-2013**. ESPM. São Paulo, 2014. 19 p. Disponível em <http://www2.espm.br/sites/default/files/pagina/artigo_pic_semic_final.pdf>. Acesso em: 13 Set 2018.

deixa de ser independentista. De fato, a organização é o ponto fraco da campanha separatista, pois os catalães apreciam ser parte dela e não pretendem deixá-la.²²

A Catalunha, sendo inegável afirmar, é parte da União Europeia, e, com a possível independência da região, não seria razoável permitir ou forçar a saída da região do bloco econômico. Dessa forma, torna-se impossível visualizar que parte da União Europeia seja excluída do bloco e tenha que solicitar a sua volta, confirmando o desejo de ser presente da UE.

Dessa forma, é defensável que a República da Catalunha seja parte da União Europeia, tanto pela questão histórica, quanto pela questão econômica, aqui já abordadas. O jornal *La Vanguardia*, todavia, alerta para a questão da falta de previsão dos tratados interacionais:

Outra questão, é que os tratados não preveem nenhum procedimento diante de uma secessão de parte de um Estado membro, o que significa que as advertências de Bruxelas de que uma Catalunha independente estaria fora da UE não passa de ser uma opinião pessoal e não um posicionamento oficial da instituição.²³

Dessa forma, pode-se inferir que o povo catalão, sempre manifestou seu anseio de permanecer no bloco da União Europeia, sendo os desejos separatistas limitados ao Estado espanhol. Dada ao forte potencial comercial e posição geográfica, a comunidade depende de outros países do bloco. Outro fato a ser destacado é o de que, o povo catalão confirma o desejo de integrar a UE, como Estado independente, para finalmente, interagir com os demais países, como Estado autônomo.

Logo, infere-se que a maior dificuldade de quem lidera o movimento separatista é justamente alcançar o apoio da União Europeia, a fim de garantir a permissão da entrada do possível Estado da Catalunha, e finalmente, dar ao povo catalão o território que há séculos desejam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar os movimentos separatistas, percebe-se que mesmo com as peculiaridades de cada povo, todos possuem, no mínimo, enorme peso ideológico e o desejo de unir os seus iguais em um só território.

²² EL PAÍS, . **A Catalunha quer sair da Espanha mas não da UE.** o Globo. A "Vontade política" pode garantir permanência, dizem separatistas, 2016. 1 p. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/mundo/catalunha-quer-deixar-espanha-mas-nao-sair-da-ue-17622387>>. Acesso em: 10 Ago 2018.

²³ LA VANGUARDIA. **Barcelona para la España invicta de Franco.** Barcelona, 1939. Figura. Dimensões: 120x90. Disponível em <<https://somatemps.me/2016/02/26/los-catalanes-de-franco/>>. Acesso em: 11 Jun 2017.

No contexto europeu, a Espanha é um dos países que agrupa um forte grupo de movimento separatista, uma vez que pelo viés histórico, três nações habitam o território País Basco, Galícia e Catalunha, além da própria nação espanhola. Esta última, integrou-se ao território espanhol com os adventos de governantes ditatoriais, sem a oitiva das população local, o que gerou na população catalã um sentimento ausência de representação cultural.

O movimento nacionalista da Catalunha, Catalanismo, ainda que antigo, tendo sido consolidado no século XIX e iniciado com o desejo de um Estado federalizado, se coloca no tempo presente, uma vez que se refere ao desejo de mudança de um povo em constante evolução.

Durante o século XX, a Espanha sofreu com movimentos ditatoriais, que tinham o anseio de acabar com os movimentos separatistas, a partir da implementação de políticas de repressão, o que gerou enorme sentimento de ressentimento no povo catalão. Isso porque, para àquele povo, a questão econômica é de extrema importância, além do fator cultural.

Dessa forma, é possível dizer que criou-se uma grande desconfiança quanto ao sistema político do país, dando ao povo um sensação de ausência de representação governamental, dando ainda mais força ao movimento separatista.

O panorama atual é da força aos movimentos separatistas. A posição da União Europeia e da Espanha se dá na medida em que, o primeiro não se manifesta sobre a situação, ao afirmar que trata-se de um interno espanhol e o segundo mantém a postura fixa de vetar qualquer perda territorial

Os que são contra o movimento separatista alegam que, caso haja de fato a separação territorial, o sentimento de independência pode contaminar outras regiões ao longo do mundo, o que geraria grande abalo econômico, político e social dentro dos países, sobretudo os da União Europeia. Vale ressaltar ainda que, com a criação de novos Estados, criam-se também novos tratados e acordos internacionais, demandando uma atuação de quase todos os países do globo.

Por fim, é possível concluir que, ainda que, na prática, pelo posicionamento do Estado espanhol, a chance de dar independência ao povo catalão seja pequena, é preciso reconhecer que a Catalunha é uma nação em constante luta pela sua soberania, a fim de que se preserve a sua identidade e cultura, além de do reconhecimento econômico de sua região.

REFERÊNCIAS

- ALVES PEREIRA, Guilherme Henrique; CINTRA, Rodrigo. **ESPAÑA E UNIÃO EUROPEIA: Análise da interdependência e as consequências da crise 2008-2013**. ESPM. São Paulo, 2014. 19 p. Disponível em <http://www2.espm.br/sites/default/files/pagina/artigo_pic_semic_final.pdf>. Acesso em: 13 Set 2018
- CHAGAS, Rodolfo Pereira. Catalunha: **Um Estado sem Nação**. Editora Letra. São Paulo, 2014. 9 p. Disponível em <<http://www.editoraleta1.com/anais-congeio/arquivos/978-85-63800-17-6-p752-760.pdf>>. Acesso em: 23 Ago 2018
- EL PAÍS, . **A Catalunha quer sair da Espanha mas não da UE**. o Globo. A "Vontade política" pode garantir permanência, dizem separatistas, 2016. 1 p. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/mundo/catalunha-quer-deixar-espanha-mas-nao-sair-da-ue-17622387>>. Acesso em: 10 Ago 2018.
- HERZ, Monica. **Organizações Internacionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 233
- HOBBSAWM, Eric. **Nações e Nacionalismo desde 1780**. Tradução Anna Maria Quirino. 6. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2008. 280 p. Tradução de: Nations and Nationalism since 1780.
- ICEX. Ficha país: **España. Ices-** España exportaciones e inversiones. Madrid, 2016. Disponível em . Acesso em: 15 Ago 2018
- NASCIMENTO, Matheus Leite; BATISTA, Ian Rebouças; ALBUQUERQUE, Rodrigo Barros. **Separatismo de Sub-regiões no Processo de Integração Regional Europeu: caso da Catalunha**. Facultadedamas.edu. São Paulo, 2016. 19 p. Disponível em
- OLIVEIRA, Antonio Eduardo Alves. **A formação dos blocos regionais para a integração e o desenvolvimento no contexto da globalização: O Caso da União Europeia e MERCOSUL**. Salvador, 2010. 307 p. Disponível em . Acesso em : 11 Set 2018 . Acesso em: 06 Ago 2018
- OLIVEIRA, Antonio Eduardo Alves. **A formação dos blocos regionais para a integração e o desenvolvimento no contexto da globalização: O Caso da União Europeia e MERCOSUL**. Salvador, 2010. 307 p. Disponível em . Acesso em: 11 Set 2018.
- ROMÃO, Felipe Vasconcelos. **A transformação dos mecanismos de materialização política das identidades nacionais: o Estado autônomo espanhol e a emergência das autonomiasnação basca e**

catalã. Scielo. Brasília, 2013. 16 p. Disponível em . Acesso em: 16
Ago 2018

SILVA, Karine de Souza; COSTA, Rogério Santos. **Organizações
Internacionais de Integração Regional: União Europeia, Mercosul e
UNASUL**. 1. ed. Florianópolis: UFSC, 2013. 16 p

VELASCOS, Manuel Diez. **Las organizaciones internacionales**. 16. ed.
Madrid: Tecnos, 2010

O fim da neutralidade da internet ante o entendimento da Organização das Nações Unidas (*)

The end of internet neutrality according to the understanding of the United Nations Organization

El fin de la neutralidad de internet ante el entendimiento de la Organización de las Naciones Unidas

Andressa da Silva Freitas Branco¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. **1.** A internet como direito humano. **2.** A neutralidade da internet. **3.** O fim da neutralidade da internet e a possível violação de direitos humanos. – Considerações finais. – Referências.

(*) Recibido: 19 setiembre 2018 | Aceptado: 10 julio 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 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 Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). andressabranco@uol.com.br

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 (PUC-MG); Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), 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

Resumo: A internet é ferramenta essencial no desenvolvimento de diversas atividades sociais, econômicas e políticas. Cita-se, entre elas, a dos meios de comunicação social e de informação. Ademais, também é relevante instrumento para a defesa da democracia, já que permite a interação e a manifestação popular sobre várias temáticas. A Organização das Nações Unidas firmou entendimento de que a internet deve ser vista como direito humano, sendo cabível esforços para sua proteção, protegendo, de forma oblíqua, a própria liberdade e a democracia dos países. Nesse sentido, a neutralidade da internet é característica fundamental nessa proteção, pois impede que provedores de internet determinem quais conteúdos terão prioridade em detrimento de outros, garantindo a liberdade de atuação na rede. Todavia, os Estados Unidos, em 2017, decretaram o fim da neutralidade da rede, gerando repercussão em todo o mundo. Questiona-se, então, se o fim da neutralidade da internet estaria, de fato, violando direitos humanos fundamentais, à luz do entendimento da ONU. Para este trabalho, será inicialmente analisado o entendimento de que a internet seria um direito humano. Ato contínuo, passar-se-á ao estudo da neutralidade da internet, bem como as possíveis consequências do seu fim. Por fim, será realizado um contraponto, objetivando verificar se o fim da neutralidade da rede fere, de fato, direitos humanos fundamentais. Para tanto, esta análise trouxe à discussão, mas não se limitando a eles, autores como Marvin Ammori, Vinton Cerf, José Cretella Neto, além do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos e Resoluções da Organização das Nações Unidas.

Palavras-chave: neutralidade da Internet, direitos humanos, resoluções da ONU.

Abstract: The internet is an essential tool in the development of social, economic and political activities. These include the media and the freedom of speech. In addition, it's also an important instrument for the defense of democracy, since it allows interaction and popular expression on various themes. The United Nations understands that the Internet should be seen as a human right, with efforts to protect it should be made in order to obliterate the freedom and democracy of countries. The neutrality of the internet is a fundamental feature of this protection, since it prevents internet providers from determining which contents will have priority over others, guaranteeing freedom of action in the network. However, the United States, in 2017, has declared an end to the net neutrality, generating worldwide repercussions. It is questioned, then, whether the end of the net neutrality would, in fact, violate fundamental human rights, in the light of the UN understanding. For this work, we will initially analyze the

understanding that the internet would be a human right. Then the study of net neutrality and the possible consequences of its end will be carried out. Finally, a counterpoint will be carried out, with the aim of verifying whether the end of net neutrality, in fact, violates fundamental human rights. To that end, this analysis brought to the discussion, but not limited to, authors such as Marvin Ammori, Vinton Cerf, José Cretella Neto, in addition to the International Pact on Civil and Political Rights and United Nations Resolutions.

Keywords: net neutrality, human rights, ONU's reports.

Resumen: La internet es una herramienta esencial en el desarrollo de diversas actividades sociales, económicas y políticas. Se citan, entre ellas, la de los medios de comunicación y de información. Además, también es relevante instrumento para la defensa de la democracia, ya que permite la interacción y la manifestación popular sobre varias temáticas. La Organización de las Naciones Unidas entiende que el acceso a internet debe ser visto como derecho humano, y se debe realizar esfuerzos para protegerlo como tal, protegiendo de forma oblicua la propia libertad y la democracia de los países. Así, la neutralidad de internet es característica fundamental en esta protección, pues impide que los proveedores de internet determinen qué contenidos tendrán prioridad en detrimento de otros, garantizando la libertad de actuación en la red. Sin embargo, Estados Unidos, en 2017, decretó el fin de la neutralidad de la red, generando repercusión en todo el mundo. Se cuestiona entonces si el fin de la neutralidad de internet estaría, de hecho, violando derechos humanos fundamentales, a la luz del entendimiento de la ONU. Para este trabajo, se analizará inicialmente el entendimiento de que el acceso a internet sería un derecho humano. A continuación se pasará al estudio de la neutralidad de internet, así como las posibles consecuencias de su fin. Por último, se realizará un contrapunto, con el fin de verificar si el fin de la neutralidad de la red hiere, de hecho, derechos humanos fundamentales. Para ello, este análisis trajo a la discusión, pero no limitándose a ellos, a autores como Marvin Ammori, Vinton Cerf, José Cretella Neto, además del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y Resoluciones de las Naciones Unidas.

Palabras clave: neutralidad de internet, derechos humanos, resoluciones de las Naciones Unidas.

INTRODUÇÃO

A internet é uma invenção recente que transformou e continua a transformar a sociedade em seus mais diferenciados aspectos. É possível verificar sua utilização em setores sociais, econômicos e políticos, dando-se destaque, em especial às áreas de comunicação social e de informação e a liberdade de atuação que deve existir nelas.

Isso porque a internet tem se mostrado, cada vez mais, como um instrumento para a defesa da democracia, uma vez que permite a interação e a manifestação popular, sobre os mais diferentes temas. Mais que isso, permite uma liberdade que deve permear toda a atuação da sociedade – a partir do momento que propicia o diálogo entre as pessoas de forma livre. Na rede virtual, passou-se a ser possível que as pessoas dialoguem entre si, num espectro muito mais amplo e com uma abrangência muito maior.

Com isso, é possível verificar diversos movimentos sociais organizados na internet, a partir de redes sociais. Exemplo recente e bastante debatido foi o da Primavera Árabe, que ocasionou a mobilização popular, com protestos e até revoluções populares contra governos do mundo árabe, notadamente no Oriente Médio e norte da África. O fato é que a internet, em muitos locais, transcende o papel de mero avanço tecnológico, acabando também por exercer um importante papel de defesa da democracia.

Assim, alguns estudiosos entendem a internet como um instrumento de alto grau de relevância, a partir do momento que potencializa a defesa de direitos humanos fundamentais. Há, contudo, os que entendem que a internet não seria um instrumento de defesa de direitos humanos, mas sim que seria, ela mesma, um direito humano.

Adota essa posição a Organização das Nações Unidas, que firmou entendimento de que a internet deve ser vista como direito humano em si mesma, sendo cabíveis esforços para sua proteção. Com isso, protege-se também, de forma oblíqua, a própria liberdade e a democracia dos países. Outros autores e organismos internacionais compartilham dessa ideia.

Isso posto, importa ressaltar que a neutralidade da internet é característica fundamental nessa proteção, já que impede que provedores de internet determinem quais conteúdos terão prioridade em detrimento de outros, garantindo a liberdade de atuação na rede. A neutralidade da rede propicia, pois, a proteção não só do direito de acesso à internet, mas também a todos os outros que se relacionam como este.

Todavia, em 2017, os Estados Unidos decretaram o fim da neutralidade da rede, gerando repercussão em todo o mundo. Questiona-se, então, se o fim da neutralidade da internet estaria, de fato, violando direitos humanos fundamentais, à luz do entendimento da ONU e da atuação das comunidades internacionais, sendo esse o foco central deste trabalho.

Para tanto, será analisada, a princípio, o entendimento de que a internet (e o acesso a ela) seria um direito humano em si mesmo, e não apenas uma ferramenta para a defesa de outros direitos humanos. Ato contínuo, passar-se-á ao estudo da neutralidade da internet e suas características. Logo após, passa-se à análise do fim da neutralidade da internet, verificando se isso representaria uma violação a direitos humanos. Conclui-se com uma ponderação acerca da atuação da comunidade internacional, notadamente na proteção do direito de acesso à internet.

Salienta-se que este trabalho não objetiva esgotar seu objeto, mas sim de fomentar a discussão acerca da temática. Ressalta-se, por fim, que, por se tratar de um tema muito novo, a base teórica acabou por ser bastante diversificada. Entre os autores utilizados, mas não se limitando a eles, citam-se Marvin Ammori, Vinton Cerf, José Cretella Neto; além de regramentos como o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos e Resoluções da Organização das Nações Unidas.

1. A INTERNET E OS DIREITOS HUMANOS

O avanço tecnológico observado no mundo atual tem alterado a forma de integração social. Os relacionamentos sociais e entre nações vêm passando por constante transformação, com destaque para maior interação e velocidade nas interações. Nesse cenário, a criação e o desenvolvimento da internet é elemento-chave em todas essas modificações.

Destaca-se que tal avanço acaba se refletindo também nos direitos humanos, em especial no tocante ao direito à informação, comunicação e liberdade de expressão. Em vários países, observa-se a internet como um importante transformador da realidade local. Nesse sentido, afirma Silva (2013, p. 17):

[...] a internet contribuiu positivamente para a defesa dos direitos humanos. Possibilitou escapar da censura estatal na China, permitiu a denúncia da repressão contra comunidades nativas na América Latina, facilitou o acesso a informações públicas no México e apoio a abertura política no mundo árabe.

Assim, populações em diferentes locais do mundo têm se valido da internet para transformar sua realidade social, a exemplo de tantos fenômenos internacionais, como a 'Primavera Árabe' e tantos outros que alteram a dinâmica política e social dos países. Quanto à importância da internet, destaca Piovesan (2016):

Na sociedade global marcada pela produção, distribuição e uso da informação, a internet exerce um crescente impacto num mundo cada vez mais interconectado. [...] Se os avanços da tecnologia da informação e das comunicações podem ameaçar e violar direitos, também têm a potencialidade de promover e fortalecer esses mesmos direitos. [...] Daí a relevância de identificar ações, programas e políticas inovadoras e estratégicas para utilizar o potencial digital para a promoção de direitos [...]. Na sociedade global da informação, emergencial é incorporar o enfoque de direitos humanos por meio de uma educação e cidadania digitais inspiradas nos valores da liberdade, igualdade, sustentabilidade, pluralismo e respeito às diversidades.

Tem-se, pois, que a internet se apresenta como importante instrumento para a defesa e para o desenvolvimento de diversos direitos humanos. Dentre eles, direitos como o de liberdade de expressão e livre informação ganham destaque. Contudo, o uso da internet não pode se limitar a tais direitos, devendo ser mais ampla a sua abrangência, conforme aponta Silva (2013, p. 24):

Uma política de internet fundada em direitos humanos deve sustentar-se em uma visão global e pormenorizada de tais direitos, incluindo não apenas a liberdade de expressão e o direito à vida privada, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, incluído o direito ao desenvolvimento. Tal política deve também empoderar as pessoas para que efetivamente exerçam sua cidadania no ambiente digital e possam participar da governança da internet, quer seja diretamente ou através de vias democráticas. Ela deve, também, estabelecer claras responsabilidades para os atores do setor privado, os quais exercem um controle maior na estrutura da internet. E embora não precise desafiar o mercado, precisa antepor os direitos humanos às exigências deste.

Diante do fato de que a internet é uma importante ferramenta de transformação e controle social, necessário se faz pensar também em sua defesa e no seu pleno acesso, evitando ainda que seja controlada por alguns grupos em interesses próprios. É nesse cenário em que se discute sobre o que seria o acesso à internet: seria, em si mesmo, um direito humano? É possível identificar distintas posições doutrinárias e jurisprudenciais, em âmbito internacional.

A Organização das Nações Unidas já se pronunciou sobre em diferentes oportunidades. Em 2011, no Relatório A/HRC/17/27 da Assembleia Geral, a ONU ressaltou que vários países já reconhecem o acesso à internet como um direito em si, *in verbis*:

In some economically developed States, Internet access has been recognized as a right. For example, the parliament of Estonia passed legislation in 2000 declaring Internet access a basic human right. The constitutional council of France effectively declared Internet access a fundamental right in 2009, and the constitutional court of Costa Rica reached a similar decision in 2010. [...]

Finland passed a decree in 2009 stating that every Internet connection needs to have a speed of at least one Megabit per second (broadband level). The Special Rapporteur also takes note that according to a survey by the British Broadcasting Corporation in March 2010, 79% of those interviewed in 26 countries believe that Internet access is a fundamental human right.³

Verifica-se então que o reconhecimento do acesso à internet como um direito em si mesmo é tendência em vários países, conforme apontado no relatório. Todavia, tal entendimento não é unânime, sendo possível verificar os que acreditam que o acesso à internet não pode ser considerado um direito humano em si mesmo, mas tão somente uma ferramenta viabilizadora de direitos, como aponta Cerf (2012):

[...] technology is an enabler of rights, not a right itself. There is a high bar for something to be considered a human right. Loosely put, it must be among the things we as humans need in order to lead healthy, meaningful lives, like freedom from torture or freedom of conscience. It is a mistake to place any particular technology in this exalted category, since over time we will end up valuing the wrong things. For example, at one time if you didn't have a horse it was hard to make a living. But the important right in that case was the right to make a living, not the right to a horse. Today, if I were granted a right to have a horse, I'm not sure where I would put it.⁴

Na mesma linha, Thierer (2012) não só concorda com o entendimento de Cerf, mas também suscita questões complementares. O autor afirma que a regulação da internet, com vedações à livre concorrência, faz com que isso dificulte o desenvolvimento de outras inovações transformadoras. Thierer conclui ainda:

³ Em alguns Estados economicamente desenvolvidos, o acesso à Internet tem sido reconhecido como um direito. Por exemplo, o parlamento da Estônia aprovou legislação em 2000 declarando o acesso à Internet um direito humano básico.⁵² O Conselho Constitucional da França declarou efetivamente que o acesso à Internet era um direito fundamental em 2009, e o Tribunal Constitucional da Costa Rica chegou a uma decisão semelhante em 2010. [...] A Finlândia aprovou em 2009 um decreto afirmando que toda conexão à Internet precisa ter uma velocidade de pelo menos um Megabit por segundo (nível de banda larga). O Relator Especial também observa que, de acordo com uma pesquisa da British Broadcasting Corporation em março 2010, 79% dos entrevistados em 26 países acreditam que o acesso à internet é um direito humano fundamental. [tradução nossa]

⁴ [...] a tecnologia é um facilitador de direitos, não um direito em si. Existe um alto nível para que algo seja considerado um direito humano. Insensatamente, deve estar entre as coisas que nós, como humanos, precisamos para levar uma vida saudável e significativa, como viver sem a tortura ou a liberdade de consciência. É um erro colocar qualquer tecnologia em particular nesta categoria exaltada, já que, com o tempo, acabaremos valorizando as coisas erradas. Por exemplo, uma vez, se você não tivesse um cavalo, seria difícil ganhar a vida. Mas o direito importante nesse caso era o direito de ganhar a vida, não o direito a um cavalo. Hoje, se eu tivesse o direito de ter um cavalo, não tenho certeza de onde colocá-lo. [tradução nossa]

[...] If everyone did actually get a horse via a hypothetical Horse Entitlement System, how efficient was that program and the resulting bureaucracy / regulatory apparatus? [...] Did it discourage innovations that might have served the public better? [...] I can only imagine the lobbying that would have ensued from the horse industry once trains, cars, and airplanes became a disruptive threat! These are the sort of questions rarely asked initially in discussions about proposals to convert technologies or networks into birthright entitlements. Eventually, however, they become inescapable problems that every entitlement system must grapple with. When we discuss the wisdom of classifying the Internet or broadband as a birthright entitlement, we should require advocates to provide us with some answers to such questions.⁵

Tem-se, portanto, que há críticos quanto ao fato de o acesso à internet ser considerado um direito humano de primeira grandeza. Todavia, como já mencionado, a questão não é pacífica, havendo os que defendem o acesso à internet como um direito humano e não uma mera ferramenta.

Nesse sentido, em que pese ver a internet como importante ferramenta, Edwards (2018), da Anistia Internacional parece acompanhar o entendimento das Nações Unidas, ao afirmar que o próprio acesso à internet, por si só, é um direito humano. Justifica tal posicionamento no fato de que, em muitos locais, o acesso à internet pode ser a única forma de sobreviver, em especial quando se trata de populações marginalizadas.

In just over a decade, communication technologies have become indispensable to the world's most marginalized people. Indeed, loss of access would be a mere annoyance to me. In places from Sub-Saharan Africa to the most impoverished communities here in the US, however, loss of access could mean an immediate threat to lives and livelihoods. [...] And the increasing necessity of internet access for the world's most impoverished as it relates to health, education, employment, the arts, gender equality [...] means that Information Technologies (yes, the Internet) are inseparable from the rights themselves. [...] the architecture of the Internet is a digital public space found in social and professional networking that rivals the richness of any physical town square. [...] denial of access to the town square through

⁵ [...] Se todos realmente conseguissem um cavalo através de um hipotético Sistema de Titularidade, quão eficiente era esse programa e o aparato burocrático / regulatório resultante? [...] Isso desencorajou inovações que poderiam ter servido melhor o público? [...] Eu só posso imaginar o lobby que teria se originado da indústria de cavalos, uma vez que trens, carros e aviões se tornaram uma ameaça disruptiva! Esse é o tipo de perguntas raramente feitas inicialmente em discussões sobre propostas para converter tecnologias ou redes em direitos de primogenitura. Eventualmente, no entanto, eles se tornam problemas inescapáveis com os quais todo sistema de direitos deve lidar. Quando discutimos a sabedoria de classificar a Internet ou a banda larga como um direito de nascimento, devemos exigir que os defensores nos forneçam algumas respostas para tais questões. [tradução nossa]

curfews, martial law, or emergency rules are tantamount to restriction on association and expression. [...] ⁶

A Anistia Internacional destaca ainda o entendimento pela Organização das Nações Unidas, quando esta reconheceu o papel primordial que a internet desempenhou no exercício de direitos humanos:

[...] In a recent UN report—published at the height of the uprisings in the Middle East and North Africa— Special Rapporteur Frank La Rue acknowledges the pivotal role the internet plays for the exercise of human rights: The Special Rapporteur underscores the unique and transformative nature of the Internet not only to enable individuals to exercise their right to freedom of opinion and expression, but also a range of other human rights, and to promote the progress of society as a whole. ⁷

Evidenciado está, portanto, que a discussão sobre o acesso à internet ser ou não um direito humano em si mesmo não está pacificada. Todavia, para este estudo, entende-se como mais adequado o posicionamento adotado tanto pela Organização das Nações Unidas quanto da Anistia Internacional, qual seja: o de que o acesso à internet deve sim figurar no rol dos direitos humanos, cabendo sua proteção pelas comunidades internacionais.

Isso porque se, em seus primórdios, a internet surgiu como uma ferramenta tecnológica, hoje é evidente que o acesso à internet transcende a questão ferramental, devendo ser visto como uma importante forma de transformação social. Logo, dificultar ou impedir o acesso à internet configura-se também uma violação aos direitos humanos.

2. A NEUTRALIDADE DA INTERNET

⁶ Em pouco mais de uma década, as tecnologias de comunicação tornaram-se indispensáveis para as pessoas mais marginalizadas do mundo. De fato, a perda de acesso seria um mero aborrecimento para mim. Em lugares da África Subsaariana ou nas comunidades mais pobres aqui nos EUA, no entanto, a perda de acesso pode significar uma ameaça imediata a vidas e meios de subsistência. [...] E a crescente necessidade de acesso à internet para os mais pobres do mundo, no que se refere à saúde, educação, emprego, artes, igualdade de gênero, [...] significa que as Tecnologias da Informação (sim, a Internet) são inseparáveis dos próprios direitos. [...] A arquitetura da Internet é um espaço público digital encontrado em redes sociais e profissionais que rivaliza com a riqueza de qualquer praça física da cidade. [...] negar acesso à praça da cidade através de toques de recolher, lei marcial ou regras de emergência equivalem a restrições de associação e expressão. [...] [tradução nossa]

⁷ [...] Em um recente relatório da ONU - publicado no auge das revoltas no Oriente Leste e Norte da África - o Relator Especial Frank La Rue reconhece o papel central que a Internet desempenha para o exercício dos direitos humanos. O Relator Especial ressalta que a natureza única e transformadora da Internet não apenas vem para permitir que os indivíduos exerçam seu direito à liberdade de opinião e expressão, mas também uma série de outros direitos humanos, além de promover o progresso da sociedade como um todo. [tradução nossa]

Transposta a discussão sobre a internet ser ou não um direito humano em si mesma, importante se faz agora analisar os procedimentos e regras aplicáveis ao funcionamento da rede.

