

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 10– 2018

Volumen Ordinario - diciembre

ISSN 2340-860X

Cadernos de Direito Actual
Nº 10. Ordinário - dezembro - 2018

EQUIPO EDITORIAL

Director: **Rubén Miranda Gonçalves**, *Universidade de Santiago de Compostela*.

Secretario: **Jose Martínez Fernández**, *Universidad Camilo José Cela*.

Secretario Adjunto: **Fábio da Silva Veiga**, *Universidade de Vigo*.

COMITÉ CIENTÍFICO

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

Universidad Rey Juan Carlos, **Gemma Minero Alejandre**, *Universidad Autónoma de Madrid*. **Rui Miguel Zeferino Ferreira**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Heron Gordilho**, *Universidade Federal da Bahia, (Brasil)*, **Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil)*, **Márcio Luís de Oliveira**, *Universidade Federal de Minas Gerais, (Brasil)*, **Lucas Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil)*, **Johannes San Miguel**, *Universidad de Guayaquil, (Ecuador)*, **Lucio Pegoraro**, *Università di Bologna, (Italia)*, **Anabela Susana de Sousa Gonçalves**, *Escola de Direito da Universidade do Minho, (Portugal)*, **Natalia Pérez Rivas**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Cristiane Elias Campos Pinto**, *Universidade Católica de Santos, (Brasil)*. **Sebastián Kiwonghi Bizawu**, *Escola Superior Dom Helder Câmara, (Brasil)*, **Wilson Engelmann**, *Universidade do Vale do Rio Sinos, (Brasil)*, **Ilton Garcia da Costa**, *Universidade Estadual do Norte do Paraná (Brasil)*, **Gilberto Atencio Valladares**, *Universidad de Salamanca, (España)*, **J. Eduardo Amorim**, *Universidade do Porto, (Portugal)*, **Celso Hiroshi Iocohama**, *(Universidade Paranaense, Brasil)*, **Salvador Tomás Tomás**, *(Universidad de Murcia)*, **Viviane de Sélos Knoerr**, *(UniCuritiba)*, **Juan Emilio Oviedo Cabañas**, *(Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur)* **Armando Rovai**, *(Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)*, **Felipe Chiarello**, *(Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)*, **João Relvão Caetano**, *(Universidade Aberta, Portugal)*, **Irene Patricia Nohara**, *(Universidade de São Paulo e U. Presbiteriana Mackenzie)*, **Ignacio Covarrubias Cuevas**, *(Universidad del Desarrollo, Chile)*, **Enoque Feitosa**, *(Universidade da Paraíba, Brasil)*, **Lorena Freitas**, *(UNIPÊ, Brasil)*, **Sidney Guerra**, *(Universidade do Rio de Janeiro, Brasil)*, **Maria Teresa Alonso** *(Universidad de Zaragoza, España)*, **Gonzalo Martínez Etxeberria**, *(Universidad de Deusto)*, **Vânia Aieta**, *(Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)*, **Flavio Martins**, *(Damásio Educacional, Brasil)*, **Laura Miraut Martín** *(Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)*. **Jose Eduardo Cardozo** *(Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)*. **José Barroso Filho** *(Superior Tribunal Militar do Brasil)*. **Angelo Viglianisi Ferraro** *(Università Mediterranea, Italia)*. **Márcio Aleandro Correia Teixeira** *(Universidade Federal do Maranhão, Brasil)*. **Daniela Serra Castilhos** *(Universidade Portucalense, Portugal)*. **Carlos García Soto** *(Universidad Monteávila, Venezuela)*. **Claudia Gurgel** *(Universidade Estadual do Rio de Janeiro Brasil)*. **João Proença Xavier** *(Universidad de Salamanca)*. **Santiago Trujillo Santana** *(Universidad Fernando Pessoa, Canarias)*. **Cláudia Ribeiro Pereira Nunes** *(Universidade Veiga de Almeida, Brasil)*. **Jorge Miranda** *(Universidade de Lisboa, Portugal)*. **Nuno Garoupa** *(Texas A&M University School of Law, EEUU)*. **Marco Olivetti** *(Università LUMSA, Italia)*. **Deilton Ribeiro Brasil** *(Universidade de Itaúna-MG, Brasil)*. **Beata Stepień Zalucka** *(University of Rzeszów, Polonia)*.

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción. Facultad de Derecho Avenida Dr. Ángel Echeverri s/n CP 15782 Campus Vida, Santiago de Compostela.

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

SUMARIO

Artículos de investigación

- Iconoclasia: Destrucción del Patrimonio y Narrativa en el Yihadismo
Trinidad Noguera Gracia 09
- Labor Market in China: labor rights, internal migration, and current trends
César Álvarez-Alonso, Álvaro San Martín & Felipe Debasa 29
- Universalidade e progressividade do dereito à educación: parámetros de aplicabilidade para os niveis de ensino no contexto do sistema constitucional brasileiro a partir da Declaração dos Direitos do Homem
Fulvia Helena de Gioia & Carolina de Gioia Paoli 47
- La legge sull'immigrazione brasiliana come meccanismo per stimolare la costruzione d'una società più fraterna
Deilton Ribeiro Brasil 63
- Nanotecnologias e a evolução das teorias sobre risco: a atenção para o nanowaste e sua adequada gestão
Wilson Engelmann, Daniele Leal & Raquel Hohendorff 79
- La moderna esclavitud y los trabajos forzados: una mirada desde el derecho internacional actual y su (in)eficacia
María del Ángel Iglesias & José Javier Fernández 119
- A aplicação da logística reversa nos resíduos sólidos do agronegócio brasileiro
Cláudia Pereira R. Nunes & Priscila Elise A. Vasconcelos 147
- Os Refugiados Ambientais a partir da situação dos Haitianos na República Federativa do Brasil
Sidney Guerra 159
- O direito e as práticas sustentáveis no agronegócio brasileiro: uma análise pautada na teoria das capacidades humanas
Patrícia Spagnolo Parise Costa 181
- Os limites da discricionariedade do Presidente da República na concessão do indulto penal no Brasil e a possibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal em seu controle
Luis Fernando Centurião & Celso H. Iocohama 199

Provas obtidas por cooperação internacional no combate às organizações criminosas: procedimento, formas e a receptividade no processo penal brasileiro Arício Vieira da Silva & Carol Merida	223
A corrupção na administração pública como elemento violador de direitos fundamentais Sidney Guerra e Caio Guerra	245
Da policrise dos Estados contemporâneos ao desafio de manter a esperança Celito de Bona & Eduardo Leal	263

Iconoclasia: Destrucción del Patrimonio y Narrativa en el Yihadismo

Iconoclasm: Destruction of Cultural Heritage and Jihadist Narratives

Trinidad Noguera Gracia¹

Universidad de Santiago de Compostela y CESEG

Sumario: 1. La protección del patrimonio: una aproximación jurídica 1.1. El concepto de patrimonio y el marco jurídico que lo ampara 1.2. Tipos de protección del patrimonio y de atentados contra el mismo 1.3. Limitaciones del marco jurídico actual 2. Yihadismo e iconoclasia 2.1. Contexto. 2.2. Iconoclasia y narrativa 2.3. Reacciones internacionales 3. Conclusiones

Resumen: El daño al patrimonio cultural en los conflictos armados no es nuevo en la historia, pero sólo recientemente se han desarrollado herramientas jurídicas para combatirlo. Estas herramientas son aún limitadas en su aplicación y efectos, pese a la creciente toma de conciencia de la comunidad internacional sobre la necesidad de defender el patrimonio. En los conflictos híbridos de la era global los ataques contra los bienes culturales han ganado visibilidad, simbolismo y repercusión. Con la presencia del yihadismo en ciertas zonas en conflicto se ha producido un auge del expolio y en particular, de la iconoclasia. La narrativa yihadista utiliza la iconoclasia como arma de "destrucción creativa"; con ella se persigue destruir el pasado para construir sobre sus ruinas una utópica comunidad de los creyentes (*umma*). La destrucción del patrimonio de aquellos a quienes no se considera parte de la *umma* constituye una limpieza cultural, que a menudo precede o acompaña a la limpieza étnica. En este tipo de narrativa, no basta con eliminar físicamente a las comunidades consideradas infieles o apóstatas, es preciso además borrar su memoria.

Abstract: The damage to cultural heritage during armed conflicts is not new in History, but the legal instruments to fight against it have been developed just recently. Those instruments are still limited in their application and effects, notwithstanding the growing international awareness of the necessity of protecting the heritage. In the hybrid conflicts of the global era, the attacks on cultural heritage have grown in visibility, symbolism and impact. The presence of jihadism in certain conflict areas has resulted in an upsurge of looting and plundering, but especially in campaigns of iconoclasm. Jihadist narrative uses iconoclasm as a weapon of "creative destruction", which tries to destroy the past to build a utopian community of believers (*umma*) on the ashes. The destruction of the cultural heritage of those who are not perceived as part of the *umma* is a cultural cleansing and often precedes or accompanies ethnic cleansing. In this kind of narrative, physically eliminating the communities seen as unfaithful or heretic is not enough; the goal is to erase their memory.

Palabras clave: Patrimonio, iconoclasia, narrativa, yihadismo

Keywords: Cultural heritage, iconoclasm, narratives, jihadism

¹ Asistente Parlamentaria Acreditada, Parlamento Europeo. Doctora en Ciencia Política por la Universidad Complutense de Madrid. Alumna del Master en Seguridad, Paz y Conflictos Armados de la Universidad de Santiago de Compostela y el CESEG.

1. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA

“La cultura se ha convertido en un arma de guerra”²

El daño al patrimonio cultural en el marco de los enfrentamientos armados es un fenómeno tan antiguo como la propia guerra. Un fenómeno que se produce en todo tipo de conflictos, sean civiles, internacionales o híbridos - como lo son la mayoría de los conflictos actuales- y que trae como consecuencia una evidente pérdida de riqueza no sólo para las comunidades que lo sufren directamente, sino para el conjunto de la Humanidad.

En una guerra, el patrimonio puede ser destruido o deteriorado, y también perdido o sustraído para utilizarlo con fines lucrativos. Bombardeos, enfrentamientos armados en el casco histórico de las ciudades, derrumbes de edificios, daños colaterales sobre monumentos y otras obras de arte, saqueo, pillaje, pérdida accidental: la lista de peligros a los que se ven expuestos los bienes culturales durante los conflictos es muy larga e incluye acciones intencionadas y no intencionadas. Sin embargo, hay una modalidad de afectación del patrimonio que resulta particularmente desasosegante: la iconoclasia. Tras los actos de iconoclasia hay un contenido simbólico, una intención política y una narrativa que respalda y justifica la acción. Aunque la iconoclasia ha existido desde la antigüedad, en las últimas décadas ha recuperado visibilidad e ímpetu, debido a la utilización que han hecho de ella los movimientos yihadistas en determinadas zonas del mundo.

A lo largo de las páginas siguientes se analizan diversos aspectos de esta problemática. En la primera parte revisaremos los instrumentos jurídicos vigentes para la protección del patrimonio en la actualidad. En la segunda, centraremos nuestra atención en el trato que el yihadismo ha dado al patrimonio, prestando particular atención a la iconoclasia y a la narrativa que la respalda. Por último, propondremos unas breves conclusiones.

1.1. El concepto de patrimonio y el marco jurídico que lo ampara

El primer desafío al que nos enfrentamos cuando hablamos de la protección del patrimonio cultural estriba en la dificultad de proponer una definición universalmente aplicable del mismo. Como señala Rueda, “no existe una noción unitaria de bienes culturales válida tanto para los derechos internos como para el derecho internacional público”³. Los derechos internos de los distintos Estados definen el patrimonio sobre la base de criterios temporales y / o valorativos que cambian de un país a otro. Por esta razón, el derecho internacional ha optado por una definición lo más extensa posible, con el fin de dar cabida a un amplio elenco de bienes susceptibles de protección⁴. Así, el art. 1 del Convenio para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado establece que:

“Para los fines de la presente Convención, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario:

a. Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte

² MIRANDA GONCALVES, R. “La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado”, Revista Jurídica da Presidência, Vol. 19, núm. 118, 2017, p.253

³ RUEDA ROIGÉ, F.J. “La protección internacional del patrimonio cultural en caso de conflicto armado”, *Locus Amoenus* 4, 1998-1999, 1996, p.255

⁴ El patrimonio cultural comprende bienes materiales pero también inmateriales, como la música, la lengua o el folklore. Aun reconociendo la evidente importancia de esos bienes, en el presente ensayo nos centraremos únicamente en la protección internacional reservada a los bienes materiales.

o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;

b. Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a. tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a.;

c. Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a. y b., que se denominarán «centros monumentales»."

A la hora de valorar la importancia de los bienes susceptibles de formar parte del patrimonio, puede adoptarse una perspectiva universalista, considerando a la Humanidad como un nuevo sujeto de derecho internacional al que es atribuible la titularidad de ese patrimonio común, o bien otra centrada en el concepto de los derechos colectivos de los pueblos, que tampoco es pacífico en la doctrina, si bien aparece recogido en la *Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos*, aprobada en Argel el 4 de julio de 1976. El Convenio de 1954 adopta una perspectiva que podríamos calificar de mixta, ya que hace referencia a los pueblos como legítimos propietarios de sus bienes culturales, pero subraya que la importancia de los mismos estriba en su valor para el conjunto de la Humanidad⁵. Como señala Urueña, "existen bienes que presentan un interés excepcional que exige que se conserven porque son únicos e irremplazables, cualquiera que sea el país al que pertenezcan, porque el deterioro o la desaparición de los mismos constituye un empobrecimiento del patrimonio para todos los pueblos del mundo"⁶.

La adopción de esta perspectiva mixta, que en todo caso subraya de forma clara el valor universal de los bienes culturales, resulta especialmente útil si tenemos en cuenta que los bienes culturales son propensos a la manipulación, y convirtiéndose en símbolos colectivos susceptibles de utilización política en los contextos bélicos. En las nuevas guerras, donde los aspectos identitarios y las narrativas de los contendientes juegan un papel primordial, "las conexiones del patrimonio con la identidad y el conflicto y su potencial para ser usado estratégicamente por los contendientes, por ejemplo, para negar el pasado, así como el futuro, de un pueblo"⁷, suelen dar como fruto la destrucción intencionada de bienes culturales. Volveremos sobre ello más adelante

La protección del patrimonio cultural material en tiempo de guerra comenzó a perfilarse en el s. XIX. Con anterioridad se entendía legítimo el *ius predae*, que daba carta blanca a la práctica del saqueo. Sin embargo, a partir de la Guerra Civil Americana se empieza a perfilar un paradigma tendente a la conservación de los bienes culturales, que se refleja en el Código Lieber de 1863 y en las Convenciones de La Haya de 1899 y

⁵ Así, en su preámbulo el Convenio dice que "las Altas Partes contratantes, convencidas de que los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial; considerando que la conservación del patrimonio cultural presenta una gran importancia para todos los pueblos del mundo y que conviene que ese patrimonio tenga una protección internacional;[...]". En el ámbito internacional, el papel de protección y conservación de este patrimonio corresponde a la UNESCO.

⁶ URUEÑA, R. "La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y paz", *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 14, 2004, pp.247-249

⁷ KILA, J. D. "Protección de bienes culturales en conflictos armados", *Afkar/Ideas*, otoño 2014, p.71

1907 y sus reglamentos, y más tarde en el Pacto de Roerich de 1935⁸. Sin embargo, será necesario esperar a la finalización de la Segunda Guerra Mundial para que cristalice un nuevo marco normativo específicamente centrado en la protección del patrimonio tal como ahora lo concebimos. En la actualidad, las normas más importantes encargadas de esta tarea son las emanadas del ámbito de la UNESCO, a saber⁹:

- Convenio para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, La Haya, 14 de mayo de 1954.
- I Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, La Haya, 14 de mayo de 1954.
- II Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, La Haya, 26 de marzo de 1999¹⁰.
- Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, París, 17 de noviembre de 1970.
- Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural, París, 23 de noviembre de 1972.

Algunas normas de carácter universal del ámbito del derecho internacional humanitario también se refieren a la protección de los bienes culturales en el ámbito de los conflictos armados, en particular los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977¹¹. Asimismo, el Estatuto de Roma de 1998, constitutivo de la Corte Penal Internacional, en su art. 8.2.b.ix considera crimen de guerra “dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares”. Además, en sus arts. 8.2.b.xiii y 8.2.b.xvi el Estatuto prohíbe expresamente el pillaje y el saqueo.

1.2. Tipos de protección del patrimonio y de atentados contra el mismo

El Convenio de La Haya de 1954 proporciona dos clases de protecciones al patrimonio: la general, que da cobertura a todo tipo de bienes, y la especial, que atañe tan sólo a un número limitado de bienes y para hacerse efectiva debe cumplir una serie de requisitos estrictos.

La protección general comprende para los Estados Parte la doble obligación de salvaguardia y el respeto de dichos bienes (art. 2). La obligación de salvaguardia aparece regulada en el art. 3, que no establece las medidas concretas de protección que debe adoptar el Estado, pero sí fija “un compromiso de tener ya preparadas, desde tiempo de paz, las medidas de protección de los bienes culturales situados en el propio territorio que se consideren necesarias para caso de un eventual conflicto armado (por ejemplo, colocación de sistemas de extinción de incendios, aprobación de planes especiales de protección, de evacuaciones y traslados, etc.); hay, pues, un compromiso convencional del Estado propietario de poner los bienes culturales en condiciones de que no puedan ser atacados, de que no puedan ser objeto de destrucción, al menos de

⁸ CAAMÍÑA, C.M. “La protección internacional de los bienes culturales en tiempo de guerra”, *International Law: Revista colombiana de derecho internacional*, núm. 3, junio 2004, pp.74-83

⁹ Sin perjuicio de la existencia de normas de ámbito regional, o emanadas de organizaciones internacionales no gubernamentales, cuyo interés es grande en la práctica y en la doctrina (Véase RUEDA ROIGÉ, F.J. *op.cit.*, p.254).

¹⁰ El II Protocolo entró en vigor en 2004, tras ser depositado el instrumento de ratificación del vigésimo Estado firmante, Costa Rica.

¹¹ RUEDA ROIGÉ, F.J. *op.cit.*, p.253

destrucción directa, originándose así una responsabilidad *in omitendo* para el propio gobierno que no adopta las medidas de protección más elementales de los bienes culturales sitos en su territorio”¹².

La noción de respeto a los bienes culturales alude a la obligación que adquiere el Estado Parte de no llevar a cabo acciones susceptibles de provocar daño en el patrimonio, “absteniéndose de utilizar esos bienes, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado” (art. 4.1) y absteniéndose también de recurrir “al robo, el saqueo, el pillaje, la ocultación o la apropiación” de este tipo de bienes (art. 4.3). Esto significa que “una Parte no puede utilizar los bienes culturales para fines militares ni la otra atacarlos”¹³.

En cuanto a la protección especial, ésta aparece regulada en el art. 9 del Convenio de 1954. Ataño sólo a una cierta categoría de bienes, que gozan de inmunidad, pero para disfrutarla deben reunir requisitos como la distancia a objetivos militares, no empleo de fines militares y estar inscritos en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial¹⁴.

Si bien no siempre es fácil establecer distinciones en la práctica, con fines hermenéuticos cabe señalar tres aspectos del daño a los bienes culturales. Por un lado, encontramos los daños no intencionados, que son consecuencia del desarrollo del conflicto. Con “no intencionados” no queremos decir únicamente aquellos que son puramente accidentales, fruto del error o la casualidad, sino también los que se producen sin una voluntad directa y específica de causar deterioro al bien cultural. En esta categoría incluimos aquellos daños que aparecen cubiertos por el concepto de “necesidad militar”, al encontrarse el bien afectado en las inmediaciones de un objetivo militar legítimo; este tipo de daños no vulneran la norma¹⁵. La Parte que lanza el ataque es consciente de que existe la probabilidad o la certeza de un daño a un bien cultural, pero el objetivo militar perseguido con la acción tiene una importancia que justifica la pérdida. Así, el Convenio acepta el incumplimiento del deber de salvaguardia y respeto de los bienes “en el caso de que una necesidad militar impida de manera imperativa su cumplimiento” (artículo 4.2).

En el extremo contrario nos encontramos con las destrucciones intencionadas del patrimonio, aquellas que son llevadas a cabo voluntariamente por una Parte en conflicto, generalmente con fines políticos. A este respecto es clave el elemento simbólico del patrimonio y de su destrucción. Como destaca Kila “por su propia naturaleza, los objetos que representan una identidad suelen ser el soporte de una reconstrucción (idealizada) del pasado en el presente influida por las cambiantes circunstancias sociopolíticas. Las identidades colectivas se solapan con las identidades sociales y personales, son construidas (no determinadas biológicamente) y se encargan de construir significados

¹² PIGNATELLI, F. “La protección de los bienes culturales en los conflictos armados.”, Actas del curso “La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales”, Ministerio de Cultura, 2008, pp. 136-137

¹³ *Ibidem*

¹⁴ El II Protocolo de 1999 refuerza los mecanismos de protección general y especial, pero dado que son aún pocos los Estados Parte su vigencia es limitada (Véase MIRANDA GONCALVES, R. *op.cit.*, p. 248 y PIGNATELLI, F. *op.cit.*, pp. 138-141).

¹⁵ Estos casos resultan siempre complejos de juzgar, puesto que deberá evaluarse si el Estado propietario del bien dañado ha actuado con la debida diligencia en su salvaguardia, habiendo evitado situar objetivos militares en las inmediaciones del bien (por ejemplo, en el caso de daños ocasionados durante un bombardeo a una catedral o a un museo junto al que se ha situado un cuartel). Asimismo, habrá que examinar si la Parte que lleva a cabo la acción militar durante la cual se ha visto afectado el bien, ha valorado adecuadamente la necesidad militar de bombardear un centro urbano donde existen personas y bienes civiles, y si ha observado correctamente los principios de obligado cumplimiento del derecho internacional humanitario en la selección del objetivo (proporcionalidad y distinción, fundamentalmente).

referentes a objetos y lugares (culturales)”¹⁶. Con creciente virulencia en los conflictos actuales, la meta de los contendientes no se limita a prevalecer militarmente sobre el contrario, sino que aspira a su aniquilación completa como colectivo. El objetivo de destruir a un pueblo pasa por destruir sus bienes culturales, erradicar su historia y borrar así su memoria.

El tercer aspecto a destacar es el expolio, saqueo y venta de los bienes culturales, que abre una problemática completamente diversa. Si bien quien saquea es consciente de su acción, quien adquiere el bien ilícitamente adquirido no siempre conoce su origen, lo cual ha dado origen a largos procesos judiciales, y la restitución, indemnización o retorno que disponen las normas internacionales no siempre resulta sencilla¹⁷. Las finalidades más habituales de este tipo de expolios son el lucro personal y la financiación del esfuerzo de guerra o de la causa que defienden los combatientes. Mali, Libia, Egipto, Afganistán, Siria, Jordania, Líbano e Irak son los países cuyo patrimonio se encuentra más expuesto en estos momentos¹⁸.