Entre as diversas características da arquitetura e do modo de funcionamento da rede, a neutralidade da internet é uma das que merece destaque. A neutralidade da rede pode ser definida, em breve síntese, como uma forma de se garantir a igualdade entre os que mantêm sites ou serviços online. Nesse sentido, destaca Downes (2017):

Net neutrality is a basic [...] principle. It means that a broadband internet provider should not block, slow, or otherwise unfairly discriminate against any websites or online services. Despite being a simple idea, net neutrality has proven difficult to translate into U.S. policy. It sits uncomfortably at the intersection of highly technical internet architecture and equally complex principles of administrative law.⁸

Verifica-se que a neutralidade da rede tem como função central a questão do tratamento isonômico. Isso porque, no segmento da internet, há dois nichos essenciais. O primeiro deles é o das empresas provedoras de internet. O segundo, das empresas que fazem uso do serviço dos provedores, a fim de fornecer seus próprios produtos e serviços na rede.

A neutralidade da rede vem para garantir que um dado cliente não seja prejudicado em detrimento de outro. Por exemplo: havendo duas empresas que prestam serviços de *streaming*⁹, as duas teriam, com a neutralidade da rede, a garantia de que suas conexões, velocidades e ordem de atendimento seriam respeitadas. Uma dada empresa não “furaria a fila”.

Nesse sentido, Ammori (2014) afirma:

[...] Net neutrality holds that ISPs shouldn't offer preferential treatment to some websites over others or charge some companies arbitrary fees to reach users. By this logic, AT&T, for example, shouldn't be allowed to grant iTunes

⁸ A neutralidade da rede é um princípio básico [...]. Significa que um provedor de internet de banda larga não deve bloquear, desacelerar ou discriminar injustamente qualquer site ou serviço online. Apesar de ser uma ideia simples, a neutralidade da rede se mostrou difícil de traduzir para a política dos EUA. Ele se senta desconfortavelmente na interseção da arquitetura altamente técnica da Internet e dos princípios igualmente complexos do direito administrativo. [tradução nossa]

⁹ Transmissão instantânea de áudio e vídeo por meio de redes, sendo possível assistir a filmes ou escutar música sem a necessidade de fazer download, o que torna o acesso mais rápido aos conteúdos online. Fonte: <http://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/05/conheca-o-streaming-tecnologia-que-se-popularizou-na-web.html>. Acesso em: 01 set. 2018.

Radio a special “fast lane” for its data while forcing Spotify to make do with choppy service.¹⁰

Verifica-se então que é com a neutralidade que os serviços desempenhados na internet podem concorrer entre si, sem prevalecer um em detrimento de outro – ao menos, no que tange quanto aos serviços do provedor. A igualdade atrelada à neutralidade permite uma livre concorrência no ambiente cibernético das empresas que fazem uso dos provedores. Mais que isso, permite, por via oblíqua, a liberdade de contratação, de comunicação e de expressão.

Nesse cenário, as Nações Unidas, em Assembleia Geral de maio de 2017, no seu Relatório A/HRC/35/22, demonstram a importância do tema ao afirmar:

Network neutrality — the principle that all Internet data should be treated equally without undue interference — promotes the widest possible access to information. In the digital age, the freedom to choose among information sources is meaningful only when Internet content and applications of all kinds are transmitted without undue discrimination or interference by non-State actors, including providers. The State’s positive duty to promote freedom of expression argues strongly for network neutrality in order to promote the widest possible non-discriminatory access to information.¹¹

Tem-se, pois, que a neutralidade da rede, para a ONU, é um elemento que deve ser defendido pelos Estados e por organismos internacionais, a fim de garantir o exercício de direitos fundamentais. Mais que isso: é garantir o exercício de um direito fundamental (o de acesso à internet) para fazer valer vários outros direitos humanos. Nesse sentido, é preocupante a prática, em alguns países, em que, sob pagamento, acaba-se verificando a prevalência de um conteúdo em detrimento de outro. Sinaliza o relatório:

Under paid prioritization schemes, providers give preferential treatment to certain types of Internet traffic over others for payment or other commercial benefits. These schemes effectively create Internet fast lanes for content providers that can afford to pay extra and slow lanes for all others.⁴⁶ This

¹⁰ A neutralidade da rede sustenta que os ISPs não devem oferecer tratamento preferencial a alguns sites em detrimento de outros, nem cobrar taxas arbitrárias de algumas empresas para alcançar os usuários. Com essa lógica, a AT & T, por exemplo, não deve conceder ao iTunes Radio uma "faixa rápida" especial para seus dados, enquanto força o Spotify a se contentar com o serviço mais agressivo. [tradução nossa]

¹¹ Neutralidade da rede - o princípio de que todos os dados da Internet devem ser tratados igualmente sem interferência indevida - promove o acesso mais amplo possível à informação. Na era digital, a liberdade de escolha entre fontes de informação só é significativa quando o conteúdo da Internet e aplicações de todos tipos são transmitidos sem discriminação indevida ou interferência de atores não-estatais, incluindo provedores. O dever positivo do Estado de promover a liberdade de expressão defende fortemente a neutralidade da rede, a fim de promover o mais amplo acesso não discriminatório possível à informação. [tradução nossa]

hierarchy of data undermines user choice. Users experience higher costs or lower quality of service when they attempt to access Internet content and applications in the slow lanes. At the same time, they may be compelled to engage with content that has been prioritized without their knowledge or input.¹²

Com essas constatações, nota-se que deve haver uma preocupação quanto ao livre acesso à internet, de modo a garantir também o pleno exercício de tantos outros direitos relacionados a essa liberdade. Para tanto, alguns Estados têm se antecipado e elaborado vedações para essa priorização paga. Aponta o referido Relatório da ONU:

Several States prohibit paid prioritization. For example, the Netherlands, an early adopter of net neutrality, forbids providers from making “the price of the rates for Internet access services dependent on the services and applications which are offered or used via these services”.¹³

Resta claro, portanto, que a neutralidade da rede é uma forma de garantir que os provedores de internet não forneçam capacidade de tráfego na rede, gerando não só discriminação como também manipulação daqueles que utilizam a internet, na busca por um serviço ou simplesmente por uma informação.

Em que pese o Relatório da ONU, de 2017, apontar a política americana no aspecto da neutralidade da rede, tal regulação sofreu modificação expressiva. Isso porque o Relatório apontou que, 2015, os EUA proibiam tal gerenciamento de rede, nos termos:

The United States Federal Communications Commission 2015 Open Internet Order bans the “management of a broadband provider’s network to directly or indirectly favour some traffic over other traffic [...] in exchange for consideration (monetary or otherwise) from a third party, or to benefit an affiliated entity”.¹⁴

¹² Nos esquemas pagos de priorização, os provedores dão tratamento preferencial a certos tipos de tráfego da Internet em detrimento de outros, em troca de pagamento ou outros benefícios comerciais. Tais esquemas efetivamente criam vias rápidas na Internet para provedores de conteúdo que podem pagar por pistas extras e lentas para todos os outros. Essa hierarquia de dados prejudica a escolha do usuário, que passam a ter custos mais altos ou menor qualidade de serviço quando tentam acessar o conteúdo e os aplicativos da Internet nas faixas lentas. Ao mesmo tempo, eles podem ser obrigados a se envolver com conteúdo que tenha sido priorizado sem seu conhecimento ou contribuição. [tradução nossa]

¹³ Vários Estados proíbem a priorização paga. Na Holanda, uma das primeiras a adotar a neutralidade da rede, proíbe que os provedores façam “o preço das tarifas dos serviços de acesso à Internet dependentes dos serviços e aplicativos oferecidos ou usados por esses serviços”. [tradução nossa]

¹⁴ A Ordem Aberta da Internet da Comissão Federal de Comunicações dos Estados Unidos, de 2015, proíbe o “gerenciamento da rede de uma provedora de banda larga para favorecer direta ou

Todavia, o entendimento acerca da neutralidade da rede tem mudado expressivamente na política americana, notadamente com o início do governo Trump. Assim, necessário se faz avaliar as recentes modificações perpetuadas pelos americanos sobre o tema.

3. O FIM DA NEUTRALIDADE DA INTERNET E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Em 2018, o fim da neutralidade da rede nos Estados Unidos foi, de fato, posto em prática. O acontecimento ocorrido neste ano vinha sendo fomentado, conduzido, desde o governo Obama. Afirma Ammori (2014):

On the campaign trail in 2007, Obama called himself “a strong supporter of net neutrality” and promised that under his administration, the Federal Communications Commission would defend that principle. But in the last few months, his FCC appears to have given up on the goal of maintaining an open Internet. This past January, a U.S. federal appeals court, in a case brought by Verizon, struck down the net neutrality rules adopted by the FCC in 2010, which came close to fulfilling Obama’s pledge despite a few loopholes. Shortly after the court’s decision, Netflix was reportedly forced to pay Comcast tens of millions of dollars per year to ensure that Netflix users who connect to the Internet through Comcast could stream movies reliably [...]. Obama wasn’t responsible for the court’s decision, but in late April, the administration signaled that it would reverse course on net neutrality and give ISPs just what they wanted. FCC Chair Tom Wheeler circulated a proposal to the FCC’s four other commissioners, two Democrats and two Republicans, for rules that would allow broadband providers to charge content providers for faster, smoother service.¹⁵

Foi dessa forma então que a tão defendida neutralidade da rede começa a ser questionada judicialmente, passando inclusive a ser mitigada no cenário americano. Contudo, é agora na era Trump que o fim da *net neutrality*

indiretamente algum tráfego sobre outro tráfego [...] em troca de consideração (monetária ou outra) de terceiros, ou para beneficiar uma entidade afiliada”. [tradução nossa]

¹⁵ Na campanha eleitoral de 2007, Obama chamou a si mesmo de “um forte defensor da neutralidade da rede” e prometeu que sob sua administração, a Comissão Federal de Comunicações defenderia esse princípio. Mas nos últimos meses, seu FCC parece ter desistido da meta de manter uma Internet aberta. Em janeiro passado, um tribunal de apelação federal dos EUA, em um caso movido pela Verizon, derrubou as regras de neutralidade da rede adotadas pela FCC em 2010, o que quase cumpriu a promessa de Obama, apesar de algumas lacunas. Logo após a decisão do tribunal, a Netflix teria sido forçada a pagar à Comcast dezenas de milhões de dólares por ano para garantir que os usuários da Netflix que se conectassem à Internet através da Comcast pudessem transmitir filmes de maneira confiável [...] Obama não foi responsável pela decisão do tribunal, mas no final de abril, a administração sinalizou que iria reverter o curso sobre a neutralidade da rede e dar aos ISPs exatamente o que eles queriam. O presidente da FCC, Tom Wheeler, distribuiu uma proposta aos quatro outros comissários da FCC, dois democratas e dois republicanos, por regras que permitiriam aos provedores de banda larga cobrar dos provedores de conteúdo por um serviço mais rápido e suave. [tradução nossa]

assume contornos mais amplos e mais precisos, angariando críticas nos cenários local e internacional, como demonstra Downes (2017):

Since Donald Trump's election, the rhetoric surrounding net neutrality's imminent demise has been frenzied. Every move by newly appointed Federal Communications Commission (FCC) chair Ajit Pai generates a chorus of consumer advocates bemoaning the death of neutrality and the "end of the internet as we know it." Businesses and consumers are being warned that Republican lawmakers are united in their determination to not just modify the FCC's 2015 Open Internet Order, but to "kill," "destroy," "dismantle," or "abolish," the open internet, as soon as possible.¹⁶

De fato, o fim da neutralidade da internet formalmente instituído tem sido alvo de críticas, mas não somente. Sua legalidade também está em pauta na Corte Federal de São Francisco, Califórnia, graças a uma ação proposta em que se pleiteia o cancelamento das regras que puseram fim à neutralidade da rede nos Estados Unidos¹⁷. Contudo, a discussão, ainda não encerrada, não foi suficiente para impedir o fim da neutralidade da internet.

Enquanto não se reverte o fim da neutralidade da rede, as consequências já são discutidas e sentidas. Ora, a neutralidade da rede é justamente o que permite a disponibilidade plena de conteúdo, sem a priorização de um em detrimento de outro.

A diferenciação feita a partir dessa mudança suscita ainda outro debate, qual seja, o da motivação acerca dessa priorização de conteúdo. De fato, o raciocínio imediato leva a crer que a questão financeira é a premissa inicial, contribuindo inclusive para a existência de monopólios, como apontado por Ammori (2014):

Opponents of net neutrality insist that efforts to enforce it are unnecessary, because market competition will ensure that companies act in their customers' best interests. But true competition doesn't exist among ISPs. In the United States, local cable monopolies are often the only game in town when it comes to high-speed access and usually control over two-thirds of the market. In places where there are real options, users rarely switch services because of

¹⁶ Desde a eleição de Donald Trump, a retórica em torno do fim iminente da neutralidade da rede foi frenética. Cada ação do recém-nomeado presidente da Comissão Federal de Comunicações (FCC), Ajit Pai, gera um coro de defensores do consumidor lamentando a morte da neutralidade e o "fim da internet como a conhecemos". Empresas e consumidores estão sendo advertidos que os legisladores republicanos estão unidos sua determinação de não apenas modificar a Ordem de Abertura da Internet de 2015 da FCC, mas de "matar", "destruir", "desmantelar" ou "abolir" a Internet aberta o mais rápido possível. [tradução nossa]

¹⁷ Estado de São Paulo/Agência Reuters. Publicado em 09 mar. 2018. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,fim-da-neutralidade-da-rede-nos-eua-sera-analisado-em-corte-federal,70002220684>. Acesso em: 05 set. 2018.

the penalties that providers charge them for terminating their contracts early.¹⁸

Pinheiro (2016, p. 175) reforça a mesma ideia:

A internet está sendo regida por regras contratuais determinadas por empresas privadas. Em muitos casos, estes contratos sim estão construindo a verdadeira fonte de uniformização do direito tendo em vista que os serviços são ofertados para diversos países.

Nota-se, portanto, que os efeitos econômicos do fim da neutralidade já se mostram claros, ainda que não se tenha a total dimensão deles. Contudo, a preocupação que emerge dessa conjuntura é a de que o fim da neutralidade possa também ser utilizada para o controle de informações, na tentativa de se dominar população, é que assume uma posição de destaque.

Ora, a partir do momento em que essa neutralidade chega ao fim, passa a ser possível que as empresas que controlam o tráfego de dados priorizem ou não os conteúdos de sua preferência, podendo, inclusive, atuar como aliados a governos que almejam o controle social, inclusive de maneira global, em diversos países.

Se o fim da neutralidade pressupõe uma possível priorização de conteúdo, tem-se que ela também se afigura como possível violador de direitos, a partir do momento em que permite que as pessoas sejam direcionadas a dados *sites* movidas por interesses daqueles que controlam o sistema de dados. Nota-se então um desrespeito a direitos tão duramente conquistados, como o da liberdade em seus mais variados espectros.

Ante esse cenário, justa se mostra a preocupação das Nações Unidas e de tantos outros organismos internacionais acerca do acontecimento. Mais que isso, faz-se necessário buscar formas de proteção dos direitos humanos, incluindo aqui o acesso à internet.

3.1 A ATUAÇÃO DA ONU E DA COMUNIDADE INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À INTERNET

Uma vez evidenciada a importância da neutralidade da rede para a defesa não só do direito humano de acesso à internet, mas também de tantos outros

¹⁸ Os oponentes da neutralidade da rede insistem que os esforços para aplicá-la são desnecessários, porque a concorrência no mercado garantirá que as empresas ajam no melhor interesse de seus clientes. Mas a verdadeira concorrência não existe entre os ISPs. Nos Estados Unidos, os monopólios de cabo locais são muitas vezes o único jogo na cidade quando se trata de acesso de alta velocidade e geralmente controlam mais de dois terços do mercado. Em lugares onde existem opções reais, os usuários raramente trocam de serviços por causa das penalidades que os provedores cobram por rescindirem seus contratos antecipadamente. [tradução nossa]

que se relacionam de alguma forma com ele, faz-se necessário pensar em formas de proteger a sua eficiência, minimizando os potenciais riscos e ameaças que o seu fim pode trazer.

Ora, como já demonstrado, a internet transcende o perfil de ferramenta, passando a ser o seu acesso, por si só, um direito humano – pois é a partir dele que se possibilita e garante o exercício de tantos outros. Ao pôr fim à neutralidade da rede, os Estados Unidos abrem precedentes para o exercício de controle de massas, por meio do fluxo de dados direcionado em favor de uns, em detrimento de outros.

Diante disso, a atuação de organismos internacionais é de suma relevância, pois tem o condão de pressionar as nações que fazem uso do fim da neutralidade como instrumento de dominação. Nesse sentido, destaca Polido (2013, p. 238):

[...] com o movimento positivo e necessário, organizações internacionais, como as Nações Unidas, a Unesco e organizações não governamentais, continuam a insistir no reconhecimento [...] do direito fundamental da pessoa humana ao acesso de conteúdos informacionais na internet; um direito de acesso a material e conteúdo que esteja online, à disposição de usuários em qualquer lugar e qualquer tempo. De fato, a Comissão de Direitos Humanos da ONU, ao adotar o Relatório La Rue de 2011, considera o resultado de que “qualquer medida de bloqueio do acesso à internet, independentemente da justificativa que se adote, incluindo a violação de direitos da propriedade industrial”, constitui violação positiva ao Artigo 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966.

O artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, por sua vez, estabelece:

ARTIGO 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Observa-se, pois, que o cerne da questão é justamente o de proteger a liberdade social, em suas mais diferentes formas – incluindo o de ter o acesso aos conteúdos e também o de difundir ou propagar suas próprias ideias. A partir do momento em que se tem nações oferecendo resistência quanto à manutenção da neutralidade da rede (e, por conseguinte, todos os direitos com aquele relacionados), é preciso pensar em formas de coibir as práticas que cerceiam direitos. Todavia, a criação e a eficiência de tais mecanismos são difíceis de serem efetivos, conforme entendimento de Polido (2013, p. 239):

Toda essa tessitura social, vale enfatizar, é objeto de preocupação do Relatório, que reconhece duas categorias de direitos fundamentais no contexto da Sociedade da Informação na atualidade: direito de acesso ao conteúdo online (digital) e o direito à conexão de internet. A Cúpula da Sociedade da Informação opta, assim, não por um tratado ou convenção ou servindo como veículos normativos para positivizar o reconhecimento dos direitos de acesso da pessoa humana. A cúpula sinaliza, pois, para a técnica de formulação de instrumentos não vinculantes (de caráter opcional) contendo recomendações aos Membros das Nações Unidas, para que procedam no sentido do reconhecer aqueles direitos como direitos humanos.

Verifica-se, pois, que a atuação de organismos internacionais, em especial o das Nações Unidas, esbarra, muitas vezes, na falta de coercibilidade de suas recomendações. Em grande parte das vezes, as recomendações apontadas nos Relatórios das Assembleias Gerais possuem, em grande parte, apenas o caráter de recomendação, sem força vinculante nem sancionatória.

A força das recomendações da ONU é um ponto a ser debatido, já que parte doutrinária entende que as recomendações feitas pelas Nações Unidas carecem de coercibilidade.

Para Seitenfus (2003), por exemplo, tais Resoluções teriam força de recomendações, sem poder de aplicar sanções em caso de descumprimento, fazendo perder sua capacidade de coerção. Na mesma esteira, Cretella Neto (2007) entende que se trata de uma espécie de normativo, mas com comandos de natureza administrativa; portanto, sem força de coerção em grande parte das vezes.

Lobato e Neves (2013) salientam a falta de força vinculante, fazendo com que a atuação dos Estados esteja atreladas à boa vontade:

É certo, portanto, que do ponto de vista jurídico, as decisões da AG da ONU, a despeito de sua importância e significado político, não contam com uma força vinculante capaz de atrelar os Estados-membros a seu cumprimento. Portanto, seus efeitos imediatos se veem, muitas vezes, restritos à boa vontade dos Estados. Tanto é que tais decisões são costumeiramente denominadas “recomendações”, ou seja, não dispõem de caráter mandatório, tampouco

efeito vinculante, mas apenas buscam sugerir determinado comportamento, norma ou tendência a ser adotada.

Sendo assim, em que pese a atuação das Nações Unidas dar destaque às diversas violações que possam surgir em razão do fim da neutralidade da rede, falta a essas Recomendações o poder de ação ante as nações que violam tal direito.

Isso posto, é preciso então pensar em estratégias que permitam uma defesa mais eficaz da neutralidade da rede e, por conseguinte, dos direitos humanos de acesso à internet e dos que dele decorrem. Destaca Feldstein (2017):

For these strategies to work, the human rights community needs the right tools, resources, and capabilities. Enhancing early warning systems for when network outages are about to occur and improving the ability to measure when governments interfere with online activity will enable activists to sound the alarm and galvanize the international community to condemn the behavior. Dissidents in repressive countries must do their due diligence as well, adopting the right habits and techniques to circumvent government restrictions and enhance their digital security. Policy advocates must raise their voices about Internet access restrictions, surveillance, and harassment, as well as connect with key stakeholders—embassies, telecom companies and Internet service providers, and other decision-makers—in order to harness their collective influence over repressive governments.¹⁹

Tem-se, pois, que as medidas e as atuações internacionais ainda não conseguem ser eficientes na coerção das nações que adotam práticas violadoras (ou ameaçadoras) a direitos humanos – avaliados, na perspectiva deste trabalho, do direito humano de acesso à internet.

É preciso, portanto, pensar em instrumentos, tanto no âmbito internacional quando no interno de cada país, que possibilitem uma defesa eficiente dos direitos humanos, incluindo o já analisado aqui direito de acesso à internet, a fim de se conseguir uma internet livre e a serviço da plena democracia mundial.

¹⁹ Para que essas estratégias funcionem, a comunidade de direitos humanos precisa das ferramentas, recursos e capacidades certos. Melhorar os sistemas de alerta antecipado para quando as interrupções da rede estão prestes a ocorrer e melhorar a capacidade de medir quando os governos interferem na atividade on-line permitirá que os ativistas soem o alarme e estimulem a comunidade internacional a condenar o comportamento. Os dissidentes em países repressivos também devem fazer a devida diligência, adotando os hábitos e técnicas corretos para contornar as restrições do governo e melhorar sua segurança digital. Os defensores de políticas devem levantar sua voz sobre restrições de acesso à Internet, vigilância e assédio, bem como se conectar com os principais interessados - embaixadas, empresas de telecomunicações e provedores de serviços de Internet e outros tomadores de decisão - para aproveitar sua influência coletiva sobre os governos repressores. [tradução nossa]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegáveis são as transformações ocasionadas pela internet (ou por meio dela) nas mais diversas áreas, com mudanças expressivas, por exemplo, na forma de se comunicar, de se relacionar, de se manifestar. Os efeitos dessas modificações são sentidos nos mais diferentes segmentos: social, econômico, político, entre outros.

Diante dessa importância, emerge a discussão sobre o que seria o acesso à internet: um meio para se garantir direitos humanos? Ou, ao contrário, seria o acesso à internet um direito humano em si mesmo? A resposta para tais questionamentos não é una, sendo possível verificar entendimento tanto para um quanto para o outro posicionamento.

Em que pese ser de fato um importante meio de defesa dos direitos humanos, adotou-se neste trabalho o posicionamento defendido pela Organização das Nações Unidas: o de que o acesso à internet é um direito humano em si mesmo. Isso porque é a partir dele que se permite e se garante o exercício de tantos outros direitos.

A neutralidade da rede é uma característica essencial da internet, pois possibilita que os provedores de internet não utilizem os seus serviços em favor de um em detrimento de outro grupo – seja ele econômico ou político. Garante, pois, a isonomia na rede e, com isso, a liberdade social de se acessar o serviço ou a informação que desejar.

Sendo assim, a partir do momento em que os Estados Unidos põe fim à neutralidade da rede, eles abrem precedentes para o exercício de controle de massas, por meio do fluxo de dados direcionado em favor de uns, em detrimento de outros. Há, portanto, evidente violação a direitos humanos em amplo espectro: tanto os direitos humanos tradicionalmente conhecidos, como o de liberdade e igualdade, mas também ao próprio direito humano de acesso à internet.

Diante disso, as atuações de organismos internacionais são de suma relevância, pois tem o condão de pressionar as nações que fazem uso do fim da neutralidade como forma de dominação. Todavia, critica-se a falta de coercibilidade de instrumentos internacionais utilizados pela ONU e outros organismos, já que suas recomendações, como dito, carecem de força vinculante.

É preciso, pois, pensar em estratégias que permitam uma defesa mais eficaz da neutralidade da rede, tanto no âmbito internacional quando no interno de cada país, a fim de possibilitar a defesa eficiente dos direitos humanos, incluindo o já analisado aqui direito de acesso à internet (e, por conseguinte,

dos diversos direitos humanos que decorrem dele) a fim de se conseguir uma internet livre e a serviço da plena democracia mundial.

REFERÊNCIAS

- AMMORI, Marvin. The Case for Net Neutrality: what's wrong with Obama's Internet Policy. **Foreign Affairs**. Jul/Ago 2014. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2014-06-16/case-net-neutrality>. Acesso em: 31 ago 2018.
- BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 05 set. 2018.
- CERF, Vinton G. **Internet access is not a human right**. The New York Times. Publicado: 4 jan. 2012. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html>. Acesso em: 03 set. 2018
- CRETELLA NETO, José. **Teoria das organizações internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COUTINHO, Mariana. Saiba mais sobre streaming, a tecnologia que se popularizou na web 2.0. **Techtudo, Globo**. 27 mar. 2013. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/05/conheca-o-streaming-tecnologia-que-se-popularizou-na-web.html>. Acesso em: 01 set. 2018.
- DOWNES, Larry. The tangled web of net neutrality and regulation. **Harvard Business Review**. 31 mar. 2017. Disponível em: <https://hbr.org/2017/03/the-tangled-web-of-net-neutrality-and-regulation>. Acesso em: 04 set. 2018.
- EDWARDS, Scott. Is internet access a human right. **Anistia Internacional**. Disponível em: <https://www.amnestyusa.org/is-internet-access-a-human-right/>. Acesso em: 03 set. 2018.
- FELDSTEIN, Steven. Why Internet access is a human right: what we can do to protect it. **Foreign Affairs**. Jun. 2017. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2017-06-01/why-internet-access-human-right>. Acesso em: 04 set. 2018.
- LOBATO, L.C.; NEVES, R.T. A natureza jurídica das decisões da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança da ONU: a coexistência entre a *opinio juris* e o *ius cogens*. In: Encontro Nacional do Conpedi/Unicuitiba, XXII, 2013. Curitiba. **Publicação XXII Encontro Nacional do Conpedi/Unicuitiba**. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 85-104. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuitiba/livro.php?gt=53>. Acesso em: 03 set. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório A/72/350 - Promotion and protection of human rights: human rights questions, including alternative approaches for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms. Seventy-second session. Ago. 2017. Disponível em:

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/72/350. Acesso em: 31 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório A/HRC/35/22 - Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Thirty-fifth session. Mar. 2017. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/077/46/PDF/G1707746.pdf?OpenElement>. Acesso em 31 ago 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório A/HRC/17/27 - Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue*. Seventeenth session. Mai. 2011. Disponível em: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório A/HRC/38/35 - Promotion and protection of all rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Thirty eight session. Jul. 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/096/72/PDF/G1809672.pdf?OpenElement>. Acesso em: 01 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório A/HRC/32/38 - Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Thirty-second session. Mai. 2016 Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/095/12/PDF/G1609512.pdf?OpenElement>. Acesso em 04 set. 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck. Cyber rights: direitos fundamentais dos cidadãos digitais e a existência de uma ordem pública global através da internet. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 105, vol. 971, p. 167-185, set. 2016.

Imigração na América do Sul: o Brasil está preparado para o desafio da imigração?*

Immigration in South America: is Brazil prepared for the challenge of immigration?

La inmigración en América del Sur: ¿Brasil está preparado para el desafío de la inmigración?

Fernando Oliveira Modenesi¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregón²

Sumário: Introdução. **1.** O fenômeno da migração na América do Sul. **2.** A tutela jurídica e administrativa dos imigrantes e refugiados no Brasil. – Considerações finais. - Referências bibliográficas.