1.3. Limitaciones del marco jurídico actual

El principal problema que afronta la protección del patrimonio cultural desde el punto de vista jurídico en la actualidad, es que opera con un marco normativo muy limitado. Por un lado, las principales normas por las que se rige no son de aplicación universal, y están muy lejos de constituir derecho consuetudinario. Tanto el Convenio de 1954 como sus dos Protocolos son obligatorios únicamente para los Estados Parte. Por otro, las cláusulas de excepción de las obligaciones fijadas por el Convenio (necesidad militar y conducta del adversario) “constituyen cortapisas en la protección de los bienes culturales, que sería deseable superar”¹⁹. Además, el marco jurídico no ha desarrollado suficientemente las sanciones penales para los infractores, aunque el II Protocolo y el Estatuto de Roma hacen referencia a la responsabilidad penal individual²⁰.

A todo ello se añaden una serie de “cuestiones de orden general que impiden una protección básica durante el conflicto”, entre ellas “la falta de financiación, los planteamientos burocráticos o dirigidos a evitar riesgos por parte de organizaciones e individuos que obstaculizan las soluciones fáciles, y la politización del patrimonio principalmente a causa de su relación con la identidad”. Además, el ejército, cuyo apoyo es crucial para garantizar la salvaguardia de los bienes culturales en zonas de conflicto, no siempre se siente suficientemente preocupado por este tema, o carece de la formación y la motivación necesarias²¹.

Sin embargo, el reto más acuciante estriba en la radical disparidad entre la concepción estado-céntrica de las normas vigentes y la naturaleza híbrida de los conflictos actuales. Efectivamente, el Convenio de 1954 y el resto de disposiciones en la materia fueron concebidas pensando en conflictos simétricos entre Estados, de modo que su aplicación es ya dudosa en los casos de conflictos armados no internacionales. No obstante, los conflictos actuales están aún más allá de esas categorías. Como señala Kaldor, “new wars are the wars of the era of globalisation [...] Typically, they take place in areas where authoritarian States have been greatly weakened as a consequence of opening up to the rest of the world. In such contexts, the distinction between State and non-State, public and private, external and internal, economic and political, and even war and peace are breaking down. Moreover, the breakdown of these binary distinctions

¹⁶ KILA, J. D. *op.cit.*, p.71

¹⁷ Caamiña, C.M. *op.cit.*, pp.87-97

¹⁸ Por ejemplo, existen abundantes pruebas de que tanto Al Qaeda como el Estado Islámico han usado la venta de antigüedades expoliadas para financiarse (Véase KILA, J. D. *op.cit.*, pp.69-71).

¹⁹ RUEDA ROIGÉ, F.J. *op.cit.*, p.264

²⁰ El problema con estos dos instrumentos es, una vez más, que no han sido universalmente ratificados.

²¹ KILA, J. D. *op.cit.*, pp.68-70

is both a cause and a consequence of violence"²². Entre otras cosas, en las nuevas guerras reaparece con fuerza el elemento de rentabilidad privada que era propio de las guerras medievales y de sus ejércitos de mercenarios, que había quedado marginado a partir de la Modernidad, cuando la guerra se transformó en una actividad protagonizada por Estados²³.

Todo ello facilita la vulneración del marco jurídico vigente, a expensas del patrimonio cultural. Así lo reconoce Miranda al señalar que "la mayoría de los conflictos en desarrollo muestran rasgos asimétricos e híbridos, donde segmentos de los contendientes se encuentran a menudo conformados por milicias y actores armados no estatales. Este es un aspecto clave, pues por un lado al carecer de *reconocimiento u oficialidad*, se encuentran al margen del marco legislativo imperante, lo cual dificultará también la exigencia de responsabilidades. Por otra parte, la naturaleza ideológica de algunos de estos grupos fomenta la destrucción o el expolio deliberado del patrimonio cultural"²⁴.

2. YIHADISMO E ICONOCLASIA

"The deliberate destruction of heritage is a war crime, it has become a tactic of war to tear societies over the long term, in a strategy of cultural cleansing. This is why defending cultural heritage is more than a cultural issue, it is a security imperative, inseparable from that of defending human lives"²⁵.

Con estas palabras pronunciadas el 24 de marzo de 2017 ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la Directora General de la UNESCO, Irina Bokova, resumió la importancia de la Resolución 2347, aprobada ese día. Era la primera vez que Naciones Unidas dedicaba una resolución a la protección del patrimonio cultural de la Humanidad, y lo hacía además por unanimidad. Unanimidad con la cual la comunidad internacional mandaba un doble mensaje.

En primer lugar, era una señal positiva de reconocimiento del papel que desempeña el patrimonio cultural en la paz y la seguridad; de nuevo en palabras de la Sra. Bokova, "weapons are not enough to defeat violent extremism. Building peace requires culture also; it requires education, prevention, and the transmission of heritage"²⁶.

En segundo lugar, esta Resolución demostraba la preocupación internacional por el arraigo del Estado Islámico, Al-Qaeda y otros grupos afines en Siria e Irak, y por los efectos perniciosos de esa presencia sobre el patrimonio cultural. Efectos que incluyen tanto la destrucción, como el expolio y la venta de bienes, convertidos en instrumentos de financiación que contribuyen a la continuidad del conflicto en las zonas en guerra y a las acciones del terrorismo yihadista a nivel global.

Mientras que el ánimo de lucro que propicia el expolio tiene una lógica sencilla de entender, la que inspira la iconoclasia no resulta tan evidente. Para comprenderla es necesario tener presente la narrativa yihadista, que determina en gran medida su relación con el patrimonio cultural. A continuación vamos a explorar esa narrativa, así como el contexto en el cual adquiere arraigo.

²² KALDOR, M. "In defence of new wars", *Stability*, 2(1):4, 2013, p.2

²³ MÜNKLER, H. "The Wars of the 21st Century", *International Review of the Red Cross*, vol.85, núm. 849, marzo de 2003, pp.15-18

²⁴ MIRANDA GONCALVES, R. *op.cit.*, p.254

²⁵ UNESCO "UN Security Council adopts historic resolution for the protection of heritage", Nota de prensa, 24 de marzo de 2017

²⁶ *Ibidem*

2.1. Contexto

Los territorios de Afganistán²⁷ y de la antigua Mesopotamia, hoy Irak y Siria, han atesorado a lo largo de la historia una enorme riqueza patrimonial. Por desgracia, una parte de la misma se ha perdido. Los conflictos bélicos, la existencia de fronteras cambiantes y Estados poco consolidados, y más recientemente, la actividad de diversos grupos terroristas, han traído como consecuencia destrucciones y expolios que han diezmado el patrimonio.

En Afganistán, la herencia dejada por milenios de intercambio cultural y comercial con la India, Extremo Oriente, Mesopotamia y Occidente empezó a adquirir relieve en la década de 1920, gracias a las primeras excavaciones llevadas a cabo por la Délégation Archéologique Française (DAFA), a la que se unirían después arqueólogos de otras nacionalidades. La invasión soviética en 1979 truncó en gran medida los esfuerzos de búsqueda reglada del patrimonio, dando paso a una etapa marcada por el expolio dentro del contexto bélico. En el periodo comprendido entre la retirada soviética en 1989 y la llegada al poder de los talibanes en 1996 los saqueos continuaron, con episodios tan representativos como el del Museo Nacional de Afganistán. La llegada al poder de los talibanes abrió una nueva etapa, marcada por una iconoclasia de carácter ideológico; el caso más conocido fue la destrucción de los Budas de Bamiyán en 2001²⁸. Tras la intervención de la coalición internacional que depuso al régimen talibán, la continuidad del conflicto -los talibanes lograron reagruparse y recuperar capacidad operativa desde 2003 en Afganistán y Pakistán- y la presencia de distintos grupos yihadistas -Al-Qaeda, y en menor medida el Estado Islámico- ha tenido como consecuencia la continuidad del daño sobre el patrimonio.

En Irak, ya la segunda mitad del s. XIX estuvo marcada por los expolios. Como señala Baker, "in the absence of a strong national State, thousands of archaeological objects were illegally exported to Asia, Europe and America"²⁹. Con la creación del Estado iraquí tras la I Guerra Mundial y la aprobación de leyes contra el expolio y la excavación no autorizada, el flujo de bienes artísticos iraquíes hacia Occidente se redujo.

²⁷ Si bien este ensayo centrará su atención en los casos de Siria e Irak, mencionamos también el de Afganistán por constituir un importante precedente de iconoclasia practicado por motivaciones ideológicas semejantes -aunque no idénticas- a las presentes en la narrativa del Estado Islámico, y en parte en Al-Qaeda.

²⁸ "Tras la retirada soviética de Kabul en 1992, las distintas facciones de muyahidín empezaron a combatir entre sí por el control de la ciudad. El Museo Nacional fue repetidamente alcanzado por fuego de cohetes o artillería, y fue también intensamente saqueado. En 1996 faltaba ya más del 70% de las colecciones del museo, quedando sólo las piezas de menos valor, señal segura de que el expolio respondía a móviles mercantiles y no a razones de limpieza cultural. Una vez que tomaron conciencia del potencial comercial de los restos arqueológicos afganos, los jefes de las milicias locales también empezaron a patrocinar excavaciones ilegales de los yacimientos arqueológicos y a emplear el dinero obtenido de la venta de artefactos en pagar a sus soldados o comprar municiones. Pero no todo el daño perpetrado en Afganistán se puede achacar a la búsqueda de material vendible. En 1996 los talibanes fundamentalistas se hicieron con el poder en Kabul y emitieron un edicto que prohibía todas las formas de representación figurativa, pero también decretaron que los objetos culturales antiguos estaban exentos y debían ser protegidos. A pesar de ello, en 1997 un jefe talibán que sitiaba Bamiyán amenazó con destruir los dos Budas monumentales por los que es famosa la ciudad. El gobierno central volvió a desautorizar tal vandalismo, pero en 1998 se dinamitó la cabeza del más pequeño de los dos Budas, en un acto premeditado de iconoclasia. Ese hecho motivó que en julio de 1999 se promulgara un nuevo decreto que declaraba ilegal la excavación de sitios históricos, pero en marzo de 2001 el jefe de los talibanes dio orden de destruir todos los 'ídolos' religiosos, y por tanto se procedió a la voladura con explosivos de alta potencia del mayor de los dos Budas de Bamiyán" (BRODIE, en UNESCO "Frente a la Historia: Los museos y el patrimonio en los periodos de conflicto y post-conflicto", en *Museum International*, vol. LV, nº 3-4/219-220, diciembre 2003, p.10).

²⁹ BAKER, R.; ISMAEL, S.T; ISMAEL, T.Y. *Cultural Cleansing in Iraq. Why Museums were looted, Libraries burned and Academics murdered*, Pluto Press, Londres, 2010, p.83

Sin embargo, durante la guerra con Irán el daño al patrimonio alcanzó de nuevo niveles alarmantes. Algunos emplazamientos históricos fueron usados como cuarteles (Der, en Badra), atalayas de observación (Drehem en Diwaniya) o bases aéreas (Tallil, construida en el entorno de la antigua Ur). De este modo se transformaron en objetivos militares, perdiendo su status protegido, en contra de lo dispuesto en el art. 4.1 de la Convención de La Haya de 1954. Durante la I Guerra del Golfo el peligro se acentuó, obligando por ejemplo a evacuar una parte de las colecciones del Museo Nacional Iraquí de Bagdad. Una vez finalizado el conflicto se registró un auge de las excavaciones ilegales, que dañaron ciudades como Diwaniya y Nasiriyah, y también un repunte del saqueo de enclaves arqueológicos y museos.

Pese a todo, el mayor impacto sobre el patrimonio iraquí se ha producido desde la ocupación que puso fin al régimen de Saddam Hussein en 2003³⁰. Parte de ese daño fue perpetrado con conocimiento de las tropas occidentales: es el caso de la devastación sufrida por el Museo Nacional Iraquí de Bagdad, saqueado sistemáticamente durante cinco días sin que el mando estadounidense hiciese nada para evitarlo; a las peticiones de ayuda de los responsables del museo respondió que no tenía mandato para intervenir y detener el pillaje³¹. Otros daños se cometieron por descuido y desconocimiento: por ejemplo, las tropas estadounidenses levantaron un acuartelamiento sobre las ruinas de Babilonia³².

No obstante, al igual que en Afganistán, la presencia del yihadismo en territorio iraquí -facciones de Al-Qaeda, pero sobre todo del Estado Islámico- ha constituido una amenaza especialmente grave para el patrimonio. Algunos de los daños más llamativos fueron los causados a las ciudades de Nimrud y Hatra, a las ruinas de la antigua Nínive o en el Museo de la Civilización de Mosul³³. Una violencia deliberada particularmente sistemática -e ideológicamente motivada- fue la ejercida contra las mezquitas y santuarios chiíes, entre otras contra las mezquitas Al-Qubba Husseiniya y Khudr en Mosul, la mezquita Jawad Husseiniya, el mausoleo del Imán Dur o el santuario Saad bin Aqil Husseiniya en Tal Afar. También santuarios de otras confesiones han sido destruidos, como el monasterio cristiano de Mar Benham y diferentes iglesias en Tikrit y Mosul. A todo ello se suma el saqueo de obras de arte, objeto de tráfico y venta en occidente.

El caso de Siria es semejante al de Irak en cuanto al papel del yihadismo en los daños patrimoniales más recientes. Hasta 2011, la herencia cultural siria estaba relativamente bien conservada, y de hecho la UNESCO había incluido seis enclaves sirios en la lista de los lugares patrimonio de la Humanidad: los cascos antiguos de Damasco (1979), Alepo (1986) y Bosra (1980), Palmira (1980), el Crac de los Caballeros (2006) y las antiguas aldeas del norte de Siria (2011). Según la propia UNESCO, todos estos lugares patrimonio de la Humanidad han sufrido daños relevantes desde 2011 como consecuencia de la guerra: "there is evidence that the World Heritage properties have been and are being used for military purposes, and subjected to direct shelling and targeted explosions, as well as extensive illicit excavations, construction violations and temporary human occupation"³⁴. La UNESCO ha reportado asimismo el saqueo

³⁰ "All of Iraq's major museums were affected, with damage to the Iraqi National Museum qualifying as catastrophic; thousands of objects were stolen or destroyed. Equal if not greater devastation affected the Sumerian sites, some of which quite simply ceased to exist. Great ancient cities and archaeological sites were thoroughly destroyed including Isin, abu-Hatab, Bezikh, Adab, Larsa, Shmet, Umma, Umm Al-Hafriyat, Tulul al-Dhaher, az-Zebleiat and Tell al Wilaya. Additional sites were used as military camps for occupying troops, including Babylon, Kish, Ur and Samarra" (BAKER, R.; ISMAEL, S.T; ISMAEL, T.Y. *op.cit.*, p.84).

³¹ Al Radi, en UNESCO *op.cit.*, pp.117-122

³² CNN "US troops accused of damaging Babylon's ancient wonder", 31 de julio de 2009

³³ MIRANDA GONCALVES, R. *op.cit.* p.252

³⁴ Observatorio del Patrimonio Cultural Sirio, UNESCO <https://en.unesco.org/syrian-observatory/built-heritage>. Además de los citados, estaban en lista de espera para ser clasificados

sistemático con fines de venta de los principales museos y sitios arqueológicos sirios, hasta el punto de haber puesto en marcha en 2014 una iniciativa especial para la salvaguardia del patrimonio de ese país, el *Emergency Safeguarding of the Syrian Heritage Project*³⁵.

En Siria, de forma más notoria aún que en Afganistán e incluso que en Irak, se ha producido un triple impacto destructor: por un lado, el daño a consecuencia directa o indirecta del conflicto armado, que no es debido enteramente a los yihadistas; por otro, el saqueo con ánimo de lucro, del que participan también distintos actores, y en tercer lugar, la destrucción intencionada por razones ideológicas. El apartado siguiente analiza este último aspecto, particularmente en relación con la acción del Estado Islámico, protagonista de numerosos daños recientes al patrimonio en Siria e Irak (sobre todo entre 2014 y 2016), y poseedor de una narrativa específica que le distingue de Al-Qaeda y sus filiales, como el Frente Al-Nusra sirio.

Si bien los daños causados por acciones bélicas y el tráfico de obras de arte con fines de financiación no han cesado a día de hoy, la iconoclasia se ha reducido a medida que el Estado Islámico ha ido perdiendo terreno tanto en Irak como en Siria a partir de 2016. No obstante, analizar su discurso legitimador sigue resultando relevante, no sólo para comprender la dinámica destructiva pasada, sino también para que la comunidad internacional pueda prevenir o reaccionar de manera efectiva ante una eventual rearticulación del grupo en otro lugar³⁶.

2.2. Iconoclasia y narrativa

"In destroying memory, conquerors hope to stifle future resistance. With memory of the self gone, there may no longer be a desire to end subjugation. Even if the victims' memory survives, the subjugators may hope to remove evidence of their ties to the land and construct distorted historical narratives to the extent that their own people as well as outside observers will have difficulty even comprehending calls for redress"³⁷.

Si la cultura contribuye a construir la identidad colectiva de los pueblos, su destrucción erosiona esa identidad hasta poner en peligro a la comunidad misma al "negar el pasado, así como el futuro, de un pueblo"³⁸. Este es el efecto que persigue la iconoclasia, objetivo que algunos autores han considerado un "genocidio por otros medios"³⁹, aunque el término más generalizado es el de limpieza cultural (*cultural cleansing*). El European Parliamentary Research Service define la limpieza cultural como: "destruction directed at a particular population, or against its memory, history and art [...]". However, such actions target the whole of Humanity, since cultural heritage is

como patrimonio de la Humanidad los siguientes enclaves sirios: Norias de Hama, Ugarit (Tell Samarra), Ebla (Tell Mardikh), Mari (Tell Hariri), Europos Dura, Apamea (Afamia), Qasr al-Hayr ach-Charqi, Maaloula, la ciudad cruzada de Tartus, la ciudad abasida de Raqqa-Ràfiqa y la isla de Arwad.

³⁵ La lista de daños al patrimonio recopilada hasta el momento por ese proyecto es muy extensa y puede consultarse en <https://en.unesco.org/syrian-observatory/damage-assesment-reports>.

³⁶ Algunos analistas señalan que, tras su derrota en Irak y su retroceso en Siria, numerosos combatientes del Estado Islámico están buscando refugio en otros países, donde podrían eventualmente recomponer sus fuerzas. Entre estos países estarían Mali (véase *ABC* "¿Qué habría sido de Malí si no estuviéramos aquí?", 10 de febrero de 2018) y sobre todo Turquía, por su proximidad al teatro de operaciones sirio e iraquí (véase *Foreign Policy* "Erdogan's Fatal Blind Spot", 15 de febrero de 2018). A esto hay que añadir el regreso de *foreign fighters* occidentales a sus países de origen, donde estarán disponibles para llevar a cabo acciones contra las personas y los bienes.

³⁷ Perry, en BAKER, R.; ISMAEL, S.T; ISMAEL, T.Y. *op.cit.*, p.49

³⁸ KILA, J. D. *op.cit.*, pp.71

³⁹ BEVAN, R. *The Destruction of Memory: Architecture at War*, Reaktion Books, Londres, 2006, pp.8, 210

humankind's common history. [...] Massive deliberate destruction is also often a preliminary accompaniment to massive killings"⁴⁰.

Las razones por las cuales un determinado grupo beligerante decide utilizar esta táctica de aniquilación simbólica, que precede o complementa a la aniquilación física de la comunidad considerada enemiga, residen siempre en algún tipo de narrativa con raíces ideológicas -es decir, políticas-, que pueden aparecer ligadas a una determinada confesión religiosa o no. En este sentido resulta interesante el planteamiento del profesor Roy a propósito de la "islamización del radicalismo". Según su hipótesis, el yihadismo no es realmente el fruto de una "radicalización del salafismo" puramente religiosa, sino más bien de una visión del mundo -una *Weltanschauung*- ideológicamente radical, profundamente vinculada en sus orígenes a la situación política de Oriente Medio. El elemento religioso forma parte del conjunto como discurso legitimador, y su importancia es fundamental en la articulación del yihadismo, pero no basta para explicarlo, no agota su narrativa ni da cuenta completa de sus modos de proceder. Esto resulta particularmente claro en el caso del Estado Islámico y sus seguidores⁴¹.

Schmid resume el nacimiento del Estado Islámico como "a product of State failure, civil war and the repression of Sunnis by the Shi'ite government of Nouri al-Maliki in Iraq and by the atrocities of the regime of Bashar al-Assad against its own people in Syria. Almost as much, however, it is the product of the will to power of a branch of a broader Islamist movement that has been active in Iraq for more than a decade, following the American intervention in Iraq in 2003"⁴².

En efecto, el movimiento surgió en 2005 como una revuelta de los sunnitas iraquíes contra la ocupación americana (que había dejado el poder en manos de los chiíes). Al frente del mismo estaba el jordano Abou Moussab Al-Zarqawi, quien fundó en Faluya una franquicia de Al-Qaeda llamada Al-Qaeda en Iraq. Las tensiones con Ayman Al-Zawahiri, entonces segundo al mando en Al-Qaeda, no tardaron en producirse en relación con el uso de la violencia y su focalización en los chiíes, a quienes Al-Zarqawi llamaba "escoria humana" y "serpientes venenosas"⁴³. Tras la muerte de Al-Zarqawi en 2006 el grupo se transformó en una organización paraguas llamada Estado Islámico en Irak, que fue distanciándose paulatinamente de Al-Qaeda hasta la ruptura definitiva en 2010, cuando asumió el mando Abou Bakr Al-Baghdadi. En ese momento la formación cambió otra vez su nombre por el de Estado Islámico de Iraq y Levante y comenzó a ganar terreno en Siria e Irak, poniendo en la diana sobre todo a los chiíes, hasta que en 2014 consiguió hacerse con un territorio comprendido entre Alepo en Siria y Diyala en Irak, desde donde Al-Baghdadi proclamó el califato. Entonces la formación adquirió el

⁴⁰ EPRS "Protection of cultural Heritage in armed conflict", *Briefing*, March, PE 579.081, 2016, p.2

⁴¹ "Il faut ici distinguer l'Islam de Daech, beaucoup plus ancré dans la tradition méthodologique d'exégèse des *hadiths* du Prophète (Daech utilise manifestement la plume de 'savants' bien formés aux sciences traditionnelles), de l'Islam des djihadistes, qui s'articule d'abord autour d'un imaginaire d'héroïsme et de violence contemporaine. Les exégèses de Daech, qui remplissent les pages de *Dabiq* et de *Dar al-Islam*, les deux revues récentes écrites en anglais et en français, et donc accessibles aux volontaires venus de l'Occident, ne sont pas la cause de la radicalisation (qui commence en 1995). Les radicaux ne procèdent jamais à ces longues analyses démonstratives où on aligne les *hadiths* comme le fait Daech. Ce qui fonctionne chez eux, c'est l'articulation entre l'imaginaire radical et la 'radicalisation' théologique offerte par Daech, et elle est fondée non pas sur un savoir réel, mais sur un argument d'autorité" (ROY, O. *Le djihad et la mort*, Seuil, Francia, 2016, p.76).

⁴² SCHMID, A.P. "Challenging the Narrative of the Islamic State", en *ICCT Research Paper*, International Centre for Counter Terrorism, La Haya, junio de 2015, p.1

⁴³ "Zarqawi's resistance against the American intervention was not very 'honourable' as claimed by ISIS. His cruelty was such that Al-Qaeda's second in command, Ayman Al-Zawahiri, had to warn him in July 2005 that by killing innocent Muslim Shia civilians he alienated people from Al-Qaeda" (SCHMID, A.P. *op.cit.*, pp.8-9).

nombre actual de Estado Islámico, ya desprovisto de alusiones territoriales, puesto que su aspiración sería global⁴⁴.