(*) Recibido: 25 setiembre 2018 | Aceptado: 10 julio 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 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. oliveira.modenesi@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

Resumo: No mundo globalizado que vivemos, com a intensa troca de informações entre países, as fronteiras geográficas estão cada vez mais permeáveis. Após as grandes ondas de imigração iniciadas em 2013 na Europa é a vez do Brasil enfrentar tal desafio. Em 2017 mais de 10 mil venezuelanos adentraram ao Brasil em busca de uma vida melhor ou simplesmente fugindo de seu país por motivos políticos ou violentos. Tal fato se dá pelas dificuldades enfrentadas pelo povo venezuelano como a crise econômica que assola o país, encontrando no Brasil um lugar em paz e estabilizado para seguirem com suas vidas. O presente artigo busca verificar de que maneira o Brasil poderá lidar com as recentes ondas de imigração, se está preparado juridicamente e administrativamente para encarar tal desafio, utilizando como parte da base teórica a autora Deisy de Freitas Lima Ventura, assim como Carolina Genovez Pereira e Vanessa Oliveira Batista.

Palavras chave: imigração, refugiados, Venezuela, Brasil.

Abstract: In the globalized world we live in, with the intense exchange of information between countries, geographical boundaries are increasingly permeable. After the great waves of immigration that began in 2013 in Europe, it is Brazil's turn to face this challenge. In 2017, more than 10,000 Venezuelans entered Brazil in search of a better life or simply fleeing their country for political or violent reasons. This is due to the difficulties faced by the Venezuelan people such as the economic crisis that plagues the country, finding in Brazil a peaceful and stabilized place to go on with their lives. This article seeks to verify how Brazil can deal with the recent waves of immigration, if it is prepared legally and administratively to face such a challenge, using as part of the theoretical basis the author Deisy de Freitas Lima Ventura, as well as Carolina Genovez Pereira and Vanessa Oliveira Batista.

Keywords: immigration, refugees, Venezuela, Brazil.

Resumen: En el mundo globalizado que vivimos, con el intenso intercambio de información entre países, las fronteras geográficas están cada vez más permeables. Después de las grandes olas de inmigración iniciadas en 2013 en Europa, es el turno de Brasil enfrentar este desafío. El 2017 más de 10 mil venezolanos ingresaron a Brasil en busca de una vida mejor o simplemente huyendo de su país por motivos políticos o violentos. Este hecho se da por las dificultades enfrentadas por el pueblo venezolano como la crisis económica que asola el país, encontrando en Brasil un lugar en paz y estabilizado para seguir con sus vidas. El presente artículo busca verificar de qué manera Brasil podrá lidiar

con las recientes olas de inmigración, si está preparado jurídicamente y administrativamente para afrontar tal desafío, utilizando para ello la base teórica encontrada en las autoras Deisy de Freitas Lima Ventura, así como Carolina Genovez Pereira y Vanessa Oliveira Batista.

Palabras clave: inmigración, refugiados, Venezuela, Brasil.

INTRODUÇÃO

Talvez um dos maiores desafios sociais da atualidade seja o fenômeno da imigração. Desafio pois envolve lidar com a proteção e manutenção de direitos humanos e fundamentais de milhares de pessoas e ainda coloca em teste toda uma organização administrativa do Estado afetado.

Trata-se imigração aqui como “Movimento pelo qual um indivíduo ou grupo de indivíduos se estabelece em um país ou região diferente de seu local de origem”³. Tal fenômeno sempre existiu na história da humanidade, entretanto, por diversos fatores (guerra, pobreza) vem tomando maior destaque no mundo globalizado.

Todo refugiado é imigrante, mas nem todo imigrante é refugiado. Segundo a ONU,

os refugiados são pessoas que escaparam de conflitos armados ou perseguições. Com frequência, sua situação é tão perigosa e intolerável que devem cruzar fronteiras internacionais para buscar segurança nos países mais próximos, e então se tornarem um ‘refugiado’ reconhecido internacionalmente, com o acesso à assistência dos Estados, do ACNUR e de outras organizações. São reconhecidos como tal, precisamente porque é muito perigoso para eles voltar ao seu país e necessitam de um asilo em algum outro lugar. Para estas pessoas, a negação de um asilo pode ter consequências vitais⁴.

A imigração ganhou destaque pela quantidade enorme de refugiados que migraram para a Europa devido a conflitos e guerras civis, principalmente na Síria no início do ano de 2011 e posteriores. O país estava sob o comando

³ Michaelis, Henriette. Michaelis: dicionário online de português. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=BVa4R>>. Acesso em: 22.08.2018.

⁴ ONU. <http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-ausar-o-termo-correto/>. Acesso em 09 de maio de 2017.

do ditador Bashar al-Assad além da intensa atuação do Estado Islâmico e suas empreitadas violentas.

Diante de tal situação, milhares de sírios, turcos e iraquianos buscaram em outros países a fuga dos problemas sociais graves que haviam tomado seus países. Em 2013 a ONU, pelo Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais (DESA), disponibilizou o Relatório Mundial sobre as Migrações⁵ trazendo dados importantes acerca do quantitativo de migrações realizadas.

Somente de refugiados da Síria foram mais de 1,5 milhões e, julho de 2013 (UN, 2013. P.7), isso de uma população de 18,4 milhões, quase 10% da população total. A Alemanha, país com o maior fluxo de imigrantes, saltou de uma população de 346 mil em 2009 para mais de 1,5 milhões em 2015⁶, mais que quadruplicando a totalidade de pessoas que buscavam uma melhor situação de vida.

Diante desses fatos a União Europeia e os países iniciaram uma onda de debates e regulamentações para frear ou até mesmo impedir a entrada de muitos refugiados, causando diversos escândalos na mídia internacional de violação a direitos humanos, como o caso da Hungria vs Md Ilias Ilias e Ali Ahmed julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos [CEDH], condenando o país por violações a liberdade e dignidade dos refugiados que ficaram na zona de transição de fronteira por 3 semanas e depois mandados de volta para o país de origem⁷.

Em meio a toda essa tormenta, a América do Sul também vive algo parecido. A crise na Venezuela é um fato incontestável. De acordo com o Fundo Monetário Internacional (FMI), o país tem uma inflação projetada de 1.000.000% para o ano de 2018, com a economia podendo recuar até 18%⁸.

⁵ UNITED NATIONS. International Migration Report 2013.. Department of Economic and Social Affairs. Population Division. 2013. Disponível em:

http://www.un.org/esa/population/migration/ga/SG_Report_A_68_190.pdf. Acesso em: 22.08.2018.

⁶ Comissão Europeia. **Immigration by sex, country of birth and broad group of citizenship**. Disponível em: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_imm7ctb&lang=en. Acesso em: 22.08.2018.

⁷ European Court of Human Rights. CASE OF ILIAS AND AHMED v. HUNGARY. Disponível em: <http://www.statewatch.org/news/2017/mar/echr-hungary-removals-Ahmed-v-Hungary-judgment.pdf>. Acesso em: 22.08.18.

⁸ G1. FMI projeta inflação de 1.000.000% na Venezuela para 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/fmi-projeta-inflacao-de-1000000-na-venezuela-para-2018.ghtml>. Acesso em: 30.08.18.

Ainda que não seja o objetivo do artigo aprofundar nos motivos da crise, há uma certeza de que o baixo valor do barril e a alta dependência da exportação do petróleo levaram o país ao colapso financeiro. A Venezuela possui a maior reserva do mundo de petróleo já provado, 17,5% de todo petróleo mundial⁹. Em 2008 quando o barril atingiu o topo histórico de 147 dólares a economia crescia 7%. Em novembro de 2014 já estava a 70,15 dólares¹⁰.

Os dados da crise na Venezuela são impressionantes, levantamento realizado Paiva (2017, Carta Capital) com base nos dados fornecidos pelo FMI diz que,

Entre 2014 e 2017, o FMI estima que o PIB per capita da Venezuela terá caído cerca de 35%, regredindo a um nível menor do que o de 1960. Dificilmente a combinação de uma depressão dessa magnitude e hiperinflação não irá resultar em aumento das desigualdades e da pobreza, que não são medidas desde 2015, quando o índice Gini foi de 0,381 e um terço dos venezuelanos era pobre¹¹.

Diante desse caos, alguns fatos graves vêm a tona, colocando em teste como o Brasil conseguirá lidar com as imigrações e os refugiados. A título de ilustração, somente em 2018 10 mil imigrantes venezuelanos chegaram ao Brasil, além dos 30,8 mil que já se encontram em solo brasileiro¹².

Com tamanho contingente de pessoas procurando melhores condições de vida e baixa infraestrutura, situações bizarras começam a surgir.

No estado de Roraima (o maior afetado pela imigração venezuelana), em 1º de agosto de 2018, a governadora Suely Campos, assina decreto endurecendo acesso dos venezuelanos aos serviços públicos do estado. Em 5 de agosto o juiz da 1ª Vara da Federal de Roraima, determina a suspensão do ingresso e a admissão de imigrantes venezuelanos no Brasil¹³.

⁹ Carta Capital. **Para entender a Venezuela**. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/brasil-debate/para-entender-a-venezuela>. Acesso em: 30.08.18.

¹⁰ Folha de São Paulo. **Dependência do petróleo e decisões do chavismo gestaram calote venezuelano**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/11/1936424-dependencia-do-petroleo-e-decisoes-do-chavismo-gestaram-calote-venezuelano.shtml>. Acesso em: 30.08.18.

¹¹ PAIVA, Rafael Bianchini Abreu. **A tragédia econômica venezuelana**. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/conjunturando/a-tragedia-economica-venezuelana>. Acesso em: 04 set. 2018.

¹² G1. **Brasil tem cerca de 30,8 mil imigrantes venezuelanos; somente em 2018 chegaram 10 mil, diz IBGE**. <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/08/29/brasil-tem-cerca-de-308-mil-imigrantes-venezuelanos-somente-em-2018-chegaram-10-mil-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 30.08.18.

¹³ Ibidem.

Tal acontecimento gerou imensa repercussão internacional, sendo claramente uma violação ao Estatuto do Refugiado, à Constituição e também a Lei de Migrações, sendo revogada a decisão em segunda instância já em 7 de agosto pelo TRF (Tribunal Regional Federal).

Já alguns dias depois, uma família brasileira é assaltada por venezuelanos na cidade de Pacaraima (principal entrada no Brasil) revoltando a população local, que insurgiu-se contra acampamentos locais, movimentando mais de mil pessoas, resultando em prejuízos econômicos e três feridos¹⁴.

No primeiro capítulo será tratado o fenômeno da imigração e alguns conceitos essenciais para iniciar o debate acerca deste tema. Além disso, será realizado um estudo que demonstra como tal fenômeno ocorreu e vem ocorrendo especificamente na América do Sul, demonstrando em foco a crise venezuelana. No segundo capítulo busca-se realizar o levantamento das normas jurídicas pertencentes ao ordenamento brasileiro e verificar até que ponto o Brasil possui uma legislação apropriada para os novos desafios que vem enfrentando com a migração.

1. O FENÔMENO DA MIGRAÇÃO NA AMÉRICA DO SUL

Conforme já dito, a migração é um fenômeno mundial que surge com a humanidade. Hoje em dia é fácil associar imigração com Europa, mas os países americanos também possuem alto fluxo migratório.

Segundo Batista e Pereira (2013, p. 374),

A América Latina é, historicamente, uma das regiões com os fluxos migratórios mais intensos, especialmente em direção aos países desenvolvidos do Norte. Ultimamente, entretanto, com o endurecimento das políticas migratórias dos Estados Unidos da América, Japão e dos países da Europa, e em virtude da crise econômica que afeta aqueles países, os fluxos migratórios da região tem sofrido grande impacto. Conforme dados demográficos, boa parte dos imigrantes latino-americanos escolhe imigrar para países vizinhos, dentro da própria região, sendo que na América do Sul os destinos preferenciais são Argentina, Venezuela e Brasil¹⁵.

¹⁴ G1. **Após ataques de brasileiros, 1,2 mil venezuelanos deixaram o país, diz Exército.** <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/08/19/pacaraima-tem-ruas-desertas-apos-confronto-entre-brasileiros-e-venezuelanos.ghtml>. Acesso em: 30.08.18

¹⁵ PEREIRA, Carolina Genovez. BATISTA, Vanessa Oliveira. **As normas nacionais e internacionais na América do Sul e sua repercussão nos fluxos migratórios regionais.** Revista de Direito Brasileira RDB. Ano 3, vol. 5, Mai/Ago, p. 375, 2013.

Atualmente, diferente do ano do estudo (2013), provavelmente não diríamos que a preferência imigratória seria a Venezuela, justamente pela grande emigração que ocorre no país.

A imigração intrarregional (aquela que ocorre apenas entre países da América do Sul, por exemplo) também vem aumentando expressivamente. A maior facilidade de emprego, proximidade cultural, o idioma mais próximo da raiz latina e, de forma determinante, o crescimento econômico de países da região latino-americana possibilitaram que ocorresse expressivo aumento de migração¹⁶.

O Brasil figura papel especial nesse cenário pois atualmente é o país mais rico da América Latina. Segundo dados de 2015 do Fundo Monetário Internacional (FMI), o Brasil possui o produto interno bruto (PIB), ou seja, a soma de todas as riquezas do país, de 3,172,815 (3 trilhões cento e setenta e dois bilhões oitocentos e quinze milhões de reais). Praticamente a metade da riqueza de todos os 11 países restantes da América do Sul somados, 3.416.459 (três trilhões quatrocentos e dezesseis bilhões quatrocentos e cinquenta e nove milhões de reais), estando a Venezuela na quarta colocação¹⁷.

É praticamente natural então assumir que a imigração para o Brasil se daria em maior monta do que o restante dos outros países, até por causa de sua imensa fronteira e baixa fiscalização.

Em 2010, conforme Censo Demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o total de imigrantes que viviam no Brasil com residência fixa era de 286.468. Aproximadamente 0,15% da população brasileira, um número bem baixo para médias globais. Entretanto, se comparamos com o ano de 2000, em que moravam no Brasil 143.644 imigrantes, o número quase dobrou, houve um aumento de 86,7%¹⁸.

Apesar do grande lapso temporal dos dados, 10 anos, é possível perceber que o Brasil, se comparado com outros países ainda possui uma tímida população

¹⁶ Ibidem. P. 376.

¹⁷ Fundo Monetário Internacional. **Report for Selected Countries and Subjects. World Economic Outlook Database**, October 2014 (em inglês). Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/02/weodata/weorept.aspx?sy=2015&ey=2015&ssd=1&sort=country&ds=.&br=1&pr1.x=71&pr1.y=10&c=336%2C213%2C218%2C223%2C228%2C288%2C233%2C293%2C248%2C366%2C298%2C299&s=PPPGDP%2CPPPPC&grp=0&a=>. Acesso em: 04 de set. 2018.

¹⁸ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Vamos conhecer o Brasil. Nosso povo. Migração e Deslocamento**. 2010. Página do site. Disponível em: <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/migracao-edeslocamento.html>.

migrante, ainda mais se comparado á população total brasileira, mais de 200 milhões de habitantes, sendo ainda algo incomum na realidade brasileira.

Não obstante, a maioria dos imigrantes que vem para o Brasil são de quatro principais países, Bolívia, Paraguai, Peru e Equador. Ainda assim, apesar dos dados oficiais supracitados em relação ao número de imigrantes no Brasil, um levantamento feito pelo Serviço Pastoral dos Migrantes, estimava que haviam pelo menos 600 mil imigrantes ilegais no país, número três vezes maior que contido nos dados oficiais fornecidos pelo IBGE¹⁹.

Percebe-se que os números extraoficiais são muito maiores, tal fatos se dá pela imigração ilegal, pessoas que não possuem qualquer condição financeira ou suporte social adentrando as fronteiras brasileiras na busca por melhores condições de vida, muitas vezes se dirigindo as grandes metrópoles.

Quanto mais controlada e burocrática a entrada de estrangeiros, maior o número de “gatos” ou “coiotes” que facilitam a entrada clandestina. Muitas vezes esses estrangeiros são enganados por promessas em seus países e chegam ao Brasil para trabalho em condições oferecidas mas sabe-se que em muitos casos não é isso que ocorre²⁰.

É notório que os grandes centros urbanos absorvem essa mão de obra pelo seu baixíssimo custo e quase que os mantem coercitivamente com cargas horárias absurdas, algo muito comum em São Paulo.

Estes são os desafios que o Brasil precisa lidar e para isso é preciso verificar se temos as bases jurídicas necessárias para que o direito e garantia dessas pessoas possa ser preservado.

2. A TUTELA JURÍDICA E ADMINISTRATIVA DOS IMIGRANTES E REFUGIADOS NO BRASIL

Apesar da parcela não parecer tão significativa, os imigrantes apenas gozaram de legislação própria no Brasil, voltada para suas peculiaridades, na década de 80. A primeira norma jurídica a regular tal situação no Brasil foi o Estatuto do Refugiado, norma de natureza internacional, criada em 1951 para buscar soluções para os refugiados da Europa pós segunda guerra mundial.

¹⁹ PEREIRA, Carolina Genovez. BATISTA, Vanessa Oliveira. **As normas nacionais e internacionais na América do Sul e sua repercussão nos fluxos migratórios regionais.** Revista de Direito Brasileira RDB. Ano 3, vol. 5, Mai/Ago, p. 376, 2013.

²⁰ Ibidem. P. 377.

Tem status de tratado global no qual define o que é um refugiado e os direitos e deveres dos mesmos nos países que os acolhem²¹. O Brasil foi signatário em 1952 sendo promulgado em 1961 pelo Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro.

Pode-se dizer que a convenção produzida pela ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados produzida na década de 50, mesmo com o protocolo de 1967 que a atualiza em partes, foi um grande avanço na criação de normas jurídicas internacionais em relação aos refugiados, mas ainda não foi o bastante.

Ainda em relação a normas internacionais, agora no âmbito da MERCOSUL, existem diversas regulações, como por exemplo: Declaração Sociolaboral do MERCOSUL; Acordo para Permissão de Residência; Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul; Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

Assim trata o art. 1º da Declaração Sociolaboral do Mercosul²²:

Art. 1º Todo trabalhador tem garantida a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar, em conformidade com as disposições legais vigentes. Os Estados Partes comprometem-se a garantir a vigência deste princípio de não discriminação. Em particular, comprometem-se a realizar ações destinadas a eliminar a discriminação no que tange aos grupos em situação desvantajosa no mercado de trabalho.

Como muitos outros direitos, prevendo a promoção da igualdade, resguardando os direitos dos trabalhadores migrantes e fronteiriços, eliminação do trabalho forçado e também a igualdade perante a lei entre homens e mulheres.

Além dessas normas, regulamentos e acordos internacionais, o Brasil também criou o Estatuto do Estrangeiro, Lei n. 6.815 de 19 de agosto de 1980. Este estatuto de garantista tinha pouco como bem explicam as professoras da USP, Deisy Ventura e Rossana Rocha Reis, integrantes do Grupo de Reflexão sobre Relações Internacionais e da Comissão de

²¹ ACNUR. **Convenção de 1951**. <http://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/>. Acesso em: 30.08.18.

²² Art. 1º da Declaração Sociolaboral do MERCOSUL.

Especialistas criada pelo Ministério da Justiça para elaborar o Anteprojeto de Lei de Migrações. Segundo as autoras

Para os imigrantes, a ditadura civil-militar brasileira (1964-1985) é bem mais do que uma lembrança. A eles se aplica o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815), assinado pelo general João Figueiredo em 1980, cujas principais características são o alto grau de restrição e burocratização da regularização migratória, a discricionariedade absoluta do Estado, a restrição dos direitos políticos e da liberdade de expressão, além de explícita desigualdade em relação aos direitos humanos dos nacionais²³.

A real preocupação estava voltada para a segurança nacional e a defesa da nação. Um caráter muito mais protecionista do Estado do que do próprio refugiado.

Segundo Batista e Pereira (2013, p. 377) ao mencionar as restrições exemplificam,

(...) entre as restrições, os imigrantes não podem ser proprietários, comandantes ou armadores de navio nacional, embora possam ser de uma embarcação de bandeira estrangeira em serviço ou em trânsito no Brasil. Também é vedada ao estrangeiro a propriedade da empresa jornalística, de empresas de televisão e de radiodifusão (...) não podem, ainda, obter concessão ou autorização para a pesquisa, exploração ou aproveitamento das jazidas, minas (...) o art. 107 do Estatuto do Estrangeiro e o art. 14 da Constituição Federal de 1988 negam direitos políticos aos imigrantes, não podendo os estrangeiros votarem ou se candidatarem a cargo público, além de não poderem organizar, criar ou manter qualquer organização de caráter político²⁴.

Os refugiados também possuem legislação própria dada pela Lei 9.474/97²⁵, definindo refugiado como,

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

²³ VENTURA, Deisy. REIS, Rossana Rocha. Criação de lei de migrações é dívida histórica do Brasil. Anteprojeto apresentado ao Ministério da Justiça pode substituir o Estatuto do Estrangeiro, um entulho autoritário. Carta Capital. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/divida-historicauma-lei-de-migracoes-para-o-brasil-9419.html>. Acesso em: 30.08.2018.

²⁴ PEREIRA, Carolina Genovez. BATISTA, Vanessa Oliveira. **As normas nacionais e internacionais na América do Sul e sua repercussão nos fluxos migratórios regionais**. Revista de Direito Brasileira RDB. Ano 3, vol. 5, Mai/Ago, p. 377, 2013.

²⁵ BRASIL. LEI Nº 9.474, DE 22 DE JULHO DE 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF, mar 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm>. Acesso em: 05 set. 2018.

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Os tempos mudaram e a incompatibilidade do Estatuto do Estrangeiro com os tratados e convenções internacionais que o Brasil assinava era cada vez mais latente.

Um dos sinais dos novos tempos foi em 2016, o então ministro da justiça Eugênio Aragão, disse em entrevista que o Brasil estava disposto a receber até 100 mil refugiados da Síria²⁶, aos poucos o Brasil estava se sensibilizando e abrindo as fronteiras para acolher refugiados e imigrantes, mas ainda de forma tímida.

Em 2013 foi aprovado no Senado Federal brasileiro o projeto de lei 288/2013, denominado de Lei de Migrações, autoria do senador Aloysio Nunes (PSDB-SP). Em rápida tramitação, foi promulgada em 2017 pelo então presidente da república Michel Temer.

A nova Lei de Migrações revogou o Estatuto do Estrangeiro, trazendo diversas alterações positivas e humanitárias para os imigrantes e refugiados.

Como a matéria é ainda muito recente, não há muitas obras sobre as mudanças que a nova lei trouxe, sendo necessária a busca na própria legislação.

A autora Deisy Ventura, professora do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, assim se manifesta sobre a nova lei:

A lei é inegavelmente um grande avanço. É óbvio que uma norma que teve unanimidade no Senado Federal em 2017 no contexto de polarização política que vivemos não é ideal do ponto de vista dos direitos dos migrantes. Mas podemos falar em avanços, sobretudo porque a legislação deixa de falar em estrangeiros, que era a expressão utilizada pelo [Estatuto do Estrangeiro](#), reduz significativamente a discricionariedade do Estado brasileiro em relação a permanência dos imigrantes no Brasil, reconhece direitos antes não reconhecidos, melhora a sistemática de concessão de vistos e não proíbe a regularização migratória que era o grande problema do antigo Estatuto²⁷.

²⁶ Jornal de Notícias. <https://www.jn.pt/mundo/interior/brasil-disposto-a-receber-100-mil-refugiados-sirios-5167737.html>. Acesso em: 30.08.18.

²⁷ Carta Capital. Entrevista - Deisy de Freitas Lima Ventura. "Regulamento da Lei da Migração é uma catástrofe", diz especialista. Disponível em: <
<https://www.cartacapital.com.br/politica/regulamento-da-lei-da-migracao-e-uma-catastrofe-diz-especialista> >

Algumas alterações foram interessantes. Primeiro destaque encontra-se no art. 14, §3º, institui que agora é permitido a chamada acolhida humanitária dando visto temporário de um ano “ao apátrida ou ao nacional de qualquer país” em "situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses"²⁸.

Também foi proibida a repatriação (devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade) em casos de risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa, conforme §4º do art. 49 da Lei.

A nova lei trouxe também a volta da participação em atividades políticas antes proibido pelo Estatuto do Estrangeiro. Pode agora o imigrante associar-se politicamente em reuniões e também aos sindicatos, estando ainda proibido o direito ao voto por regra constitucional artigo 14, §2º da Constituição Federal de 1988²⁹.

Percebe-se o teor garantista da nova lei, deixando claro a livre circulação das fronteiras (desde que de acordo com a lei), a não discriminação por raça, religião, costumes, entre outros, além do forte protecionismo ao imigrante ou refugiado com risco de vida, perseguido politicamente ou de países com grave calamidade.

Alguns aspectos polêmicos foram trazidos com o Decreto Nº 9.199, de 20 de novembro de 2017³⁰ que veio para regulamentar a Lei de Migrações citada anteriormente. Algumas críticas se dão ao fato de que o decreto regulamenta pontos não previstos em lei, para restringir direitos.

Assim comenta a especialista Deisy Ventura:

A regulamentação é um grande retrocesso. É contra a lei e fora da lei, regulamenta o que não estava previsto e inventa novas normas destrutivas dos direitos. Poucas vezes na minha carreira vi uma regulamentação tão ruim,

²⁸ BRASIL. LEI Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF, mar 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm>. Acesso em: 05 set. 2018.

²⁹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, DF, mar 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm>. Acesso em: 05 set. 2018.

³⁰ BRASIL. DECRETO Nº 9.199, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2017. Brasília, DF, mar 2017. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9199-20-novembro-2017-785772-publicacaooriginal-154263-pe.html>>. Acesso em: 05 set. 2018.

flagrantemente ilegal. Acho que agora, infelizmente, veremos o início de uma ampla batalha judicial - a Defensoria Pública da União já tomou providências e diversas instituições sociais - para fazer com que se anule diversos dispositivos do decreto³¹.

O grande arcabouço jurídico brasileiro para a regulamentação da entrada do grande fluxo migratório venezuelano é o suficiente?

Apesar de no âmbito geral estar muito bem regulamentada a entrada de imigrantes, estrangeiros e refugiados no Brasil, o fenômeno inesperado ocorrido nas fronteiras entre Venezuela e Brasil movimentaram o executivo e judiciário para medidas mais emergenciais.

Foi publicada no dia 25 de junho de 2018 a Lei 13.684/18³², dispoendo sobre medidas de assistência emergencial para facilitar o acolhimento de pessoas em situação de vulnerabilidade por consequência do fluxo migratório provocado por crise humanitária.

Além de outras medidas, a nova lei busca ampliar vários direitos oferecidos aos imigrantes como por exemplo oferta de atividades educacionais, formação e qualificação profissional, oferta de infraestrutura e saneamento entre outros.

Atribui também à alguns órgãos administrativos o desempenho dessas funções, como a Comissão Intergestores Tripartite (responsável pela promoção, proteção e recuperação da saúde em território brasileiro) e a Comissão Intergovernamental de Financiamento para a Educação Básica de Qualidade no tocante a efetivação do amplo acesso à educação.

Ponto importante foi a desburocratização autorizada pela Lei. Sabe-se que os gastos públicos com contratações e fornecimento de produtos e serviços se realizam mediante licitações (procedimento que pode ser demorado e custoso), dessa forma buscou-se a possibilidade de realizar contratações de forma direta, como preconiza o inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, deixando todo o procedimento mais célere. Assim está previsto:

Art. 7º Em razão do caráter emergencial das medidas de assistência de que trata esta Lei, os órgãos do governo federal priorizarão os procedimentos e as

³¹ Carta Capital. Entrevista - Deisy de Freitas Lima Ventura. "Regulamento da Lei da Migração é uma catástrofe", diz especialista. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/regulamento-da-lei-da-migracao-e-uma-catastrofe-diz-especialista>>.

³² BRASIL. LEI Nº 13.684, DE 21 DE JUNHO DE 2018. Brasília, DF, jul 2018. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13684-21-junho-2018-786881-publicacaooriginal-155890-pl.html>>. Acesso em: 05 set. 2018.

formas de transferências de recursos e de **contratação mais céleres** previstos em lei.

[...]

§ 2º As contratações a serem realizadas por Estados e Municípios receptores de fluxo migratório poderão ocorrer de **forma direta**, nos termos do inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (grifo nosso)

Percebe-se que o Brasil está em meio a um grande fenômeno migratório que vem crescendo na América Latina. O país é reconhecido por sua boa política de acolhimento de asilados, refugiados e imigrantes, entretanto, é preciso ter cautela para que se realize uma boa política pública para controle administrativo e um bom acompanhamento destes novos estrangeiros.

O Brasil está preparado juridicamente para tais desafios, isso não há dúvida, as recentes legislações bem como as medidas provisórias em caráter de urgência estão aí para que haja uma boa resposta por parte dos administradores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da suficiente regulamentação jurídica existente no Brasil muitos outros problemas de ordem prática administrativa acabam por não observar, seja por insuficiência técnica ou econômica, formas de proceder para que os direitos dos imigrantes ou refugiados sejam preservados e respeitados.

Um país de tamanho continental e que está em processo de recuperação de uma crise, com um dos índices de desemprego mais altos da América Latina, que não consegue fornecer saúde básica e educação à sua população dificilmente conseguirá fornecer tais serviços aos imigrantes e refugiados.

Muitas vezes até mesmo a própria população se sente ultrajada com a atenção e gastos voltados para os imigrantes e refugiados, visto que o Estado mal atende as necessidades existenciais dos próprios cidadãos, gerando sentimentos xenófobos e segregadores.

Realidade que se agrava pela fronteira brasileira. Cidades minúsculas com baixíssima infraestrutura estão sendo as primeiras a receberem essas ondas, cenário que dificulta ainda mais a observância de direitos e prestação dos serviços básicos de acolhimento nacional.

Até pouco antes de 2017 o Brasil encontrava-se desamparado por suas leis em relação às novas práticas internacionais de acolhimento humanitário, ainda que inclinado a esta intenção. Porém, apesar de agora conter uma boa perspectiva jurídica e regulamentação no ordenamento brasileiro, a falta de efetivação mais uma vez contribui para que o plano do dever ser fique

perpetuado tornando mais difícil a efetiva materialização dos muitos direitos previstos no campo jurídico nacional.

Referências Bibliográficas

ACNUR. **Convenção de 1951.**

<http://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/>. Acesso em: 30.08.18.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO

BRASIL DE 1988. Brasília, DF, mar 2017. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-

[2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm)>. Acesso em: 05 set. 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017. Institui a Lei de

Migração. Brasília, DF, mar 2017. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-

[2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm)>. Acesso em: 05 set. 2018.

BRASIL. LEI Nº 9.474, DE 22 DE JULHO DE 1997. Define mecanismos

para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e

determina outras providências. Brasília, DF, mar 2017. Disponível

em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm>. Acesso

em: 05 set. 2018.

Carta Capital. **Para entender a Venezuela.** Disponível em:

[https://www.cartacapital.com.br/blogs/brasil-debate/para-entender-a-](https://www.cartacapital.com.br/blogs/brasil-debate/para-entender-a-venezuela)

[venezuela](https://www.cartacapital.com.br/blogs/brasil-debate/para-entender-a-venezuela). Acesso em: 30.08.18.

Carta Capital. Entrevista - Deisy de Freitas Lima Ventura. "Regulamento

da Lei da Migração é uma catástrofe", diz especialista. Disponível em:

< [https://www.cartacapital.com.br/politica/regulamento-da-lei-da-](https://www.cartacapital.com.br/politica/regulamento-da-lei-da-migracao-e-uma-catastrofe-diz-especialista)

[migracao-e-uma-catastrofe-diz-especialista](https://www.cartacapital.com.br/politica/regulamento-da-lei-da-migracao-e-uma-catastrofe-diz-especialista) >.

Comissão Européia. **Immigration by sex, country of birth and broad group of citizenship.** Disponível em:

<http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_imm7ctb&lang=en>. Acesso em: 22.08.2018.

European Court of Human Rights. CASE OF ILIAS AND AHMED v.

HUNGARY. Disponível em:

<[http://www.statewatch.org/news/2017/mar/echr-hungary-removals-](http://www.statewatch.org/news/2017/mar/echr-hungary-removals-Ahmed-v-Hungary-judgment.pdf)

[Ahmed-v-Hungary-judgment.pdf](http://www.statewatch.org/news/2017/mar/echr-hungary-removals-Ahmed-v-Hungary-judgment.pdf)>. Acesso em: 22.08.18.

Folha de São Paulo. **Dependência do petróleo e decisões do chavismo**

gestaram calote venezuelano. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/11/1936424->

dependencia-do-petroleo-e-decisoes-do-chavismo-gestaram-calote-venezuelano.shtml. Acesso em: 30.08.18.

Fundo Monetário Internacional. **Report for Selected Countries and Subjects. World Economic Outlook Database**, October 2014 (em inglês). Disponível em:

<http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/02/weodata/weorept.aspx?sy=2015&ey=2015&ssd=1&sort=country&ds=.&br=1&pr1.x=71&pr1.y=10&c=336%2C213%2C218%2C223%2C228%2C288%2C233%2C293%2C248%2C366%2C298%2C299&s=PPPGDP%2CPPPPC&grp=0&a=>. Acesso em: 04 de set. 2018.

G1. Após ataques de brasileiros, 1,2 mil venezuelanos deixaram o país, diz Exército.

<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/08/19/pacaraima-tem-ruas-desertas-apos-confronto-entre-brasileiros-e-venezuelanos.ghtml>. Acesso em: 30.08.18

G1. Brasil tem cerca de 30,8 mil imigrantes venezuelanos; somente em 2018 chegaram 10 mil, diz IBGE.

<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/08/29/brasil-tem-cerca-de-308-mil-imigrantes-venezuelanos-somente-em-2018-chegaram-10-mil-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 30.08.18.

G1. FMI projeta inflação de 1.000.000% na Venezuela para 2018.

Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/fmi-projeta-inflacao-de-1000000-na-venezuela-para-2018.ghtml>. Acesso em: 30.08.18.

http://www.un.org/esa/population/migration/ga/SG_Report_A_68_190.pdf. Acesso em: 22.08.2018.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Vamos conhecer o Brasil. Nosso povo. Migração e Deslocamento**. 2010. Página do site. Disponível em: <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/migracao-edeslocamento.html>.

Jornal de Notícias. <https://www.jn.pt/mundo/interior/brasil-disposto-a-receber-100-mil-refugiados-sirios-5167737.html>. Acesso em: 30.08.18.

Michaelis, Henriette. Michaelis: dicionário online de português. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=BVa4R>>. Acesso em: 22.08.2018.

ONU. <http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-ausar-o-termo-correto/>. Acesso em 09 de maio de 2017.

PAIVA, Rafael Bianchini Abreu. **A tragédia econômica venezuelana**. Disponível em:
<https://www.cartacapital.com.br/blogs/conjunturando/a-tragedia-economica-venezuelana>. Acesso em: 04 set. 2018.

PEREIRA, Carolina Genovez. BATISTA, Vanessa Oliveira. **As normas nacionais e internacionais na América do Sul e sua repercussão nos fluxos migratórios regionais**. Revista de Direito Brasileira RDB. Ano 3, vol. 5, Mai/Ago, p. 375, 2013.

UNITED NATIONS. International Migration Report 2013.. Department of Economic and Social Affairs. Population Division. 2013. Disponível em:

VENTURA, Deisy. REIS, Rossana Rocha. Criação de lei de migrações é dívida histórica do Brasil. Anteprojeto apresentado ao Ministério da Justiça pode substituir o Estatuto do Estrangeiro, um entulho autoritário. Carta Capital. Disponível em:
<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/divida-historicauma-lei-de-migracoes-para-o-brasil-9419.html>. Acesso em: 30.08.2018.

A extinção do “passe” no futebol brasileiro como consequência do “Caso Bosman”^(*)

The extinction of the "pass" in brazilian soccer as a consequence of the "Bosman Case"

La extinción del "pase" en el fútbol brasileño como consecuencia del "Caso Bosman"

Angelita Woltmann¹

Bruno Sagrilo Garcia²

Felipe Bochi Damian³

(*) Recibido: 13 junio 2019 | Aceptado: 18 julio 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

- ¹ Doutoranda em Direito (PPGD - UNISINOS) pela Linha Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. cursou as disciplinas do doutorado em Ciências Jurídicas, na área de Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Mestre em Integração Latino-Americana pelo Mestrado em Integração Latino-Americana (MILA) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) na linha de pesquisa Direito da Integração. Especialista em Direito Constitucional aplicado pela Universidade Franciscana (UFN). Especialista em Bioética pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Atualmente, é professora dos cursos de Direito da Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES) e Universidade Franciscana (UFN). Pesquisadora do Curso de Direito junto à Cátedra de Direitos Humanos da FAMES, do GPDA-UFSM (Grupo de Estudo em Direito dos Animais) e do Núcleo em Direitos Humanos, da UNISINOS. Coordenadora e colaboradora em diversos projetos de pesquisa e extensão. Possui registro junto à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RS 61.713). awoltmann@gmail.com
- ² Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Franciscana (UFN). Pós-graduando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Instituto de Estudos Tributários (PUCRS e IET). brunosagrilog@outlook.com
- ³ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Franciscana (UFN). Pós-graduando em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). felipedamian3@gmail.com

Fillipe Augusto Rosarola Dotto⁴

Pillar Cornelli Crestani⁵

Vanessa Tatsch Ferrari⁶

André Lourenço Lorenzoni⁷

Sumário: Introdução. **1.** Caso Bosman: paradigma no Tribunal de Justiça da União Europeia. **2.** Considerações sobre a Lei Pelé e o fim do “passe” no futebol brasileiro. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar as consequências do Acórdão Bosman na legislação atinente ao futebol brasileiro. A partir da formulação deste problema, explicitado pelo método de abordagem indutivo, a pesquisa partiu de uma situação específica, com o relato do caso envolvendo o jogador belga Jean-Marc Bosman e a análise dos principais aspectos jurídicos presentes no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, sendo possível alcançar premissas genéricas, a partir da discussão dos principais aspectos da Lei Pelé (Lei n. 9.615/98), no Brasil, como consequência do Caso Bosman. Aliado a esse referencial metodológico, o presente estudo utilizou o método de procedimento monográfico, visto que foi realizada a análise de um julgado e de um diploma legal, sendo que a base teórica utilizada foram os estudos realizados pelos autores Rommell Cezar Romeiro Bezerra, Pedro Tiago da Silva Ferreira, Sandra Gil Araújo, Carlos Nolasco, Gabriel Lopes Pinheiro, Francisco

⁴ Graduado em Direito pela Universidade Franciscana (UFN).
fillipe_dotto@hotmail.com.

⁵ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Franciscana (UFN). Pós-graduanda em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Membro dos Grupos de Pesquisa e Extensão “Poder, Controle e Dano Social” e “Artemis – Direito e Gênero”, ambos vinculados à Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).
pillarcrestani.pesquisa@gmail.com.

⁶ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Franciscana (UFN). Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela UFN.
vanessatferrari96@gmail.com.

⁷ Graduado em Direito pela Universidade Franciscana (UFN). Pós-graduando em Direito Processual Civil pela UFN.
andrelorenzoni10@hotmail.com.

Xavier Freire Rodrigues, entre outros. Com base no estudo realizado, concluiu-se que o principal efeito da Lei Pelé foi a extinção do “passe”, que gerou inúmeras consequências ao cenário futebolístico brasileiro, sendo necessária a reformulação dessa legislação ou, melhor ainda, a integração dos países do MERCOSUL no âmbito desportivo.

Palavras-chave: cláusulas de nacionalidade, Direito Comunitário, Lei Pelé.

Abstract: The present work objectives to analyze the consequences of the Bosman Judgment in the Brazilian football's legislation. From the formulation of this problem, explained by the inductive approach method, the research started from a specific situation, with the report of the case involving the Belgian player Jean-Marc Bosman and the analysis of the main legal aspects present in the judgment of the Court of Justice of the European Union, and it is possible to reach generic premises, based on the discussion of the main aspects of the Pelé Law (Law n. 9.615/98) in Brazil, as a consequence of the Bosman Case. Allied to this methodological reference, the present study used the procedure monographic method, because was carried out the analysis of a judgment and a legal diploma. The theoretical basis used were the studies carried out by the authors Rommell Cezar Romeiro Bezerra, Pedro Tiago da Silva Ferreira, Sandra Gil Araujo, Carlos Nolasco, Gabriel Lopes Pinheiro, Francisco Xavier Freire Rodrigues, among others. Based on this study, it was concluded that the main effect of the Pelé Law was the extinction of the "pass", which generated countless consequences to the Brazilian football scenario, being necessary the reformulation of this legislation or the integration of MERCOSUR countries in the sports field.

Keywords: nationality clauses, Community Law, Pele Law.

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo analizar las consecuencias de la sentencia Bosman en la legislación relativa al fútbol brasileño. A partir de la formulación de este problema, explicitado por el método de enfoque inductivo, la investigación partió de una situación específica, con el relato del caso del jugador belga Jean-Marc Bosman y el análisis de los principales aspectos jurídicos presentes en la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo posible alcanzar premisas genéricas, a partir de la discusión de los principales aspectos de la Ley Pelé (Ley nº 9.615/98), en Brasil, como consecuencia del Caso Bosman. Aliado a este referencial metodológico, el presente estudio utilizó el método de procedimiento monográfico, ya que se realizó el análisis de un

decisión jurisdiccional y de una ley. Las bases teóricas utilizadas fueron los estudios realizados por los autores Rommell Cezar Romeiro Bezerra, Pedro Tiago da Silva Ferreira, Sandra Gil Araujo, Carlos Nolasco, Gabriel Lopes Pinheiro, Francisco Xavier Freire Rodrigues, entre otros. Con base en el estudio realizado, se concluyó que el principal efecto de la Ley Pelé fue la extinción del "pase", que generó innumerables consecuencias al escenario futbolístico brasileño, siendo necesaria la reformulación de esa legislación o la integración de los países del MERCOSUR en el ámbito deportivo.

Palabras clave: cláusulas de nacionalidad, Derecho Comunitario, Ley Pelé.

INTRODUÇÃO

O futebol, um dos esportes mais populares do mundo, é regulado pelo Direito, quando praticado de forma profissional, por compreender uma diversidade de relações que dizem respeito à seara jurídica, a exemplo dos contratos trabalhistas e das transações envolvendo clubes e jogadores.

Nesse sentido, é possível afirmar que a judicialização do esporte se dá a nível mundial, sendo pertinente mencionar a ocorrência de um caso paradigmático no Tribunal de Justiça da União Europeia, em 1995: o do jogador de futebol profissional belga, Jean-Marc Bosman, que conquistou, judicialmente, o direito de atuar em um clube francês, sem a incidência do pagamento de indenização ao seu clube de origem, conforme será visto, detalhadamente, neste trabalho.

O fato é que o caso em questão provocou uma série de modificações nas regras do futebol europeu, como o rompimento da cláusula de nacionalidade – que determinava que cada clube só poderia contratar, no máximo, três jogadores pertencentes a outro país da Comunidade – e o fim da exigência do pagamento do “passe” aos times, por conta da transferência dos profissionais, para outros clubes.

Contudo, o “Caso Bosman” rompeu barreiras não apenas no âmbito da Comunidade Europeia, acabando por exercer influência no futebol mundial. Nessa perspectiva, pergunta-se: quais as consequências do Acórdão Bosman na legislação atinente ao futebol brasileiro?

Para tanto, a partir da utilização do método indutivo e do procedimento monográfico, será realizada uma análise do caso envolvendo o jogador belga Jean-Marc Bosman e os principais aspectos jurídicos presentes no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, bem como serão discutidos os principais aspectos da Lei Pelé (Lei n. 9.615/98), no Brasil, como consequência do Caso Bosman.

Por fim, destaca-se que o presente trabalho possui relevância temática, visto que o futebol possui popularidade mundial, sendo interessante ter uma noção dos aspectos que circundam esse meio – no caso do presente trabalho, as questões jurídicas atinentes a ele. Além disso, analisar uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia assume extrema importância, no sentido de compreender a aplicação do Direito na Comunidade Europeia, que, ao contrário do MERCOSUL, possui efetividade em seus propósitos. E, enfim, este artigo também assume relevância, tendo em vista a possibilidade de se estabelecer uma conexão entre o Direito da União Europeia e o Direito Brasileiro.

1 CASO BOSMAN: PARADIGMA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

O jogador de futebol profissional belga Jean-Marc Bosman atuava, desde o ano de 1988, no Royal Club Liégeois SA (RCL), da primeira divisão daquele país, mediante um contrato cujo prazo de término se dava em 30 de junho de 1990 – conforme determinava o regulamento federal da Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL (que, posteriormente, passou a se chamar URBSFA), o qual também previa que a duração contratual variava entre um e cinco anos⁸.

Dispondo de uma renda mensal de 120.000 BFR (cento e vinte mil Francos Belgas), em 21 de abril de 1990, o clube ao qual Bosman estava vinculado propôs-lhe uma renovação contratual, por mais uma temporada, entretanto, haveria a redução salarial para apenas 30.000 BFR (trinta mil Francos Belgas) – o mínimo previsto pelo regulamento federal da URBSFA. O jogador, por sua vez, não concordou com a proposta, o que resultou na inscrição de seu nome na lista de transferências⁹, sendo que o valor da

⁸ BÉLGICA. Court d’appel de Liège. *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman*. 15 de dezembro de 1995. p. 05-06. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

⁹ De acordo com o que consta no acórdão relativo ao Caso Bosman, “em caso de recusa, o jogador é inscrito numa lista de jogadores que podem ser objecto, entre 1 e 31 de Maio, de uma

indenização¹⁰ de formação do atleta – o instituto do “passe” – foi fixado em 11.743.000 (onze milhões, setecentos e quarenta e três mil Francos Belgas)¹¹.

Na sequência, tendo em vista que nenhum clube manifestou interesse na contratação obrigatória do jogador Bosman, este estabeleceu contato com um time francês de Dunkerque, da segunda divisão, pelo qual acabou sendo contratado, com um salário de cerca de 100.000 BFR (cem mil Francos Belgas)¹².

Por conseguinte, houve a celebração de um contrato entre o RCL e o time de Dunkerque, estabelecendo a transferência temporária do jogador Bosman, pelo período de um ano, e o pagamento, pelo time adquirente, ao antigo clube ao qual pertencia o atleta, de uma indenização, no valor de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil Francos Belgas). Entretanto, houve um impasse com relação ao contrato pactuado entre os dois times, mais especificamente, com relação ao certificado de desvinculação do jogador, o que culminou na suspensão deste, que ficou impedido de jogar durante a temporada¹³.

transferência dita «obrigatória», isto é, sem o acordo do clube de afectação, mas contra o pagamento a este último pelo novo clube de uma indemnização dita «de formação», calculada multiplicando o rendimento bruto anual do jogador por coeficientes que variam entre 14 e 2, consoante a sua idade” (BÉLGICA, 1995, p. 06).

¹⁰ O documento intitulado “Princípios de colaboração entre as associações membros da UEFA e seus clubes”, em vigor desde 1990, previa que “no termo do contrato, o jogador é livre de celebrar novo contrato com um clube à sua escolha. Este deve imediatamente informar do facto o antigo clube que, por sua vez, o comunica à associação nacional, a qual é obrigada a emitir o certificado internacional de desvinculação. No entanto, o antigo clube tem o direito de receber do novo clube uma indemnização de promoção ou de formação cujo montante será fixado, em caso de desacordo, por uma comissão constituída no seio da UEFA, através de uma grelha de coeficientes que variam entre 12 e 1, consoante a idade do jogador, a multiplicar pelo rendimento bruto deste ao longo do último ano, tendo como limite máximo 5 000 000 SFR” (BÉLGICA, 1995, p. 07-08).

¹¹ BÉLGICA. **Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman.** 15 de dezembro de 1995. p. 11. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

¹² BÉLGICA. **Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman.** 15 de dezembro de 1995. p. 11-12. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

¹³ BÉLGICA. **Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman.** 15 de dezembro de 1995. p. 12. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

Irresignado com a situação a que fora submetido, em 08 de agosto de 1990, Jean-Marc Bosman ingressou com uma ação, no Tribunal de Première Instance de Liège, em face do clube RCL, pugnando por medidas cautelares. A primeira delas era a condenação, por parte do referido time e da URBSFA, ao pagamento de 100.000 (cem mil Francos Belgas) mensais, até a sua admissão, por outra entidade desportiva. A segunda se dava pela proibição, por parte dos réus, de obstaculizar as futuras contratações do demandante, principalmente, no que diz respeito à cobrança pelo seu “passe”¹⁴.

Em 09 de novembro de 1990, o tribunal que havia acolhido os pedidos cautelares levantou, ao Tribunal de Justiça da União Europeia, uma questão prejudicial, envolvendo a interpretação do artigo 48.º do Tratado de Roma, que poderia vir a ser aplicada à questão das transferências dos jogadores profissionais. Em abril de 1992, o autor, por sua vez, emendou o pedido inicial, para incluir, no polo passivo da demanda, a Union of European Football Associations (UEFA)¹⁵.

Na sequência, a Corte de Apelação de Liège requereu ao Tribunal de Justiça que se manifestasse, prejudicialmente, a respeito das seguintes questões - muito pertinentes ao presente trabalho:

Os artigos 48.º, 85.º e 86.º do Tratado de Roma, de 25 de Março de 1957, devem ser interpretados no sentido de que proíbem:

— que um clube de futebol exija e receba o pagamento de um montante em dinheiro pela contratação por um novo clube empregador de um dos seus jogadores cujo contrato tenha chegado ao seu termo?

— que as associações ou federações desportivas nacionais e internacionais prevejam, nas respectivas regulamentações, normas limitativas do acesso dos jogadores estrangeiros cidadãos da Comunidade Europeia às competições que organizam?¹⁶.

¹⁴ BÉLGICA. **Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman**. 15 de dezembro de 1995. p. 12. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

¹⁵ BÉLGICA. **Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman**. 15 de dezembro de 1995. p. 13. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

¹⁶ BÉLGICA. **Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman**. 15 de dezembro de 1995. p. 17. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

Nesse sentido, entende-se necessário proceder a uma explanação acerca de cada um dos pontos questionados acima. Conforme já mencionado anteriormente, o primeiro, chamado de indenização de transferência, de formação ou de promoção refere-se ao “passe” pago, pelo clube adquirente, ao clube de origem do jogador objeto da negociação. A respeito disso, a URBSFA e a UEFA sustentaram, no processo, que as regras relativas à transferência dos desportistas têm a finalidade de “manter o equilíbrio financeiro e desportivo entre os clubes e de apoiar a procura de talentos e a formação de jogadores jovens”, sendo “necessárias para compensar os encargos suportados pelos clubes para pagar indemnizações por ocasião do recrutamento dos seus jogadores”¹⁷.

Ainda, sobre a questão do pagamento das indenizações de transferência dos jogadores profissionais, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no acórdão relativo ao Caso Bosman, manifestou-se no sentido de que:

Efectivamente, ao preverem que um jogador profissional de futebol não pode exercer a sua actividade num novo clube estabelecido noutra Estado-Membro se esse clube não tiver pago ao anterior a indemnização de transferência cujo montante foi acordado entre os dois clubes ou determinado em conformidade com os regulamentos das associações desportivas, as referidas regras constituem um entrave à livre circulação dos trabalhadores¹⁸.

Dando sequência ao estudo proposto, não se pode deixar de esclarecer a respeito das normas limitativas do acesso dos jogadores estrangeiros cidadãos da Comunidade Europeia, chamadas de “cláusulas de nacionalidade”. A partir dos anos 1960, inúmeras associações de futebol adotaram regras limitativas da possibilidade de recrutamento de jogadores estrangeiros, sendo que “a nacionalidade é definida por referência à possibilidade de o jogador ser qualificado para jogar na selecção nacional ou representativa de um país”¹⁹. Por conseguinte,

¹⁷ BÉLGICA. *Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman*. 15 de dezembro de 1995. p. 32-33. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

¹⁸ BÉLGICA. *Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman*. 15 de dezembro de 1995. p. 31. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

¹⁹ BÉLGICA. *Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman*. 15

Em 1991, na sequência de novos encontros com M. Bangemann, vice-presidente da Comissão, a UEFA adoptou a regra dita «3 + 2», que prevê a possibilidade de as associações nacionais limitarem a três o número de jogadores estrangeiros que um clube pode fazer alinhar em jogos da primeira divisão dos respectivos campeonatos nacionais, mais dois jogadores que tenham jogado ininterruptamente durante cinco anos no país da associação nacional em causa, dos quais três anos como júniores. Este limite aplica-se igualmente aos jogos das competições para equipas de clubes organizadas pela UEFA²⁰.

O Tribunal de Justiça da União Europeia posicionou-se no sentido de que tais cláusulas de nacionalidade são discriminatórias e ferem o princípio da livre circulação dos trabalhadores, constituindo entraves à carreira dos jogadores²¹. Além disso²², o referido órgão julgador, respondendo à questão relacionada ao artigo 48.º do Tratado de Roma, expôs que este “se aplica a regras instituídas por associações desportivas como a URBSFA, a FIFA ou a UEFA, que determinam as condições de exercício de uma actividade assalariada por desportistas profissionais”²³.

Nessa perspectiva, o acórdão menciona que o artigo 48.º do Tratado de Roma determina a liberdade de circulação dos trabalhadores pertencentes aos Estados-Membros, o que pressupõe a abolição das discriminações relacionadas à nacionalidade. Outrossim, o aludido dispositivo é contrário à

de dezembro de 1995. p. 10. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

²⁰ BÉLGICA. **Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman.** 15 de dezembro de 1995. p. 10. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

²¹ BÉLGICA. **Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman.** 15 de dezembro de 1995. p. 16. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

²² Além disso, o Tribunal de Justiça da União Europeia reforça a ideia de que “o conjunto das disposições do Tratado relativas à livre circulação de pessoas visa facilitar aos nacionais comunitários o exercício de actividades profissionais de qualquer natureza em todo o território da Comunidade e opõem-se a qualquer regulamentação nacional que possa desfavorecer esses nacionais quando desejem exercer uma actividade económica no território de outro Estado-Membro (BÉLGICA, 1995, p. 29)”.

²³ BÉLGICA. **Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman.** 15 de dezembro de 1995. p. 28. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

aplicação das regras adotadas pelos clubes de futebol que limitam o número de jogadores profissionais de outros países da Comunidade, como a já referida “regra do 3+2”²⁴.

Por fim, destaca-se que o Tribunal deixou de se manifestar a respeito da interpretação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado de Roma, justificando tal conduta na contrariedade, por parte das questões prejudiciais suscitadas, em relação ao artigo 48.º, cujas principais razões foram expostas anteriormente²⁵. Nesse sentido, decidindo a controvérsia acerca do Caso Bosman, o Tribunal declarou:

1) O artigo 48.º do Tratado CEE opõe-se à aplicação de regras adoptadas por associações desportivas nos termos das quais um jogador profissional de futebol nacional de um Estado-Membro, no termo do contrato que o vincula a um clube, só pode ser contratado por um clube de outro Estado-Membro se este último pagar ao clube de origem uma indemnização de transferência, de formação ou de promoção.

2) O artigo 48.º do Tratado CEE opõe-se à aplicação de regras adoptadas por associações desportivas nos termos das quais, nos encontros por elas organizados, os clubes de futebol apenas podem fazer alinhar um número limitado de jogadores profissionais nacionais de outros Estados-Membros.

3) O efeito directo do artigo 48.º do Tratado CEE não pode ser invocado em apoio de reivindicações relativas a uma indemnização de transferência, de formação ou de promoção que, na data do presente acórdão, já tenha sido paga ou seja devida em execução de uma obrigação nascida antes desta data, excepto se, antes desta data, já tiver sido proposta acção judicial ou apresentada reclamação equivalente nos termos do direito nacional aplicável²⁶.

²⁴ BÉLGICA. **Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman**. 15 de dezembro de 1995. p. 35/39. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

²⁵ BÉLGICA. **Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman**. 15 de dezembro de 1995. p. 39. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

²⁶ BÉLGICA. **Court d’appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman**. 15 de dezembro de 1995. p. 42. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>> Acesso em 08 nov. 2018.

Assim, consoante o que restou decidido no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, pode-se afirmar que o Caso Bosman foi paradigmático, por ter suscitado questões que, até então, não haviam sido discutidas no âmbito do futebol profissional da Comunidade. Resta claro que, de acordo com o artigo 48.º do Tratado de Roma, a recomendação era de que fossem suprimidas as cobranças relativas às indenizações de transferência, formação ou promoção, bem como as regras criadas, pelas associações futebolísticas, atinentes à nacionalidade dos jogadores.

Entende-se que a decisão aplicada ao caso em questão foi acertada. Primeiramente, porque as indenizações de transferência constituem um entrave na contratação dos atletas profissionais, visto que, a depender do valor a ser cobrado, o clube que pretende adquirir o jogador pode não estar disposto a pagá-lo, gerando prejuízos para a carreira do desportista. Além disso, o “passe” constitui uma forma de tolher a liberdade do atleta, que acaba ficando à mercê do time ao qual se encontra vinculado, o que pode ser configurado como uma afronta ao livre exercício do trabalho, o qual é considerado um direito fundamental no sistema europeu.