El contexto de surgimiento del Estado Islámico y su ruptura con Al-Qaeda que acaban de describirse son importantes para seguir la lógica interna de su discurso. La del Estado Islámico es una narrativa extremista, entendiendo por tal "a system of stories that hang together to provide a coherent view of the world for the purpose of supporting individuals, groups, or movements to further illegal violent and violence-assisting activities"⁴⁵. Es asimismo una narrativa *glocal*, que ha ido evolucionando en el tiempo. Mientras que Al-Qaeda ha focalizado sus esfuerzos operativos y retóricos en la yihad global, mostrándose contraria a la implantación en un territorio concreto –desde donde sería más vulnerable a un ataque convencional, como había demostrado la derrota de los talibanes en Afganistán en 2001- el Estado Islámico surgió tomando como punto de partida una reivindicación territorial sobre Siria e Irak. Sólo más adelante, con la llegada de Al-Bagdadi al frente de la organización y la proclamación del califato, la base territorial local en Siria e Irak se combinaría con una aspiración global (de ahí el calificativo de movimiento *glocal*)⁴⁶.

El tipo de Estado que aspira a construir el Estado Islámico a partir de la proclamación del califato tiene unas características peculiares. Pese a localizarse en los enclaves de Siria e Irak controlados por la organización, la idea del califato no se corresponde con ningún espacio territorial realmente existente⁴⁷ ni obedece a las reglas convencionales de las relaciones internacionales, rehusando conceptos como el de frontera. Se concibe como una entidad en perpetua expansión, inmersa en una guerra eterna contra el hereje, a quien debe convertir o extirpar a sangre y fuego hasta la implantación de una utópica *umma* mundial, una comunidad de creyentes donde la *sharia* rija con carácter planetario.

Como señala Roy, "le califat est un fantasme : c'est le mythe d'une entité idéologique en perpétuelle expansion territoriale. [...] Le concept de califat global, en expansion permanente et refusant tout compromis avec l'hérésie et le *kofr* (la mécréance), impliquant aussi la poursuite du djihad mondial et du terrorisme, rend impossible toute négociation sur les nouvelles frontières, car jamais les occidentaux n'accepteront la mise en place d'un État qui cette fois sera vraiment terroriste"⁴⁸. En esta visión de conquista perpetua desaparece el principio de distinción propio de las leyes y costumbres de la guerra: es legítimo combatir a los civiles y sus bienes porque forman parte de la comunidad de los infieles (*kufar*), a la que hay que destruir para dejar paso a la *umma*.

La narrativa yihadista en la versión preconizada por el Estado Islámico glorifica la juventud, la fuerza, la violencia, el terror y la muerte, incluida la del propio *mujahid* (combatiente). Este perfil nihilista recuerda a la 'propaganda por el hecho' del anarquismo y la lógica de 'destrucción creadora' practicada por otros movimientos

⁴⁴ Para una revisión exhaustiva del progresivo distanciamiento entre Al-Qaeda y el Estado Islámico y de las diferencias ideológicas y discursivas entre ambas organizaciones puede consultarse ROY, O. *op. cit.*, pp:135-145.

⁴⁵ BEUTEL, A. *et alia* "Field Principles for Countering and Displacing Extremist Narratives", en *Journal of Terrorism Research*, Vol. 7, Núm. 3, The Centre for the Study of Terrorism and Political Violence, 2016, p. 37

⁴⁶ CHOWDURY, N.; SUGG, B. "A Tale of Two Jihads: Comparing the al-Qaeda and ISIS Narratives", *IPI Global Observatory*, 9 de febrero de 2015, p. 2

⁴⁷ "Cette quête de l'espace islamisé va paradoxalement de pair avec l'islam mondialisé : on cherche un lieu, détaché de toute histoire réelle, de toute culture traditionnelle, où l'on pourrait vivre son 'pur islam'. La recherche d'une niche territoriale va de pair avec l'appartenance à l'islam globalisé, à condition bien sûr que cette niche ne corresponde à aucune vraie société, qui pourrait imposer sa culture et ses coutumes : c'est bien ce que Daech paraît offrir" ROY, O. *op. cit.*, p.30

⁴⁸ ROY, O. *op. cit.*, pp.10,144

violentos con componente de rebelión generacional, como el brigadismo fascista italiano o los jemeres rojos.

En el caso del Estado Islámico, este relato atrae a las generaciones jóvenes mediante la exhibición de una crueldad espectacular, próxima a la estética del cine y los videojuegos, que se transmite por canales que les son familiares (internet y redes sociales). Se trata de una narrativa muy audiovisual, vanguardista y acorde con los gustos y las costumbres de la cohorte que constituye su destinatario potencial, que se comparte en redes y se difunde así sobre todo entre grupos de afines (amigos, hermanos, primos). Todo ello proporciona a sus adeptos una sensación de pertenencia, de proyecto compartido entre iguales y de diferencia radical, rompedora, con respecto al resto de la comunidad.

El núcleo del relato es el nacimiento de un hombre nuevo, desligado de todo vínculo; un 'musulmán global' capaz de dejarlo todo para practicar la yihad y la *hijra* (migración por razones religiosas) junto con su familia, entendida ésta también como una pequeña *umma* restringida a la esposa y los hijos, sin espacio para colectivos más extensos y de perfil menos global: "Daech encourage le djihad en famille (contrairement à Al-Qaïda). Il y a bien ici la volonté, présente dès le début du mouvement djihadiste, de créer un type nouveau d'*homo islamicus*, détaché de toutes les appartenances nationales, tribales, raciales ou ethniques, voire même familiales et affectives, un homme véritablement déraciné, afin de créer une nouvelle société à partir d'une table rase. Iconoclasme (la destruction des œuvres culturelles) et familialisme vont ici ensemble"⁴⁹.

La centralidad de la novedad y la obsesión por la destrucción creativa en el relato yihadista del Estado Islámico explican la iconoclasia: "Partout, cette haine générationnelle prend aussi un aspect logique: l'iconoclasme culturel. On détruit non seulement les corps, mais les statues, les temples et les livres. On détruit la mémoire. 'Faire table rase' est le projet"⁵⁰. La acción destructiva se enmarca en una narrativa de redención religiosa que busca la implantación de un proyecto radicalmente innovador, basado en la imposición de una teocracia regida por la interpretación rigorista de la ley islámica (*sharia*). Ninguna de las culturas precedentes tiene cabida en ese proyecto ni en su relato de autolegitimación. Así pues, la iconoclasia va unida a la voluntad de erradicación de comunidades concretas consideradas heréticas, por no encajar con la visión del hombre nuevo y de la *umma* perfecta, como los enclaves cristianos en toda la región o los yazidíes iraquíes (considerados adoradores del diablo)⁵¹. La aniquilación de estas comunidades aspira a ser definitiva, permanente: el Estado Islámico las condena no sólo a la extinción, sino también al olvido.

Mención aparte merece la comunidad chií, que por su presencia y poder en el territorio y por el enfrentamiento histórico mantenido con los sunníes, se ha convertido en objetivo prioritario del Estado Islámico. De hecho, la propaganda de esta formación insiste en que la destrucción de los santuarios, tumbas y mezquitas chiíes es una obligación del buen musulmán⁵². En el apartado anterior vimos el grado de destrucción intensiva y sistemática sufrida por el patrimonio cultural chií en Irak y Siria, que prueba el arraigo de esta narrativa y su capacidad para producir efectos. Un factor adicional de preocupación es su maleabilidad y transmisibilidad a otros escenarios; es el caso de

⁴⁹ ROY, O. *op. cit.*, p.50

⁵⁰ ROY, O. *op. cit.*, p.10

⁵¹ Al respecto puede consultarse por ejemplo Al-Jazeera (2016). El Parlamento Europeo concedió el Premio Sakharov por la Libertad de Pensamiento 2016 a las supervivientes de la persecución contra los yazidíes Nadia Murad y Lamiya Aji Bashar (véase *Parlamento Europeo* "Nadia Murad and Lamiya Aji Bashar winners of 2016 Sakharov Prize", 27 de octubre de 2016).

⁵² CHOWDURY, N.; SUGG, B. *op.cit.*, p. 2

Afganistán y Pakistán, donde algunos jefes talibanes han hecho suyo el discurso del Estado Islámico y lo están aplicando con rigor creciente.

2.3. Reacciones internacionales

"In Siria and Iraq, the industrial scale of artefact looting and illegal archaeological excavations that accompanies the destruction of heritage sites feeds into large scale trafficking by organised crime networks. Together with drugs and petrol, cultural goods are a source of funding for Da'esh terrorist activities, allowing the prolongation of armed conflicts"⁵³

La destrucción del patrimonio de la Humanidad perpetrada por el Estado Islámico despertó reacciones entre la comunidad internacional prácticamente desde su inicio. Ya en julio de 2014, la UNESCO puso en marcha el *Emergency Response Action Plan* (ERAP) para la persecución del tráfico de obras de arte en Irak (en Siria estaba activo un mecanismo semejante desde 2013). Asimismo, en diciembre de ese año convocó una reunión dedicada a analizar la destrucción del patrimonio cultural en ambos países, poniéndola en relación con la persecución de determinadas minorías. En marzo de 2015 lanzó la campaña global *#Unite4Heritage* en internet, destinada a concienciar a la ciudadanía sobre la importancia de la protección del patrimonio, y puso en marcha una serie de iniciativas de colaboración con Interpol y la Oficina de Naciones Unidas para las Drogas y el Crimen Organizado, con el fin de incrementar la efectividad en la persecución del tráfico ilícito de obras de arte⁵⁴.

Por su parte, Naciones Unidas se ha pronunciado varias veces contra las destrucciones patrimoniales en la zona. Ya la Resolución 1483 de 2003 prohibía el tráfico de bienes culturales extraídos ilegalmente de Irak tras la invasión de Kuwait, y hacía un llamamiento a favor de la devolución de los mismos. Más recientemente, la Resolución 2199 de 2015 sobre el terrorismo yihadista en Siria e Irak incluyó una condena de la destrucción y saqueo del patrimonio por estos grupos (no sólo el Estado Islámico, sino también el Frente al-Nusra y otros grupos afines a Al-Qaeda), así como su uso con fines de financiación del terrorismo.

No obstante, el paso más importante a los efectos que nos ocupan ha sido la aprobación de la ya mencionada Resolución 2347, el 24 de marzo de 2017. Con ella el Consejo de Seguridad pone en el primer plano la defensa del patrimonio cultural contra las acciones de los grupos yihadistas (de nuevo dedicando especial atención al Estado Islámico, aunque sin olvidar a Al-Qaeda y afines). La Resolución parte del concepto de limpieza cultural y subraya los peligros que ésta trae consigo, señalando que "the unlawful destruction of cultural heritage, and the looting and smuggling of cultural property in the event of armed conflicts, notably by terrorist groups, and the attempt to deny historical roots and cultural diversity in this context can fuel and exacerbate conflicts and hamper post-conflict national reconciliation, thereby undermining the security, stability, governance, social, economic and cultural development of affected States"⁵⁵. A continuación destaca la doble amenaza de la destrucción deliberada y del tráfico de bienes culturales, hace referencia al marco jurídico aplicable⁵⁶ y reconoce las acciones llevadas a cabo por la UNESCO, la Interpol y la Oficina de Naciones Unidas para las Drogas y el Crimen Organizado, especialmente en materia de lucha contra la

⁵³ EPRS *op.cit.*, p.2

⁵⁴ EPRS *op.cit.*, pp.4-6

⁵⁵ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS Resolution for the protection of heritage (S/RES/2347/2017), 2017, p.1

⁵⁶ En particular, menciona la Convención de 1954 y sus dos protocolos, la Convención de 1970 sobre Mecanismos de Prohibición y Prevención de la Importación, Exportación y Transmisión Ilícitas de Bienes Culturales, la Convención de 1972 sobre Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, la Convención de 2003 para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial y la Convención de 2005 para la Protección y Promoción de las Manifestaciones de Diversidad Cultural.

financiación del terrorismo. Por último, urge a los Estados Miembros a extremar sus esfuerzos en la lucha contra esta lacra -tomando medidas precautorias en tiempos de paz, contribuyendo con recursos humanos, materiales y financieros a la protección del patrimonio y a la lucha contra el tráfico ilegal del mismo-, y se hace eco de la primera condena del Tribunal Penal Internacional contra un yihadista por crímenes de guerra relacionados con la destrucción de bienes culturales⁵⁷.

En esta Resolución resulta particularmente interesante la serie de medidas que se proponen para combatir el tráfico de bienes culturales ilegalmente sustraídos en Siria e Irak, que comprende el desarrollo de inventarios digitalizados de bienes, la mejora de los sistemas de certificaciones y la colaboración entre autoridades de distintos países y administraciones, con vistas a detectar los bienes traficados y evitar que sean dañados o perdidos, o que se conviertan en instrumentos de financiación bélica y/o terrorista⁵⁸.

También Europa ha mostrado su preocupación por este problema en varias ocasiones. En febrero de 2015, la Comisión Europea y la Alta Representante para la Política Exterior y de Seguridad publicaron una comunicación conjunta titulada *Elements for an EU Regional Strategy for Syria and Iraq as well as the Da'esh Threat*, que incluía una condena contra la destrucción masiva y el tráfico de bienes patrimoniales sirios e iraquíes. En abril de ese mismo año el Parlamento Europeo aprobó una Resolución sobre la destrucción del patrimonio cultural por el Estado Islámico, en la cual se llamaba a utilizar la tecnología geoespacial para recoger y distribuir rápidamente información sobre el patrimonio en situaciones de crisis y conflicto armado. En junio de 2015 el Parlamento volvió a pronunciarse para condenar la destrucción sistemática llevada a cabo en Palmira. En febrero de 2016, la Comisión Europea presentó su Plan de Acción para reforzar la lucha contra la financiación del terrorismo, que incorporaba una alusión al tráfico de bienes culturales y anunciaba nuevas medidas de cara al futuro⁵⁹. Por último, ya en 2017 el Parlamento Europeo volvió a pronunciarse sobre esta materia en su Resolución sobre la estrategia de la UE para las relaciones culturales internacionales, presentando las propuestas siguientes:

“44. Solicita la creación, sin demora, de un mecanismo que actúe a favor de la prevención, la evaluación y la reconstrucción del patrimonio cultural en peligro, así como la evaluación de las pérdidas, incluyendo un mecanismo rápido de actuación de emergencia para salvaguardar el patrimonio en países en situación de conflicto que se apoye en la experiencia de la iniciativa «cascos azules de la cultura» de las Naciones Unidas, en cooperación estrecha y estructurada con la UNESCO y con el apoyo tecnológico de Copernicus, el Programa Europeo de Observación de la Tierra; a este respecto, acoge con agrado la adopción por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de la Resolución 2347, en la que se afirma que la destrucción del patrimonio cultural puede constituir un crimen de guerra, y pide a la Unión y al SEAE que trabajen con todos los socios para contribuir a la prevención de conflictos, a la construcción de la paz y a los procesos de restauración y reconciliación en todas las zonas afectadas por conflictos;

45. Solicita coordinación a nivel de la Unión en la lucha contra el tráfico ilícito de objetos culturales sustraídos en conflictos armados y guerras, así como en la restitución

⁵⁷ Se trataba de Ahmad Al-Mahdi Al-Faqi, alias 'Abú Turab', miembro del grupo Ansar Al-Din, que fue condenado por el Tribunal Penal Internacional a 9 años de prisión por la destrucción de bienes patrimoniales de la humanidad en Tombuctú (véase *El Periódico* “El TPI condena a 9 años de cárcel a un yihadista por la destrucción de mausoleos en Tombuctú”, 27 de septiembre de 2016).

⁵⁸ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS Resolution for the protection of heritage (S/RES/2347/2017), 2017, pp.5-6

⁵⁹ EPRS *op.cit.*, pp.8-10

de dichos bienes, reconociendo que dicha coordinación desempeña un papel esencial en los esfuerzos por bloquear la financiación de grupos terroristas”⁶⁰.

Todas estas iniciativas internacionales revelan una sincera preocupación por el fenómeno de la destrucción y sustracción del patrimonio por parte de grupos yihadistas, y la existencia de propuestas interesantes para combatir dicha lacra. No obstante, será precisa una implicación más activa y concreta de los Estados para pasar de las palabras a los hechos. En primer lugar, es necesario que éstos ratifiquen los diversos convenios internacionales para la protección del patrimonio e implementen las medidas sancionadas por dichos instrumentos, en especial las de carácter preventivo y la puesta en común de información, listados y certificaciones. Pero además, se requiere voluntad política y una aportación financiera considerable. En Irak y Siria, donde el daño ya está hecho, hará falta un enorme apoyo internacional para la reconstrucción post-conflicto, que deberá incluir la restauración –en la medida de lo posible– de los bienes dañados y la búsqueda y restitución de aquellos que han sido objeto de sustracción y tráfico. La experiencia histórica demuestra que esa tarea puede suponer décadas de esfuerzos: sólo con el acompañamiento de la comunidad internacional podrán llevarla a cabo estos países, destrozados por años de conflicto.

3. CONCLUSIONES

Proteger el patrimonio cultural de la humanidad es una tarea ardua y costosa ya en tiempo de paz, pero la dificultad se multiplica durante los conflictos armados, cuando las urgencias son otras. Por eso, para proteger debidamente los bienes durante las guerras, es preciso llevar a cabo actuaciones previas en tiempo de paz. En el plano de la prevención se pueden desarrollar nuevos mecanismos y herramientas útiles y aún poco exploradas.

Por ejemplo, Kila menciona la necesidad de procurar una mejor cooperación militar internacional, con recursos financieros suficientes y con la cooperación activa de expertos culturales que deberían desempeñar una labor de asesoramiento, tras haber recibido ellos mismos conocimientos en materia de estrategia y táctica militar y funcionamiento de la cadena de mando. Asimismo recomienda la creación de un organismo militar que evalúe las emergencias culturales, y que se complemente con un paraguas institucional civil encargado de reemplazar al militar tan pronto finalicen las hostilidades⁶¹.

Pignatelli también destaca la obligación de formación de las fuerzas armadas y de difusión de la cultura de protección del patrimonio que compete a todos los Estados Parte del Convenio de 1954⁶². Algunos organismos, como la CICR, han trabajado intensamente en esa dirección⁶³.

Por su parte, Miranda coincide en que los militares no necesariamente están motivados *per se* para defender el patrimonio, de manera que es preciso proporcionarles los medios materiales y la instrucción adecuada, para que incluyan esa tarea de forma habitual en su rutina de trabajo. Además, el autor se ocupa de la cuestión del tráfico de bienes culturales, que como hemos visto resulta clave en las nuevas guerras: “el expolio y el tráfico ilegal de bienes culturales es un buen negocio porque existe una demanda cada vez más alta de este tipo de bienes, y en este sentido, los países occidentales ricos son los principales destinatarios de estos bienes, por lo que

⁶⁰ PARLAMENTO EUROPEO *Resolución de 5 de julio sobre una estrategia de la UE para las relaciones culturales internacionales*, (2016/2240(INI)), 2017

⁶¹ KILA, J. D. *op.cit.*, pp.71

⁶² PIGNATELLI, F. *op.cit.*, pp.144

⁶³ DUTLI, M.T. *Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*. Informe de la Reunión de Expertos del CICR 2002, pp.107-109, 135-138

además de actuar sobre el terreno es necesario impedir que aquellos que demandan esos bienes (coleccionistas, museos, etc.) se vean protegidos por el propio sistema y sus conductas tengan consecuencias lo suficientemente disuasorias⁶⁴. Precisamente esta es la línea que está siguiendo la Unión Europea en su campaña contra la financiación del terrorismo yihadista: se trata de impedir que Occidente acabe contribuyendo, a través de la compra de bienes culturales traficados, al sostén de guerras y actividades terroristas.

Cosa más compleja es superar "la obsolescencia estructural del canon decimonónico en el que los únicos actores internacionales eran los Estados"⁶⁵. Reconociendo el acierto de la afirmación y la necesidad de avanzar hacia un marco normativo mejor, más complejo y útil para el contexto actual, persiste la duda sobre cómo alcanzar tal objetivo. Si a día de hoy no ha sido posible lograr la ratificación de los instrumentos existentes por todos los Estados del mundo – pese a que los Estados son el ámbito natural de aplicación de estas normas- menos probable aún será ganar la aquiescencia y la colaboración de actores no estatales, mucho más difusos, imprevisibles y cambiantes que los Estados. No obstante, son abundantes las voces que han identificado ya el problema: cabe esperar que sean también capaces de avanzar hacia la solución.

BIBLIOGRAFIA

BAKER, R.; ISMAEL, S.T; ISMAEL, T.Y. *Cultural Cleansing in Iraq. Why Museums were looted, Libraries burned and Academics murdered*, Pluto Press, Londres, 2010

BEUTEL, A. *et alia* "Field Principles for Countering and Displacing Extremist Narratives", en *Journal of Terrorism Research*, Vol. 7, Núm. 3, The Centre for the Study of Terrorism and Political Violence, 2016, pp.36-49 <https://jtr.st-andrews.ac.uk/articles/10.15664/jtr.../download/>

BEVAN, R. *The Destruction of Memory: Architecture at War*, Reaktion Books, Londres, 2006

CAAMIÑA, C.M. "La protección internacional de los bienes culturales en tiempo de guerra", *International Law: Revista colombiana de derecho internacional*, núm. 3, junio 2004, pp.73-107 <http://www.redalyc.org/pdf/824/82400302.pdf>

CHOWDURY, N.; SUGG, B. "A Tale of Two Jihads: Comparing the al-Qaeda and ISIS Narratives", *IPI Global Observatory*, 9 de febrero de 2015 <https://theglobalobservatory.org/2015/02/jihad-al-qaeda-isis-counternarrative/>

DUTLI, M.T. *Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*. Informe de la Reunión de Expertos del CICR 2002 http://ge-iic.com/files/Cartasydocumentos/Proteccion_bienes_culturales_en_conflicto_armado.pdf

EPRS "Protection of cultural Heritage in armed conflict", *Briefing*, March, PE 579.081, 2016 http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/579081/EPRS_BRI%282016%29579081_EN.pdf

KALDOR, M. *Las nuevas guerras: la violencia organizada en la era global*, Tusquets, Barcelona, 2001

KALDOR, M. "In defence of new wars", *Stability*, 2(1):4, 2013, pp. 1-16 http://eprints.lse.ac.uk/49500/1/_lse.ac.uk_storage_LIBRARY_Secondary_libfile_share

⁶⁴ MIRANDA GONCALVES, R. *op.cit.* p.253

⁶⁵ *Ibidem*.