Do mesmo modo, o que restou decidido no acórdão se mostrou correto, visto que não há razão para a adoção de critérios de seleção de trabalhadores quanto à nacionalidade, na União Europeia, justamente, pelo fato de nela existir a eliminação das barreiras entre os países e pelo princípio da livre circulação (mercadorias, trabalhadores, etc.). Também, não se pode deixar de mencionar a questão da supranacionalidade, pela qual todos os países integrantes do bloco cederam parte de sua soberania à Comunidade, que é considerada como uma grande nação. Assim, percebe-se que as cláusulas de nacionalidade destacadas no acórdão analisado não possuem razão de ser, não podendo, então, os clubes de futebol, tratar como estrangeiros os jogadores comunitários que não pertencem ao seu país, pois todos são, antes de tudo, cidadãos europeus²⁷.

Nesse sentido, corroborando o que foi exposto anteriormente, destaca-se que:

²⁷ Em uma análise do acórdão referente ao Caso Bosman, é possível destacar que “até ao surgimento do acórdão Bosman existiam restrições em relação ao número de jogadores estrangeiros que os clubes poderiam ter no seu plantel, e ao número de jogadores que poderiam alinhar num jogo. Esse número era variável de país para país, mas nas competições da UEFA (Union of European Football Associations) o número era restrito até 3 jogadores estrangeiros mais 2 jogadores naturalizados na lista de convocados para cada partida” (FERREIRA, 2009 p. 40). Por conseguinte, após a publicação da decisão, tem-se que “a restrição em relação ao número de estrangeiros é, igualmente, ilegal. Todos os atletas cuja nacionalidade seja a de um país Estado Membro da União Europeia não podem ser considerados estrangeiros dentro de um diferente país Estado Membro da União Europeia (FERREIRA, 2009 p. 41).

Essa decisão foi bastante influenciada pelo contexto da época, que era de integração do continente europeu, através da consolidação da União Europeia, que garantia maiores liberdades para os cidadãos europeus, sendo Bosman um deles, que visava o livre deslocamento entre países-membros da União Europeia, Bélgica e França”²⁸.

O conteúdo decisório do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia gerou grande impacto no esporte mundial, sendo benéfico aos jogadores, que estavam aptos a decidir o rumo de sua carreira, tendo em vista o fim dos entraves existentes na época. Entretanto, o novo precedente desagradou às entidades desportivas, sobretudo, em relação às mudanças econômicas, políticas e financeiras que acabaram sendo geradas, ocorrendo a perda do controle sobre os atletas, como ocorria anteriormente²⁹. Sobre essa questão, ainda, destaca-se que:

La Sentencia Bosman se perfila como un ejemplo de los conflictos que puede generar la configuración normativa de una identidad territorial que tiene como principal sustento una comunidad económica. La construcción de una ciudadanía europea se presenta vinculada a la pretensión de consolidar un espacio homogéneo en el interior de la Unión con el impulso de una identidad común. El Tribunal de Justicia, amparándose en el carácter económico de la actividad deportiva profesional, produce un efecto político. Y es que a pesar de su pretendido ascetismo la economía siempre es política, y la Sentencia Bosman lo pone de manifiesto³⁰.

Nessa perspectiva, também é possível esboçar algumas críticas, com relação à nova conjuntura trazida pelo acórdão referente ao Caso Bosman, com a supressão da cobrança do “passe” e das cláusulas de nacionalidade:

Ficarão cada vez mais fortes os clubes endinheirados. Sem a segurança das indenizações, porém, as agremiações menores abandonarão os seus viveiros de promessas.

²⁸ PINHEIRO, Gabriel Lopes. **20 anos da lei nº 9.615/98 (lei Pelé): avanço ou retrocesso para o esporte brasileiro?** 2018. 89 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. p.19. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/33847>> Acesso em: 08 nov. 2018.

²⁹ PINHEIRO, Gabriel Lopes. **20 anos da lei nº 9.615/98 (lei Pelé): avanço ou retrocesso para o esporte brasileiro?** 2018. 89 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. p.18-19. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/33847>> Acesso em: 08 nov. 2018.

³⁰ GIL ARAUJO, Sandra. **Fútbol y migraciones: La Sentencia Bosman en el proceso de construcción de la Europa comunitaria (crónicas desde España)**. Migr. Inter, Tijuana, v. 1, n. 3, p. 71-72, dic. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-89062002000200003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 08 nov. 2018.

E, ainda, se tornarão bem mais complexos os contratos dos jogadores, com cláusulas de proteção aos investimentos dos clubes.

Nesse cenário, claro, se ampliarão os poderes dos empresários e dos agentes, indispensáveis nas negociações das transferências e dos novos contratos.

Com a multiplicação da oferta em relação à procura de craques, provavelmente diminuirá, e bastante, a média dos salários (*sic*) dos jogadores da União.

Na sua imensa maioria, os atletas entrevistados pelos jornais da Europa evidentemente aplaudem o fim das indenizações, mas se manifestam radicalmente contra a extinção da ponderada e correta norma ‘três mais dois’³¹.

Outro ponto da decisão que desagradou aos europeus foi que, com a desconsideração da aplicação, às contratações futebolísticas, das cláusulas de nacionalidade, inúmeros jogadores oriundos de outros países, sobretudo latino-americanos, passaram a se beneficiar de sua dupla-nacionalidade, para exercer sua profissão na Europa³². Nesse sentido, a crítica que se faz é a seguinte:

[...] los jugadores latinoamericanos, por los acuerdos de doble nacionalidad, ejercen una competencia desleal (dumping social), ocupando los puestos de trabajo de los deportistas locales, porque son mejores, pero también porque son “de países económicamente poco desarrollados”, cobran menos y se aprovechan de las bondades que la Unión Europea reserva a sus ciudadanos³³.

Desse modo, em que pesem as manifestações favoráveis e contrárias ao acórdão que julgou o Caso Bosman, o que se pode afirmar é que este gerou inúmeras modificações não apenas no cenário do futebol europeu, mas também a nível mundial, inclusive, no Brasil. Neste último, uma das consequências foi a criação da Lei Pelé (Lei n. 9.615/98), que extinguiu a

³¹ LANCELLOTTI, Sílvio. Entenda o caso Bosman. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 29 fev. 1996. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/2/29/esporte/3.html>> Acesso em: 08 nov. 2018.

³² NOLASCO, Carlos. **Entre a Defesa e o Ataque, os Imigrantes do Futebol Português**. Instituto Piaget/ Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Coimbra, Portugal, 2012. p. 09. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42369/1/Entre%20a%20defesa%20e%20o%20ataque%20os%20imigrantes%20do%20futebol%20portugu%C3%AA.pdf>> Acesso em: 08 nov. 2018.

³³ GIL ARAUJO, Sandra. **Fútbol y migraciones**: La Sentencia Bosman en el proceso de construcción de la Europa comunitaria (crónicas desde España). Migr. Inter, Tijuana, v. 1, n. 3, p. 71, dic. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-89062002000200003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 08 nov. 2018.

cobrança do “passe”, na contratação de jogadores, conforme será exposto na próxima seção deste trabalho.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI PELÉ E O FIM DO “PASSE” NO FUTEBOL BRASILEIRO

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, em seu Capítulo III, trata da educação, cultura e desporto. Este último é disposto pelo artigo 217, que assim dispõe:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social³⁴.

Assim, destaca-se que esses são os princípios basilares que regem o desporto, tanto no âmbito amador, quanto profissional. Entretanto, existem inúmeros diplomas infraconstitucionais que disciplinam a matéria e, no presente trabalho, a que possui maior relevância ao estudo proposto é a Lei n. 9.615, de 24 de março de 1998, batizada de Lei Pelé, tendo em vista que Edson Arantes do Nascimento, além de ser o maior ídolo do futebol brasileiro, ocupava o cargo de Ministro do Esporte e presidente do Conselho do

³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 08 nov. 2018.

Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto (INDESP) quando idealizou a lei³⁵.

O referido diploma legal foi promulgado em substituição à Lei Zico (Lei n. 8.672/93), com o objetivo de conferir maior transparência e profissionalismo ao desporto nacional, sendo “muito mais específica com relação às peculiaridades da relação esportiva, principalmente na relação de trabalho entre clubes e atletas”³⁶. De forma geral, destaca-se que a Lei Pelé instituiu “diversos direitos, como os do consumidor nos esportes, a prestação de contas por parte de dirigentes, a criação de federações e associações, entre outras medidas”³⁷.

Entretanto, conforme já restou mencionado anteriormente, a maior inovação trazida pela Lei n. 9.615/98 foi a extinção do “passe” – influenciada pela decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no Caso Bosman. O referido instituto foi uma criação da já revogada Lei n. 6.354/76, cujo conceito era dado pelo artigo 11, que assim expressava: “entende-se por passe a importância devida por um empregador a outro, pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término, observadas as normas desportivas pertinentes”³⁸.

Sublinha-se que, “para os clubes, o ‘passe’ se mostrava como verdadeira premiação pela formação do atleta ou mesmo pela visibilidade que dava ao mesmo, permitindo sua valorização e posterior transferência de agremiação”³⁹. Entretanto, “na visão do atleta, o ‘passe’ consistia em verdadeiro aprisionamento, uma vez que era tolhida sua liberdade de disponibilização da própria ‘força de trabalho’ (prática do esporte), deixando-o a mercê das agremiações detentoras de seu ‘passe’”⁴⁰.

³⁵ PEREIRA, Willian. Lei Pelé: inovadora, polêmica e cheia de “retalhos”. **Portal CPJUR**. Disponível em: <<https://portalcpjur.com.br/lei-pele/>> Acesso em: 08 nov. 2018.

³⁶ PEREIRA, Willian. Lei Pelé: inovadora, polêmica e cheia de “retalhos”. **Portal CPJUR**. Disponível em: <<https://portalcpjur.com.br/lei-pele/>> Acesso em: 08 nov. 2018.

³⁷ PEREIRA, Willian. Lei Pelé: inovadora, polêmica e cheia de “retalhos”. **Portal CPJUR**. Disponível em: <<https://portalcpjur.com.br/lei-pele/>> Acesso em: 08 nov. 2018.

³⁸ BRASIL. **Lei n. 6.354/76**. Dispõe sobre as relações de trabalho do atleta profissional de futebol e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6354.htm> Acesso em: 08 nov. 2018.

³⁹ MELO, Bruno Herrlein Correia de; MELO, Pedro Herrlein Correia. **A Lei Pelé e o fim do “passe” no desporto brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1523&n_link=revista_artigos_leitura#_ftn5> Acesso em: 08 nov. 2018.

⁴⁰ MELO, Bruno Herrlein Correia de; MELO, Pedro Herrlein Correia. **A Lei Pelé e o fim do “passe” no desporto brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1523&n_link=revista_artigos_leitura#_ftn5> Acesso em: 08 nov. 2018.

O “passe livre”, por sua vez, foi instituído pelo artigo 28, da Lei Pelé, tendo sofrido alterações em seu texto original, possuindo, atualmente, a seguinte redação:

“Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:

I - cláusula indenizatória desportiva, devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta, nas seguintes hipóteses:

a) transferência do atleta para outra entidade, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato especial de trabalho desportivo; ou

b) por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade de prática desportiva, no prazo de até 30 (trinta) meses; e

II - cláusula compensatória desportiva, devida pela entidade de prática desportiva ao atleta, nas hipóteses dos incisos III a V do § 5º [...]”⁴¹.

De acordo com a dicção do referido artigo, constata-se que, em que pese a extinção do “passe”⁴², passou a vigor, nos contratos profissionais de trabalho entre atletas e clubes esportivos, a cláusula penal obrigatória, como forma de indenização de transferência – a qual foi duramente criticada, tendo em vista que pode ser confundida como uma substituta do “passe”⁴³.

Nesse sentido, apesar da existência do “passe livre”, destaca-se que a Fédération Internationale de Football Association (FIFA), em seu novo Estatuto de Transferência, passou a estipular a chamada indenização de formação, destinada aos clubes formadores, nas circunstâncias em que o jogador formado assinar o seu primeiro contrato de trabalho ou quando houver a transferência do atleta para outra equipe na vigência ou no final do seu contrato. Importante salientar que essa modalidade indenizatória

juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1523&n_link=revista_artigos_leitura#_ftn5> Acesso em: 08 nov. 2018.

⁴¹ BRASIL. **Lei n. 6.354/76**. Dispõe sobre as relações de trabalho do atleta profissional de futebol e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6354.htm> Acesso em: 08 nov. 2018.

⁴² Destaca-se que “uma diferença essencial emerge da extinção do ‘passe’ e sua substituição pela cláusula penal, pois na vigência do instituto do ‘passe’, o vínculo trabalhista e o vínculo desportivo coexistiam, enquanto no atual regime jurídico o vínculo jurídico é unicamente trabalhista, sendo o vínculo desportivo de natureza acessória” (MELO, B.; MELO, P. 2018).

⁴³ MELO, Bruno Herrlein Correia de; MELO, Pedro Herrlein Correia. **A Lei Pelé e o fim do “passe” no desporto brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1523&n_link=revista_artigos_leitura#_ftn5> Acesso em: 08 nov. 2018.

somente é devida em casos de transferência entre clubes de diferentes países⁴⁴.

Conforme já mencionado, a extinção gradual do “passe” foi influenciada diretamente pelo Caso Bosman – consequentemente, pelo novo paradigma do mercado europeu – e buscou modernizar as relações econômicas do esporte trazendo novidades para a administração dos clubes, dando maior transparência e destaque para a relação jogador-clube:

Pode-se dizer que existe uma relação entre a adoção de um modelo de modernização na sociedade, via processo de globalização da economia, e as mudanças estruturais no futebol, também inspiradas na gestão do espetáculo futebolístico europeu. O padrão de gestão empresarial passa a ser considerado a solução para o futebol brasileiro. É neste sentido que o discurso acerca da profissionalização dos dirigentes ganha defensores, particularmente na imprensa. Há, de fato, uma estreita correlação entre profissionalização da administração, transformação dos clubes em empresas, racionalização do calendário futebolístico e criação da liga nacional. Trata-se aqui de aspectos importantes da tão desejada moralização do futebol, dando transparência nas negociações entre clubes, nas relações entre jogadores e clubes⁴⁵.

Para o triunfo da desejada modernização das relações esportivas, o fim do “passe” logrou êxito em transformar a relação dos jogadores com os seus empregadores. Veja-se que até então preponderava um modelo entre clubes (clube-clube) – onde os clubes deveriam acertar entre si o pagamento do “passe” do atleta e, portanto, possuíam uma relação de negócio. Após a extinção desse modelo arcaico, os contratos futebolísticos “modernos” passaram a ser um modelo de instrumento de regulação entre partes (clube-atleta). “Logo, a partir de 1998 o “passe” (ou vínculo desportivo) perde sua preponderância frente ao contrato (vínculo trabalhista), estando aquele automaticamente desfeito uma vez findo o prazo contratual”⁴⁶.

⁴⁴ BEZERRA, Rommell Cezar Romeiro. **Indenização aos Clubes Formadores de Jogadores de Futebol Face A Lei Pelé e as Normativas da Fifa**. Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS – do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2010. p. 41-42. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/181/3/20571434.pdf>> Acesso em: 08 nov. 2018.

⁴⁵ RODRIGUES, Francisco Xavier Freire; CAETANO, Sidney Martins. Comércio Internacional de Jogadores Brasileiros de Futebol. **Revista TOMO**. São Cristovão, n. 15. jul./dez. 2009. Disponível em: <<https://seer.ufs.br/index.php/tomo/article/view/493>> Acesso em: 08 nov. 2018.

⁴⁶ RUGGI, Lennita. Transformações legais nas transferências internacionais dos jogadores de futebol. In: **VI Congresso Português de Sociologia**, 2008, Lisboa. p. 04. Disponível em: <<http://historico.aps.pt/vicongresso/pdfs/667.pdf>> Acesso em: 08 nov. 2018.

Feitas essas considerações, não se pode deixar de mencionar, ainda, que um dos principais efeitos da Lei n. 9.615/98 foi a facilitação das transferências internas de jogadores brasileiros, pois o fim do “passe” criou condições para a ocorrência desse fenômeno⁴⁷. Além disso, houve um aumento nas possibilidades de transferência de atletas brasileiros para os grandes clubes nacionais, sendo que:

[...] isso se atribui a diversos fatores, entre eles o fato de a Lei Pelé ter estabelecido uma redução na idade para as transferências, de 18 para 16 anos. Outro fator é a mudança no sistema de transferências, o estabelecimento da liberdade de trabalho para o atleta, entre outros⁴⁸.

Dentro dessa perspectiva, a Lei n. 9.615/98, tendo em vista o fim do “passe” e o estabelecimento do princípio da liberdade de trabalho, também propiciou um aumento na transferência dos atletas brasileiros ao exterior, com a flexibilização dos contratos e as negociações entre clubes e jogadores – o que pode ser confirmado por meio dos seguintes resultados⁴⁹:

Comparando dados da realidade brasileira referentes às influências da Lei Pelé, da Lei Zico e do Caso Bosman sobre as transferências internacionais de jogadores brasileiros, é possível destacar que entre 1989 e 1995 (momento posterior a sentença Bosman), a média anual de transferência de jogadores para o exterior foi de aproximadamente 200 atletas. De 1995 (depois da sentença Bosman) a 2006, a média de transferências internacionais aumentou para aproximadamente 675 jogadores por ano, algo em torno de um acréscimo de cerca de 240%. Trata-se, portanto, um aumento bem maior na época da Lei Zico e muito mais elevado do que o verificado com a entrada em vigor da Lei Pelé⁵⁰.

⁴⁷ RODRIGUES, Francisco Xavier Freire. **O fim do passe e as transferências de jogadores Brasileiros em uma época de globalização**. Sociologias, Porto Alegre, v. 12, n. 24, p. 362, Ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222010000200012&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 08 nov. 2018.

⁴⁸ RODRIGUES, Francisco Xavier Freire. **O fim do passe e as transferências de jogadores Brasileiros em uma época de globalização**. Sociologias, Porto Alegre, v. 12, n. 24, p. 364, Ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222010000200012&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 08 nov. 2018.

⁴⁹ RODRIGUES, Francisco Xavier Freire. **O fim do passe e as transferências de jogadores Brasileiros em uma época de globalização**. Sociologias, Porto Alegre, v. 12, n. 24, p. 365, Ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222010000200012&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 08 nov. 2018.

⁵⁰ RODRIGUES, Francisco Xavier Freire. **O fim do passe e as transferências de jogadores Brasileiros em uma época de globalização**. Sociologias, Porto Alegre, v. 12, n. 24, p. 372-373, Ago. 2010. Disponível em:

Para além da questão do “passe” e da modernização das relações entre clube-jogador, conforme já destacado, o Caso Bosman também é paradigmático ao impor a substituição da adoção do modelo clássico de nacionalidade – utilizado até então pelas federações nacionais dos países da UE – pelo modelo comunitário implantado pelo Direito Comunitário Europeu. A implementação desse novo modelo na União Europeia fez com que os europeus explorassem mercados diversos, sobretudo os sul-americanos e africanos – aquecendo, então, as economias regionais.

Por outro lado, essa facilitação na transferência externa de jogadores de futebol brasileiros, proporcionada pela Lei n. 9.615/98, também é alvo de críticas, sob o argumento de que os melhores profissionais acabam migrando para o exterior, contribuindo para a perda da qualidade do futebol nacional. Outro aspecto negativo é o fato de a renda gerada por meio da exploração do potencial dos jogadores transferidos não ficar no país de origem, acarretando, assim, prejuízos financeiros para o desporto brasileiro.

Entretanto, em que pese a extinção do “passe”, foram postos mecanismos de proteção para os times, ainda, como forma de fomento e proteção às atividades de formação de atletas nas categorias de base. Portanto, não há que se falar em queda de receita e menor proteção aos clubes, que ficariam à mercê daqueles de maior poder econômico. O que se pode afirmar é que foram criados métodos mais flexíveis, que possibilitam aos jogadores buscarem outros meios de prosseguir na profissão, após a inocorrência de um novo contrato com o clube ao qual estava vinculado. Antes, assim como no Caso Bosman, as indenizações pagas aos clubes de origem poderiam gerar entraves à contratação do jogador por outros clubes⁵¹.

Nesse cenário, sublinha-se que, antes da Lei Pelé, o “passe” dos atletas profissionais pertencia aos clubes, sendo que, com o advento dessa legislação esportiva, a “posse” daqueles foi repassada aos empresários, que acabam objetificando os jogadores, apropriando-se deles e induzindo-os à “mercenarização desportiva”, à vista de grandes contratos com grandes clubes⁵². Corroboram essa ideia, as seguintes razões:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222010000200012&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 08 nov. 2018.

⁵¹ SOUSA, Priscilla Andreatá Rosa. **A Prata da Casa: a “mercadoria força de trabalho jogador de futebol” no Brasil pós Lei Pelé**. Universidade Federal da Bahia, 2008. p. 88. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12860>> Acesso em: 08 nov. 2018.

⁵² MELO FILHO, Álvaro. Sobre a Lei Pelé. **Universidade do Futebol**. São Paulo, 16 ago. 2007. Disponível em: <<https://universidadedofutebol.com.br/sobre-a-lei-pele/>> Acesso em: 08 nov. 2018.

Da forma como está, a Lei Pelé é perversa com os clubes formadores, claudicante (às vezes condescendente, às vezes cruel) com os jogadores e extremamente generosa com os empresários e agentes – que estão cada vez mais ricos, normalmente às custas dos prejuízos dos dois primeiros.

[...] antes do advento da Lei Pelé, os clubes eram donos do passe do atleta por tempo indeterminado – o que também era muito ruim. Hoje, os clubes detêm os direitos federativos, mas os direitos econômicos podem pertencer a empresários, a investidores, ao próprio jogador ou até mesmo a outros clubes.

Isso faz com que os empresários tenham "argumentos" ou para ficar com parte desses direitos (que quando vendidos revertem em muito dinheiro) ou para forçar a saída do atleta do time formador para outro, mesmo que ele ainda tenha um bom tempo de contrato, por um valor aquém do desejado pelo clube⁵³.

Assim, de tudo o que fora exposto anteriormente, acerca dos efeitos produzidos pela extinção do “passe”, com a Lei n. 9.615/98, entende-se que, com vistas a solucionar os obstáculos criados por esse diploma legal, a medida ideal seria a tentativa de harmonização da legislação nacional desportiva com a dos países integrantes do MERCOSUL, gerando, assim, benefícios mútuos.

A respeito dessa ideia, inclusive, o Parlamento do MERCOSUL defendeu, por meio de uma recomendação editada em 29 de Maio de 2018, a adoção do mesmo modelo implementado nas relações trabalhistas europeias – livre contratação de futebolistas mercosulistas – baseando-se na união comum aduaneira criada com a assinatura do Tratado de Assunção em 1991 (livre circulação de bens, serviços, trabalhadores entre os países membros). A recomendação solicita que as federações e os clubes mudem as regras vigentes sobre jogadores estrangeiros de maneira semelhante à União Europeia⁵⁴.

Ocorre que as instituições futebolísticas dos países membros do MERCOSUL – infelizmente – ainda não fizeram qualquer menção à recomendação. Ou seja, a tentativa de criar relações futebolísticas

⁵³ JOÃO Derly: precisamos reformar a Lei Pelé. **GaúchaZH Esportes**. Porto Alegre, 16 fev. 2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/esportes/noticia/2017/02/joao-derly-precisamos-reformar-a-lei-pele-9723204.html>> Acesso em: 08 nov. 2018.

⁵⁴ PARLAMENTO do mercosul. Suprimir la limitación del cupo de jugadores extranjeros en los casos de profesionales originários de los países que integram el mercosur. Montevideu, 2018. Disponível em: <<https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/15087/1/rec.-07-2018.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2018.

comunitárias tende a passar pela mesma resistência que os países que integram o MERCOSUL têm a aderir ao projeto comunitário⁵⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho dedicou-se a analisar, brevemente, o Caso Bosman e os principais aspectos jurídicos envolvendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, na demanda proposta pelo jogador de futebol belga Jean-Marc Bosman em face do RCL, da URBSFA e da UEFA, no Tribunal de Première Instance de Liège, pretendendo, em síntese, a sua desvinculação do clube ao qual pertencia, sem que incidisse a cobrança do “passe”.

A controvérsia girou em torno das disposições do artigo 48.º do Tratado de Roma, sendo questionado, ao Tribunal de Justiça, se a cobrança do “passe”, assim como a incidência das cláusulas de nacionalidade – que obstaculizavam a transferência do jogador Bosman a outro clube – não violavam as recomendações daquele documento.

A decisão paradigmática do acórdão, no ano de 1995, foi no sentido de que o artigo 48.º do Tratado dispõe acerca da livre-circulação dos trabalhadores na União Europeia – que constitui um direito fundamental na Comunidade – razão pela qual as cláusulas de nacionalidade e a cobrança do “passe” foram consideradas como discriminatórias e atentatórias ao livre exercício do trabalho.

A partir desse julgado, houve uma série de modificações na dinâmica do futebol europeu, como o fim do “passe” e a modificação nas regras de nacionalidade, sendo que os jogadores comunitários passaram a ser considerados como nacionais de qualquer país pertencente à União Europeia, e não mais estrangeiros, o que limitava a liberdade de contratação de atletas, por outros Estados da Comunidade, por força da “regra do 3+2”.

Por conseguinte, a criação deste precedente na Europa acabou influenciando a produção legislativa no Brasil, posto que, em 1998, foi promulgada a Lei Pelé (Lei n. 9.615/98), que, dentre outras disposições, extinguiu a figura do “passe” dos jogadores de futebol, mas que foi “substituído”, indiretamente, por outra forma de cobrança, como a cláusula penal, de forma a indenizar os clubes pelas transferências dos jogadores.

⁵⁵ PARLAMENTO do mercosul. Suprimir la limitación del cupo de jugadores extranjeros en los casos de profesionales originários de los países que integram el mercosur. Montevideú, 2018. Disponível em: <<https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/15087/1/rec.-07-2018.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2018.

A Lei Pelé, por sua vez, gerou consequências positivas e negativas, tanto para os clubes, quanto para os jogadores, dentre as quais é possível citar: a facilitação na transferência dos atletas brasileiros para o exterior e, também, para outros times nacionais; a perda de lucro, por parte das associações desportivas, com a migração dos craques aos clubes internacionais, ocasionando, também, a perda da qualidade do futebol do Brasil; a “escravização” dos jogadores, pelos empresários.

Em que pese a Lei n. 9.615/98 já ter sofrido inúmeras alterações em seu texto, estando completamente retalhada, constata-se a necessidade da realização de outras modificações na legislação desportiva, que beneficie, igualmente, os clubes e os jogadores. A sugestão que se faz, a fim de eliminar as desvantagens trazidas pela Lei Pelé, é tentativa de harmonização da legislação nacional desportiva com a dos países integrantes do MERCOSUL, criando um sistema semelhante ao da União Europeia. Entretanto, percebe-se que esse ideal está longe de se concretizar, pois a ideia de integração entre os países mercosulinos está presente apenas no tratado de constituição deste bloco econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÉLGICA. Court d'appel de Liège. Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club liégeois v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman.

15 de dezembro de 1995. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>>

Acesso em 08 nov. 2018.

BEZERRA, Rommell Cezar Romeiro. Indenização aos Clubes Formadores de Jogadores de Futebol Face A Lei Pelé e as Normativas da Fifa. Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS – do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/181/3/20571434.pdf>> Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 08 nov. 2018.

- BRASIL. **Lei n. 6.354/76.** Dispõe sobre as relações de trabalho do atleta profissional de futebol e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6354.htm> Acesso em: 08 nov. 2018.
- FERREIRA, Pedro Tiago da Silva. **O impacto do acordo Bosman na estrutura desportiva europeia.** Tese de mestrado, Políticas Europeias, Universidade de Lisboa, Faculdade de Letras, 2009. Disponível em: <<http://repositorio.ul.pt/handle/10451/336>> Acesso em: 08 nov. 2018.
- GIL ARAUJO, Sandra. **Fútbol y migraciones: La Sentencia Bosman en el proceso de construcción de la Europa comunitaria (crónicas desde España).** Migr. Inter, Tijuana, v. 1, n. 3, p. 54-78, dic. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-89062002000200003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 08 nov. 2018.
- JOÃO Derly: precisamos reformar a Lei Pelé. **GaúchaZH Esportes.** Porto Alegre, 16 fev. 2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/esportes/noticia/2017/02/joao-derly-precisamos-reformar-a-lei-pele-9723204.html>> Acesso em: 08 nov. 2018.
- LANCELLOTTI, Sílvio. Entenda o caso Bosman. **Folha de S. Paulo.** São Paulo, 29 fev. 1996. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/2/29/esporte/3.html>> Acesso em: 08 nov. 2018.
- MELO, Bruno Herrlein Correia de; MELO, Pedro Herrlein Correia. **A Lei Pelé e o fim do “passe” no desporto brasileiro.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1523&n_link=revista_artigos_leitura#_ftn5> Acesso em: 08 nov. 2018.
- MELO FILHO, Álvaro. Sobre a Lei Pelé. **Universidade do Futebol.** São Paulo, 16 ago. 2007. Disponível em: <<https://universidadedofutebol.com.br/sobre-a-lei-pele/>> Acesso em: 08 nov. 2018.
- NOLASCO, Carlos. **Entre a Defesa e o Ataque, os Imigrantes do Futebol Português.** Instituto Piaget/ Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Coimbra, Portugal, 2012. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42369/1/Entre%20a%20defesa%20e%20o%20ataque%20C%20os%20imigrantes%20do%20futebol%20portugu%C3%AA.pdf>> Acesso em: 08 nov. 2018.

PARLAMENTO do mercosul. Suprimir la limitación del cupo de jugadores extranjeros en los casos de profesionales originários de los países que integram el mercosur. Montevideu, 2018. Disponível em:

<<https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/15087/1/rec.-07-2018.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2018.

PEREIRA, Willian. Lei Pelé: inovadora, polêmica e cheia de “retalhos”.

Portal CPJUR. Disponível em: <<https://portalcpjur.com.br/lei-pele/>> Acesso em: 08 nov. 2018.

PINHEIRO, Gabriel Lopes. **20 anos da lei nº 9.615/98 (lei Pelé): avanço ou retrocesso para o esporte brasileiro?** 2018. 89 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. Disponível em:

<<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/33847>> Acesso em: 08 nov. 2018.

RODRIGUES, Francisco Xavier Freire. **A Lei Pelé, o fim do passe e a modernização conservadora do futebol-negócio no Brasil: uma análise das percepções dos jogadores**. Revista NORUS, v. 1, n. 2, Jan - Jun 2014. Disponível em:

<<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/NORUS/article/view/5774>> Acesso em: 08 nov. 2018.

RODRIGUES, Francisco Xavier Freire. **O fim do passe e as transferências de jogadores Brasileiros em uma época de globalização**. Sociologias, Porto Alegre, v. 12, n. 24, p. 338-380, Ago. 2010. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222010000200012&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 08 nov. 2018.

RODRIGUES, Francisco Xavier Freire; CAETANO, Sidney Martins. Comércio Internacional de Jogadores Brasileiros de Futebol. **Revista TOMO**. São Cristóvão, n. 15. jul./dez. 2009. Disponível em:

<<https://seer.ufs.br/index.php/tomo/article/view/493>> Acesso em: 08 nov. 2018.

RUGGI, Lennita. Transformações legais nas transferências internacionais dos jogadores de futebol. In: **VI Congresso Português de Sociologia**, 2008, Lisboa. Disponível em:

<<http://historico.aps.pt/vicongresso/pdfs/667.pdf>> Acesso em: 08 nov. 2018.

SOUSA, Priscilla Andreato Rosa. **A Prata da Casa: a “mercadoria força de trabalho jogador de futebol” no Brasil pós Lei Pelé**. Universidade

Federal da Bahia, 2008. Disponível em:

<<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12860>> Acesso em: 08 nov. 2018.

Cambio de modelo institucional e independencia judicial^(*)

Change of institutional model and judicial independence

Ricardo Corrales Melgarejo¹

Sumario: Introducción. **1.** Independencia judicial. **2.** Expresión orgánica de la independencia judicial y su reforma sistémica. **3.** Propuestas de reforma del Sistema de Justicia. – Referencias bibliográficas.

Resumen: El presente trabajo contiene una reflexión sobre las propuestas del Ceriajus, Jusdem, la Corte Suprema, del Ejecutivo y las elaboradas por el autor del artículo, tendientes a reforzar la independencia judicial externa, interna y del juez, a fin de superar todo atisbo de corrupción y deterioro de la autonomía judicial, causada en parte por la organización aún jerarquizada, vertical y burocratizada que pervive en ciertos ámbitos institucionales. También contiene un conjunto de sugerencias para la implementación gradual de una estructura horizontal más democrática y descentralizada en el Poder Judicial, con miras a la mejora continua del servicio de justicia impartida con transparencia, integridad, imparcialidad, igualdad y celeridad procesal.

(*) Recibido: 22 de setiembre 2019 | Aceptado: 25 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

¹ Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Docente de la Universidad Peruana Los Andes. Juez Superior Titular y Presidente de la Segunda Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Junín.
ecorrales2012@hotmail.com

Palabras clave: independencia judicial, independencia externa, meritocracia, reforma judicial, sistema de justicia.

Abstract: The present work contains a reflection on the proposals of Ceriajus, Jusdem, the Supreme Court, the Executive and those elaborated by the author of the article, tending to reinforce the external, internal and judicial independence of the judge, in order to overcome all signs of corruption and deterioration of judicial autonomy, caused in part by the still hierarchical, vertical and bureaucratized organization that survives in certain institutional scopes. It also contains a set of suggestions for the gradual implementation of a more democratic and decentralized horizontal structure in the Judicial Branch, with a view to the continuous improvement of the justice service imparted with transparency, integrity, impartiality, equality and procedural speed.

Keywords: judicial independence, external independence, meritocracy, judicial reform, justice system.

13. Busquen, pues, entre ustedes hombres sabios, perspicaces y experimentados de cada una de sus tribus, y yo los pondré al frente del pueblo [...] 16. Entonces di a los jueces las siguientes instrucciones: 'Ustedes atenderán las quejas de sus hermanos, y decidirán, sea que el pleito oponga un israelita a su hermano, o bien un israelita a uno de los extranjeros que viven en medio de nosotros. 17. Cuando juzguen, no se dejarán influenciar por persona alguna, sino que escucharán lo mismo al pobre que al rico, al poderoso que al débil, y no tendrán miedo de nadie, pues el juicio es cosa de Dios. Si un problema les resulta demasiado difícil, me lo pasarán a mí, y yo lo veré. (Dt. 16:13,16-17)

No pervertirás el derecho del necesitado en su pleito. 7 Te alejarás de las palabras de mentira, y no condenarás a morir al inocente y al justo; porque yo no justificaré al culpable. 8 No recibirás soborno, porque el soborno ciega a los que ven con claridad y pervierte las palabras de los justos. (Ex. 23:6-8)

No actúes con injusticia cuando dictes sentencia: ni favorezcas al débil, ni te rindas ante el poderoso. (Lv. 19:15)

Introducción

Es propósito de este artículo reflexionar sobre el modelo de organización que mejor proteja la independencia judicial en el sistema republicano democrático social, organizado según el principio de separación de poderes que nos gobierna.

Antes bien, presentamos los alcances doctrinarios y jurisprudenciales claves en la comprensión del principio, del cual identificamos hasta diez expresiones², empero, nos centraremos sobre la independencia externa e interna, concebida como la autonomía institucional en la unidad y exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 139, num. 1 y 2 de la Const.).

Por otro lado, trataremos de identificar las amenazas contra este principio rector en el servicio de justicia, como son: la injerencia del poder político, la dependencia presupuestal, el “sistema de padrinos”, entre otras desviaciones en la recta administración de justicia. Y por último, presentar las propuestas de cambio de modelo institucional que propugnamos.

En lo contingente, esperamos que estas reflexiones contribuyan a explicar, desde la independencia judicial, el enrarecido ambiente político que se presenta en el Perú, a raíz de la develación de los casos “Lava Jato” y “Lava Juez”, que implicó la fuga de un ex Presidente, el suicidio de otro, la

² *Independencia institucional o externa*: Autonomía integral de los demás poderes públicos, propugnándose el autogobierno democrático de los jueces.

Independencia política o de gobierno: Diseño y ejecución de la cultura, política, normativa y modelo institucional.

Independencia orgánica: En el ingreso, permanencia (designación del Juez natural), promoción y salida de la carrera.

Independencia administrativa: Organización y Gerencia de sus propios recursos, métodos y procedimientos.

Independencia disciplinaria: El derecho administrativo disciplinario encargado a la propia institución.

Independencia interna: De las jerarquías.

Independencia funcional: Facultad del Juez de apartarse motivadamente de la jurisprudencia vinculante.

Independencia económica: Aprobación de su propio presupuesto económico.

Independencia personal o individual del juez: Fortaleza subjetiva de probidad en ser independiente e imparcial.

Independencia académica: Unidad organizacional propia de capacitación a los magistrados y personal auxiliar.

detención de más de uno, incluida una ex alcaldesa y ex gobernadores regionales, incluso la prisión preventiva de la lideresa del partido político mayoritario en el Congreso, y decenas de funcionarios públicos procesados; además, la caída en pleno de los consejeros del ex Consejo Nacional de la Magistratura, la renuncia del Presidente del Poder Judicial (PJ), la extradición de un Juez Supremo y, posteriormente, la dimisión por presión popular del Fiscal de la Nación.

Ante ello, el Presidente de la República llamó al Consejo de Estado, y se delinearon acciones de mejora y reformas en los sistemas de justicia y político, a fin de superar dicha crisis institucional con referéndum de por medio e iniciativas legislativas, que han puesto en no pocos casos, en situación de confrontaciones del Judicial y la Fiscalía con el Legislativo sobre una supuesta “judicialización de la política”, de este con el Ejecutivo sobre la reforma constitucional de adelanto de las elecciones; y, que como nunca antes visto ha dividido a los académicos en torno a este debate, la “cuestión de confianza” y el “cierre del congreso”, lo que refleja el alto grado de crispación política y de tensión de fuerzas entre un Perú moderno, emprendedor y emergente que propugna afianzar sus instituciones democráticas y, aquel tradicional que no quiere renunciar a sus privilegios de mantener el estado subordinado a sus intereses mercantilistas y dejar abierta la “puerta giratoria” a la corrupción. Tanto así, que a nuestro modo de ver los acontecimientos, avanzamos hacia un momento Constituyente.

Ello no obstante, debemos procesar dicha “crisis institucional” en el marco de la Constitución, aplicando los principios de separación y colaboración de poderes entre organismos constitucionales autónomos, a fin de superar las graves deficiencias y debilidades estructurales del Estado peruano, incluida la justicia arbitral, que han quedado al desnudo con el poder corruptor del “club de la construcción”, de las empresas brasileras y sus consorciadas peruanas involucradas en el caso “Lava jato”, y el tinglado de la organización criminal denominado los “Cuellos Blancos” enquistado en el sistema de justicia.

Todo ello, con la esperanza de avanzar en la construcción de un Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho³ articulado, flexible e

³ El Estado social y democrático de derecho en la Constitución peruana

3. [...] el modelo de Estado configurado por la Constitución de 1993 presenta las características básicas de un Estado social y democrático de derecho, deducible, principalmente, de una lectura integral de los artículos 3° y 43° y de diversos dispositivos reconocidos a lo largo de su contenido, en los que se deja claramente establecido el objetivo social que subyace a todo comportamiento de los agentes políticos y económicos que lo integran. El prototipo de este modelo significa, en buena cuenta, una superación del clásico esquema estrictamente liberal que caracterizó al Estado

inclusivo, propio de una sociedad abierta, horizontal y participativa, cuyo Poder Judicial le brinde justicia, paz y seguridad jurídica, por el bien de nuestra patria.

1. Independencia judicial

En el Perú, la Constitución ha establecido que el Estado *se organiza según el principio de la separación de los poderes* (art. 43), gracias a él, uno de los beneficios de dividir al poder es la independencia judicial, y esta, como principio de la función jurisdiccional (art. 139.2), sustenta la autonomía institucional del Poder Judicial, ambiente organizacional clave para proteger al juez en su delicada misión de resolver las controversias entre los particulares y de estos con los poderes públicos; tanto así que Luigi FERRAJOLI afirmaba lo siguiente:

La separación y la independencia de la función jurisdiccional respecto de las funciones legislativa y de gobierno garantiza, en efecto, su carácter tendencialmente cognoscitivo, en virtud del cual una sentencia es válida y justa no porque querida o compartida por una mayoría política, sino porque fundada en una correcta comprobación de sus presupuestos de hecho y de derecho. Esta independencia de los jueces frente a los actores políticos en la determinación del objeto del juicio es, en efecto, la principal garantía de su imparcialidad: la cual, como escribe Andrés Ibáñez recordando a Norberto Bobbio, tiene para la jurisdicción el mismo valor que la neutralidad valorativa tiene para la investigación científica [...] ⁴.

Así pues, el axioma de la separación de poderes, asigna un rol de tercero imparcial al Poder Judicial, en el sistema jurídico de todo país que se precie de civilizado. Desde la magistratura peruana se expresó intensamente en

tradicional para dar paso a una visión mucho más integrada en la que, junto con la libertad y sus garantías, aparecen y se fomentan con igual intensidad otros valores como la igualdad y la solidaridad. El Estado social y democrático de derecho, en otras palabras, no niega los valores del Estado liberal, los comparte y los hace suyos, pero, a su vez, los redimensiona en el entendido de que el ser humano no solo requiere contar con una serie de seguridades y protecciones alrededor de sus clásicos derechos de tipo individual y político, sino también satisfacer diversas necesidades derivadas en lo fundamental de la posición o *status* económico social que ocupa. En dicho contexto, se trata evidentemente de que el Estado fomente condiciones alrededor de otro tipo de derechos, como los sociales, los económicos y los culturales, atributos que, a diferencia de los tradicionales ya mencionados, no se caracterizan por una posición negativa o abstencionista, sino por una posición dinámica y promotora por parte del poder. La lógica principialista que justifica este cambio de visión tiene su sustento en la dignidad como valor superior del ordenamiento (artículo 1 de la Constitución), que, a la par que fundamenta el contenido de cada derecho fundamental, impone al Estado diversas obligaciones, tanto de protección como de promoción". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 3208-2004-AA/TC*, Lima: 30 de mayo del 2005, f. j. n.º 3.

⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid: Trotta, 2006, pp. 97-98.

reafirmar dicha misión crucial en el equilibrio armónico de los poderes (*checks and balances*), del modo siguiente:

Por tanto, la división de poderes es consustancial para la existencia de un orden político estatal que garantice los derechos de las personas, régimen político a través del cual la Constitución aspira a posibilitar su “construcción jurídica”, teniendo como finalidad a la persona y el respeto de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). Dentro de este marco conceptual, el Poder Judicial se adscribe en el régimen político democrático como un auténtico Poder del Estado ya que en relación con los otros poderes actúa, en tanto tal, frente al Poder Legislativo y Ejecutivo en condiciones de igualdad manteniendo una relación de equilibrio, lo que se manifiesta esencialmente a través de la posibilidad de sanción penal de todos los funcionarios públicos, así como desde la facultad del control de la constitucionalidad y legalidad de las decisiones públicas. Y es que, el Poder Judicial tiene “un tercio del total del poder formal... (porque ostenta) el mismo rango institucional (respecto de) los otros poderes” del Estado, dado que su poder de administrar justicia también emana del pueblo (artículos 45 y 138 de la Constitución de 1993)⁵.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Exp. N.º 00023-2003-AI/TC, sobre la independencia judicial externa – también denominada independencia institucional u orgánica – contribuye con los aportes siguientes:

28. La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.

29. El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

30. Juan Cano B. [Derecho Constitucional. Volumen II. Obra Colectiva. Madrid: Tecnos, 1999, pág. 441] lo concibe como la ausencia de vínculos de sujeción o de imposición de directivas políticas por parte del Ejecutivo o el Legislativo, así como la imposibilidad de intromisión de los órganos intrainstitucionales superiormente jerárquicos tendientes a orientar o corregir la actuación jurisdiccional del juez competente de una causa, en tanto no se haya agotado la instancia o se haya presentado un recurso impugnativo.

⁵ Véase, al respecto, el ítem I.I. “Equilibrio de Poderes” del *Informe del Grupo de Trabajo Temático de Política Anticorrupción y Ética Judicial* de la Comisión de Reestructuración del Poder Judicial creada por Resolución Administrativa N.º 035-2003-P-PJ. Recuperado de <<https://bit.ly/2luaL2b>>.

31. La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per se, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.

El principio de independencia judicial debe entenderse desde tres perspectivas; a saber:

- a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción al respeto al principio de separación de poderes.
- b) Como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción.
- c) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia. Cabe precisar que en este ámbito radica uno de los mayores males de la justicia ordinaria nacional, en gran medida por la falta de convicción y energía para hacer cumplir la garantía de independencia que desde la primera Constitución republicana se consagra y reconoce⁶.

En efecto, el ideal ciudadano en todo Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, es que su Poder Judicial sea neutral al poder político, económico, religioso, mediático, grupos de presión o de otra índole, precisamente, como garantía de justicia imparcial, concretizada en decisiones judiciales impartidas con igualdad, que solo respondan a los preceptos, valores y principios que contiene la Constitución Política, interpretados de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados, convenios y acuerdos internacionales ratificados por el Perú, y que ello sea la única luz que ilumine el esfuerzo interpretativo de nuestras fuentes de Derecho, aun así la decisión resolutive sea contra mayoritaria en el momento político.

Así también, cuando los jueces tengamos que impartir justicia, apelando a nuestro criterio de conciencia o tengamos que crear derecho: los principios de ponderación, proporcionalidad, razonabilidad y equidad, inspiren nuestras decisiones. Adoptadas, no desde nuestra propia ideología o creencias sino desde la filosofía, valores y principios de la Constitución, por la que hemos jurado defender al asumir nuestros cargos.

Tanto más, si el juez llena de contenido los conceptos jurídicos indeterminados, incluso presentes en la Constitución, y al construir la regla desde los principios o adecuar la norma legal al caso concreto ante las

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0023-2003-AI/TC*, Lima: 9 de junio del 2004, ff. jj. n.º 28-31.

cambiantes circunstancias sociales, es creador de derecho, tal como anota el profesor Yuri VEGA, a saber:

Los Jueces no solo interpretan la ley o las fuentes; no sólo las aplican; también crean reglas específicas a partir del material que utilizan y en ello contemplan los valores e intereses involucrados y la forma en que pueden haber sido incorporados o protegidos en las normas con las que deciden una controversia. Los jueces deben engarzar las reglas que utilizan en los hechos que analizan y completar o definir los espacios o las definiciones que le son delegadas por el sistema (utilizando conceptos vivos o dándoles contenido cuando ellos son recogidos en las normas), oxigenando y coloreando el material con las convicciones y contenidos que toman de la realidad, dándole sentido a las soluciones legales. Los jueces no son autómatas y participan en la creación del Derecho desde que la sentencia y las reglas que introducen son producto de esa labor de integración y correlación que se debe forjar entre las reglas, los principios, los conceptos, las cláusulas abiertas, los *standards*, la técnica, el método y los intereses en juego⁷.

Esta crítica al juez *boca de la ley*, autómata o mecánico que le causa pavor “legislar” ante el vacío o deficiencia de la norma, vale decir, aquel juzgador que resuelve los conflictos bajo una concepción *legalista y formalista*⁸, fue denunciado en el Perú desde 1966 por el jurista Mario ALZAMORA, quien sostuvo lo siguiente:

Así se supera la vieja concepción que vincula de modo fatal la sentencia a la ley como expresión del derecho, mediante procesos psicológicos y lógicos, y a la recortada imagen del juez como mecánico aplicador de los códigos que prescinde de lo que en él es esencial: el sentido de justicia, que trasunta el constitutivo fundamental que le es propio, su calidad ética⁹.

Como corolario de lo hasta aquí anotado, podemos decir que, *así como el pez, solo puede existir en un estado acuoso, del mismo modo, la justicia*

⁷ VEGA MERE, Yuri, “Reflexiones sobre el rol del juez”, en *Derecho & Sociedad*, año XX, n.º 32, Lima: 2009, p. 169.

⁸ Legalista y formalista son dos conceptos distintos, por lo primero, entendemos aquel Juez que sólo reconoce como normas existentes las que se encuentran en los textos de las leyes, es decir, un legalista rechaza, por ejemplo, que haya grandes principios generales aplicables concretamente al hecho discutido, menos realizar un juicio de ponderación o recurrir al control difuso; tampoco, considera que la Constitución y los Convenios internacionales suscritos sean normativas y auto aplicativas; o, inclusive, que existan costumbres que deban preferirse para resolver los conflictos, y concibe al sistema jurídico como uno cerrado en el que no cabe la justicia intercultural; en cambio, por formalista entendemos al Juez que aplica estricta y exageradamente, de modo literal, el sentido y alcance de una ley, sin usar otros métodos de interpretación e integración; y en el proceso privilegia irrazonablemente las formas, los rituales y las nulidades, sin apelar a los principios de la trascendencia de la nulidad, convalidación, subsanación, integración, oportunidad y elasticidad procesal.

⁹ ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Derecho procesal civil. Teoría del proceso ordinario*. Lima: s/e, 1966, p. 247.

puede impartirse y crearse derecho en un estado de total independencia, y es responsabilidad ciudadana, de los gobernantes y de los jueces, generar y preservar ese ambiente de neutralidad institucional que la sociedad toda nos exige para la salvaguarda y vigencia de los derechos constitucionales y legales; aun así, ciertos políticos y empresarios peguen el grito al cielo cuando la justicia procesa a sus pares o una turba enardecida pretenda asediar el Palacio de Justicia por un fallo polémico, menos aún ante el juicio paralelo de los medios de comunicación parcializados con una de las partes en conflicto, pues, se imparte justicia: Fiat iustitia, et ruat caelum.

Recordemos las palabras del juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos Anthony Kennedy, quien afirmó: “La Ley es una promesa. La promesa consiste en la neutralidad. Si esa promesa no se cumple, si no existe neutralidad en la aplicación de la Ley, en su administración e interpretación, la ley deja de existir tal como la concebimos”¹⁰.

A tal punto que, el derecho de todo ciudadano a ser juzgado por un órgano jurisdiccional independiente *es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna*¹¹, así lo ha discernido el Comité de Derechos Humanos (CDH), encargado de vigilar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 14.1, precisamente, establece que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia [...] tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial”.

2. Expresión orgánica de la independencia judicial y su reforma sistémica

Sucede que en nuestro sistema de justicia, la independencia interna e individual del juez resulta igualmente importante que la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes y órganos constitucionales autónomos del Estado. Sin embargo, amenaza contra ella su organización vertical tradicional, de cultura autoritaria y conservadora, que advertía Juan MONROY GÁLVEZ, al sostener lo siguiente:

¹⁰ En su conferencia “La ética judicial y el imperio del Derecho”, con jueces eslovenos, **Anthony McLeod Kennedy** disertó sobre la forma en que la rama judicial debe garantizar el delicado equilibrio entre la ética judicial y la independencia. KENNEDY, Anthony, “La ética judicial y el imperio del Derecho”. Recuperado de <<https://bit.ly/2IARXhs>>.

¹¹ COMITÉ DE DERECHO HUMANOS, *Dictamen del 28 de octubre de 1992 (Comunicación N.º 263/1987, M. González del Río c. Perú)*, Documento de la ONU CCPR/C/46/D/263/1987, párr. 5.2, citado por CENTRO INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de los jueces, abogados y fiscales*, Ginebra: CIJ, 2007, p. 4. Recuperado de <<https://bit.ly/2I6jFwB>>.

La demanda de justicia se ha vuelto masiva en el siglo XX[I], mientras que nuestros gobiernos con una perfección envidiable, han mantenido una organización judicial napoleónica; es decir, tomada de la Ley de Organización Judicial de 1810 que se caracteriza fundamentalmente por ser vertical, por ser jerárquica, por ser rígida, por ser burocrática y por ser marginal.

Un rasgo. Cuando hablamos de verticalidad de los órganos judiciales peruanos nos estamos refiriendo a la independencia interna. O sea, un presupuesto esencial para que la función de un juez sea tal es que no se vea afectada por sus propios colegas de —comillas y cursivas si se puede— rango superior¹². [El entrecorchetes es nuestro].

Por su parte, el profesor Gorki GONZALES es de la opinión que tenemos *una organización judicial altamente jerarquizada y burocrática*¹³, por lo que propone el cambio de modelo institucional, a saber:

La jerarquía, como fundamento y esquema esencial de la organización del modelo burocrático, no tiene más sentido y, por el contrario, se busca el desarrollo de una relación horizontal entre los jueces. [...] La carrera judicial debe armonizar las demandas políticas de la función a través de una institucionalidad idónea. No tendrá más sentido, por ello, admitir que la jerarquía tenga algún peso en el modelo de la organización judicial. Al contrario, se hace necesario dar fluidez al principio del juez como “poder difuso” en el espacio institucional, buscando crear una articulación horizontal, orgánica y substancial en la definición del orden interno de la carrera¹⁴.

Desde España, el que fuera magistrado del Tribunal Supremo Andrés IBÁÑEZ, también se une a las críticas del modelo napoleónico de administrar justicia, y nos invita a discernir sobre la conveniencia de transitar hacia un modelo horizontal, descentralizado y democrático, veamos:

La experiencia europea continental de los últimos 150 años en tema de jurisdicción, que es la que aquí se toma como referencia, permite hablar de la existencia de dos tipos ideales o modelos de juez, en el sentido weberiano del término. Cada modelo implica un diseño de organización, una propuesta cultural y un perfil ético del operador judicial.

El primero se identifica convencionalmente como napoleónico y se caracteriza, en el plano político organizativo, por la esencial subordinación

¹² MONROY GÁLVEZ, Juan, “Las propuestas para la Reforma Constitucional en materia judicial: Un balance”, 1er Encuentro Institucional: “Avances del Plan Nacional de la Reforma Integral de la Administración de Justicia” Días 24 y 25 de enero de 2004, pp. 4 y 5. Recuperado de <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/eventos/050125_Exposicion_Juan_Monroy.pdf>

¹³ GONZALES MANTILLA, Gorki, *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*, Lima: Palestra, 2009, p. 65.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 89, 312 y 313.

de la administración de justicia al poder político. La magistratura aparece vinculada al ejecutivo a través de una élite judicial, de designación política, que la gobierna [...].

En este contexto, los jueces están articulados con un criterio vertical, tomado de la milicia, formando una *carrera*. Esta responde a las pautas del *cursus honorum*, en el que se ingresa por el nivel más bajo, pero con posibilidades y expectativas de promoción profesional, libremente administradas por el vértice (magistratura de casación). La articulación jerárquica se superpone rigurosamente al sistema procesal de instancias y recursos, de manera que a mayor grado en el orden jurisdiccional corresponde también un mayor grado en la jerarquía. El *superior*, lo es, así, en ambos planos, lo que permite asegurar el ejercicio de un doble control, en particular ideológico, que se proyecta tanto sobre las actuaciones profesionales como sobre las ajenas a la profesión, incluidos aspectos estrictamente atinentes a la vida privada. Por lo demás, la legitimidad del juez es formal o *cuasi-sacramental* y *a priori*, pues la recibe en el acto de la investidura y le acompaña siempre. [...]

En el marco institucional descrito, la independencia tiene atribuido formalmente un papel esencial de referencia. Pero lo cierto es que su función es básicamente propagandística y de encubrimiento de la verdadera realidad del modelo, que impide de manera eficaz la plasmación práctica de este valor. Desde el punto de vista *externo*, o de la magistratura en su conjunto, porque ésta es un cuerpo integrado en posición subordinada en el área del ejecutivo. Desde el punto de vista *interno*, porque el juez está fuertemente mediatizado en razón de la dependencia jerárquica. Además, ha de tenerse en cuenta que el acceso a la función judicial pasa por un sistema cuidadoso de filtros, que ya garantiza, desde el inicio, la homogeneidad político – cultural del seleccionado con la clase del poder, y la integración subordinada en su área de influencia¹⁵.

Si esto es así, entonces, el modelo vertical del Poder Judicial será vulnerable a la injerencia política y al “sistema de padrinos”, ya que no garantiza plenamente la independencia interna y externa, de otro modo no se explica la gestación de la presunta organización criminal de los “Cuellos Blancos” que atravesó no solo pocas instancias del Judicial, sino también se habría extendido al ex Consejo Nacional de la Magistratura y al Ministerio Público, cuyos financistas presuntamente provenían de malos empresarios y políticos según la procedencia de los implicados en la investigación fiscal abierta.