[d_repository_Content_Kaldor%2CM_Kaldor_Defence_new_wars_2013_Kaldor_Defence_new_wars_2013.pdf](#)

KILA, J. D. "Protección de bienes culturales en conflictos armados", Afkar/Ideas, otoño 2014, pp. 68-71 http://www.iemed.org/observatori/arees-danalisi/arxiu-adjunts/afkar/afkar-ideas-43/afkar43_Joris_Kila_cultura_conflictos_es.pdf

MIRANDA GONÇALVES, R. "La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado", *Revista Jurídica da Presidência*, Vol. 19, núm. 118, 2017, pp. 244-256 <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1622/1210>

MÜNKLER, H. "The Wars of the 21st Century", *International Review of the Red Cross*, vol.85, núm. 849, marzo 2003, pp. 7-22

PARLAMENTO EUROPEO *Resolución de 30 de abril sobre la destrucción de lugares de interés cultural perpetrada por el EI/DAESH*, (2015/2649 (RSP)), 2015

PARLAMENTO EUROPEO *Resolución de 5 de julio sobre una estrategia de la UE para las relaciones culturales internacionales*, (2016/2240 (INI)), 2017

PIGNATELLI, F. "La protección de los bienes culturales en los conflictos armados.", Actas del curso "La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales", Ministerio de Cultura, 2008 http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/dms/mecd/cultura-mecd/areas-cultura/patrimonio/mc/lcti/capitulos/LCTI_13_Proteccion_Bienes.pdf

ROY, O. *Le djihad et la mort*, Seuil, Francia, 2016

RUEDA ROIGÉ, F.J. "La protección internacional del patrimonio cultural en caso de conflicto armado", *Locus Amoenus* 4, 1998-1999, 1996, pp. 249-266

SCHMID, A.P. "Challenging the Narrative of the Islamic State", en *ICCT Research Paper*, International Centre for Counter Terrorism, La Haya, junio 2015 <https://www.icct.nl/wp-content/uploads/2015/06/ICCT-Schmid-Challenging-the-Narrative-of-the-Islamic-State-June2015.pdf>

CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS Resolution for the protection of heritage (S/RES/2347/2017), 2017 <http://undocs.org/S/RES/2347%282017%29>

UNESCO "Frente a la Historia: Los museos y el patrimonio en los períodos de conflicto y post-conflicto", en *Museum International*, vol. LV, nº 3-4/219-220, diciembre 2003 <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001335/133504s.pdf>

URUEÑA, R. "La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y paz", *Cadernos de Estudios Empresariales*, núm. 14, 2004, pp. 245-260 <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1301224>

PRENSA

ABC "¿Qué habría sido de Malí si no estuviéramos aquí?", 10 de febrero de 2018 http://www.abc.es/espana/abci-habria-sido-mali-si-no-estuvieramos-aqui-201802102019_noticia.html

Al-Jazeera "UN: Yazidi genocide in Iraq still ongoing, unaddressed", 3 de agosto de 2017 <http://www.aljazeera.com/news/2017/08/yazidi-genocide-iraq-ongoing-unaddressed-170803162047238.html>

CNN "US troops accused of damaging Babylon's ancient wonder", 31 de julio de 2009 <http://edition.cnn.com/2009/WORLD/meast/07/31/iraq.babylon.damage/>

El Periódico "El TPI condena a 9 años de cárcel a un yihadista por la destrucción de mausoleos en Tombuctú", 27 de septiembre de 2016 <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20160927/tpi-condena-carcel-yihadista-destruccion-mausoleos-tombuctu-5419569>

Foreign Policy "Erdogan's Fatal Blind Spot", 15 de febrero de 2018 <https://foreignpolicy.com/2018/02/15/erdogans-fatal-blind-spot/>

Parlamento Europeo "Nadia Murad and Lamiya Aji Bashar winners of 2016 Sakharov Prize", 27 de octubre de 2016 <http://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/eu-affairs/20161024STO48414/nadia-murad-and-lamiya-aji-bashar-winners-of-2016-sakharov-prize>

UNESCO "UN Security Council adopts historic resolution for the protection of heritage", Nota de prensa, 24 de marzo de 2017 <https://en.unesco.org/news/security-council-adopts-historic-resolution-protection-heritage>

LABOR MARKET IN CHINA: LABOR RIGHTS, INTERNAL MIGRATION, AND CURRENT TRENDS

César Álvarez-Alonso¹

Harvard University, USA

Álvaro San Martín Rodríguez²

Universidad de León, Spain

Felipe Debasa³

Universidad Rey Juan Carlos, Spain

Summary: Introduction; I. China's economic growth and the role of its labor market; II. Internal migration within China; III. Current situation of the labor market in China and labor rights; Conclusions.

Abstract: One of the pillars of China's booming economic growth is its labor market. Behind the world's second-largest economy -made up of a labor force of over 900 million and based on the foundation of solid and growing economic stability- is a working population subject to very different labor conditions to those of its western competitors, thereby creating an advantage and a high degree of attractiveness for foreign investors. This paper explores the labor market and labor rights in China, the role played by the government, workers' organizations and international actors, migration flows as well as the prospects of a country considered to be the "factory of the world".

Keywords: labor market, labor rights, rural-urban migration, China

INTRODUCTION

China, the leading country of one of the most spectacular transformational stories of our time, is determined to become the world's leading economic power. As the world's most populous country according to the most recent census, with more than 1.404 billion people,⁴ China lies well ahead of its main competitor, the United States of America,⁵ a country which Beijing estimates it will surpass as the world's leading economic power by 2025.

The economy of the People's Republic of China is the world's second largest in terms of nominal GDP. It has also become the largest in purchasing power parity according to the International Monetary Fund (IMF)⁶. Since the initiation of reforms

¹ Visiting Researcher at the Institute for Global Law and Policy

² Ph.D. Candidate at the School of Law

³ Associate in the School of Social and Legal Sciences

⁴ UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, POPULATION DIVISION. *World Population Prospects: The 2017 Revision*, New York (UN), 2017. Custom data acquired via website, September 2017, available at <https://esa.un.org/unpd/wpp/DataQuery/>

⁵ The United States is estimated to have a population of 323 billion making it the third most populous country in the world, see U.S. CENSUS BUREAU: *Annual Estimates of the Resident Population: April 1, 2010 to July 1, 2016 - 2016 Population Estimates*, Suitland, 2016.

⁶ INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Report for Selected Countries and Subjects*, Washington D. C., 2014.

and development in 1978, China has exceeded all expectations reaching a GDP growth of 6.7% in the second quarter of 2018, up from 6.9% during the same period in 2017, according to a statement from the National Bureau of Statistics (NBS) in July, 2018⁷. For the entire year 2018, the Chinese government targets growth at around 6.5%, the same as in 2017, and this amid intensifying tariff battle with the US as well as efforts to deleverage debt and financial risks⁸.

However, in our globalized world⁹, capital remains the only force that truly transcends borders as labor relations remain dependent on the internal regulations of individual countries¹⁰. In China, this powerful economic development has moved far faster than progress in labor rights.

Although the situation has changed significantly since reforms began in 1978, China still lacks an efficient framework for labor rights comparable to those implemented by its western competitors, and even the application of the existing framework is in many cases still ineffective. The Labor Contract Law¹¹, which sought to unify all employment matters into a single legal body, was approved in 2007. However, its scope is not all-encompassing, and a large part of the provisions of the previous Labor Contract Law from 1995¹² remains in force. The result is a considerably fragmented regulatory framework that hinders the understanding of the system by foreign investors¹³.

This paper provides a brief guide to the current situation of labor relations in China and analyzes the prospects and challenges the nation faces as it looks to rise to the top of the world's economy.

I. CHINA'S ECONOMIC GROWTH AND THE ROLE OF ITS LABOR MARKET

Following the proclamation of the People's Republic of China in Tiananmen Square in 1949, a paternalistic regime came to power which, for most Chinese workers, guaranteed a series of rights considered a social contract in exchange for political loyalty. This was a historic moment for a country which at that time was in a precarious economic situation, with little to no scientific and technological development, a small industry and high poverty rates.

Most of these workers, especially those from urban areas, gained job stability and access to housing; only a small percentage were recruited from rural areas to cover

⁷ NATIONAL BUREAU OF STATISTICS OF CHINA. *Preliminary Accounting Results of GDP for the Second Quarter and the First Half of 2017*, Xicheng, 2017. http://www.stats.gov.cn/english/pressrelease/201707/t20170718_1514198.html

Accessed May 2018

⁸ Trading Economics. <https://tradingeconomics.com/china/gdp-growth-annual>

Accessed September 2018

⁹ SAURA, J.R., REYES-MENENDEZ, A. y ALVAREZ-ALONSO, C. Do online comments affect environmental management? Identifying factors related to environmental management and sustainability of hotels. *Sustainability*, in Special Issue e-Business, 10(9), 3016. doi: 10.3390/su10093016, 2018

¹⁰ BENNETT D., YÁBAR D.P.B. y SAURA J.R. University Incubators May Be Socially Valuable, but How Effective Are They? A Case Study on Business Incubators at Universities. In: Peris-Ortiz M., Gómez J., Merigó-Lindahl J., Rueda-Armengot C. (eds) *Entrepreneurial Universities. Innovation, Technology, and Knowledge Management*. Cham, Switzerland: Springer. doi: 10.1007/978-3-319-47949-1_11, 2017

¹¹ Labor Contract Law of the People's Republic of China, (promulgated by the Nat'l People's Cong., July 5, 1994, effective Jan. 1, 2008).

¹² Labor Contract Law of the People's Republic of China, (promulgated by the Nat'l People's Cong., Jun. 29, 2007, effective Jan. 1, 1995).

¹³ SAURA, J.R., PALOS-SANCHEZ, P.R. y RIOS MARTIN, M.A. Attitudes to environmental factors in the tourism sector expressed in online comments: An exploratory study. *International Journal of Environmental Research and Public Health*. 15(3), 553; doi:10.3390/ijerph15030553, 2018

production peaks which means that there was very little migration from the countryside to the cities. This situation led to a deceleration of the Chinese economy compared to its capitalist competitors, suggesting the need to introduce new reforms for regeneration.

Starting in 1978, Deng Xiaoping, the so-called 'Architect of Change,' would lead a period of surprising economic growth, radically boosting the economy without changing the country's political foundations. In the first period of reforms (1978-1984) controls on the agricultural sector were relaxed considerably, thus allowing the emergence of small-scale industries. Along with the devaluation of the yuan, China managed to establish an economic model of investment, savings and cheap exports which has been maintained to this very day. In addition to un-collectivizing agriculture and surprisingly increasing the productivity of farmers, China opened to foreign investment and the creation of private enterprises.

The second period of reforms (1984-1993) decentralized state control and allowed the provinces to invest in growth formulas. Private companies changed the work landscape and did not have to give to their workers the same benefits as those enjoyed by employees of state-owned enterprises –their working conditions rested in the hands of the free market– which meant the progressive dismantling of the socialist contract. By removing the social benefits that the workers had traditionally enjoyed, companies started growing and became more competitive, creating huge business opportunities.

From 1979 to 1995, 220 million new jobs were created, 20 million more than under the traditional socialist system. Between 1979 and 1998, 14.7 million new jobs were created per year, significantly more than the 8 million new jobs created per year under Maoism.¹⁴ Although the great population difference between the urban and rural sectors was clear in this early period, economic reform generated great changes in socio-economic conditions, both within and outside the agricultural sector, which favored the growth of rural enterprises. In a stable environment with little competition, the peasants' initiative and entrepreneurial ambition led to the rise of rural enterprises, which multiplied the number of workers from 22 million in 1978 to 123 million in 1995.¹⁵

Despite this growth, over 500 million peasants have moved from rural areas to urban centers since 1978. In 1972 the rural population accounted for 82.81% of the country's total population. By 2016, it accounted for less than half (43.22%) according to World Bank estimates¹⁶, showing an important increase of migration flows within the country. By contrast, this change took place over a period of 150 years in Europe; whereas in Latin America it took over two centuries. This excessive acceleration in the urban population was a consequence of the improvement of the economic foundations and the need to provide the rapidly industrializing economy with an appropriate labor force.¹⁷

¹⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, J. and XUE DONG L. *El mercado laboral en China: situación actual y perspectivas*. Comercio Exterior, Vol.49, num.7, 1999, p. 627.

¹⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, J. and XUE DONG L. *El mercado laboral en China: situación actual y perspectivas*. Comercio Exterior, Vol.49, num.7, 1999, p. 630.

¹⁶ World Bank Staff estimates based on United Nations, World Urbanization Prospects, <https://data.worldbank.org/indicator/SP.RUR.TOTL.ZS?locations=CN> Accessed May 2018

¹⁷ With this fact, the collateral damages of this rural immigration have manifested. "The unprecedented influx has created overcrowding, social disorder and downward pressure on wages in the cities, as the Chinese economy, even with impressive double-digit growth, fails to create enough jobs to accommodate all rural migrants. Thus the most ambitious among them see leaving China as an attractive option." More about the migration phenomenon of Chinese workers at KWONG, P. *Chinese Migration Goes Global*. YaleGlobal Online, 2017 <https://yaleglobal.yale.edu/content/chinese-migration-goes-global>

These socio-economic developments were accompanied by changes, both positive and negative in the workplace¹⁸. While they brought reduced political control in the workplace, freedom to choose an occupation, access to consumer goods and wage increases, millions of workers displaced from rural areas suffered from extremely harsh working conditions and others employed by state-owned enterprises lost their jobs without the possibility of relocation.

In 1995, China's first unified national labor code came into force (The Labor Law of the People's Republic of China). Featuring 107 articles in 13 Chapters that included basic rights such as the promotion of employment, wages, working hours and protection of child labor, it was published and promoted intensely by the Chinese government with the aim of normalizing the principles and conditions of employment but was also widely criticized for its significant shortcomings. As stated by Article 1 of the Labor Law, the main purpose is to "protect the legitimate rights and interests of workers, readjust labor relationship, establish and safeguard the labor system suiting the socialist market economy, and promote economic development and social progress".

The lack of effectiveness in their application by local governments, employers' unfamiliarity, ignorance on the part of workers and the fear of retaliatory behavior limited the effectiveness of the law in practice. In the ensuing 10 years, these limitations resulted in all kinds of cases of labor rights' abuses committed by (mostly foreign) companies on workers.

By this time, the creation of employment was no longer associated with political factors or ideology; it was now subject to market forces and labor capacity, skills, and abilities of workers. Conditions were therefore very different. In an environment in which a booming and aggressive industry desperately needed labor, the weak and limited labor regulations laid out by the Labor Contract Law of 1995 were not enough to prevent the violation of many workers' labor rights, leading to non-payment of wages, excessive working hours, poor security conditions and mass layoffs. Worker discontent was reflected through the emergence of strikes and demonstrations and even collective suicides in several company workforces.

In an effort to calm this labor unrest, the Chinese authorities focused the common consensus framework between workers and companies on the employment contract. Even though they provided both job opportunities and business profits, contracts were not always very useful and were often either signed without all the necessary information or not signed at all.

There was also another new development in this critical socio-occupational context¹⁹: the mobility of workers was initially not up to company needs²⁰. New technologies demanded a higher level of employee training, and consequently, the Chinese labor market became more dynamic, thus bringing an end to the traditional socialist full employment model.

In this labor scenario, it was not until 2001 that changes in the Chinese labor market began to take place. These changes, always linked to the structural and

Accessed May 2018

¹⁸ SAURA, J.R., PALOS-SANCHEZ, P. y DEBASA, F. El problema de la Reputación Online y Motores de Búsqueda: Derecho al Olvido. *Cadernos de Dereito Actual* 8, 2017, pp. 221-229

¹⁹ PALOS-SANCHEZ, P., HERNANDEZ-MOGOLLON, J.M. y CAMPON-CERRO, A.M. The Behavioral Response to Location Based Services: An Examination of the Influence of Social and Environmental Benefits, and Privacy. *Sustainability*, 9(11), 1988, 2017. doi:10.3390/su9111988

²⁰ SAURA, J.R., PALOS-SÁNCHEZ, P. y REYES-MENENDEZ, A. Marketing a través de Aplicaciones Móviles de Turismo (M-Tourism). Un estudio exploratorio. *International Journal of World of Tourism*, 4 (8), 2017, pp. 45-56

institutional changes in the global economy, took center stage during China's entry into the World Trade Organization (WTO).

On December 11, 2001, after 15 years of arduous negotiations, China entered as the 143rd member of the WTO and brought about the arrival of goods from all over the world to the globe's largest market and, at the same time, the flow of Chinese products to all these nations. Foreign companies, notably European and American, have significantly increased their investments in China, an improvement reinforced by the simplification of requirements to open factories in a variety of sectors, a greater security for investors and an increasing supply of jobs (especially in the textile industry).

From this moment on, Chinese authorities increased their efforts to guarantee worker rights. Among other measures, they granted workers the right to leave their jobs immediately if exposed to situations that endangered their lives or infringed on health and safety regulations.

Migrant working conditions were also boosted by recommendations from the State Council. In 2005, the Ministry of Labor and Social Security of China issued an order stating that the formalization of a written contract was not essential for a worker to demonstrate the existence of an employment relationship with their employer, offering legal overprotection to millions of Chinese workers. That was a major achievement

All these measures were the prelude to the most important labor changes of the last 15 years. These were introduced in 2008 with the enforcement of the "Mediation and Arbitration Law"²¹, the Employment Promotion Law²² and, most importantly, the Labor Contract Law of the People's Republic of China, the primary source of labor law in the country. These laws brought the country closer to labor regulations that reflected international best practices, with an emphasis on fixed-term and indefinite employment contracts required by law and more developed mechanisms for conflict resolution.

The Labor Contract Law introduces important improvements in labor protection without limiting the ability of companies to compete in the market by encouraging the conclusion of fixed-term employment contracts, modifying the maximum probation periods, and improving the internal processes of business restructuring. The Employment Promotion Act introduces measures to combat discrimination against internal migrants, establishes a framework for vocational training and guidance, and encourages employers and companies to invest in workforce training. Finally, the Law on Mediation and Arbitration of Labor Disputes improved the effectiveness of agreements in labor disputes, simplified and reduced the procedure for workers, and tightened costs in the event of employer non-compliance.

The Labor Law of 1994 established three ways to resolve labor disputes: litigation, arbitration, and conciliation. The latter has proved to be the most popular form of resolution, but litigation is gaining ground due to the broad capacity of courts to protect labor rights through foreclosures, sanctions and the like. Due to China's aggressive economic growth, the deprivation of its business world and the workers' growing awareness of labor law, an increasing number of employees are going to court to have their rights recognized.

This, in fact, benefits the authorities as they look to defuse labor disputes through legal channels. At least half of judgments handed down are favorable to workers,

²¹ Current term. Formally: The Law on Mediation and Arbitration of Labor Disputes of the People's Republic of China (promulgated by the Nat'l People's Cong., Dic, 28, 2007, effective May 1, 2008).

²² Employment Promotion Law of the People's Republic of China (promulgated by the Nat'l People's Cong., Aug. 30, 2007, effective June 1, 2008).

though the number varies remarkably depending on the province. As a result, the working conditions of Chinese workers have thus improved considerably in recent decades.

However, workers' demands are continuous, and unrest is commonplace.²³ In a country where the right to strike is not contemplated as such (only under the Chinese Federation of Trade Unions, or ACFTU, which is controlled by the government itself), therefore leaving employees participating in strikes open to arrest (not strictly for striking but for altering traffic, business or the social order), labor conflicts have been increasing progressively since 2008.

Labor disputes peaked in 2015 and 2016.²⁴ While 200,000 labor disputes were recorded in 1999, by 2008 the number had risen to one million. Since then, most of the provincially-set minimum wages have grown by over 20% a year, and there have been very few territories that permit minimum wages below the equivalent of 100 € a month or one € per hour.

In a study by Xiliang Feng, an analyst at China's Capital University of Economics and Business, around 75% of labor disputes are wage-related, while less than 2% are related to working conditions²⁵. Additionally, in a third of cases, the conflict is resolved by an agreement between the parties without the intervention of the judicial system. Access to the internet and social networks makes an increasing number of workers aware of their rights and allows them to organize themselves appropriately to attain their demands, a development that has led to an increase in protests across the country.

This change in conditions has led many companies to look for other, more profitable places to produce their products. China does not publish factory closure or relocation figures, but based on an analysis by Justina Yung of Hong Kong Polytechnic University commissioned by the Hong Kong Federation of Industries, the number of plants held by Hong Kong enterprises operating in the Pearl River Delta near Hong Kong fell by nearly a third between its peak in 2006 and 2013. Many of those factories moved to lower-wage countries²⁶. China's labor costs have grown above the inflation rate for years, according to BMI Research, and are currently four times those of Bangladesh, Cambodia, Myanmar, and Laos.

In recent years, it has been observed that the spectacular pace of economic growth experienced by China especially after the Great Proletarian Cultural Revolution that took place from 1966 until 1976, traditionally based on a development strategy

²³ This improvement of the working conditions is a reflection of the economic and social evolution that is taking place in China. Respect for the law and human rights has direct positive consequences on society and although violating it in the short term can increase profits, it removes the incentive to invest in people or in new technology, so eventually hindering growth. See MATTIOLI, M.C. and SAPOVADIA, V.: "Laws of Labor.", *Harvard International Review*, 26 (2), p. 60-64.

²⁴ Data extracted from an illustrative map of labor disputes prepared by China Labor Bulletin, <http://maps.clb.org.hk/strikes/en>
Accessed June 2018

²⁵ See, FENG, X.: "Research on Characteristics of China Labor Disputes in the Social Transition", *International Industrial Relations Association -ILERA- 16th World Congress, 2012*, <https://pdfs.semanticscholar.org/ad3f/a7dbf846fa5cabcbe9af87cbf64db1f5540f5.pdf>
Accessed June 2018

²⁶ INVEST HONG KONG: *The Pearl River Delta Greater*, Hong Kong, 2014, pag.131
http://www.investhk.gov.hk/zh-hk/files/2014/05/InvestHK_GPRD-Book_Eng_Apr2014.pdf
Accessed June 2018

centered on exports and labor-intensive production, has been changing to now focus on an economic strategy of internal investment²⁷.

This strategic shift away from an excessive dependence on the external market towards an increase in domestic consumption and promotion of the country's services sector has not yet compensated for the decline in exports, but it has managed to stabilize the economy and the working conditions of employees who are increasingly aware of their rights.

II. INTERNAL MIGRATION WITHIN CHINA

With Deng Xiaoping, the Chinese economy of the mid-70s received an unprecedented economic boost, thanks to the entry of foreign investment and the creation of private companies. This phenomenon, in the following years, facilitated the progressive and accelerated liberation of the markets, in which little by little the socialist social contract was dismantled to give way to the competitiveness and efficiency of the companies.

The disappearance of the old privileges collected in the socialist and centralist model, such as free housing or life work, were some of the collateral damage caused by this accelerated growth. These aggressive changes implied drastic consequences on the model of social justice and therefore on the priorities of the population, because, "in only twenty years [the Chinese system turned into] to be recognized as one of the most egalitarian societies in the world to occupy almost the last place in distributive terms of income "²⁸. According to Lei Guang, "massive rural-urban migration in China had started with a decline in the state's power early in the reform, and it continued in spite of lingering migration control by state"²⁹. This theory is in line with a large part of the authors who consider that the Chinese state has mainly become an obstacle to urban-rural migration, unlike others who think that the flows are facilitated by a certain sponsorship of the State.

This change of system had a profound effect on the Chinese society of the time, which saw that the imbalance in wealth (especially in rural compared to urban areas) was getting higher, (maintaining even that inequality in the distribution of wealth to this day, since the implementation of the open door policies of the late 70's, until the year 2012, has increased by almost 200%), which together with the lack of incentives in the rural areas, the drop of the prices of the agricultural products and the high cost of the factors of production positioned the large cities of the prosperous coast as an attractive destination to improve their living conditions. As it is suggested by Athar Hussain and Youjuan Wang, "migration widens employment opportunities and should thereby raise return to education and increase the economic incentive to acquire further education"³⁰.

Undoubtedly, the accelerated growth of the cities was not caused exclusively by the mass migration of the population from rural to urban areas, but other factors such as the rapid growth of the birth rate, lower mortality rates, changes in the planning and urban planning had an important implication in this phenomenon. In spite of everything, there is no doubt that the magnitude of the migrations from rural to urban population in China at that time did not have any precedent in comparison

²⁷ Confirmed by the government at the last Chinese National People's Congress (NPC) held, <https://www.cnbc.com/id/100520513>

Accessed July 2018

²⁸ FERNÁNDEZ LOMMEN, Y. *China, la construcción de un Estado Moderno*, Ed. Catarata, 2001, p. 200.

²⁹ GUANG, L. *The State Connection in China's Rural-Urban Migration I*. International Migration Review, June 2005, Vol.39(2), pp. 354-380

³⁰ HUSSAIN, A. And WANG, Y. "Rural-Urban Migration and Marginalization" (Wu, F. and Webster, C.), *Marginalization in Urban China. Comparative Perspectives*, International Political Economy Series, Palgrave Macmillan, New York, 2010, p. 142

with their competing economies at international level and it had an important impact on the product market in China.

If in 1972, the total rural population of the country was 82.81%, in 2016 it represented less than half with 43.22%, according to World Bank estimates³¹. In Europe this change implied 150 years and in Latin America more than two centuries. This exaggerated urban population acceleration was no more a consequence of the economic improvement and the need to provide the labor force to the ebullient industrialization.

However, in this context, the Chinese government's policies have been aimed at or control labor migration and avoid a massive eviction of rural areas through effective tools such as the so-called Hukou, the household registration system that identifies both the location of a home and its rural/urban type. It has been used as a means of restricting the geographical mobility of the Chinese population since 1949³². As described by Tashenova and Kubeeva³³, hukou household registration system is based on four basic principles:

- Migration, especially in urban- areas should be permitted only in cases when it is accompanied by economic development;
- Migration from rural to urban- areas should be strictly controlled;
- Need to control movement- between towns with the same size population;
- Should be encouraged to move- from larger to smaller settlements, as well as between rural areas.

With this, the government has managed to effectively control these migratory flows, however, to a certain extent they have turned out to be counterproductive on certain occasions since it is difficult to find adequate job profiles and has involved significant economic costs and the welfare of citizens of rural areas.

Several experts recommend the progressive elimination of these restrictive Hukou policies to control these exoduses and implement public policies based not on job offers, but on high-yield investments in rural areas and municipal governments, especially in health and education, mobilizing resources needed to attract migrants when there is potential³⁴. The Chinese government faces a problem related to young rural-urban migrants who have become one of the most vulnerable segments of the Chinese population, as Juhua Yang explains³⁵. This new-generation rural-urban are referred to as *xin sheng dai nong min gong* and they usually have no sense of belonging, which causes sometimes social exclusion and barriers to integration into their host societies

³¹ World Bank Staff estimates based on United Nations, World Urbanization Prospects, available at <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.RUR.TOTL.ZS?locations=CN>

³² YUK-PING CHOI, S. "Migration, Family, and Masculinity in Postsocialist China", *Masculine Compromise: Migration, Family, and Gender in China*, University of California Press, Berkeley, 2016, p.7

³³ TASHENOVA, L.V. and KUBEEVA, A.E. "Internal Migration in China: Features and the Main Trends of Development", "Education and Science Without Borders", Vol 2, Issue 2, Prague, 2010, p. 33

³⁴ PARK, A. Rural-Urban Inequality in China, World Bank, p.200

³⁵ YANG, J. "Social Exclusion and Young Rural-Urban Migrants' Integration into a Host Society in China", *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, (648 (1), 2013, p.52

III. CURRENT SITUATION OF THE LABOR MARKET IN CHINA AND LABOR RIGHTS

Labor law in China does not differ significantly from international standards except for forced labor (legally permitted for convicted prisoners and those convicted in administrative labor sanctions) and the freedom of association (to be discussed in detail below). The violation of labor rights is not due to a precarious normative system; rather it can be attributed to deficiencies in its application. The most relevant factors for the growth of labor disputes concern working hours, wages, discrimination, security measures and social benefits.

We will now analyze some of the most relevant labor issues to provide an insight into current working conditions in China.

A) CONTRACT REGIME AND TERMINATION OF EMPLOYMENT RELATIONSHIP.

When looking at the regulatory context in which workers are hired in China, observers must first look at the Labor Contract Law approved on June 29, 2007, which came into force in 2008. This legislation, though it sought to consolidate all labor issues in a single framework, is limited in scope and thus forces the application of provisions from previous labor legislation, namely the Labor Law of 1995.

There are other regulatory matters that are also regulated autonomously such as maternity, matters relating to the social security system or trade unions. These laws are usually supplemented by regulations that specify the general governing principles and make their application more practical but at the same time make their normative framework more complex.

Administrative jurisdiction in labor matters lies with the Ministry of Human Resources and Social Security, which is responsible for developing and enforcing the laws and is divided into different Labor and Social Security departments with regional and local competence (usually sanctions and inspections) in their own territories.

With regards to the labor contract itself, Chinese labor law establishes that it must include basic information (such as the identification of the parties involved, duration, job description, place, hours, remuneration, and responsibilities, among others), and can be negotiated between the two parties.

This must be written and must be formalized within a maximum of one month from the beginning of the provision of services by the worker, as penalties may be imposed otherwise. These penalties oblige the company to pay the employee twice his salary for up to a maximum period of 12 months and, even if this has not yet been formalized in writing, it will be understood that the worker is permanently employed by the company.

Employment contracts must include probation periods determined expressly in the contract. During this period, the salary of the worker cannot be less than the local minimum and must be at least 80% of the contractual wage. If the decision is taken that the worker is unsuitable for the position, notice of at least three days must be given to ensure that the employee in question is not entitled to compensation. The length of the probation period is dependent on the duration of the contract.

Though permanent contracts are encouraged, there are several different types of contract, among them fixed-term, objective-based and permanent. A worker can acquire permanent status after fulfilling one of the following three conditions: working at the company for 10 or more consecutive years while being less than ten years from retirement; when a state-owned enterprise is required to put in place a

new contract due to restructuring; or renewing after two contracts of fixed duration.

A contract can be terminated by either the company or the employee at any time. Chinese employers can terminate employee contracts as long as they do so in accordance with certain laws and regulations. There are several situations in which a company is not permitted to terminate an employee's contract, including pregnancy, occupational illness or if the employee in question has worked at the company for more than fifteen years and is less than five years from official retirement.

Workers are not eligible for compensation or prior notice in the following circumstances: the employee does not comply with the terms of the contract during the probation period; the employee seriously violates company rules; there is a breach of duty or significant damage to the company; the employee is prosecuted for an offense under the law; the employee has additionally established an employment relationship with another employer which materially affects the completion of his tasks with the first employer, or he refuses to rectify this conduct after the same is brought to his attention by the employer; the employee uses such means as deception or coercion or takes advantage of the employer's difficulties, to cause the employer to conclude an employment contract, or to make an amendment thereto, that is contrary to the employer's true intent.

An employee must be provided 30 days' prior written notice and severance: the employee has fallen ill or sustained a non-industrial injury and, at the end of the medical treatment period, can neither engage in the original work nor in other work arranged by the company; the employee is incompetent and remains incompetent after training or assignment to another post; if performance of the original employment contract becomes impossible due to a major change in the objective circumstances upon which the employment contract was based at the time of its conclusion, and consultations between the parties fail to produce agreement on amendment of the employment contract.

The calculation of this allowance considers the average salary of the last twelve months, with a maximum of three times of average local salary (per the official tables). Total compensation cannot exceed the average annual salary.

The compensation, if the period worked is between six months and a year, will be one month's salary. If it is less than six months, it will be only half a month's salary. If the dismissal is contrary to the law, the worker has the right to request reinstatement or compensation of up to twice the amount mentioned previously.

There must be a period of notice of 30 days in the following cases: when the worker has been incapacitated to perform his work, provided that this situation lasts after the period of medical leave, the probation period, or after the change of position; in cases where there is low performance of the worker followed by a change in position or a period of training and in the event that the circumstances under which the contract is signed suffer substantial variation that prevents the achievement of the objectives signed in the contract. This notice period can be corrected with the payment of an extra month of work.

In regards to collective dismissals, the competent authorities have a leading role, as according to the new Labor Contract Law they must approve any restructuring of staff that the companies intend to carry out. They must give 30 days' notice to the trade unions or workers (if the company does not have a union) and the authorities must give effect to these measures, including priority criteria to include or not include certain workers affected (such as contract types or duration in the company).

The threshold to consider collective redundancies is more than 20 workers or 10% of the workforce in a company. The reasons why the employers can carry out these collective dismissals are: the employer is undergoing restructuring under the Enterprise Bankruptcy Law³⁶; the employer has serious difficulties in terms of production or operation; the employer switches production, introduces a major technological innovation or revises its business method, and, after the amendment of employment contracts, still needs to take that step; other major changes in the objective economic circumstances relied upon at the time of conclusion on the employment contracts.

The termination of the contract by the worker is less restricted than by the employer. It can occur at any time and a period of notice of 30 days must be respected in any case (with exceptions in certain circumstances such as threats, illegal orders or in which the life of the worker is endangered).

With regards to hiring procedures, it is necessary to consider an important term within the contracting processes: hukou or the system for temporary residence permits and registration of residence applied among Chinese nationals previously mentioned when migration was analyzed. Chinese workers have freedom of movement throughout the country but the moment they decide to work and live in a place other than where their hukou is, their social rights (such as education or housing) are scaled back to avoid labor disputes. To avoid disputes it is advisable to hire workers whose hukou coincides with the place where the company is located or with their residence permit in force.

Hiring in China is carried out directly by the company or through intermediaries such as public or private employment agencies, fairs or by other means of communication. Different means are available to businesses according to the particular situation.

Foreign companies are free to hire workers through the so-called Labor Service Corporations, created by the government and which maintain continuous contact with the Representative Offices of foreign companies. These organizations are responsible for many of the human resources management tasks that companies need such as facilitating the selection of personnel, training, social security procedures, obtaining visas and work permits, legal advice and transmission, and management of hukou. Among these organizations is FESCO, the first body created for this purpose and which leads the market share of these services. There are other corporations, however, such as China International Intellectech Corp. (CIIC), China Star Corp., China International Talent Development Center, and China International Enterprise Co-operative Corp.

B) WORKDAY AND PERMITS

The working day in China consists of 40 hours per week distributed across five eight-hour days. This time can be extended, following union consultation, for a maximum of 36 hours per month. There are several reasons why these guidelines may not be adhered to, such as emergency repairs to equipment, lines of transportation or public supplies that are out of service and which can, therefore, affect production; natural disasters, accidents; and other reasons that may endanger the life, safety or health of workers.

Workers are entitled to eleven days of vacation per year, Chinese New Year or Spring Festival, Qingming Festival (tomb-sweeping festival), Labor Day, Dragon Boat Festival, Moon Party or Mid-Autumn Festival and national holidays. In addition, workers have the right to days off relative to the number of years worked in the company and their work experience, but these entitlements must be established in

³⁶ Enterprise Bankruptcy Law of the People's Republic of China (promulgated by the Nat'l People's Cong., Aug. 27, 2006, effective June 1, 2007).

the contract, collective labor contract or worker manual. Each province usually grants a series of additional days (between 7 and 20) to married men over the age of 25 or women over 23, in line with the policy of delaying the marriage age.

Overtime pay is 150% of normal pay on a normal working day, 200% if on a rest day and 300% if over the holiday period. Employers who do not grant employees vacation must compensate them with 300% of his daily wage for each day.

Permits exist covering maternity leave (after the birth of the child, with a duration of 90 days), bereavement (between one and three days in case of death of direct relatives), sick leave (illnesses and accidents) and marriage (usually three days after the wedding).

C) COLLECTIVE RELATIONS, UNIONS AND STRIKES

The All-China Federation of Trade Unions (ACFTU) is the only recognized and legal labor organization in the country. All company unions depend on this organization and any form of independent trade union organization is illegal.

Despite the deep changes in the Chinese economy since the late 1980s, the main function of the ACFTU is still to help the government maintain social and political stability, using social programs, providing legal counsel for workers and opposing workers' mobilizations so that they have an autonomous basis of collective bargaining power, without actually impinging on the defense of the working class. Because of this situation, and because of their links with the government and employers (as they are directly financed by the companies), unions are strongly criticized by workers³⁷.

Although the system of labor dispute resolution in China is similar to that of Western countries (tripartite and composed by workers, employers, and government), in practice the workers' share is not represented as it should be. This situation leads to circumstances that favor the violation of labor rights, as reprisals to union representatives who truly try to defend the interests of their colleagues. In July 2017, controversy unleashed after the arrest of Chinese activist Hua Haifeng for investigating abusive labor conditions in footwear factories of a famous American clothing brand. In September 2016, three labor activists were given suspended sentences of up to three years related to their involvement with "overseas organizations hostile to China." They had been helping workers in the southern province of Guangdong win payment of wages and unpaid benefits in disputes against employers, but were convicted for "ignoring national laws and organizing mass gatherings that disturbed social order"³⁸.

However, this does not prevent labor activism in China, rather the opposite. There has been a notable increase in the number of strikes and protests by workers in all sectors of industry and all regions of China in recent years, and they are now practically on the agenda, being normalized by trade unions. Factories of foreign companies such as IBM, Walmart, and vendors of major brands such as Apple and Samsung have been embroiled in labor disputes to improve and not worsen the conditions of their workers, projecting to the world the reality of a change in the employment circumstances.

³⁷ An example in <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-11-10/beijing-wants-one-union-to-rule-them-all>.

³⁸ Zeng Feiyang, director of the prominent labor rights group the Panyu Workers' Centre, was given a three-year sentence suspended for four years, while his co-workers Tang Huanxing and Zhu Xiaomei received 18 months suspended for two years, according to information published by The Guardian on September 27, 2016. See in <https://www.theguardian.com/world/2016/sep/27/china-labor-activists-sentenced-for-helping-workers-in-wage-dispute>

Accessed July 2018

Despite this situation, labor legislation has in recent years evolved to favor the conditions of workers and thus their bargaining power with the company. New labor regulations allow union participation in matters such as collective agreements, the determination of internal company regulations and even individual dismissals. Collective bargaining has gained prominence in recent years through this unique tool available to the government and it is, for the time being, the only one legalized in terms of workers' organization.

At this critical point of workers' representation, where union activism and repression by the central government grow at the same speed, it is essential for China's correct and stable development that both employers and the official union recognize this new reality and adapt to the circumstances demanded by the market.

China has not ratified any of the conventions of the International Labor Organization relating to freedom of association and collective bargaining, although it has done so with regards to child labor and labor discrimination.

D) SOCIAL SECURITY.

Social Security contributions are mandatory in China, representing an additional payment of around 40% of the worker's salary (though percentages may vary from one municipality/province to another).

These contributions are made up of three compulsory funds which must be paid by both workers and employers (medical care, unemployment, and retirement pensions) and two voluntary funds which only the employer must pay (accidents at work and maternity).

In addition to these, there also exists a wage overhead for companies of the so-called Housing Fund which, although it is also prescriptive, is not part of the Social Security system. Workers and employers are required to participate in this fund to build, buy or rehabilitate employee housing. As in the case of insurance, expatriate workers are not allowed to participate in it.

E) FOREIGN WORKERS' REGIME.

As noted above, the labor regime in China is governed by a single set of rules, regardless of worker nationality. There are only a few exceptions for foreigners, namely certain exemptions in matters of tax and social security and the need to obtain visas and residence permits for expat workers.

Chinese law gives priority to Chinese nationals when filling vacancies for foreign-funded enterprises, except in cases that require overt special needs. Generally, foreign companies hire Chinese personnel across the board except for management positions, where very specific technical know-how is needed in the initial years following the establishment of a company.

For a foreigner to work in China, a work permit and visa are required, and they must apply for a residence permit. The issuance of a Z visa (work visa) takes several months and the procedure follows several steps. A letter of notification for a work visa must be requested by the Chinese employer to the Office of Foreign Affairs, and Local Department of Labor and Social Security in order for a license to be acquired to hire a foreigner.

Foreign workers must apply for a Z visa or work visa at the Chinese Embassy or Consulate in their country of origin. Upon arrival in China, they must apply for a work permit at the local Department of Labor and Social Security and the residence permit at the corresponding police station within 30 days of arrival.

The Development Regulation of the New Social Security Law began implementation on October 15th, 2011. Pursuant to this law, it is mandatory for foreign workers to contribute to Chinese social security, which has in turn increased labor costs for companies with foreign workers. These costs are borne by both employees and workers of companies with foreign workers who have a work permit, foreign specialist certificate, or other types of employment certificate or are employed by local employers or foreign-based companies and assigned to China. These workers must be affiliated with the Chinese Social Security system and are obliged to contribute compulsory benefits in China unless there is a Social Security Agreement between China and the country of origin of the worker in question.

F) LABOR COSTS. WAGES

Businesses in China must pay their workers the minimum wage established by local authorities and they must communicate this information to the Council of State. This is determined based on economic development, living standards, corresponding security contributions and CPI (Consumer Price Index), and varies according to the geographical areas and worker qualifications; they are therefore not a reliable indicator of real wages in China. It should be noted that Chinese minimum wage does not include food, transport and housing allowances, social security contributions, housing funds, and overtime compensation for providing services under certain conditions (night shifts, harmful environments or extreme temperatures) in addition to the voluntary special pay on the Chinese New Year.

In areas where openness to foreign firms has been greater, wages are higher because of competition for labor, high turnover, and local regulations. It is advisable for any foreign investor to know the average salary of the area where they plan to invest and set up a company, to contact one of the labor service corporations, the Labor Bureau or one of the agencies designed to promote foreign investment.

With respect to the differences in minimum wage levels from province to province across the People's Republic of China, it is worth mentioning that general trends differ greatly from each other due to faster growth in less developed regions than in developed regions. The minimum wage growth rate in Shanghai dropped to 8.4% in 2016 while the Guangdong provincial government announced that it would maintain 2015 minimum wage levels in 2016 and 2017. In contrast, Guizhou Province saw the greatest rise in minimum wage levels in 2016: 55%. From June 2015 to June 2016, 22 regions changed their minimum wage levels and in 2016, the average growth rate fell to 14.5% from 17% in 2015. As a summary, it can be mentioned that Beijing has established a monthly minimum wage of 1720 yuan per month (263 USD), Shanghai a minimum of 2190 yuan per month (335 USD), Tianjin a minimum of 1850 yuan per month (283 USD) and Chongqing with 1500 yuan per month (230 USD)³⁹.

CONCLUSIONS

As it has been analyzed, China has a sufficiently developed legal system to defend workers' rights and improve their quality of life; the problem lies in the deficiencies in the application of this legal system. Except for forced labor and freedom of association, there is no significant difference in standards when compared to international labor rights. There is, however, a lack of enforcement, a lack of commitment from authorities and the absence of trade union organizations to ensure that labor rights improve considerably.

³⁹ According to official data from the Ministry of Human Resources and Social Security: http://www.mohrss.gov.cn/ldgxs/LDGXqiyegongzi/LDGXzuidigongzibiaozhun/201509/t20150929_221690.htm.

Despite this, it is undeniable that advances have been made, although perhaps not at the desired pace and scope. Discontent and the growth of social conflicts have forced the authorities to gradually create a system for improving working conditions, but its inadequate implementation has led to a rise in labor disputes.

The Chinese labor legislation is inefficient because it depends on inspections, which in turn depend on inspectors and their powers. Inspections in China are scarce in general, and a negative and consistent report of the business reality is rarely issued, deriving responsibility for sanctioning to the courts and saturating them in the process.

This, coupled with a shortage of labor, has forced regional governments to increase the minimum wage to retain their workers, causing many foreign investors to relocate their industries to neighboring Asian countries such as Vietnam, Cambodia or Bangladesh where labor costs are lower and where they can replicate the market conditions that initially drove them to China.

In March 2016, Oxford Economics published an investigation indicating that the productivity-adjusted labor costs in China are only 4% cheaper than in the US, a fact caused by a rise in wages in the country at a far higher rate than the increase in productivity, as well as the strengthening of the yuan in recent years. The study shows that manufacturing production for each employee in the United States grew by 40% from 2003 to 2016, up from 25% in Germany or 30% in Great Britain. While productivity has doubled in India and China, the US remains between 80% and 90% more productive.

According to estimates by ANZ Bank economists, there will be a transition made in these Asian countries by foreign and Chinese multinationals from now until 2030. However, the relocation of some foreign industries does not appear to have had a major impact for two main reasons. In neighboring countries, such as Cambodia, there are signs that workers do not tolerate terribly low wages for a long time since many of them are heavily unionized. Also, in recent years China's economic policy has moved towards absolute independence, just as in previous years it had focused on foreign investment. Not surprisingly, 71% of the foreign companies consulted for Roland Berger's 2015 Business Confidence Survey said that the reason for operating in China is the subsequent ability to easily supply products to its lucrative market.

It should also be noted that China is now in the middle range of Asian countries in terms of cheap labor and has a long way to go before reaching minimum wage rates in the more developed Asian countries such as Japan and South Korea. Productivity is even higher than wages and experts estimate that it will continue to rise⁴⁰.

China's labor market faces significant structural problems such as poor enforcement of the legal framework for the protection of labor rights, an aging population and an increase in wage costs. These do not, however, prevent the country from remaining the primary destination for foreign investment and manufacturing and a gateway for products into the Asian market. Tariff battles, migration, legal barriers remain the most relevant challenges that the Chinese economy must face in the coming years.