Como se sabe, el poder oculto corruptor impone un doble estándar de reglas, las no escritas que desde el lado oscuro muestra su eficacia sobre las escritas en los pergaminos más lustrosos de las leyes orgánicas que nos rigen. Tal soterrada realidad podría subyugar a ciertos jueces, fiscales y auxiliares a los presuntos magistrados “padrinos”.

¹⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Para una Ética Positiva del Juez”. Revista YachaQ 4, p. 33. En: <<http://www.ciedcusco.com/wp-content/uploads/2018/08/yachaq4-parte4.pdf>>

Este sórdido “ahijamiento” podría hipotecar la independencia de los jueces, y ingresarlos al corrompido mundillo del intercambio de “favores”, el patrocinio ilegal, tráfico de influencias, subasta de sentencias y libertades, archivamiento de investigaciones, y de este modo obtener beneficios compartidos con el séquito de intermediarios que los rodean, y a la vez de sus propios “ahijados” o “hermanitos” que han logrado ingresar al trabajo o ascender en él, no por sus méritos sino gracias a la “vara”, al “padrino”. Recuérdese que en el Perú, de antaño viene el adagio popular: “el que no tiene padrino, no se bautiza”.

Estos intermediarios informales de la justicia que protegen al magistrado venal, es la “feligresía” de la *corrupción parroquial*¹⁶ que abordamos, y que podría constituir un grupo de poder dentro del Poder, y que según sus conveniencias e intereses subalternos, se alianza con otros, formando redes de corrupción, que ansiosas de enriquecerse a costa de quien clama justicia, sea la humilde madre alimentista o la gran empresa en conflicto, y así buscan capturar mayores cuotas de poder.

Para ello, incluso los malos alcaldes y gobernadores regionales, entre otros funcionarios, más los traficantes de terrenos, tratantes de personas y drogas (ej. “Barrio King”) de la localidad, sirven de comparsa al magistrado venal con grandes dotes de relacionista público con aquellas lacras sociales, y que identificados debemos expectorarlos de nuestra institución, en cuya limpieza, a la Oficina de Control de la Magistratura —pronto Autoridad Nacional de Control—, a la Junta Nacional de Justicia (JNJ), a la Contraloría y a la Fiscalía les corresponde un rol decisivo en esta lucha contra la corrupción, con la colaboración del Congreso, Ejecutivo, Colegios de Abogados y de la sociedad civil en su conjunto, articulados en el Acuerdo Nacional por la Justicia¹⁷ y en la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción¹⁸.

¹⁶ En la corrupción —o, para ser más preciso, en lo que James Scott denomina la “corrupción parroquial”— se expresa este lado oscuro del “capital social”. La legislación del estado no es la única base que genera normas sociales, sino tiene que competir con sistemas normativos consuetudinarios, las cuales, como en nuestro caso, a menudo enfatizan las obligaciones y los derechos derivados de relaciones personales. El amiguismo, el compadrazgo, el paisanaje, la familia extensa son manifestaciones de este sistema de relaciones informales, que penetran la estructura administrativa formal y disuelven sus pretensiones universalistas en un conjunto de características particulares. Las fronteras entre reciprocidad y corrupción se diluyen así en un continuum de diferentes tipos de interacción, entre gestos de agradecimiento, regalos y coimas abiertas, siendo el soborno pecuniario el último recurso para los que no tienen otros medios de persuasión; en palabras de una de nuestras entrevistadas: “sin plata no da tanto roche”. HUBER, Ludwig, *Romper la mano. Una interpretación cultural de la corrupción*. Lima: IEP, 2008, p. 57.

¹⁷ *Acuerdo Nacional por la Justicia*. Recuperado de <<https://bit.ly/2IYyurp>>.

¹⁸ Véase, al respecto, *Ley N.º 29976: Ley que crea la Comisión de Alto Nivel contra la corrupción*. Publicado en el diario oficial *El Peruano* con fecha 4 de enero del 2013.

Al respecto, siempre estará presente la advertencia del jurista Piero CALAMANDREI, sobre la delicada misión de separar la paja del grano en el campo judicial, al sostener lo siguiente:

Por ello el Estado siente como esencial el problema de la selección de los jueces; porque sabe que les confía un poder mortífero que, mal empleado, puede convertir en justa la injusticia, obligar a la majestad de la ley a hacerse paladín de la sinrazón e imprimir indeleblemente, sobre la cándida inocencia, el estigma sangriento que la confundirá para siempre con el delito¹⁹.

Entonces, resulta clave para afirmar la independencia judicial, repensar el modelo de institución organizacional que tienen los jueces, y apreciar la conveniencia de introducir estructuras planas y horizontales que protejan la autonomía del juez, con controles predominantemente preventivos de conductas disfuncionales, en donde la “meritocracia” reine y la nueva gerencia pública gobierne.

En el Perú, un buen comienzo fue la creación de los Congresos de Magistrados anuales como instancia orgánica deliberativa por la mejora del servicio de justicia, los plenos jurisdiccionales Distritales, Regionales, Nacionales y Supremos en el ordenamiento y unificación predecible de la jurisprudencia, la instauración de la Oficina de Meritocracia adjunta al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (CEPJ) y de las Comisiones Distritales²⁰, encargadas de elaborar los cuadros de méritos y antigüedad de todos los jueces, para que los ascensos y suplencias se realice en su estricto orden y no por designación a conveniencia de alguna autoridad judicial.

Posteriormente, en el aspecto procesal, se avanzó con instrumentos normativos modernos, empezando con la Ley N.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, el Nuevo Código Procesal Penal, y ahora último, sin necesidad de cambio normativo del Código Procesal Civil, la introducción de la oralidad y el proceso civil por audiencias, a partir de la iniciativa del

¹⁹ CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, traducción de la obra italiana *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, tercera edición, publicada por Le Monnier, Firenze. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires 1956. Edición al cuidado de Santiago Sentís Melendo. p. 11.

²⁰ Ambas creadas por Resolución Administrativa N.º 011-2007-CEPJ. “A la fecha ha sido aprobado por el CEPJ el Cuadro de Antigüedad de Méritos y el Cuadro de Antigüedad de los Jueces Superiores titulares a nivel nacional y presentado a la magistratura mediante la página Web institucional. También se ha elaborado por primera vez en la historia de nuestra Institución los Cuadros de Antigüedad de Méritos y Antigüedad Jueces Especializados, Mixtos y de Paz letrados de las 29 Cortes Superiores de Justicia de la República, el mismo que sido publicado en la Web institucional”. Véase, al respecto, PODER JUDICIAL, “Acerca de la Oficina de Meritocracia”. Recuperado de <<https://bit.ly/2lxxPgk>>.

juez civil Carlos POLANCO²¹ en la Corte de Arequipa, y que ahora se expande a nivel nacional²² gracias al liderazgo del juez supremo Héctor Lama More, todos ellos mucho más céleres y transparentes, lo que irá acompañado con el expediente judicial electrónico (EJE) y las nuevas tecnologías de la información.

Seguidamente, el advenimiento de la preferencia en la promoción provisional de los jueces titulares según el cuadro de méritos de su nivel, que se obtenga en el proceso de evaluación de su desempeño jurisdiccional y, por otro lado, la creación del registro de jueces supernumerarios para asumir las suplencias y puestos vacantes implantadas por la Ley de la Carrera Judicial.

La meritocracia como valor premial al esfuerzo personal, de gran motivación profesional y justicia en los ascensos provisionales y suplencias, está contribuyendo en el cambio de cultura institucional. Lo que felizmente se extenderá también a los magistrados contralores y al propio jefe que deberán integrar la nueva Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial creada por la Ley N.º 30943, asimismo, para el Ministerio Público, eliminando para siempre que los magistrados contralores sean cooptados por una cuestión de confianza, pues, ahora será por su ubicación en un cuadro de méritos en un concurso público organizado por la Junta Nacional de Justicia, y solo así asumirán la función disciplinaria, según su capacitación y trayectoria en esta delicada misión de ser *juez de jueces*; tanto más si, el “sistema de padrinos” que aqueja al Estado peruano busca torcer la potestad sancionadora a fin de cobijar en la impunidad a sus protegidos. Recuérdese que un presidente en el pasado, de aquella república aristocrática que aún nos cuesta superar, dijo: “Para mis amigos todo, para mis enemigos la ley”.

Tal nefasto *padrinazgo* en la administración pública y en particular en el sistema de justicia, ha pervertido y, también, permitido la intromisión del

²¹ Véase, al respecto, ABANTO TORRES, Jaime, “Entrevista al juez Carlos Polanco Gutiérrez, coordinador del ‘Proyecto Piloto para la Modernización del Despacho Judicial en los Juzgados Civiles’”, en *Laley.pe*, Lima: 27 de junio del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2lZGI2w>>.

²² La judicatura dispuso la creación de una comisión nacional responsable de la implementación, supervisión y monitoreo de la oralidad en los procesos civiles. Según la Resolución Administrativa N.º 229-2019-CEPJ, dicho grupo de trabajo deberá proponer un cronograma para la implementación de la oralidad civil en las diversas cortes superiores del país. También será responsable de elaborar un proyecto de diseño y funcionamiento del módulo corporativo civil, en atención de la oralidad civil en las cortes superiores del país. El objetivo es contar con un órgano administrativo que legitime la aplicación del nuevo modelo procesal, máxime si tal sistema oral aún no está previsto en la norma adjetiva, como es el Código procesal. “Impulsan oralidad en los procesos civiles”, en *Elperuano.pe*, Lima: 13 de junio del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2jXaGU4>>.

poder político de turno durante gran parte de la época republicana del Perú, a tal punto, que GONZALES PRADA en 1902 protestó:

Sabiendo cómo se elige la Magistratura, se comprende todo. Según la Constitución: “Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema serán nombrados por el Congreso a propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo; los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Ejecutivo, a propuesta en terna doble de la Corte Suprema; y los Jueces de primera instancia y Agentes Fiscales, a propuesta en terna doble de las respectivas Cortes Superiores”. Diferencias de formas, porque en sustancia el verdadero y único elector es el Presidente de la República: Cortes y Parlamento deben llamarse dependencias del Ejecutivo²³.

Pues, no será la idoneidad del magistrado o servidor lo que determine su continuidad en el empleo, sino su habilidad en adaptarse a estas malévolas reglas no escritas. Todo lo cual, desmoraliza a aquellos trabajadores y trabajadoras que en verdad desempeñan su labor republicana con probidad en el servicio público, ya que no son ellos los que ascienden en el trabajo sino los “envarados”.

Sin embargo, nuestro país para bien ha avanzado en la reforma del Estado con islas de eficiencia, incorporando la nueva gerencia pública que desde 1998, 25 países miembros del Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), entre ellos el nuestro, se comprometieron en su concreción, en cuya carta sobre la calidad en la gestión pública, se acordó lo siguiente:

[L]a presente Carta Iberoamericana vincula la calidad en la gestión pública con dos propósitos fundamentales de un buen gobierno democrático: 1. toda gestión pública debe estar referenciada a la satisfacción del ciudadano, ya sea como usuario o beneficiario de servicios y programas públicos, o como legítimo participante en el proceso formulación, ejecución y control de las políticas públicas bajo el principio de corresponsabilidad social; 2. la gestión pública tiene que orientarse para resultados, por lo que debe sujetarse a diversos controles sobre sus acciones, suponiendo entre otras modalidades la responsabilización del ejercicio de la autoridad pública por medio del control social y rendición periódica de cuentas.

La calidad en la gestión pública constituye una cultura transformadora que impulsa a la Administración Pública a su mejora permanente para satisfacer cabalmente las necesidades y expectativas de la ciudadanía con justicia, equidad, objetividad y eficiencia en el uso de los recursos públicos.

La calidad en la gestión pública debe medirse en función de la capacidad para satisfacer oportuna y adecuadamente las necesidades y expectativas de los

²³ GONZÁLES PRADA, Manuel, *Horas de lucha*, 2.^a ed., Lima: Universo, 1974, p. 109.

ciudadanos, de acuerdo a metas preestablecidas alineadas con los fines y propósitos superiores de la Administración Pública [...] ²⁴.

Entonces, urge generalizar las reformas de segunda generación, entre ellas, la erradicación del sórdido “sistemas de padrinos”, expandiendo la meritocracia, entendida esta como una nueva cultura de gestión en el gobierno de los funcionarios públicos, entre ellos, los del Poder Judicial. Esto también implica que los incrementos de sueldos estén en función del rendimiento laboral y sustentado por evaluaciones objetivas periódicas, pues, por el hecho que el personal del Poder Judicial esté exceptuado de la Ley Servir²⁵, ello no impide su evaluación periódica, incluso su despido justificado por incompetencia, tanto para los que se rigen por el Régimen Laboral Público como el Privado, ya que es una *causa justa del despido relacionada con la capacidad del trabajador, el rendimiento deficiente en relación con su capacidad y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares* (art. 23.b del DS N.º 003-97-TR).

Como se sabe, todo servidor público durante su carrera acumula méritos y deméritos con relación a sus superiores, subordinados, pares y con los usuarios del servicio (evaluación de 360º), expresión laboral fidedigna e integral de sus valores, aptitudes, conocimientos, experiencia, atención al público y su interés en capacitarse, los que deben ser objetivamente evaluados periódicamente, según cada perfil del puesto de trabajo, tanto para su salida o permanencia en él.

En conclusión, para que la meritocracia triunfe, también entre los empleados administrativos y jurisdiccionales del Poder Judicial, la experiencia indica que no hay otro modo, que incorporar las evaluaciones objetivas periódicas y los concursos de ingreso y ascenso en la administración pública, empero, a cargo de instituciones especializadas, independientes y reconocidas en el mercado de trabajo, con participación de la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía de Prevención del Delito, acreditadas y auditadas por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir)²⁶.

²⁴ XVIII CUMBRE IBEROAMERICANA, *Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública*. Recuperado de <<https://bit.ly/29BjTGX>>.

²⁵ LEY DE LA CARRERA DEL TRABAJADOR JUDICIAL. Segunda disposición complementaria final.- Exclusión de la Ley del Servicio Civil

Los trabajadores de la carrera judicial, regulados por la presente ley, están excluidos de los alcances de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil.

²⁶ Véase, al respecto, AUTORIDAD NACIONAL DE SERVICIO CIVIL. Recuperado de <<https://bit.ly/2khYM7H>>.

Finalmente, debemos reflexionar sobre el presupuesto, la inamovilidad de los magistrados y sus remuneraciones. Sobre lo primero urge modificar el artículo 145 de la Constitución en el sentido que los órganos rectores del Sistema de Justicia como son el Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, y la Contraloría, tengan por disposición constitucional asignado un porcentaje mínimo establecido para fijar su presupuesto anual, de manera que su independencia institucional no se vea mellada, como sucede con el actual procedimiento de depender su asignación presupuestal del Ejecutivo y del Congreso (Poder Político).

En cuanto a la inamovilidad de los magistrados, mostramos nuestra disconformidad con su ratificación periódica por la Junta Nacional de Justicia, puesto que deben ser cargos vitalicios tal como lo estipula el numeral 12 de los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura²⁷, eso sí sometidos permanentemente al escrutinio de la ciudadanía y evaluación permanente por la Junta Nacional de Justicia, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y los órganos contralores en cuanto a la idoneidad, desempeño y capacidades para seguir ejerciendo el cargo, pues, de existir elementos objetivos que lo descalifican y lo incluyen en causa legal de sanción, entonces, corresponderá que el magistrado enfrente el correspondiente proceso disciplinario con todas la garantías del debido procedimiento, solo así podría ser destituido y no por una cuestión de confianza. Sin embargo, continuarán las ratificaciones periódicas de los magistrados, pese a que los “audios de la vergüenza” demostraron que constituye una debilidad institucional en la injerencia política y la corrupción. Es por ello que, a la Comisión de designación de los miembros de la Junta Nacional de Justicia, se le exige que elijan a personalidades de la más alta trayectoria ética y profesional, invulnerables a tales interferencias y tentaciones venales, sean los guardianes de la independencia institucional y garantes del debido proceso en el ingreso, ascenso, ratificación y destitución de los magistrados.

Por último, es imperioso resolver la problemática creada con la remuneración de los magistrados, pues, no obstante de ser la base económica de su autonomía e independencia personal, en el Perú se ha creado una

²⁷ 12. Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto. Principios adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. En: <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx>>

injusta homologación remunerativa con los docentes de las universidades nacionales²⁸, que debe de acabar, ya que cada estamento profesional tiene sus particularidades que son radicalmente distintas, por ejemplo, los primeros laboran a dedicación exclusiva, por excepción la docencia limitada y están prohibidos de sindicalizarse, en cambio los segundos pueden abrir negocios particulares, gozan del año sabático, ejercen la actividad sindical y la negociación colectiva. Entonces, para evitar tal homologación, el Poder Político ha previsto que el mayor ingreso del magistrado como contraprestación por su trabajo, sea por el concepto mensual de “gastos operativos”, cuyo verdadero carácter es su naturaleza remunerativa, ya que incluso lo percibimos en vacaciones y cuando gozamos de licencia por enfermedad según Sentencia del Juez Jaime ABANTO TORRES²⁹, aprobada por la Corte Suprema en la Consulta N.º 13074-2018-Lima³⁰.

Entonces, a los magistrados, a quienes se les exigen honestidad y moralidad, los hacen participar de la mentira y de la burla de sus derechos laborales, pensionarios y beneficios sociales, al tener que asumir el vergonzoso trámite de presentar comprobantes de pago en el consumo de bienes de su vida diaria, para “justificar” un ingreso inconstitucionalmente considerado no remunerativo.

Además, no obstante que el artículo 186.5.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial³¹ establece una estructura remunerativa proporcional entre los

²⁸ LEY UNIVERSITARIA. Artículo 53. Las remuneraciones de los profesores de las Universidades públicas se homologan con las correspondientes a las de los magistrados judiciales. Los profesores tienen derecho a percibir además de sus sueldos básicos, las remuneraciones complementarias establecidas por ley cualquiera sea su denominación. La del Profesor Regular no puede ser inferior a la del Juez de Primera Instancia.

²⁹ Véase, al respecto, GUTIERREZ IQUISE, Sandra, “Gastos operativos forman parte de la remuneración de los magistrados”. Recuperado de <<https://bit.ly/2kumvRQ>>.

³⁰ Véase, al respecto, GUTIERREZ IQUISE, Sandra, “Corte Suprema reconoce que gastos operativos forman parte de remuneración de jueces [Consulta 13074-2018, Lima]”, en *Legis.pe*, Lima: 27 de enero del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2HBytUz>>.

³¹ TUO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. Artículo 186. Son derechos de los Magistrados: [...]

5. Percibir un haber total mensual por todo concepto, acorde con su función, dignidad y jerarquía, el que no puede ser disminuido de manera alguna, y que corresponden a los conceptos que vienen recibiendo.

Para estos fines se toma en cuenta lo siguiente:

[...]

b) El haber total mensual por todo concepto de los Jueces Superiores será del 80 % del haber total mensual por todo concepto que perciban los Jueces Supremos, [...]; el de los Jueces Especializados o Mixtos será del 62 %; el de los Jueces de Paz Letrados será del 40 %, referidos

niveles judiciales en el Poder Judicial, cuando a los jueces (y fiscales) supremos se le incrementan sus haberes, el Poder Político a través del Ministerio de Economía y Finanzas no autoriza efectuarlo también con los demás magistrados o, más bien, solo crea bonificaciones especiales para incrementar los ingresos de aquellos, lo que es inconstitucional por discriminatorio. Esto ha sucedido con la segunda disposición complementaria final de la Ley N.º 30970 (20 de junio del 2019), la cual ha generado una deuda laboral que obliga a los jueces iniciar procesos judiciales, lo que es inconcebible en un país que se precie de ser civilizado, y pese a contar con sentencias con autoridad de cosa juzgada hasta ahora no se cumple con su abono. De manera que, la promesa constitucional que *el Estado garantiza a los magistrados judiciales una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía* (art. 146.4), es una tarea pendiente y esperamos que el Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia y el Congreso de la República, resuelvan tal grave injusticia que padecen los jueces en el Perú.

3. Propuestas de reforma del Sistema de Justicia

Por último, presentamos las propuestas sobre la reforma judicial, que vienen del Ceriajus, Jusdem del 2004, y ahora las recientes iniciativas del presidente Martín Vizcarra y el Plan de Cambios Urgentes en el Poder Judicial de la Corte Suprema, y finalmente, presentaremos las nuestras.

3.1. Del Ceriajus

Como se recordará, mediante la Ley N.º 28083 se creó la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus), que produjo un informe final y un plan nacional³² el 24 de abril del 2004, cuyos ejes temáticos fueron: 1. Acceso a la Justicia; 2. Políticas Anticorrupción; 3. Modernización de los despachos judicial y fiscal; 4. Recursos Humanos; 5. Gobierno y Presupuesto; 6. Predictibilidad y Jurisprudencia; 7. Reforma Penal; y, 8. Adecuación normativa. Todos los cuales, reunían 170 propuestas de reforma, si bien es cierto que varias de ellas se llevaron a cabo, también lo es que en su mayoría se quedaron en el papel. Al ser clave el área de gobierno para toda reforma institucional, dicho plan se quedó en la generalidad de dotar al Poder Judicial y al Ministerio Público de un aparato de gobierno “modernizado y descentralizado” que cuente con herramientas gerenciales modernas, tecnologías de la información y sistemas operativos.

también los dos últimos porcentajes al haber total mensual por todo concepto que perciben los Jueces Supremos.

³² En: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/Plan_Nacional_ceriajus.pdf>

En fin, como se sabe, dicha posibilidad de reforma fue una oportunidad perdida por la falta de voluntad política de los poderes del Estado durante el gobierno de Alejandro Toledo, sin embargo, constituye un importante antecedente de análisis y de proyectos reformistas.

3.2. Del Jusdem

Por su parte, la Asociación de Jueces por la Justicia y la Democracia (Jusdem) creada durante el gobierno de Fujimori (1999), para resistir y combatir la intervención política de dicho régimen en el Poder Judicial, llevó a cabo un debate institucional que se concretó en el documento: “Propuestas de Reforma Judicial”³³ de octubre del 2004, el cual propugna el modelo horizontal y descentralizado, destacándose las iniciativas³⁴ siguientes:

- Descentralización verdadera de competencias a favor de los Consejos Ejecutivos Distritales, y no únicamente la desconcentración parcial de las mismas.
- Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, depurando las normas procesales que requieren un marco normativo diferente, evitar su excesivo reglamentarismo, mejorar su estructura orgánica dándole coherencia con un sistema claro de gobierno³⁵.
- La autonomía financiera del Poder Judicial está determinada por la capacidad normativa para proveerse de medios económicos, esto es, regulación general de los ingresos y la libertad de gasto, es decir, determinar los medios financieros para un mejor servicio de justicia, indispensables para el cumplimiento de sus fines como institución.
- Autogobierno de los jueces a través de la Asamblea, que será el principal órgano de gobierno del Poder Judicial; por tanto, la encargada de fijar las políticas institucionales, asignación de competencias, determinación de los recursos necesarios y pautas para establecer los mecanismos de control, así como asegurar la independencia, autonomía y eficacia de los miembros de la judicatura. Aprobar el presupuesto institucional [...]. Esta Asamblea debe estar constituida por los presidentes de todas las

³³ JUSDEM, *Propuestas de reforma judicial*, Lima: Gráfica Bellido, 2004.

³⁴ Se obvian las propuestas normativas procesales y sustantivas que diversas comisiones plantearon en materia contenciosa administrativa, familia, laboral, justicia comunal e intercultural, entre otros, lo que no significa desvalorar su importancia en la reforma del sistema jurídico, por el contrario, los aportes normativos son sumamente valiosos, empero, en esta oportunidad nos concentramos en la reforma orgánica judicial.

³⁵ *Ibidem.* p. 12.

cortes superiores de justicia del país, asegurando de esta manera una participación directa de todos los magistrados de los diferentes distritos judiciales. Ordinariamente, se reunirá dos veces al año, encargando al Consejo Ejecutivo el desarrollo de las políticas dictadas en sus sesiones.³⁶

- El Consejo Ejecutivo, estaría conformado por representantes de todas las instancias jurisdiccionales, esto es, un representante de la Corte Suprema, uno de las Cortes de Apelación (jueces superiores), uno de los Jueces de Fallo (jueces especializados o mixtos), uno de los Jueces de Paz Letrados, así como por el Presidente de la Corte Suprema quien lo presidiría. También lo integraría un representante de los Colegios de Abogados, así como uno en representación de las Facultades de Derecho del país.
- La Presidencia de la Corte Suprema ejercerá la representación del Poder Judicial. Sería elegido por voto universal y secreto por todos los magistrados de todas las instancias jurisdiccionales [...] Para postular al cargo, se requerirá que el candidato presente un específico plan de gobierno [...] Será factible una única reelección por un período similar³⁷.

3.3. Propuestas del Poder Ejecutivo

Luego de la revelación de los “audios de la vergüenza”, el gobierno del Presidente Martín Vizcarra presentó seis proyectos de Ley al Congreso, en su mensaje a la Nación³⁸ del 28 de Julio de 2018, de los cuales mencionamos los siguientes:

- Crear la Autoridad Nacional de Integridad y Control en el Poder Judicial³⁹ y el Ministerio Público, lo que en efecto ha sucedido con las Leyes N.º 30943 y N.º 30944⁴⁰.

³⁶ *Ibidem*. p. 13.

³⁷ *Ob. Cit.* p. 14

³⁸ En: <<https://www.presidencia.gob.pe/docs/mensajes/MENSAJE-NACION-28-07-2018.pdf>>

³⁹ Interesante reflexión se ofrece en VALDIVIA RODRÍGUEZ, Carlos Manuel, “Comentarios sobre la nueva Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial a propósito de la Ley 30943”, en *Legis.pe*, Lima: 28 de junio del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2IDMdU8>>.

⁴⁰ Lo importante de estas nuevas regulaciones contraloras, es que se elimina la competencia de los jueces y fiscales supremos de elegir al jefe de control y que este convoque y retire a los magistrados contralores por una cuestión de confianza, lo que abonaba a fortalecer el “sistema de padrinos” y que se sustituye por uno meritocrático y de especialidad contralora que siempre reclamamos, luego de nuestra experiencia como Coordinador Alterno de la Unidad Operativa Móvil e integrante de la Unidad de Procesos Disciplinarios de la OCMA (2008-2009).

- Incentivar la probidad en el ejercicio de la abogacía.
- Crear el Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, y que se produjo con la Ley N.º 30942⁴¹.
- Reforma constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura y referéndum. Eliminando el sistema de representación en la elección de los consejeros, revisión de los nombramientos y ratificaciones efectuados por los consejeros defenestrados. Como se sabe, el referéndum aprobó por abrumadora mayoría con el 86.18 % del voto ciudadano dicha modificación, y se creó la Junta Nacional de Justicia según Ley de Reforma Constitucional N.º 30904. Por el momento con serias dificultades en su conformación, por lo que esperamos que la Comisión Especial, cambie la modalidad del concurso de examen memorístico y de descarte, por uno de argumentación que se valore, conjuntamente, con las demás pruebas de confianza y entrevista personal, en la evaluación de la trayectoria, méritos y solvencia ética del candidato.

3.4. Propuestas de la Sala Plena de la Corte Suprema

De igual modo, la Sala Plena de la Corte Suprema aprobó por mayoría el Plan de Cambios Urgentes en el Poder Judicial, que publicó el 26 de julio del 2018, y que diagnostica su problemática como *crisis estructural*, cuyos males se han agravado progresivamente, anotando los siguientes:

2. Las deficiencias de la cultura institucional, de integridad, eficacia, idoneidad y meritocracia; la ausencia de mecanismos apropiados de planificación y rendición de cuentas; la insuficiencia presupuestaria; y, entre otros, la falta de un sistema de control y gestión de riesgos de corrupción [...], ha desembocado en los graves problemas que presentamos y una percepción ciudadana que censura la labor del Poder Judicial.

En cuanto a la solución, presenta tres áreas de acción: i) transformaciones orgánicas; ii) lucha contra la corrupción; y, iii) modificaciones a la legislación procesal. En resumen, para cada área planteó lo siguiente:

a) Transformaciones orgánicas

⁴¹ LEY QUE CREA EL CONSEJO PARA LA REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA. Artículo 1.- Creación del Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia. Créase el Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, con la finalidad de impulsar la reforma del sistema de justicia mediante la formulación de los criterios para la elaboración de la política nacional y la coordinación para la ejecución de las políticas a cargo de las entidades integrantes del sistema de justicia; así como, a través del seguimiento y el control de la implementación y la ejecución de los respectivos procesos de reforma, cuyos resultados deben ser publicados.