⁴⁰ Chinese market is estimated that in 2020 will represent 20% of the global market, a similar level to that of North America and Western Europe. These positive estimates are the result of a study conducted by Euromonitor and published in the Financial Times on February 27, 2017. <https://www.ft.com/video/566dc6b8-db59-38b9-b5ce-07205c76626c>

REFERENCES

- BAKER & MCKENZIE, China Employment Law Guide, 2013, Cornell University ILR School, 2013
- BENNETT D., YÁBAR D.PB. y SAURA J.R. University Incubators May Be Socially Valuable, but How Effective Are They? A Case Study on Business Incubators at Universities. In: Peris-Ortiz M., Gómez J., Merigó-Lindahl J., Rueda-Armengot C. (eds) *Entrepreneurial Universities. Innovation, Technology, and Knowledge Management*. Cham, Switzerland: Springer. doi: 10.1007/978-3-319-47949-1_11, 2017
- CHANG YU, Desarrollo de empresas rurales y empleo en el campo, Economía rural China, 1994
- CHINA LABOUR BULLETIN: Going it Alone. The Workers' Movement in China (2007-2008), 2009
- ECONOMIC AND COMMERCIAL OFFICE OF SPAIN IN BEIJING: Informe Económico y Comercial, Pekín (ICEX), 2017
- ESTEBAN RODRIGUEZ, M.: Situación de los derechos laborales en China: implicaciones políticas y económicas, Madrid (Fundación Alternativas), 2011
- FERNÁNDEZ LOMMEN, Y. *China, la construcción de un Estado Moderno*, Ed. Catarata, 2001, p. 200.
- GONZALEZ GARCIA, J. and XUE DONG L.: "El mercado laboral en China: situación actual y perspectivas", Comercio Exterior, Vol.49, num.7, 1999
- GUANG, L. *The State Connection in China's Rural-Urban Migration I*. International Migration Review, June 2005, Vol.39(2), pp. 354-380
<https://www.census.gov/data/tables/2016/demo/popest/nation-total.html>
- HURST, W.: The Chinese Worker after Socialism, Cambridge (Cambridge University Press), 2009
- HUSSAIN, A. and WANG, Y. "Rural-Urban Migration and Marginalization" (Wu, F. and Webster, C.), Marginalization in Urban China. Comparative Perspectives, International Political Economy Series, Palgrave Macmillan, New York, 2010, p. 142
- ILO: World Employment and Social Outlook: Trends 2017, Geneva (ILO), 2017
- INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Report for Selected Countries and Subjects*, Washington D. C., 2014.
- KWONG, P.: 2007. Chinese Migration Goes Global, YaleGlobal Online, 2017, <http://yaleglobal.yale.edu/display.article?id=9437>
- MATTIOLI, M.C. y SAPOVADIA, V. "Laws of Labor.", Harvard International Review, núm. 26 (2), pages. 60-64
- NATIONAL BUREAU OF STATISTICS OF CHINA. *Preliminary Accounting Results of GDP for the Second Quarter and the First Half of 2017*, Xicheng, 2017. http://www.stats.gov.cn/english/pressrelease/201707/t20170718_1514198.html.
- PALOS-SANCHEZ, P., HERNANDEZ-MOGOLLON, J.M. y CAMPON-CERRO, A.M. The Behavioral Response to Location Based Services: An Examination of the Influence of Social and Environmental Benefits, and Privacy. *Sustainability*, 9(11), 1988, 2017. doi:10.3390/su9111988
- PARK, A. Rural-Urban Inequality in China, World Bank, p.200
- SAURA, J.R., PALOS-SANCHEZ, P. y DEBASA, F. El problema de la Reputación Online y Motores de Búsqueda: Derecho al Olvido. *Cadernos de Dereito Actual* 8, 2017, pp. 221-229
- SAURA, J.R., PALOS-SANCHEZ, P. y REYES-MENENDEZ, A. Marketing a través de Aplicaciones Móviles de Turismo (M-Tourism). Un estudio exploratorio. *International Journal of World of Tourism*, 4 (8), 2017, pp. 45-56
- SAURA, J.R., PALOS-SANCHEZ, P.R. y RIOS MARTIN, M.A. Attitudes to environmental factors in the tourism sector expressed in online comments: An exploratory study. *International Journal of Environmental Research and Public Health*. 15(3), 553; doi:10.3390/ijerph15030553, 2018

- SAURA, J.R., REYES-MENENDEZ, A. y ALVAREZ-ALONSO, C. Do online comments affect environmental management? Identifying factors related to environmental management and sustainability of hotels. *Sustainability*, in Special Issue *e-Business*, 10(9), 3016. doi: 10.3390/su10093016, 2018
- TASHENOVA, L.V. y KUBEEVA, A.E. "Internal Migration in China: Features and the Main Trends of Development", "Education and Science Without Borders", Vol 2, Issue 2, Prague, 2010, p. 33
- Trading Economics. <https://tradingeconomics.com/china/gdp-growth-annual>
- U.S. CENSUS BUREAU, Annual Estimates of the Resident Population: April 1 2010 to July 1, 2016 - 2016 Population Estimates
- UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, POPULATION DIVISION, World Population Prospects: The 2017 Revision, available at <https://esa.un.org/unpd/wpp/DataQuery/>
- YANG, J. "Social Exclusion and Young Rural-Urban Migrants' Integration into a Host Society in China", The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, (648 (1), 2013, p.52
- YANG, W.: Las relaciones comerciales entre China y España y la evolución de las relaciones laborales en China, Fundación Paz y Solidaridad Serafín Aliaga de Comisiones Obreras, Madrid, 2010
- YUK-PING CHOI, S. "Migration, Family, and Masculinity in Postsocialist China", Masculine Compromise: Migration, Family, and Gender in China, University of California Press, Berkeley, 2016, p.7

UNIVERSALIDADE E PROGRESSIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO: parâmetros de aplicabilidade para os níveis de ensino no contexto do sistema constitucional brasileiro a partir da Declaração dos Direitos do Homem

UNIVERSALITY AND PROGRESSIVENESS OF EDUCATION RIGHT: applicability parameters of teaching levels in the brazilian constitucional system context on the basis of Universal Declaration of Human Rights

Fulvia Helena de Gioia¹

Carolina de Gioia Paoli²

Universidade Mackenzie, Brasil

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Pressupostos de análise: delimitações conceituais. 3. Universalidade e progressividade nos tratados internacionais: Declaração Universal dos Direitos do Homem e Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 4. Universalidade e progressividade na estrutura do sistema constitucional da Educação na Constituição de 1988. 5. Conclusão.

Resumo. O presente texto abordará o direito à educação no ordenamento jurídico brasileiro atual, compreendidas as normas oriundas de tratados internacionais relativos aos direitos humanos e sociais, que consolidou a universalidade como diretriz fundamental do direito à educação, cuja oferta é dever do Estado segundo alguns princípios dentre os quais se insere a qualidade do ensino e garantias, dentre as quais a progressividade. A educação é direito humano e social, assim reconhecida internacionalmente e o dever do Estado em assegurá-la, para todos, não pode ser atingido de outro modo que não seja pela oferta do ensino de qualidade. Da Declaração Universal dos Direitos do Homem ao Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a universalidade da educação e a qualidade do ensino constituem-se em metas atingíveis de forma progressiva. Destarte, a finalidade aqui é demonstrar que universalidade e progressividade da educação são indissociáveis da qualidade do ensino, isto é, que em sua extensão conceitual a universalidade extrapola os parâmetros de mensuração exclusivamente de grandeza numérica para abarcar, necessariamente, sua respectiva e intrínseca, sob pena de transformar-se a universalidade numa diretriz inócua.

¹ Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Teoria do Estado pela PUC/SP e graduada pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP/SP), é professora de Direito Tributário, Chefe do Núcleo Tributário e Coordenadora Adjunta de Pesquisa e TCC no curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo. Advogada em São Paulo, sócia da De Gioia Advocacia.

² Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora do Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* EaD da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. *Erasmus* na Universidade do Minho, nas disciplinas Direito da União Europeia, Instituições e Políticas da União Europeia e Negociação Internacional. Advogada em São Paulo, sócia da Gioia Paoli & Dias Puerta Advogadas.

Palavras-Chave: Direito à Educação; Direitos Sociais; Universalidade da Educação; Progressividade da Educação; Declaração dos Direitos do Homem; Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Abstract: The present text will address the right to education in the current Brazilian legal system, including the norms derived from international treaties on human and social rights, which consolidated universality as a fundamental guideline of the right to education, whose offer is the duty of the State according to some principles among which includes the quality of teaching and guarantees, including progressivity. Education is a human and social right, so recognized internationally, and the State's duty to ensure it for all cannot be achieved without quality education. From the Universal Declaration of Human Rights to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the universality of education and the quality of education are achievable goals. The purpose here is to demonstrate that education universality and progressivity are inseparable from the quality of teaching, that is, that in its conceptual extension universality extrapolates the parameters of measurement exclusively of numerical quantity to necessarily include its respective and intrinsic, under the penalty of transforming under penalty of turning universality into an innocuous directive.

Key-words: Education Right, Social Rights, Universality of Education, Progressiveness of Education, Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

1. Introdução

A educação é direito de todos! Essa é a máxima!

Desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) é indiscutível o reconhecimento da educação como direito, positivado nos ordenamentos jurídicos de diversos países.

A questão tormentosa, entretanto, não está na proclamação da educação como direito universal, mas, diante da diversidade de significações possíveis de serem extraídas dos termos "universalidade" e "educação", a depender do referencial e, portanto, na compreensão da exata dimensão desses termos.

A compreensão dos diferentes aspectos conceituais e respectivas delimitações no Direito, para extração dos efeitos jurídicos, depende da análise contextual e sistemática do ordenamento em que se inserem.

O que é "universal"? O que é "direito à educação"? O que "é direito universal à educação" e "universalidade do direito da educação? Há distinção entre o "direito à educação" e o dever de "educar"? Quando é possível afirmar que um ser humano teve seu "direito à educação respeitado"? E como afirmar que "o direito à educação" de outro ser humano foi violado? Qual o limite entre o "ser educado" e o "não ser educado"?

Todas essas questões são preliminares para que se possa responder a seguinte indagação: *é possível afirmar que o direito à educação comporta a priorização entre universalidade e progressividade e, portanto, que direito de todos à educação estaria respeitado mediante o acesso ao ensino, medíocre qualitativamente, mas universalizado (ou seja, oferecido a todos)?*

A resposta a essa multiplicidade de questões, do ponto de vista do Direito, certamente, dependerá do referencial demarcado por variáveis de objeto (ordenamento), espaço (local) e tempo (momento) pelo intérprete.

Não obstante, há um núcleo mínimo de significação, que pode ser considerado comum em todos os ângulos de análise.

É, portanto, este núcleo mínimo, que denota, em essência, a impossibilidade de compreensão diversa do que se pode entender por “universalidade da educação”, que assume importância fundamental para todos os que se ocupam do estudo e monitoramento da efetividade do direito à educação.

Nesse cenário, nos estreitos limites do presente, tomando como objeto de análise a Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88), que consagra o direito à educação como um direito social (art. 6º), o objetivo é extrair a compreensão dimensional da universalidade do direito à educação, na amplitude e limites que lhe são intrínsecos, a partir dos princípios e garantias constitucionalmente postos.

Para tanto, reconhece-se a imprescindibilidade de análise sistemática e contextual do ordenamento jurídico nacional, sem esquecer que, as normas oriundas de tratados internacionais passam a integrar o sistema nacional, a partir da observação das regras de adesão e aprovação nele previstas. E, para fins do que aqui se propõe, serão tomados como referenciais relativamente ao direito à educação a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Sendo assim, partindo da análise terminológica para delimitação conceitual, procurar-se-á demonstrar que a universalidade e a progressividade da educação, enquanto dever do Estado de respeitar o direito social à educação por meio do ensino (prestação de serviços educacionais), estão intrinsecamente ligadas a uma forma e a um conteúdo, ambos indissociáveis da qualidade, assim entendida por um conteúdo mínimo, sem o qual não se pode afirmar respeitado o direito à educação tal como garantido.

2. Pressupostos de análise: delimitações conceituais.

Inicialmente, convém ter presente que a todo direito é contraposto um dever. E, no que se refere ao direito à educação, como direito inerente à condição humana, de modo mais ou menos abrangente, é dever imposto ao Estado.

Neste sentido, o dever do Estado se consubstancia na prestação de serviços educacionais, exercida de forma direta por meio da Educação Pública, oferecida nos estabelecimentos públicos de ensino ou de forma indireta, exercida por meio da disciplina das formas e meios da prestação de serviços educacionais ofertados pela iniciativa privada, bem como pelos controles sobre ela exercidos.

Educar é oferecer condições para o desenvolvimento da personalidade, é preparar e dar condições para o crescimento físico e intelectual, é dar instrumentos e condições para que um ser humano tenha capacidade de conhecer, buscar e defender outros direitos que lhe são reconhecidos, tais como a liberdade, a saúde, as convicções e a segurança, dentre outros³.

A educação, portanto, é ofertada com foco nas atividades de ensino, o que requer, intrinsecamente, um conteúdo mínimo compatível com o amadurecimento físico e intelectual dos indivíduos.

Certamente a pretensão de ensinar um recém-nascido a ler e escrever é uma meta inatingível, biologicamente comprovável.

Essa é a razão da necessidade de segmentação da educação em níveis de ensino. Em cada nível, adequado a faixas etárias específicas, há um conteúdo mínimo de apreensão esperado.

Evidentemente, o conteúdo mínimo só pode ser estabelecido se tomada em conta a aptidão de cada um ao seu respectivo aprendizado e esta, aptidão, é determinável pelo amadurecimento pessoal normal, ou seja, esperado, em cada faixa etária. É certo que pequenas variáveis devem ser consideradas, tendo em vista as individualidades de cada estudante, sem desconsiderar os percentuais de desvios.

Mas, o desenvolvimento das pesquisas e conhecimento científico do desenvolvimento intelectual dos seres humanos tornaram possível a análise desses parâmetros de identificação, viabilizando, conseqüentemente, o estabelecimento de um conteúdo mínimo, passível de aprendizado nas diferentes faixas etárias. Assim, tal análise propiciou a predeterminação dos níveis de ensino com seus respectivos conteúdos programáticos⁴, adequados para o perfil etário e de desenvolvimento dos estudantes que frequentarão aquele nível.

³ Etimologicamente, educar vem do latim *educare*, *educere*, ou seja, “é composto pela união o prefixo *ex* que significa “fora” e *ducere* que quer dizer “conduzir” ou “levar”. O significado do termo (direcionar para fora) era empregado no sentido de preparar as pessoas para o mundo e viver em sociedade, ou seja, conduzi-las para fora de si mesmas, mostrando as diferenças que existem no mundo”. Cf. Dicionário Etimológico. Disponível em: dicionarioetimologico.com.br. Acesso em: 06.09.2017.

⁴ É importante observar que, apesar de não se poder desconhecer que os níveis de amadurecimento intelectual pode variar a depender das condições de saúde e nutrição, de moradia e formação familiar, dentre outras, tais diferenças também não se prestam a parametrizar as situações comuns à normalidade das pessoas, integrantes da maioria. Vale dizer, as exceções não podem ser consideradas para fins de estabelecimento de regras gerais comuns.

Ademais, não se olvide a finalidade da educação, qual seja, formar o ser humano para o exercício dos direitos e deveres imprescindíveis à existência digna e inerentes à cidadania.

Ora, se assim é, o dever de educar, destinado a dar efetividade ao direito à educação, somente pode ser cumprido se concretizado por meio da oferta do conteúdo mínimo, em cada faixa etária, correspondentes aos diferentes níveis de ensino. Afinal educar é, enfim, formar um indivíduo para se tornar um cidadão, com aptidão de compreender e transformar positivamente o meio social em que vive, a partir dos conhecimentos técnicos apreendidos.

Ademais, para aferição do cumprimento deste dever pelo Estado é imprescindível a fixação de formas e métodos de avaliação periódica do aproveitamento, individual, da conteúdo de ensino ofertado.

Para os fins aqui pretendidos, fica assim delimitada, conceitualmente, a educação enquanto direito e dever.

No que se refere à universalidade, dois são os aspectos a serem considerados. O primeiro, atinente ao referencial "humano" e, nesse sentido, correspondente a todo o conjunto de seres enquadráveis nessa qualidade (incluindo, portanto, todas as pessoas independentemente do fato de serem ou estarem em locais, condições, momentos ou sujeitas a culturas e ordenamentos distintos). O segundo, não excludente do primeiro (isto é, da condição humana), mas de referencial mais restrito, correspondente a um conjunto de seres humanos de características comuns segundo as coordenadas de tempo.

Trata-se de concepções diferenciadas doutrinariamente, segundo as quais as prescrições assecutorias da universalidade dos direitos humanos devem ou não contemplar as diferenças e peculiaridades locais, sem contudo minimizar o dever correlato à implementação do direito que é universal (aqui relativo à educação), como ressalta FLÁVIA PIOVESAN:

A concepção universal dos direitos humanos demarcada pela Declaração sofreu e sofre, entretanto, fortes resistências dos adeptos do movimento do relativismo cultural. O debate entre universalistas e os relativistas culturais retoma o velho dilema sobre o alcance das normas de direitos humanos: podem elas ter um sentido universal ou são culturalmente relativas? Esta disputa alcança novo vigor em face do movimento internacional dos direitos humanos, na medida em que tal movimento flexibiliza as noções de soberania nacional e jurisdição doméstica, ao consagrar um parâmetro internacional mínimo, relativo à proteção dos direitos humanos, aos quais os Estados devem se conformar⁵.

Para os fins do presente, tomaremos como referencial da universalidade o conjunto de seres humanos submetidos ao ordenamento jurídico nacional brasileiro, objeto desta análise.

⁵ PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.207.

No tocante à progressividade, não há distinções relevantes quanto ao significado, evidenciando o desenvolvimento gradual evolutivo de algo. Falar em progressividade é falar em aumento, direção para frente. E, quando relacionada à educação, a progressividade, certamente, visa a implementação direcionada ao crescimento, ao aumento, à ampliação.

Destarte, feitas estas considerações preliminares, passamos ao exame do alcance da universalidade e progressividade quando relacionadas ao direito à educação e ao dever a ele correlato no direito brasileiro atual, a partir das normas dos dois principais tratados internacionais sobre direitos humanos e sociais aos quais houve adesão.

3. Universalidade e progressividade nos tratados internacionais: Declaração Universal dos Direitos do Homem e Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Brasil é signatário de vários tratados internacionais relacionados à proteção dos direitos humanos, cujas normas, se aprovadas em conformidade com o procedimento estabelecido pela própria Constituição⁶, passam a integrar o rol de direitos e garantias fundamentais positivados pelo ordenamento jurídico nacional, podendo, inclusive, adquirir o *status* de norma constitucional⁷ e, em razão disso, assumir a qualificação de cláusula pétreas⁸.

No corte metodológico limitativo do âmbito deste trabalho optou-se por examinar dois dos mais importantes documentos internacionais relativos aos direitos humanos e, especificamente, ao direito à educação, quais sejam: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), incorporado ao sistema jurídico nacional pelo Decreto 591/92 e a Declaração Mundial sobre a Educação para todos (1990)⁹.

Da Declaração Universal dos Direitos do Homem extrai-se que a educação é “direito de todos” (universalidade) e que há “obrigatoriedade do ensino elementar” (art. 26º, 1). Estabelecidos os pressupostos, extrai-se, ainda, que a finalidade da educação é propiciar a “plena expansão da personalidade humana”,

⁶ CF/88: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...)”

⁷ CF/88: “Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (...)”.

⁸ CF/88: “Art. 60. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.”

⁹ Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf>. Acesso em 30.out.2018.

assim como o “reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais” (art. 26º, 2)¹⁰.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), por sua vez, reconhece o direito à educação como um direito social e também o considera como direito universal (“de toda pessoa”) em todos os níveis, cuja finalidade é a “plena expansão da personalidade humana e o reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais”. Para tanto, determina a “implementação progressiva” da gratuidade em todos os níveis¹¹.

¹⁰ “Artigo 26º 1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. 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.” (grifamos)

¹¹ ARTIGO 131. Os Estados Partes do presente Pacto **reconhecem o direito de toda pessoa à educação**. Concordam em que **a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais**. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: a) **A educação primaria deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos**; b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a **educação secundária técnica e profissional**, deverá ser generalizada e **torna-se acessível a todos**, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela **implementação progressiva do ensino gratuito**; c) A **educação de nível superior** deverá igualmente torna-se **acessível a todos**, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela **implementação progressiva do ensino gratuito**; d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primaria ou não concluíram o ciclo completo de educação primária; e) Será preciso **prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino**, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente. 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. 4. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado”. (grifamos)

Como se pode verificar, as normas referentes ao direito à educação, veiculadas pelos citados tratados internacionais, apresentam, em comum:

- a) o reconhecimento do direito à educação como um direito universal;
- b) o reconhecimento da imprescindibilidade da educação para o desenvolvimento da pessoa e para a dignidade da existência, bem como para o fortalecimento da capacitação para o exercício de direitos e liberdades fundamentais;
- c) o reconhecimento da necessidade de segmentação do ensino, mediante a garantia da obrigatoriedade da educação segundo um conteúdo (nas primeiras etapas).

Conforme NINA RANIERI, é possível apontar as seguintes características do direito à Educação na ordem internacional:

- a) é um direito subjetivo fundamental, de extração social, que tem por finalidade a mais ampla promoção da dignidade humana e dos direitos humanos visando uma compreensão comum dos direitos e liberdades, a promoção da paz e afirmação de sociedades livres e democráticas;
- b) seu conteúdo, de natureza instrumental, abrange todos os processos que capacitem os indivíduos a participar efetivamente de uma sociedade livre, favoreçam a compreensão, a tolerância e a amizade entre as nações;
- c) são seus titulares os indivíduos, a sociedade, os Estados, e sujeitos passivos ou Estados, a sociedade, a família, os indivíduos;
- d) o campo de realização do direito à educação é, por excelência o dos territórios nacionais, daí resultando as obrigações de promoção, proteção e garantia, particularmente no que diz respeito à universalidade e equidade de acesso;
- e) é a epítome da indivisibilidade e interdependência, dos direitos fundamentais.¹²

De fato, com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o direito à educação passa a ser considerado um direito social. Isso, contudo, não lhe retira o caráter de direito individual e, como tal, também reivindicável, da sociedade.

E mais. Também é o PIDESC que, paralelamente à obrigatoriedade do ensino nos níveis secundário (fundamental) e superior, inclui a gratuidade de implantação progressiva.

12 RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: Justiça pela Qualidade na Educação - Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância, e da Juventude (ABMP). São Paulo: Saraiva, 2013.pp. 65/66.

No caso, a progressividade está relacionada à implantação da gratuidade da oferta do ensino em cada nível, a iniciar por aquele que se reputa imprescindível – o elementar.

É sabido que a universalização da educação, em quaisquer dos países signatários dos tratados em questão, não poderia ser implementada de uma só vez, bem como que a extensão de sua oferta deveria ser mensurada de acordo com a situação de cada país membro. Todavia, o que se objetiva é, em última análise, que o direito à educação seja garantido a todos, de todos os lugares, gratuitamente.

Evidencia-se que, pelas determinações contidas em ambos documentos internacionais, a ampliação da oferta da educação a um número cada vez maior de pessoas é ponto comum; não obstante, a aferição do esforço necessário e das ações a serem implementadas está diretamente ligada à situação específica de cada lugar, considerando-se as peculiaridades locais de extensão territorial, diversidade populacional e de renda, dentre outras. Consequentemente, a mensuração do desenvolvimento e ampliação do reconhecimento do direito à educação, em cada um, deverá levar em conta o ponto de partida.

Nesse sentido, portanto, importa destacar que a oferta do ensino a um número cada vez maior de pessoas, consubstanciada na meta da universalização, é obrigatória e deve ser perseguida. Isso significa, de um lado o reconhecimento da imprescindibilidade de educação e, de outro, o reconhecimento da situação, diferenciada, de ausência ou precariedade da educação se considerada a diversidade mundial.

Mas não só. Ressalta, ainda, o reconhecimento global dos distintos níveis de aptidão para o aprendizado, cuja capacitação está relacionada ao amadurecimento relacionado a faixas etárias, como já exposto introdutoriamente. E, ainda, que a educação é tão necessária que deve ser ofertada de forma gratuita, não obstante de forma progressiva, a partir do nível considerado de mais urgente e relevante implementação.

Destarte, é possível afirmar que a progressividade veiculada nos tratados internacionais é relativa à implementação da gratuidade na universalização do ensino nos diferentes níveis (elementar, fundamental e superior).

Nessa direção, portanto, devem caminhar os ordenamentos jurídicos nacionais dos países signatários desses tratados, dentre os quais está o Brasil.

4. Universalidade e progressividade na estrutura do sistema constitucional da Educação na Constituição de 1988.

A Constituição Federal brasileira de 1988 introduziu alterações significativas no reconhecimento do direito à educação se comparada aos ordenamentos constitucionais que lhes precederam, a começar pela consagração da educação como um direito social (art. 6º)¹³.

De fato, ao incluir o direito à educação como direito social, o constituinte deu-lhe um *status* de importância diferenciado, admitindo-lhe uma relevância que ultrapassa os limites da individualidade de interesses.

Certamente, se há um direito social à educação é porque há um interesse social correlato, a demandar o preparo individual de todos os integrantes de uma determinada coletividade de pessoas que convivem em sociedade. Isso significa, portanto, que a educação passa a ser considerada “bem comum”.

Com base nesse fundamento - a educação como direito social - prosseguiu o constituinte estabelecendo que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade” e, quanto à finalidade, visa “ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205, *caput*)¹⁴.

Assim, positivou a “universalidade”¹⁵ do direito à educação e impôs, ao Estado, o dever relativo à prestação dos serviços educacionais, com base na distribuição de competências segundo uma ordem de prioridade entre os entes federados, da seguinte forma: aos Municípios, incumbe o dever de prestação de serviços educacionais relativos a educação infantil e ensino fundamental; aos Estados e ao Distrito Federal, os relativos ao ensino fundamental e médio e, à União, os relativos ao ensino superior, cabendo-lhe, ainda, o dever de uma atuação supletiva e redistributiva (art. 211)¹⁶.

¹³ CF/88: “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 maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹⁴ CF/88: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

¹⁵ A universalidade da educação esteve presente na Constituição Imperial de 1824, bem como Constituições de 1924, 1946 e 1967 e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

¹⁶ CF/88: “Art. 211: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. § 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. “

Determinou, o constituinte, que o exercício desses deveres deve ser efetivado, dentre outras¹⁷ formas, mediante a garantia “da progressiva universalização do ensino médio gratuito” (art. 208, II), sendo, ainda, reconhecido como direito público subjetivo, o direito de “acesso ao ensino obrigatório e gratuito” (art. 208, § 1º), assim estabelecido o ensino básico e gratuito para crianças de quatro a dezessete anos (art. 208, I).

De tais disposições do constituinte brasileiro, observa-se o respeito à graduação da universalidade do ensino gratuito, ao estabelecer como garantia inicial de gratuidade apenas o ensino básico para, posteriormente, incluí-la no ensino médio, sem afastar o reconhecimento de que essa graduação persegue atingir a garantia de acesso ao ensino obrigatório e gratuito para todos os níveis.

A progressividade é relacionada, portanto, diretamente à universalização da educação nos diversos níveis de ensino, como garantia de sua implementação segundo uma ordem de prioridades preestabelecida por expressa disposição constitucional.

Trata-se, ressalta-se, de garantia quanto à implementação da universalização da educação em todas as etapas.

Além disso, há previsão de outros princípios regentes do ensino, isto é, da prestação dos serviços educacionais, dentre os quais se inserem, entre outros¹⁸, a igualdade de acesso e permanência na escola; a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais e a garantia de padrão de qualidade.

¹⁷ CF/88: Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II- progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

¹⁸ CF/88: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escolar; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V- valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI- gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade; VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal”.

A igualdade de acesso e permanência, bem como a gratuidade, e corroboram a imprescindibilidade da garantia do nível básico de ensino gratuito que, por essa razão, é prioritário e obrigatório. Todavia, para o Estado e para a sociedade, a gratuidade da oferta relaciona-se diretamente ao custo orçamentário e, conseqüentemente, faz emergir as dificuldades inerentes às fontes de custeio, tema de alta complexidade que foge da delimitação temática do presente.

Optou-se, nesse estudo, centrar-se na importância da garantia do padrão de qualidade, assim considerado como a oferta de um conteúdo mínimo, em cada nível, de forma a propiciar o aprendizado que forneça, em síntese, as condições suficientes para o cumprimento da finalidade da educação, tornando o aluno apto ao exercício da cidadania e à dignidade.

Por tal motivo, dada a relevância da perseguição da qualidade como condição sem a qual não se cumprirão os princípios aplicáveis à educação, que o padrão de qualidade deve ser aferido mediante avaliação direcionada e periódica, de maneira a possibilitar a análise do cumprimento das determinações constitucional e internacional que lhe regem.

É sabido que os princípios, enquanto diretrizes, são normas e, como tais, possuem força prescritiva, balizam a atuação do Estado e o exercício dos direitos relativos à educação, sem distinção de níveis.

Nesse sentido, resta indiscutível que o padrão de qualidade, enquanto princípio direcionador do ensino, permeia toda a atividade de prestação de serviços educacionais: do ensino obrigatório, ou seja, do nível básico e fundamental de ensino, passando pelo nível médio até o nível superior.

Conseqüentemente, a oferta do ensino sem padrão de qualidade equivale à ausência. E a ausência de ensino de qualidade é impeditiva da universalização da educação.

Assim, o direito à educação, assegurado constitucionalmente e de forma compatível com as normas internacionais a ele referentes, não pode prescindir da qualidade que garanta, a todos, um conteúdo mínimo obrigatório consoante cada etapa do ensino.

A partir do ensino obrigatório, portanto, a universalização de todos os níveis de ensino é a meta que deve ser implementada de forma progressiva. A progressividade, portanto, deve ser compreendida como a garantia da universalidade da educação segundo determinado padrão de qualidade, aferido periodicamente com base em parâmetros que possam identificar se aquela educação ofertada está cumprindo a finalidade de formação digna e cidadã do indivíduo.

5. Conclusão

O panorama estruturante do direito à educação com o correlato dever relativo ao ensino, positivado pelo atual ordenamento constitucional brasileiro, como visto, permite-nos concluir que a universalidade do direito à educação deve englobar, intrinsecamente, a qualidade do padrão de ensino, de forma inafastável.

Considera-se, inadmissível afirmar que a meta da universalização é atingida no momento em que alcançado um percentual numérico da população em idade elegível, sem que tal constatação seja acompanhada de comprovação da correspondente aferição do aprendizado, isto é, de medidas por meio das quais se comprove a qualidade da educação ofertada.

Tal entendimento ressalta de uma interpretação sistemática e conjunta das normas constitucionais, especialmente, as seguintes:

- a) níveis de ensino estabelecidos em conformidade com os padrões internacionais, por faixas etárias, com a fixação da obrigatoriedade do nível básico e fundamental, imprescindíveis à formação dos indivíduos para a existência digna e exercício dos direitos de cidadania;
- b) fixação da qualidade do padrão de ensino como princípio direcionador do cumprimento do dever do Estado relativo à educação;
- c) determinação da implantação da universalização progressiva a partir do ensino médio.

Decorrem, ainda, da interpretação das normas constitucionais à luz das determinações internacionais do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem que, por sua vez, traçam, de maneira condensada:

- a) o direito à educação como direito universal, subjetivo, fundamental e social, cuja finalidade é promover a dignidade humana, a partir da compreensão dos direitos e liberdades.
- b) o direito à educação como fortalecimento da capacitação para a promoção da paz e afirmação de sociedades livres democráticas e tolerantes.
- c) o respeito, na implementação do direito à educação, às diferentes fases da aprendizagem, reconhecendo-se a necessidade de segmentar o ensino, mediante a garantir a obrigatoriedade da educação segundo determinado conteúdo.

Universalidade e qualidade do ensino são, portanto, garantias indissociáveis para implementação do direito à educação em consonância com os fundamentos e objetivos consagrados pelo ordenamento jurídico nacional, especialmente relativos à cidadania e à dignidade existencial, bem como compatíveis com as normas oriundas da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aqui estudados.

Assim, resta evidenciado o consenso positivado da imprescindibilidade de um conteúdo educacional mínimo sem o qual não há o preparo suficiente para o atingimento da finalidade que se visa cumprir com a garantia do direito à educação, o que seria o mesmo de esvaziar seu sentido social.

Diante de tais constatações, destaca-se que a relevância da presente conclusão está na demonstração da necessidade de se disciplinarem critérios de avaliação da qualidade da educação, de maneira periódica, uma vez que, diante da ausência dos padrões qualitativos mínimos, se infirmam os dados numéricos quantitativos indicativos do atendimento à universalidade da educação.

Tais dados são, em verdade, falsos denotativos da efetivação do direito à educação.

6. Referências

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. (trad. Pietro Nasseti). São Paulo: Marin Claret, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso A. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 30.out.2018.
- CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993
- CHANEL, Emmanuel de Crouy. *A Cidadania Fiscal*. In: *Princípios e Limites da Tributação 2 - Os Princípios da Ordem Econômica e a Tributação*. FERRAZ. Roberto (coordenador). São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1996.
- FARIA, José Eduardo. (org). *Direitos humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito*. São Paulo: RT, 1976.
- FRANÇOIS, Louis. *The right to education: from proclamation to achievement (1948-1968)*. Paris: UNESCO, 1968. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001281/128156eo.pdf>. Acesso em 30.out. 2018

- GIOIA, Fulvia Helena de. *Tributação & Custeio da Educação Pública*. São Paulo: Juruá, 2018.
- _____. Tributação, Direitos Fundamentais e Cidadania: Algumas reflexões sobre a dupla face da tributação em busca da Justiça Fiscal. In: *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas* – Caderno de Direito Comparado. São Paulo, v. 36, jan/fev, pp. 170-185.
- HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. *The Cost Of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*. Norton: New York, 2000
- MELCHIOR, José Carlos de Araújo. *O Financiamento da Educação no Brasil*. São Paulo: EPU, 1987.
- MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9ª ed. Atlas, 2011.
- PAOLI, Carolina De Gioia. A proteção dos direitos de cidadania do âmbito do Mercosul: liberdade de circulação de pessoas e direitos reflexos. 2017. 142 f. Dissertação (mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: *Justiça pela Qualidade na Educação* - Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (ABMP). São Paulo: Saraiva, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.
- SEIXAS DUARTE, Clarice. *A educação como um direito fundamental de natureza social*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100>. Acesso em 30.out.2018.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 30.out.2018

La legge sull'immigrazione brasiliana come meccanismo per stimolare la costruzione d'una società più fraterna

The Brazilian migration act as a mechanism to stimulate the construction of a more fraternal society

Deilton Ribeiro Brasil¹

(Università di Itaúna-MG, Brasile)

Nota di sintesi: 1. Introduzione. 2. Il progetto costituzionale brasiliano per la costruzione d'una società più fraterna. 3. La legge sulla migrazione brasiliana come meccanismo per la concretezza d'una società più fraterna. 4. La contestualizzazione della legge e del decreto sulla migrazione nell'ambito dell'ordinamento giuridico brasiliano. 4.1 Incongruenze del Decreto n. 9.199, del 20 novembre 2017. 5. Considerazioni finali. 6. Fonti bibliografiche.

Resumo: Questa ricerca ha come scopo analizzare la Legge n° 13.445, del 24 maggio 2017 regolamentata dal Decreto n. 9.199, del 20 novembre 2017 che ha revocato espressamente la Legge n. 6.815, del 19 agosto 1980 (Statuto dello Straniero) che presenta un approccio d'effettività dei diritti umani riguardo ai migranti e rifugiati in un contesto di flussi migratori crescenti, così come mira alla loro integrazione alla società brasiliana come soggetti aventi diritti e doveri. La ricerca è di natura teorico-bibliografica secondo il metodo descrittivo - deduttivo, che ha istruito l'analisi della legislazione, così come la dottrina che informa i concetti d'ordine dogmatico.

Parole-chiavi: Diritti umani; Flussi migratori; Legge sulla Migrazione; Immigrati; Rifugiati; Dignità umana.

Abstract: This research aims to analyze the 13.445 Act, 24 May 2017 regulated by 9.199 Decree, 20 November 2017 which has explicitly revoked 6.815 Act, 19 August 1980 (Statute of the Foreigner) which has a bias of human rights effectiveness in relation to migrants and refugees in context of a growing migratory flux as well as for integration into Brazilian society as the rights and obligations persons. It's a theoretical-bibliographical-natured research guided by a descriptive-deductive method which had instructed the analysis of legislation, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

Keywords: Human rights; Migratory flux; Migration Act; Immigrants; Refugees; Human dignity.

1. Introduzione

L'ordinamento giuridico brasiliano si è rivolto con particolare attenzione alla tematica dei flussi migratori, specie a causa della vigenza del Decreto n. 9.199, del 20 novembre 2017, pubblicata sul DOU del 21/11/2017 che ha regolamentato la Legge n. 13.445, del 24 maggio 2017, che è stata sanzionata con veti dalla

¹ Post-Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Messina, Italia. Dottore in Giurisprudenza presso l'UGF-RJ. Professore di Laurea e del Master Protezione ai Diritti Fondamentali dell'Università di Itaúna (UIT) e nelle Facoltà di Giurisprudenza Sant'Agostino (FASA), Brasile.

Presidenza della Repubblica. I principali veti riguardano all'occupazione di incarico, impiego e funzione pubblica da migranti, tranne quelli riservati a brasiliano nato, nei termini della Costituzione, concessione automatica di residenza nel Paese agli assunti in concorsi pubblici; utilizzazione dei servizi pubblici di sanità, assistenza sociale e previdenza; diritto al ricongiungimento familiare nei casi di altri parenti, dipendenza affettiva, o fattori di sciabilità, revoca di espulsioni precedenti al 1988 ed amnistia a migranti arrivati senza documenti fino al luglio del 2016; non espulsione di migranti residenti in Brasile da più di 04 (quattro) anni che commettersero reati; non esigenza di prova documentale impossibile o inconcepibile che risulti difficoltosa o che impedisca l'esercizio dei suoi diritti, compreso quello di accesso a incarichi, impieghi e funzioni pubblici; esenzione dal servizio militare brasiliano per opzione o nel caso di naturalizzati che abbiano adempiuto gli obblighi militari nei Paesi d'origine; oltre alla libera circolazione di popoli indigeni e popolazioni tradizionali in terre occupate dai suoi ancestrali. La norma che ha istituito la Legge sulla Migrazione in Brasile ha revocato espressamente la Legge n. 818, del 18 settembre 1949 e la Legge n. 6.815, del 19 agosto 1980 (Statuto dello Straniero). Il Decreto, con 319 (trecentodiciannove) articoli, ha disciplinato questioni come concessione di visto, asilo politico, rifugio, autorizzazione di residenza, nazionalità o naturalizzazione, estradizione e infrazioni e le rispettive penalità. La legge è entrata in vigore il 21 novembre 2017 dopo il periodo della *vacatio legis* di 180 (centottanta) giorni.^{2 3}

Dunque la Legge sulla Migrazione conferisce un trattamento del migrante e del rifugiato come soggetti aventi diritti e doveri in condizione di uguaglianza con i nazionali, l'inviolabilità del diritto alla vita, alla libertà, all'uguaglianza, alla sicurezza e alla prosperità, così come garantisce l'accesso a servizi pubblici di sanità, d'assistenza sociale, di previdenza sociale, garanzia di adempimento delle obbligazioni legali e contrattuali e dell'applicazione delle norme di tutela del lavoratore ed altri diritti.

In questo contesto, il presente articolo presenta innanzitutto, alcune osservazioni sul progetto costituzionale brasiliano per la costruzione di una società più fraterna, spiccando il senso della parola fraternità e il significato del preambolo della Costituzione Federale brasiliana del 1988, e intessendo alcune considerazioni sulla Legge sulla Migrazione brasiliana come meccanismo di concretezza di una società più fraterna, trattando argomenti che riguardano alla migrazione, distinzione tra migrante e rifugiato, mobilità del capitale e della forza lavoro. È realizzata anche una contestualizzazione della Legge e del Decreto sulla Migrazione nell'ambito dell'ordinamento giuridico brasiliano, osservando le sue principali innovazioni per poi, alla fine, chiamare l'attenzione ad alcune incongruenze del Decreto n. 9.199, del 20 novembre 2017.

Il metodo utilizzato per la realizzazione del lavoro è stato quello descrittivo - analitico, con l'approccio sulle categorie ritenute fondamentali allo sviluppo dell'argomento sulla recente Legge sulla Migrazione in Brasile come meccanismo per la costruzione di una società fraterna con un valore che può e deve essere

² BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Publicado no *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 mai. 2017. Disponibile all'indirizzo: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Accesso Il: 23 dic. 2017.

³ BRASIL. *Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017*. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Publicado no *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 nov. 2017. Disponibile all'indirizzo: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm>. Accesso il: 23 dic. 2017.

(ri)costruito dal Diritto, in un approccio alla luce dei diritti umani e dei diritti fondamentali. Le procedure tecniche utilizzate nella ricerca per la raccolta dati sono state la ricerca dottrinale, quella bibliografica e quella documentale. L'indagine bibliografica ha fornito le basi teoriche e dottrinali a partire dai libri e testi di autori di riferimento, nazionali che stranieri. Mentre l'inquadratura bibliografica si serve dell'argomentazione di autori su un argomento, quella documentale articola materiali che non hanno ancora ricevuto un adeguato trattamento analitico. La prima fonte di ricerca è quella bibliografica, che ha istruito l'analisi della legislazione costituzionale e di quella infracostituzionale, così come è la dottrina che informa i concetti d'ordine dogmatico.

2. Il progetto costituzionale brasiliano per la costruzione d'una società più fraterna

La parola fraternità ha origine nel vocabolo latino *frater*, che significa fratello, e nel suo derivato *fraternitas*, *fraternitatis* e *fraternitate*. È sostantivo femminile che presenta tre significati: a) parentela tra fratelli; b) amore al prossimo, fratellanza; e, c) unione o convivenza da fratelli, armonia, pace, concordia, fraternizzazione. Il verbo fraternizzare, d'altra parte, viene dall'unione tra fraterno + izzare e presenta quattro significati, che sono: a) unire con amicizia intima, stretta, fraterna; b) unirsi strettamente, come fratelli; c) allearsi, unirsi; e, d) fare causa comune, condividere le medesime idee, armonizzarsi.⁴

Il preambolo della Costituzione Federale Brasiliana del 1988 porta nel suo testo un messaggio che "comunica al popolo brasiliano la destinazione dello Stato Costituzionale istituendo":

Noi, rappresentanti del popolo brasiliano, riuniti nell'Assemblea Nazionale Costituente per istituire uno Stato Democratico, destinato ad assicurare l'esercizio dei diritti sociali e individuali, la libertà, la sicurezza, il benessere, lo sviluppo, l'uguaglianza e la giustizia come valori supremi di una società fraterna, pluralista e senza pregiudizi, fondata sull'armonia sociale e impegnata, sul piano interno e internazionale, a risolvere pacificamente i conflitti, promulghiamo, con la protezione di Dio, la seguente Costituzione Della Repubblica Federale Del Brasile (BRASIL, 1998).⁵

Il testo del preambolo rivela che lo Stato Democratico brasiliano istituito è destinato a assicurare l'esercizio dei diritti sociali ed individuali e, considerarli come valori supremi di una società fraterna, pluralista e senza pregiudizi, così come la libertà, la sicurezza, il benessere, lo sviluppo, l'uguaglianza e la giustizia, che va basata sull'armonia sociale, e compromessa con la soluzione pacifica delle controversie, tanto nell'ordine interno quanto pure nell'ordine internazionale.

Per società fraterna, si capisce un tipo di società costituita da "persone umane stimolate ad accorgersi del senso della propria esistenza, e perché si accorgono del senso della propria esistenza, adottano modi di vita che danno senso all'esistenza dell'Essere Umano e della sua continuità nel tempo e nello spazio della biosfera".⁶

⁴ FERREIRA, A. B. H. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 123.

⁵ SILVA, I. R. V. e BRANDÃO, P. T. *Constituição e fraternidade: o valor normativo do Preâmbulo da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 150.

⁶ *Ibidem*, p. 151.

La percezione della costruzione di una società fraterna globale, per la concezione di uno spazio pubblico mondiale, a partire da un progetto culturale che abbia per fondamento il senso dell'esistenza dell'umano porta una grande e nuova sfida all'Umanità, che nell'organizzazione della propria convivenza dovrà, prima di dare priorità alle rivendicazioni di carattere funzionale, dovrà dare priorità alla rivendicazione del carattere umano, nella quale l'umano è il "senso di relazione tra il pensare e l'agire della persona umana".⁷

Come conseguenza, sorge una marcata inquietudine vissuta davanti all'analisi e allo studio della società contemporanea, nella misura in cui, perché si possa guardare l'indomani di tutti e per tutti gli esseri umani, è necessario riflettere quello che si vive nel presente, rivalutando la comunità in cui si trova inseriti senza, tuttavia, dimenticarsi che l'umanità vive in un villaggio globale.⁸

Dunque, la concretezza della dignità della persona umana, valore massimo e fondamentale dei Diritti Umani, appena accadrà in una società considerata fraterna, in cui esiste il rispetto al prossimo e la convivenza armonica per reggere i rapporti tra gli individui. In altre parole, la fraternità deve essere compresa come una virtù di cittadinanza, che supera le frontiere della Patria o della Nazione (cittadinanza interna) in una prospettiva universale della persona umana (cittadinanza globale), rivendicando il senso dell'esistenza dell'essere umano e della sua continuità nel tempo e nello spazio.⁹

3. La legge sulla migrazione brasiliana come meccanismo per la concretezza d'una società più fraterna

Gli Stati, di regola, devono adeguarsi alle esigenze internazionali e, trattandosi d'immigrazione, adattare le loro regole. Davanti agli ultimi avvenimenti nello scenario internazionale, si osserva un'evoluzione del diritto internazionale moderno, le cui norme tendono a garantire, sempre di più, la mobilità delle persone, per trovare risposte alle problematiche riguardanti la protezione dei diritti di stranieri. In tutte queste situazioni, gli Stati, inevitabilmente, devono compiere i compromessi internazionali assunti convenzionalmente o in modo non - convenzionale, rispettando lo *jus cogens* (l'insieme di norme giuridiche imperiose ed inderogabili, che vincolano tutti i soggetti del diritto internazionale indipendentemente dalla loro volontà), procedendo alle riformulazioni legislative interne. Lo Stato brasiliano segue questa linea di pensiero, con la promulgazione della Legge n. 13.445, del 24 maggio 2017 che è stata regolamentata dal Decreto n. 9.199, del 20 novembre 2017.¹⁰

La migrazione e la protezione a rifugiati sono argomenti distinti, ma complementari. Tuttavia, non di rado, finiscono per confondersi in dibattiti sulla migrazione irregolare e, particolarmente, nell'applicazione delle misure di controllo

⁷ *Ibidem*, p. 151.

⁸ STURZA, J. M. O direito na sociedade atual: políticas públicas, direitos fundamentais e a indispensável fraternidade. In: *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, nº 68, jan./jun., 2016, p. 394.

⁹ MACHADO, C. A. A. A fraternidade e o direito constitucional brasileiro: anotações sobre a incidência e aplicabilidade do princípio/valor fraternidade no direito constitucional brasileiro a partir da sua referência no preâmbulo da Constituição federal de 1988. In: PIERRE, Luiz A. A. et al [Org.]. *A fraternidade como categoria jurídica*. São Paulo: Cidade Nova, 2013, p. 79.