- Fortalecimiento de las atribuciones de los Consejos Ejecutivos Distritales.
- Unidades Ejecutoras en todos los Distritos Judiciales.
- Creación de la Comisión de Legislación permanente en la Corte Suprema.
- Gabinete Técnico de Asesores de la Corte Suprema —que pueden y deben estar integrado por jueces en comisión de servicios especiales—.
- Secretaría General de la Corte Suprema.
- Cuerpo de letrados adscritos a las Salas Jurisdiccionales y a cada Juez de la Corte Suprema, del mayor nivel académico.
- Sistema de Gestión de Riesgos contra la corrupción a cargo de la Inspectoría General descentralizada y Contraloría General de la República.
- Programas de descarga procesal con equipos de jueces de apoyo.
- Sistemas de evaluación y medición del desempeño judicial.
- Plan de Transparencia con énfasis en sistemas de registro y publicación de resoluciones judiciales.
- Intervención por la Sala Plena de la Corte Suprema de cortes superiores controladas por “redes” de corrupción.
- Modificaciones a la Ley Orgánica del Poder Judicial en el nombramiento judicial.
- La Academia de la Magistratura, luego de convocar a concurso público, forme a los jueces por 18 meses o dos años, recibiendo remuneración, a cuya aprobación se le designa, según sus calificaciones, a las plazas convocadas.
- Formación permanente y obligatoria de los jueces, con énfasis en probidad, conocimientos jurídicos y humanísticos, aptitud para la función judicial y condiciones de salud física y mental, con evaluaciones periódicas.
- Retomar el proyecto de ley que instituye el “Sistema de Medición del Desempeño Jurisdiccional”.
- Duración de un mínimo de tres años del Presidente y Consejeros del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

- Elección universal y secreta del Presidente de la Corte Suprema y del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y Presidentes de Corte, por los jueces (supremos, superiores, especializados y de paz letrados), cuyos requisitos serán una determinada antigüedad en el cargo y ausencia de medida disciplinaria de suspensión. Dicho proceso electoral será conducido por órganos electorales y abra segunda votación con los candidatos más votados, si ningún candidato obtiene una votación de la mitad más uno de los votos válidamente emitidos. El Jurado Nacional de Elecciones será el único ente de publicitar los programas de los candidatos y organizar debates.
- Aprobación del Proyecto de Ley que crea el “Consejo Interinstitucional Permanente de Cooperación, Coordinación y Seguimiento de las políticas públicas en materia de Justicia – Interjusticia”
- Modificación constitucional de su artículo 145 que establezca el 4 % del Presupuesto General de la República para el Poder Judicial, y mientras tanto se produzca una mejora sustancial para los presupuestos del Poder Judicial.

b) Lucha contra la corrupción

- Aprobar el proyecto de ley que fortalece el sistema de control de la magistratura y crea la institución de los “Jueces Contralores”, como nueva especialidad judicial, sujeta a nombramiento por la [JNJ]⁴².
- Elaborar el Protocolo para la ejecución de las sanciones emitidas por la OCMA y la [JNJ].
- Crear la Oficina de Investigaciones Especiales integrada además con investigadores profesionales y un fiscal coordinador con la OCMA, a fin de combatir las redes de corrupción.
- Instituirse la Unidad de Integridad y Lucha contra la Corrupción anexa al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, aprobar el Plan Institucional de Implementación de Gestión de Riesgo, a fin de prevenir la corrupción, el Manual de Gestión de Riesgos y el Sistema Integrado de Gestión del Proceso Administrativo construido a partir de normas internacionales ISO, que involucra las contrataciones públicas y los procedimientos disciplinarios del personal administrativo y judicial.

⁴² El entre corchetes es nuestro, ya que en el texto original aparece el ex CNM.

- Declarar como política pública la integridad del sistema judicial, y en su implementación seguir la norma técnica peruana ISO 37001:2017, aprobada por Resolución Directoral N.º 012-2017-INACAL/DN, en el marco del Plan Nacional Anticorrupción aprobado por D.S. N.º 044-2018-PCM.
- Actualizar el Código de Ética Judicial.
- Formación en materia de integridad a los servidores judiciales y jueces, crear espacios de discusión entre ellos en temas éticos y su modo de proceder. Incorporar estos talleres, cursos y jornadas en el Plan Nacional de Capacitación del Poder Judicial.
- Potenciar y ampliar el Observatorio Judicial en el monitoreo de casos emblemáticos.
- Instituir el Observatorio de Criminalidad Organizada.
- Crear el Observatorio de responsabilidad de personas jurídicas.
- Elaborar sistemas de información e informáticos –que incluyan alertas- a fin de que permitan a los gobernantes judiciales y a los jueces detectar los retrasos y desviaciones en el procesamiento de los casos.

c) Área de modificaciones a la legislación procesal

- Reforma del recurso de casación: Ley de casación.
- Modificación de procedimientos de repercusión popular.
- Reglas que resuelvan los problemas estructurales de la justicia, en los ámbitos de poblaciones vulnerables, justicia comunal y justicia constitucional.
- Proceso monitorio.
- Proceso simplificado para pensiones contra la Oficina de Normalización Previsional
- Reestructuración de los procesos de violencia familiar y de género.
- Ley que regula la implementación de la justicia itinerante para el acceso a la justicia de poblaciones vulnerables.
- Ley de coordinación intercultural de justicia.

Como podrá apreciarse, en el ítem fundamental de las transformaciones orgánicas, se guarda silencio sobre el modelo bonapartista, vertical, burocrático y jerarquizado que criticamos, y menos se hace mención a la

organización horizontal y descentralizada que los tiempos modernos exigen del judicial. Comprendemos que la Corte Suprema no quiera perder sus competencias y hegemonía según la Ley Orgánica del Poder Judicial, por ello sentenciamos que el cambio de modelo no solo provendrá desde dentro del Poder Judicial, sino también de una gran alianza interinstitucional y de la sociedad civil de gran impacto en el Congreso que logre tan importante reforma constitucional.

3.5. Nuestras propuestas

En principio, suscribimos las propuestas antes mencionadas, con las observaciones anotadas, a las cuales sumamos las nuestras, desde un enfoque sistémico, integral y radical en la relación problema y solución, ya que no solo urge extirpar las redes de corrupción, sino también atacar las deficiencias estructurales y trabas en el servicio de justicia, entre otras amenazas y debilidades institucionales (organización vertical, falta de democracia en el autogobierno de los jueces, acceso a la justicia, retardo, “tramitología”, corruptelas, déficit de transparencia y justicia predecible, aceleración y oralidad de procesos, cambios culturales, evaluación del personal). Además, propugnamos la creación del sistema de justicia⁴³, cuyo buen inicio es el Consejo para su Reforma, entre otras medidas que tratamos según los ejes temáticos siguientes:

a) Erradicación de redes de corrupción al interior del Poder Judicial

- Para ello, a la Autoridad de Control del Poder Judicial y a las Comisiones de Procesos Disciplinarios para el personal administrativo y funcionarios del Poder Judicial, deben de dotárseles de instrumentos normativos, materiales y especializados a fin que puedan utilizar modernas técnicas de interceptación, seguimiento e investigación en su detección y sanción.
- Creación de Comisiones de Ética y Anticorrupción en los Distritos Judiciales, con fines preventivos y de cambio cultural, con base a la experiencia del Distrito de Junín⁴⁴.
- Sistema de recompensas, mejoras en la protección de testigos y colaboración eficaz.

b) Reforma integral y profunda del sistema de justicia

⁴³ CORRALES MELGAREJO, Ricardo, “El Sistema de Justicia”, en *Derecho y Cambio Social*. Recuperado de <<https://bit.ly/2lBHAu8>>.

⁴⁴ CORRALES MELGAREJO, Ricardo, “Comisiones de Ética en el Poder Judicial”, en *Jurídica*, n.º 203, Lima: 17 de junio del 2008, p. 6. Recuperado de <<https://bit.ly/2lZBbyn>>.

- Ley Orgánica del Sistema de Justicia⁴⁵.
- Institucionalización del principio de colaboración de poderes en las políticas públicas sobre la justicia⁴⁶, mediante órganos de articulación interinstitucionales en competencias compartidas, normando las obligaciones, rendición de cuentas y sanciones a los funcionarios encargados de su operación y efectividad en la concreción de sus planes, a fin de evitar su burocratización inoperante y limitarse a actividades de mero protocolo.
- Audiencias Públicas y Mesas de Trabajo por la Justicia desde los distritos, provincias y regiones, que relacione a los integrantes del sistema de justicia con la sociedad civil y, en particular con las poblaciones vulnerables (violencia de género, menores alimentistas, discapacitados, comunidades nativas, rondas campesinas, etc.), beneficiarias de las políticas públicas de prevención y atención en cuanto a sus competencias compartidas o articulación de funciones.
- Ciudadelas de la justicia, esto es, que una sola edificación reúna las entidades relacionadas en la impartición de justicia.
- Modificación del modo de cooptación de los magistrados, reservando el concurso público para el ingreso al Curso de ingreso a la carrera judicial y fiscal con nivel de doctorado a cargo de la Academia de la Magistratura en convenio con la Escuela de Post Grado en Derecho de Universidad extranjera ubicada dentro de las diez mejores del mundo, por un periodo teórico práctico de tres años, y por estricto orden de méritos, los magistrados de todos los niveles que aprobaron el curso y la entrevista ante la Junta Nacional de Justicia, escojan las plazas vacantes.

c) Cambio de modelo y modernización institucional del Poder Judicial

⁴⁵ Según la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, solo este es responsable de reglamentar y operar los Sistemas Funcionales (art. 45), entendidos como el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los Poderes del Estado, los Organismos Constitucionales y los niveles de Gobierno (art. 43). Empero, no sólo debe ser el Poder Ejecutivo el que asuma tal responsabilidad y operatividad, sino también los demás organismos constitucionales autónomos que la conforman, mediante una dirección colegiada y la rotación de la presidencia ejecutiva.

⁴⁶ CORRALES MELGAREJO, Ricardo, “Institucionalización del principio de colaboración de poderes en las políticas públicas: problemas y posibilidades en el Perú”, en *Legis.pe*, Lima: 6 de marzo del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2ki1PNb>>.

- Organizar el tránsito de una estructura vertical a una horizontal descentralizada que garantice y preserve la independencia externa e interna, esto es, los órganos jurisdiccionales ubicados en pie de igualdad, a manera de circuitos planos desde las salas de casación a los juzgados de paz.
- Establecer tres tipos de especialidades: i) Jueces Jurisdiccionales; ii) Jueces Contralores; y iii) Jueces gerenciales.
- La creación de la “Asamblea” propuesta por el Jusdem, cuyos integrantes no sean los presidentes de corte –que deben dedicarse a gobernar su distrito- sino representantes a dedicación exclusiva elegidos por todos los jueces de cada Distrito Judicial, constituyendo el máximo órgano deliberativo, de formulación y evaluación de políticas institucionales, que contribuya con el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en el gobierno de este poder del Estado y, sean sus representantes los enlaces entre la gerencia general y los órganos de gobierno nacionales con los de su Distrito Judicial de procedencia. Los representantes de la Corte Suprema no tendrán más prerrogativas que las demás representaciones, existiendo condiciones de igualdad entre todos ellos.
- Creación de un Consejo de Vigilancia de la gestión de los órganos de gobierno del Poder Judicial, de nueve personalidades a propuesta por mayoría calificada por la Asamblea, todos ellos con una edad superior a los 70 años de edad –alejados ya de conflictos de interés-, siendo tres de ellos jueces jubilados, tres juristas y tres gerentes públicos, de la mejor trayectoria profesional, democrática y autoridad ética, cuyos informes serán vinculantes.
- Los jueces de paz letrados⁴⁷, especializados o mixtos, de apelaciones y de casación (además los contralores y gerenciales), deben elegir mediante votación universal y secreta a los integrantes de los órganos de gobierno, representantes a la Asamblea, presidentes de corte y del Poder Judicial.
- Eliminación progresiva de los gerentes de Servir y su sustitución por los jueces gerentes, debidamente capacitados con maestría en gerencia pública.

⁴⁷ LIMO SÁNCHEZ, Julio Francisco, “Los jueces de paz letrado en el Perú y su falta de representación en los órganos de gestión del Poder Judicial”, en *Legis.pe*, Lima: 24 de junio del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2jZhfFP>>.

- Creación de Comisiones de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley Orgánica del Sistema de Justicia.
- Los presidentes de cortes superiores institucionalizarán comisiones de gobierno conformada por jueces representativos de distinto grado y territorialidad para optimizar la gestión, y que asumirán responsabilidades de gabinete técnico en la gestión.
- Todos los cargos por elección de las autoridades del Poder Judicial son revocables, a pedido del tercio de sus electores.

d) Mejora continua del servicio de justicia

- Fortalecimiento de la Justicia de Paz y Comunal.
- Continuación anual de los plenos distritales, regionales, nacionales y supremos.
- Oralidad, intermediación, celeridad, transparencia e integridad en todos los procesos judiciales.
- Nuevos Códigos y leyes procesales en todas las especialidades.
- La adopción de una Corte de Casación selectiva en escoger sólo los casos emblemáticos en la unificación de la jurisprudencia. Eliminando la provisionalidad de jueces supremos.
- Impulsar la cultura de planeamiento, rendición de cuentas en audiencias públicas de todas las autoridades del Poder Judicial y Ministerio Público.
- Círculos de calidad total, masificación de las buenas prácticas y certificaciones ISO Anticorrupción.
- Evaluación semestral de desempeño laboral del personal jurisdiccional y administrativo.
- Sinceramiento de las remuneraciones de los magistrados, eliminando la homologación de los docentes universitarios y, convirtiendo los “gastos operativos” como ingreso neto en su haber básico.
- Pago de la deuda laboral de los magistrados ocasionado por el incumplimiento de la homologación que establece el artículo 186.5.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Ampliación de la bonificación especial establecida por la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30970 (20 de junio

del 2019), según porcentajes legales a los demás magistrados de la República.

- Igualdad remunerativa y de beneficios sociales de todos los jueces, salvo los jueces de casación que percibirán una bonificación adicional.

e) *Comunicación y capacitación*

- Crear un foro virtual para mantener permanente comunicación con los actores del sistema de justicia y en particular de sus autoridades con los jueces del Perú.
- Jefes de imagen e implementación de la oficina de comunicaciones en todos los distritos.
- Publicación virtual de Revistas de las Cortes, libros de los jueces y dotar a los magistrados de una biblioteca básica virtual.
- Creación de Centros de Investigación y Fondo Editorial en los Distritos Judiciales, fortalecimiento presupuestal de las Comisiones de Capacitación y Escuela de Auxiliares Jurisdiccionales y Administrativos.

Finalmente, para aquellos que deseen profundizar sobre el particular, recomendamos el análisis que sobre la historia y diagnóstico de nuestra institución, la cultura autoritaria que nos empantana en un estado archipiélago, que desarrollamos en nuestro artículo “Bases ideológicas de la Reforma Judicial”, que se publicó en fascículo adjunto de *Diálogo con la Jurisprudencia* n.º 100 de febrero del 2007, en la revista electrónica *Hechos de la Justicia* del Jusdem⁴⁸, y también aparece en nuestro blog <ricardocorralesmelgarejo.blogspot.com>. Sobre las corruptelas judiciales que denunciábamos en el ensayo “Reflexiones sobre el buen juez”, y la propuesta de creación del sistema de justicia que diseñamos en nuestro Libro *Principio de colaboración de poderes* que aparece en dicho blog, esperamos sus críticas, comentarios y aportes sobre lo planteado en tales trabajos al correo electrónico ecorrales2012@hotmail.com para una mejor propuesta final que sea motivo de retomar a propósito de la reforma judicial⁴⁹ por los jueces y la ciudadanía para el bien del Perú.

⁴⁸ CORRALES MELGAREJO, Ricardo, “Bases ideológicas de la reforma judicial”, en *Jusdem.org.pe*. Recuperado de <<https://bit.ly/2k4ohJu>>.

⁴⁹ CORRALES MELGAREJO, Ricardo, “Retomar la reforma judicial”, en *Jurídica*, n.º 364, Lima: 19 de julio del 2011, p. 2. Recuperado de <<https://bit.ly/2jZhZe5>>.

Referencias bibliográficas

- Abanto Torres, Jaime, “Entrevista al juez Carlos Polanco Gutiérrez, coordinador del ‘Proyecto Piloto para la Modernización del Despacho Judicial en los Juzgados Civiles’”, en *Laley.pe*, Lima: 27 de junio del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2lZGI2w>>.
- Alzamora Valdez, Mario, *Derecho procesal civil. Teoría del proceso ordinario*. Lima: s/e, 1966.
- Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, traducción de la obra italiana *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, tercera edición, publicada por Le Monnier, Firenze. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires 1956. Edición al cuidado de Santiago Sentís Melendo. Corrales Melgarejo, Ricardo, “Comisiones de Ética en el Poder Judicial”, en *Jurídica*, n.º 203, Lima: 17 de junio del 2008. Recuperado de <<https://bit.ly/2lZBbyn>>.
- Corrales Melgarejo, Ricardo, “El Sistema de Justicia”, en *Derecho y Cambio Social*. Recuperado de <<https://bit.ly/2lBHAu8>>.
- Corrales Melgarejo, Ricardo, “Institucionalización del principio de colaboración de poderes en las políticas públicas: problemas y posibilidades en el Perú”, en *Legis.pe*, Lima: 6 de marzo del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2ki1PNb>>.
- El Peruano, S/a, “Impulsan oralidad en los procesos civiles”, en *Elperuano.pe*, Lima: 13 de junio del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2jXaGU4>>.
- Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid: Trotta, 2006.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía (coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México D.F.: UNAM, 2014. Recuperado de <<https://bit.ly/29piByv>>.
- Gonzales Mantilla, Gorki, *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*, Lima: Palestra, 2009.
- González Prada, Manuel, *Horas de lucha*, 2.ª ed., Lima: Universo, 1974.
- Guerra Cerrón, María Elena, “Activismo judicial y el juez”. Recuperado de <<https://bit.ly/2lAy3Di>>.
- Gutierrez Iquise, Sandra, “Corte Suprema reconoce que gastos operativos forman parte de remuneración de jueces [Consulta 13074-2018,

- Lima]”, en *Legis.pe*, Lima: 27 de enero del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2HBytUz>>.
- Gutierrez Iquise, Sandra, “Gastos operativos forman parte de la remuneración de los magistrados”. Recuperado de <<https://bit.ly/2kumvRQ>>.
- Huber, Ludwig, *Romper la mano. Una interpretación cultural de la corrupción*. Lima: IEP, 2008.
- Jusdem, *Propuestas de reforma judicial*, Lima: Gráfica Bellido, 2004.
- Kennedy, Anthony, “La ética judicial y el imperio del Derecho”. Recuperado de <<https://bit.ly/2lARXhs>>.
- Limo Sánchez, Julio Francisco, “Los jueces de paz letrado en el Perú y su falta de representación en los órganos de gestión del Poder Judicial”, en *Legis.pe*, Lima: 24 de junio del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2jZhFP>>.
- Monroy Gálvez, Juan, “De la Administración de Justicia al Poder Judicial. ¿Cambiando de oxímoron?”, en *Themis*. n.º 43, Lima: 2001.
- Poder Judicial – Perú, “Acerca de la Oficina de Meritocracia”. Recuperado de <<https://bit.ly/2lxxPgk>>.
- Poder Judicial – Perú, “Sala Plena de la Corte Suprema aprueba Plan de Cambios Urgentes para el Poder Judicial”, Lima: 26 de julio del 2017. Recuperado de <<https://bit.ly/2kryPm2>>.
- Valdivia Rodríguez, Carlos Manuel, “Comentarios sobre la nueva Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial a propósito de la Ley 30943”, en *Legis.pe*, Lima: 28 de junio del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2lDMdU8>>.
- Vega Mere, Yuri, “Reflexiones sobre el rol del juez”, en *Derecho & Sociedad*, año xx, n.º 32, Lima: 2009.

NOTAS

¿Un abogado corporativo?*

A corporate lawyer?

Gloria Noriega Monar¹

Resumen: Reflexiones de una abogada, sobre su desempeño como asesora interna corporativa y lo que la empresa, a la que sirve, espera de ella; al mismo tiempo que expone, en líneas generales, la naturaleza de la labor de un(a) abogado(a) corporativo (a).

Palabras clave: derecho corporativo, abogado corporativo, empresa, confianza.

Abstract: A lawyer's reflections on her performance as an internal corporate advisor and what the company, which she serves, expects of her; at the same time, she outlines the nature of the work of a corporate lawyer.

Keywords: corporate law, corporate lawyer, company, trust.

(*) Recibido: 22 agosto 2019 | Aceptado: 12 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



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

¹ Abogada, licenciada en derecho y ciencias políticas, máster en derecho notarial y registral, especialista en Derecho Corporativo, máster por la Universidad Barcelona en Derecho de Empresas Internacional. Docente en la Universidad UPN y ESAN de pre grado y post grado. Responsable del área de asesoría jurídica del Grupo Comdata España & Latam en Perú. echem99@hotmail.com

Muchas veces me preguntan, como abogada ¿qué eres? y uno se re pregunta ¿cómo que soy? Es verdad que en la vida cotidiana los abogados somos clasificados por áreas, por especialidades, por rubros y otros criterios. Antes debo decir que un abogado estudió 6 años y nunca deja de estudiar durante toda su vida, leemos hasta que los ojos enrojecen y las pestañas desaparecen del rostro. Nos preguntamos, analizamos, interpretamos, argumentamos, nos cuestionamos, desmenuzamos de a poquito cada caso en concreto, preguntamos hasta *quemar el último cartucho*. ¿Cómo fue?, ¿desde cuándo?, ¿en qué fecha?, ¿recibieron algún correo?, hablamos con alguien, ¿qué fue lo que sucedió al principio?, por favor el histórico, remita la documentación al detalle para analizarla, entre otras.

En ese orden de ideas, antes de responder a la pregunta arriba indicada, es preciso reflexionar como abogada con aproximadamente 13 años de carrera sin contar el tiempo dedicado a SECIGRA y el haber laborado y practicado durante los 6 años de la carrera, en verdad 6 años y medio por las huelgas en la mejor universidad que he podido estudiar: la Universidad Nacional de Trujillo; y, expondré mi reflexión como sigue:

Partiremos con la pregunta: **¿Qué es una empresa?** Es una persona jurídica con fines de lucro, como siempre menciono en la docencia, pero veamos que dice wikipedia:

Una empresa es una organización o institución dedicada a actividades o persecución de fines económicos o comerciales para satisfacer las necesidades de bienes y/o servicios de la sociedad, a la par de asegurar la continuidad de la estructura productivo-comercial así como sus necesarias inversiones.²

Efectivamente, puedo decir con conocimiento de causa que una empresa es un grupo económico, como *outsourcing* o como empresa familiar, que busca “RENTABILIDAD” “GANANCIA” “UTILIDADES” en ese camino es que aparecen los empleados, proveedores y clientes.

Muy bien, ahora veamos qué es una empresa desde el punto de vista de un abogado. Para nosotros una empresa es la persona a la que le seremos leales (hablaré en primera persona), para mí una empresa es aquella sociedad que sin conocerme ha confiado en mí como persona y como profesional; en agradecimiento, vuelco todos mis conocimientos y experiencia en mi servicio, dando lo mejor de mí como profesional y como persona para satisfacer los objetivos y los planes que corresponden a mi área – entiéndase área de asesoría jurídica -; así, estudio sin límites para conocer más allá de

² <https://es.wikipedia.org/wiki/Empresa> (fecha de consulta: 20/08/2019).

lo conocido y lo no conocido, de tal suerte que mi asesoramiento sea óptimo y acertado.

LA CONFIANZA de aquella empresa hacia tu persona es la clave de todo para que el asesoramiento sea perfecto; y ¿cuándo es perfecto?, cuando el asesoramiento es el indicado y pertinente para la toma de decisión. Y, esa decisión debe ser LA MEJOR para que la empresa tenga rentabilidad, no caiga en errores, no pretenda resolver o solucionar un caso muerto y no sea multada, entre otros “no”.

¿Qué hace una abogada ‘corporativa’?

Muchos dicen que no hay diferencia entre un abogado externo e interno, para mí, si hay diferencia. Describiré: el abogado externo, si bien es cierto que es importante contar con él para resolver temas muy específicos ayudando así en procesos que podrían tomarle mucho tiempo al abogado interno, también es cierto que, al no formar parte del equipo interno de la empresa, no está compenetrado con la amplitud de sus necesidades. En cambio, el abogado interno, el que forma parte de la planilla de la empresa, conoce la realidad interna de la empresa y la dimensión de sus necesidades; y, sintiéndose parte de ella tiene un gran interés por conservar ‘su trabajo’ que depende del bienestar de aquella; así, hará lo imposible por prevenir y resolver los problemas que pueden afectarla.

Para ilustrar la diferencia entre un abogado externo y un abogado interno, se me viene a la mente la idea de la diferencia entre una madre y la nana respecto de la niña o niño. Al abogado interno le corresponde la responsabilidad de la madre mientras que al externo, la de la nana.

El abogado interno corporativo, sin importar el sueldo o remuneración, se desvive por la empresa porque su objetivo principal es cumplir con las metas trazadas por la dirección o gerencia general. No importa si estas mal de salud, si estas ocupado en otras cosas, si es tu cumpleaños, si tienes una recepción en tu hogar, NADIE TE OBLIGA solo lo haces por LEALTAD a quien te contrata y porque ellos te dieron la confianza para trabajar, porque abogado que no tiene la confianza de su empleadora, no sirve.

El abogado interno estudia todas las áreas para que su asesoramiento sea el adecuado y acertado; y, cuando se encuentra con temas que desconoce, lo deriva a los externos; generalmente, inicialmente, trata de agotar todas sus posibilidades, procurándole ahorro a la empresa. Haciendo un paréntesis, un abogado corporativo es un asesor legal por excelencia, lleno de doctrina y conocedor de una argumentación jurídica que aspira a la perfección, preparado para analizar cualquier norma sea privada o pública y capaz de dar un informe interpretando jurídicamente cualquier norma o doctrina para

satisfacer cualquier requerimiento de los superiores o dar solución a cualquier problema ocasionado dentro de la empresa. Es capaz de ordenar, archivar, publicar, coordinar, NEGOCIAR para que los intereses de la empresa no sean menoscabados.

Muchas veces es difícil entender porque un abogado corporativo interno puede ser muy leal, pareciera que es inherente a su naturaleza.

Retomando lo que dije al inicio, un abogado ha estudiado para argumentar en distintas áreas, luego, puede especializarse en un área determinada. En nuestro caso, como abogados corporativos, estamos preparados para cualquier rubro, especialidad, clasificación, etc. porque asesoramos empresas que tienen áreas multidisciplinarias y que tratamos de ordenar y/o asesorar para que desde el inicio de los procesos las cosas vayan bien hasta la firma del contrato, que es el documento jurídico en donde finaliza toda negociación con la empresa, a parte de otros documentos o instrumentos jurídicos.

A la interrogante, como abogada ¿qué soy? Soy una abogada corporativa capaz de afrontar cualquier rubro y capaz de proteger a cualquier empresa con lealtad y certeza, para que la toma de decisión a cargo de los directivos sea la más correcta, con el único objetivo de ahorrar y darle rentabilidad.

Así es que, si eres un(a) abogado(a) corporativo(a) o aspiras a serlo, solo debes estudiar mucho para llegar a ser un asesor jurídico de alto nivel.

Espero haberlos ayudado a entender la noción de abogada(o) corporativa(o) y también espero haber puesto en relieve una verdad actual: el abogado interno no necesita ser tan especializado; pues, la generalidad de las empresas tienen la necesidad de un servicio multidisciplinario; el abogado interno atiende esta necesidad. Además, concentrar el servicio de asesoramiento en una persona como líder, o en un área, es más rentable; dejando a salvo situaciones excepcionales que requieran de atención especializada, situaciones en las que se acudiría al abogado externo.

Disfruta de tu trabajo: AMOR, LEALTAD Y CONFIANZA.

Editada en la ciudad de Lima, Perú
Publicada en línea el 1ro. de octubre 2019