¹⁰ BICHARA, J. P.. Imigração ilegal e direito internacional: alguns aspectos da atualidade. In: ARAÚJO, B. M. V.; BIZAWU, K.; LEISTER, M. A. [Coords.]. *Direito internacional dos direitos humanos II* [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 234. Disponibile all'indirizzo:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/bI5hW7dEz9J0Z65u.pdf>>.
Accesso il: 03 genn. 2018.

per combatterla. In molte occasioni, questo crea distorsioni e malintesi tanto nell'opinione pubblica quanto tra i politici. Quindi, in diverse opportunità, le politiche di rifugio sono sostituite da politiche migratorie, e le misure di controllo migratorio sono applicate indiscriminatamente ai sollecitanti di rifugio e ai rifugiati, considerati "migranti" finché venga provato il contrario.¹¹

La migrazione può essere definita come movimento di persone che si traslocano temporanea o permanentemente, essendo interne quando dentro il proprio Paese o internazionali quando avvengono da un Paese all'altro. Le cause della circolazione di persone sono variegata, potendo decorrere da disastri naturali, mancanza di alternative economiche o condizioni di sopravvivenza. In questi casi, migrare in un altro Paese si rende un'alternativa per ricominciare la vita, attraverso la ricerca di opportunità di lavoro, soddisfazione delle necessità basiche come sanità, educazione e sicurezza alimentare.¹²

Le migrazioni massicce osservate nell'attualità decorrono da motivazioni soprattutto economiche, visto che alcune popolazioni cercano condizioni di vita più favorevoli in economie più sviluppate. Questo vale tanto per i più benestanti quanto per quelli meno favoriti. Questo perché gli Stati sviluppati funzionano come polarizzatori di questi dislocamenti di popolazioni. Questo fenomeno sociologico di dimensioni internazionali ha procurato difficoltà ai Paesi ricettori nel che tocca specie all'immigrazione illegale.¹³

In questo modo, i movimenti migratori possono essere visti come una forma creativa degli individui di badare a situazioni avverse o di adattarsi a improvvisi cambiamenti nel loro contesto. La prima prospettiva insiste negli scenari di sofferenza o di vulnerabilità in cui i migranti si trovano e categorie come "migrazione forzata" acquisiscono rilevanza. Il presupposto di questa visione è quello che concepisce il legame a un luogo, terra o Nazione, come condizione all'identità o dignità di una persona. Inoltre, si guarda al dislocamento come forma di anomalia che rende gli individui vulnerabili, e non una forma per cui individui o gruppi riaffermano la loro dignità e badano a situazioni politiche ed economiche avverse.¹⁴

In questo contesto, i rifugiati sono una categoria specifica risultante dalle migrazioni forzate, caratterizzate dalla necessità imposta agli individui di lasciare il loro Paese d'origine per cause estranee alla loro volontà senza la possibilità di ritorno. Quindi, rifugiati sono quelli che non possono contare sulla protezione dei loro Stati d'origine e soffrono persecuzioni di razza, nazionalità, religione, o per le loro opinioni politiche e sono vittime anche di grave violazione dei diritti umani.¹⁵

¹¹ CARLOS-MURILLO, J. A proteção internacional dos refugiados na América Latina e o tratamento dos fluxos migratórios mistos. In: *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. vol. 3, nº 3, 2018, p. 27.

¹² ACNUR; IMDH; CDHM. *Políticas públicas para as migrações internacionais: migrantes e refugiados*. 2 ed. revista e atualizada, Brasília: ACNUR; IMDH; CDHM, 2007.

¹³ BICHARA, J. P. Imigração ilegal e direito internacional: alguns aspectos da atualidade. In: ARAÚJO, B. M. V.; BIZAWU, K.; LEISTER, M. A. [Coords.]. *Direito internacional dos direitos humanos II* [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 222. Disponibile all'indirizzo:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsI345/71rqv166/bI5hW7dEz9J0Z65u.pdf>>.

Acceso il: 03 genn. 2018.

¹⁴ INGLÊS, P. Globalização, mobilidade humana e criatividade: desafiando categorias a partir de três casos de migração forçada em Angola. In: VASCONCELOS, A. M. N.; BOTECA, T. [Orgs.]. *Política migratória e o paradoxo da globalização*. Porto Alegre: EDIPUCRS, Brasília: CSEM, 2015, p. 170.

¹⁵ ACNUR; IMDH; CDHM. *Políticas públicas para as migrações internacionais: migrantes e refugiados*. 2 ed. revista e atualizada, Brasília: ACNUR; IMDH; CDHM, 2007.

Importante osservare che l'origine dei diritti dei rifugiati è intimamente connessa all'avvento del Sistema Internazionale di Protezione dei Diritti Umani. Codificato dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, nel 1945 dalle Nazioni Unite (ONU), il Diritto dei Rifugiati vede il suo primo riflesso nei diritti delle minoranze. In seguito, sorsero come le fonti primarie del diritto internazionale specifiche di diritto dei rifugiati la Convenzione Relativa allo Statuto dei Rifugiati del 1951 e il Protocollo Facoltativo sullo Status dei Rifugiati del 1967.¹⁶

Nell'attualità, i flussi migratori hanno come una delle loro principali ragioni le disuguaglianze esistenti tra i Paesi del mondo e/o all'interno di un Paese, imponendo una grande sfida alla "forma statale di domini racchiusi, governati da meccanismi ambigui che includono alcuni cittadini, escludendo tutti gli altri". I flussi migratori generano un'inquietudine riguardo alla non effettiva protezione dei diritti umani, per il fatto appunto che questi diritti trovano vigore nella stessa umanità, però, sono quelli che "soltanto possono essere minacciati dalla propria umanità".¹⁷

I migranti internazionali sono quasi 150 milioni in questo inizio secolo, nella misura in cui definiamo come migrante ogni persona residente in Paese straniero, ossia, 2,5% della popolazione mondiale. Erano 75 milioni nel 1965 e 120 milioni nel 1990, secondo i numeri disponibili. E anche se inesatte, queste cifre approssimate rendono evidente la progressione dei dislocamenti negli ultimi quaranta anni. Ma le previsioni sono ancora più alte se consideriamo che, secondo alcune fonti, fino alla fine del secolo, quasi 1 miliardo di persone si dislocheranno.¹⁸

Quindi, i controlli delle frontiere nazionali e la cooperazione internazionale nella gestione delle migrazioni si sono resi altamente restrittivi, direzionati dagli interessi di una minoranza. La maggioranza delle persone non ha né le risorse economiche né i diritti politici necessari alla libera circolazione. Siamo lontani da un mondo di mobilità senza frontiere. La complessità e la diversità del processo di ridistribuzione della popolazione in ambito mondiale, con circa 244 milioni di migranti nel 2015, ha puntato verso un nuovo contesto geopolitico delle migrazioni internazionali, con riflessi in Brasile.^{19 20}

La mobilità del capitale e della forza lavoro e i loro impatti nel quotidiano sociale, nei mercati di lavoro, nelle società di arrivo e partenza, nei flussi finanziari, nelle migrazioni internazionali ridisegnano i Paesi negli spazi migratori e nella divisione internazionale del lavoro. In questo senso, a partire dai luoghi inseriti nella logica della produzione globale si scatena una nuova configurazione migratoria internazionale e nazionale con diverse modalità di flussi (ri)disegnate nell'ambito delle migrazioni transnazionali.^{21 22 23 24 25}

¹⁶ VEIGA, F. L. F. O direito brasileiro e a realidade dos fluxos migratórios na América Latina: a influência da Colômbia e do Haiti. In: *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, Ed. Esp. Refugiados, ISSN 1981-9439, vol.20, 2017, p. 29.

¹⁷ RESTA, E. *Direito fraterno*. [Traduzione di Sandra Regina Martini Vial]. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 12-13.

¹⁸ HILY, M. A. As migrações contemporâneas: dos Estados e dos homens. In: *Seminário Cultura e Intolerância - SESC*, Vila Mariana, São Paulo, nov., 2003, p. 1-2. Disponibile all'indirizzo: < <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00609853/document>>. Accesso il: 03 genn. 2018.

¹⁹ BAUMAN, Z. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1999, p. 69.

²⁰ ONU. *International migration flows to and from selected countries: the 2015 revision*. New York: Population Division, 2015.

²¹ BAENINGER, R. Migrações transnacionais de refúgio no Brasil. In: LUSI, C. [Org.]. *Migrações internacionais: abordagens de direitos humanos*. Brasília: CSEM - Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2017, p. 13.

²² SASSEN, S. *The mobility of labor and capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 201.

In ogni modo, le migrazioni internazionali tenderanno ad intensificarsi, corrispondendo alla stessa velocità della mobilità del capitale nella contemporaneità, con la conseguente ridefinizione nel rapporto migrazione - sviluppo. Nella gerarchia della geopolitica globale, le migrazioni transnazionali di rifugio, le loro direzioni e sensi si rendono espressioni di funzionamento del mercato mondiale e del mercato di lavoro.^{26 27 28}

4. La contestualizzazione della legge e del decreto sulla migrazione nell'ambito dell'ordinamento giuridico brasiliano

Nello stabilimento di una tipologia giuridica del *migrante*, la Legge n. 13.445, del 24 maggio 2017 regolamentata dal Decreto n. 9.199, del 20 novembre 2017 abbandona il concetto di *straniero* (dal latino *extraneus*, con senso comune di alieno, elusivo, estraneo o improprio), non appena di connotazione peggiorativa nella nostra cultura, ma anche giuridicamente consacrato nella legge in vigore come un soggetto di seconda classe, privato, senza giustificazione plausibile in un regime democratico, di parte significativa dei diritti attribuiti ai nazionali.²⁹

Secondo questa linea, la Legge n° 13.445, del 24 maggio 2017 nel suo articolo 1° dispone sui diritti e doveri del migrante e del visitante, regolando il loro ingresso e soggiorno nel Paese e anche stabilisce principi e direttive per le politiche pubbliche verso l'immigrante e il rifugiato. In seguito, nei suoi commi, definisce l'immigrante come persona nazionale di un altro Paese o apolide che lavora o risiede e si stabilisce temporanea o definitivamente in Brasile; emigrante come brasiliano che stabilisce residenza temporanea o definitivamente all'estero; residente frontaliero come persona nazionale di un Paese limitrofo o apolide che conserva la sua residenza abituale in comune confinante a un Paese vicino; visitante a persona nazionale o di un altro Paese o apolide che viene in Brasile per soggiorni di breve durata, senza pretesa di stabilirsi temporanea o definitivamente nel territorio nazionale, e per ultimo, apolide come la persona che non sia considerata come nazionale da nessuno Stato, secondo la sua legislazione, nei termini della Convenzione sullo Status degli Apolidi, del 1954, promulgata dal Decreto n. 4.246, del 22 maggio 2002, o così riconosciuta dallo Stato brasiliano.³⁰

²³ DE HASS, H. Migration and development: a theoretical perspective. In: *International Migration Review*, vol. 44, n° 1, 1986, p. 16.

²⁴ GUARNIZO, L. E.; PORTES, A. e HALLER, W. Assimilation and transnationalism: determinants of transnational political action among contemporary migrants. In: *American Journal of Sociology*, vol. 108, n° 6, 2003, p. 215-216.

²⁵ PORTES, A. Convergências teóricas e dados empíricos no estudo do transnacionalismo imigrante. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n° 69, 2004.

²⁶ BAENINGER, R. Migrações transnacionais de refúgio no Brasil. In: LUSI, C. [Org.]. *Migrações internacionais: abordagens de direitos humanos*. Brasília: CSEM - Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2017, p. 13-14.

²⁷ DE HASS, H. Migration and development: a theoretical perspective. In: *International Migration Review*, vol. 44, n° 1, 1986, p. 16-17.

²⁸ BASSO, P. Sviluppo diseguale, migrazioni, politiche migratorie. In: BASSO, P.; PEROCCHI, F. (A cura di). *Gli immigrati in Europa: disuguaglianze, razzismo, lotte*. Parte Prima. Milano: Franco Angeli, 2003, p. 98.

²⁹ MORAIS, J. L. B.; PIRES JÚNIOR, P. A.; GRANJA, J. G. L. e VENTURA, D. F. L. Lei de migrações propõe acabar com legado da ditadura sobre o tema. In: *Consultor jurídico*. Disponibile all'indirizzo: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-04/lei-migracoes-propoe-acabar-legado-ditadura-tema>>. Accesso il: 03 genn. 2018.

³⁰ BRASIL. Lei n° 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Publicado no *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 mai. 2017. Disponibile all'indirizzo: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Accesso il: 23 dic. 2017.

L'articolo 3° tratta la politica migratoria brasiliana che si determina su principi e direttive come: l'universalità, l'indivisibilità e interdipendenza dei diritti umani (comma I); non criminalizzazione della migrazione (comma III); non decriminalizzazione in ragione dei criteri o delle procedure per cui la persona è stata ammessa nel territorio nazionale (comma IV); accoglienza umanitaria (comma VI); uguaglianza di trattamento e opportunità al migrante e ai suoi familiari (comma IX); inclusione sociale, lavorativa e produttiva del migrante per mezzo di politiche pubbliche (comma X); accesso egualitario e libero del migrante a servizi, programmi e benefici sociali, beni pubblici, educazione, assistenza giuridica integrale, pubblica, lavoro, dimora, servizi bancari e previdenza sociale (comma XI).

E come conseguenza di questo corpo forte di premesse l'articolo 4° si è mostrato in sintonia con il testo costituzionale nel garantire al migrante nel territorio nazionale, in condizione di uguaglianza con i nazionali, l'invulnerabilità del diritto alla vita, alla libertà, all'uguaglianza, alla sicurezza e alla prosperità, così come assicurando tra l'altro: accesso a servizi pubblici di sanità e di assistenza sociale e alla previdenza sociale, nei termini della legge, senza discriminazione in ragione della nazionalità o della condizione migratoria (comma VIII); garanzia dell'adempimento delle obbligazioni legali e contrattuali e dell'applicazione delle norme di protezione al lavoratore, senza discriminazione in ragione della nazionalità e della condizione migratoria (comma XI); esenzione dalle tasse di cui tratta questa legge, tramite dichiarazione penuria economica, nella forma del regolamento (comma XII).

Specificamente, il Decreto n. 9.199, del 20 novembre 2017 nel suo articolo 1° porta il concetto di rifugiato come la persona che abbia ricevuto protezione speciale dello Stato brasiliano, secondo previsto dalla Legge n. 9.474, del 22 luglio 1997 (comma VII). L'articolo 3° è categorico nello stabilire che è vietato negare visto oppure residenza o impedire l'ingresso nel Paese per motivo d'etnia, religione, nazionalità, appartenenza a gruppo sociale o opinione politica. In questo campo aperto, la centralità della dignità umana (Costituzione Federale/88, articolo 1°, comma III); la costruzione di una società libera, giusta e solidale (Costituzione Federale/88, articolo 3°, comma I) e la promozione del bene di tutti, senza pregiudizi di razza, sesso, colore, età e qualsiasi altre forme di discriminazione (Costituzione Federale/88, articolo 3°, comma IV), acquisisce speciale importanza ed esige che l'ordinamento giuridico brasiliano venga a concretizzarsi senza perdere di vista gli scopi costituzionali.³¹

Il traguardo da raggiungere è quello della cittadinanza universale dei migranti e rifugiati, che non può differire da quella di cui è titolare il cittadino nazionale, configurata nell'insieme di diritti inalienabili, intrinseci all'essere umano, il cui rispetto e protezione non possono divergere perché la persona è nata qui o là, o perché è titolare di questa o quella nazionalità.³²

In questa prospettiva, l'idea di cittadinanza presuppone tre elementi basilari nella sua costituzione, cioè: l'elemento civile che include le libertà individuali, il diritto di andare e venire, la libertà di stampa, di pensiero e di fede, il diritto alla

³¹ BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. Disponibile all'indirizzo: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Accesso il: 23 dic. 2017.

³² MILESI, R. Por uma nova lei de migração: a perspectiva dos direitos humanos. In: *Leis e políticas migratórias: o desafio dos direitos humanos*. CEAM/UnB-CSEM e UniEURO. Brasília, maio-2007. Disponibile all'indirizzo: <http://www.csem.org.br/pdfs/por_uma_nova_lei_de_migracao_no_brasil_%20rosita_milesi.pdf>. Accesso il: 23 dic. 2017.

proprietà e di concludere contratti validi e il diritto alla giustizia. Il secondo elemento è quello politico, il quale suppone il diritto di partecipare all'esercizio del potere politico – diritto di votare e di essere votati (Istituzioni corrispondenti al parlamento e a consigli locali). Il terzo elemento si riferisce alla vita sociale dei cittadini e questo significa che tutti hanno diritto a un minimo di benessere sociale ed economico prodotto da tutti e che nessuno può essere escluso dall'eredità sociale di una determinata società. E questo si dà attraverso il sistema educativo e i servizi sociali.^{33 34}

Con l'incremento della mobilità umana nei suoi diversi aspetti, migranti lavoratori, rifugiati, rientrati, *desplazados*, migrazione forzata, migrazione indocumentata, e tante altre, cresce il dibattito attorno ai diritti dei Migranti, anche in situazioni di indocumentazione e di vulnerabilità sociale, poiché il diritto alla vita deve prevalere sulle normative stabilite dagli Stati nazionali, in genere restrittive e discriminatorie. È in questo contesto di violazione di diritti che l'idea di una "cittadinanza transnazionale" comincia ad essere discussa, sia nell'ambito dei movimenti sociali o delle organizzazioni internazionali (Silva, 2017, p. 88).

Un esempio di questo sono le varie convenzioni internazionali, tra di loro la Convenzione internazionale delle Nazioni Unite sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990 (il Brasile non l'ha firmata e non ha ancora aderito); gli accordi sulla residenza firmati nell'ambito del MERCOSUR; la Dichiarazione dell'Unione delle Nazioni Sudamericane (UNASUR), la quale fu firmata a Brasilia, nel 2008, con l'obiettivo prioritario di ampliare la "cooperazione in sede di migrazione, con un approccio integrale sul rispetto incondizionato dei diritti umani e lavorativi per la regolarizzazione migratoria e l'armonizzazione delle politiche" - articolo 3, k.³⁵

Altri strumenti importanti della protezione ai migranti sono le Convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro – OIL, tra di loro la Convenzione sui Lavoratori Migranti n. 97 (riveduta) del 1949; quella n. 143 del 1975 e quella n. 189 del 2011, le quali dispongono sui diritti di una categoria meno protetta tra i migranti che sono i lavoratori domestici.³⁶

Uguale novità è quella dell'articolo 55, comma II, alinea "a" della Legge n. 13.445/2017 con dispositivo identico nell'articolo 193, comma II, alinea "a" del Decreto n. 9.199/17, per cui il Ministero della Giustizia e le Forze dell'Ordine non procederanno all'espulsione di coloro a cui si riferisce l'articolo 192 quando l'espulso "avrà figlio brasiliano che si trovi sotto la guardia o dipendenza economica o socio-affettiva o avrà persona brasiliana sotto la sua tutela".

In questo contesto, il Ministro Marco Aurélio del Supremo Tribunale Federale nel giudizio dell' Habeas-Corpus 148.558-SP, pubblicato sul DJE de 12/12/2017, ha deferito ingiunzione preliminare per sospendere la pratica dell'atto di espulsione previsto dall'Ordinanza n. 2.911/2008, del Ministero della Giustizia con una rilettura dell'impossibilità d'espulsione del paziente di nazionalità peruviana

³³ SILVA, S. A. Migração e cidadania: desafios à inclusão dos imigrantes no Brasil. In: Carmen Lussi [Org.]. *Migrações internacionais: abordagens de direitos humanos*. Brasília: CSEM - Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2017, p. 87.

³⁴ MARSHALL, T. H. *Classe, cidadania e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63-64.

³⁵ SILVA, S. A. Migração e cidadania: desafios à inclusão dos imigrantes no Brasil. In: LUSSI, C. [Org.]. *Migrações internacionais: abordagens de direitos humanos*. Brasília: CSEM - Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2017, p. 88.

³⁶ *Ibidem*, p. 88-89.

davanti all'esistenza di figlia brasiliana senza la necessità di qualsiasi criterio cronologico secondo la legislazione revocata.³⁷

Il documento della sentenza segnala il termine dell'adempimento della pena per pratica delle infrazioni descritte dagli articoli 12 (spaccio di droga) e 14 (associazione per lo spaccio), della Legge n. 6.368/1976 in vigore all'epoca in cui il titolo di condanna raggiunse preclusione nel 30 marzo 2004. Davanti all'imminenza della ritirata obbligatoria dal territorio brasiliano il paziente aggiunse atto di nascita di bambino nato il 27 giugno 2010; testimonianza scritta dalla madre della minorenne e depositi bancari che dichiara di essere destinati alla figlia.

Secondo il ministero, la Legge n. 13.445/17 ha revocato interamente la Legge n. 6.815, del 19 agosto 1980, il cosiddetto Statuto dello Straniero, passando l'articolo 55, comma II, alinea "a" della denominata Legge sulla Migrazione ad allontanare la condizionante cronologica della nascita dei figli nati in Brasile, basta l'esistenza del discendente brasiliano che si trovi sotto la potestà genitoriale o la dipendenza economica o socio-affettiva dello straniero ad impedire l'espulsione. Ecco la giustificativa della sospensione di pratica dell'atto d'espulsione obbligatoria fino al giudizio di merito.³⁸

Altra singolarità è la regolamentazione dell'istituto del trasferimento di persone condannate previsto dall'articolo 285 del decreto regolatore che funziona da meccanismo di cooperazione giuridica internazionale di natura umanitaria che mira a contribuire al reinserimento sociale del beneficiario, che potrà essere concesso quando la richiesta per fondamento in trattato di cui il Paese faccia parte o ci sia promessa di reciprocità di trattamento.

Finalmente, il Decreto n. 9.199/17 permette che il migrante richieda, in qualsiasi tempo, l'inclusione del suo nome sociale, accompagnato dal nome civile, nelle banche dati del registro di migranti (articolo 69, paragrafo 4º). Tuttavia, in conformità con l'articolo 76 le modifiche del nome civile possono essere realizzate soltanto dopo decisione giudiziale. In questo modo, si impone all'immigrante appena la responsabilità di mantenere i suoi dati di registro aggiornati (articolo 70, paragrafo unico).³⁹

4.1 Incongruenze del Decreto n. 9.199, del 20 novembre 2017

Senza dubbio il Decreto n. 9.199, del 20 novembre 2017, che ha regolamentato la Legge n. 13.445, del 24 de maggio 2017 ha portato significativi progressi nella tematica della protezione agli immigranti e ai rifugiati in Brasile davanti all'impegno con gli obblighi assunti per mezzo dei trattati sui diritti umani in ambito internazionale.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 148.558-SP, Paciente: Lawrence Ndiefe; Impetrante: Marcos Antônio de Souza; Coator: Ministro de Estado da Justiça. Ministro Relator Marco Aurélio, Publicação DJE: 12/12/2017. Disponibile all'indirizzo: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5277664>>. Accesso il: 24 dic. 2017.

³⁸ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Publicado no *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 mai. 2017. Disponibile all'indirizzo: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Accesso il: 23 dic. 2017.

³⁹ BRASIL. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Publicado no *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 nov. 2017. Disponibile all'indirizzo: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm>. Accesso il: 23 dic. 2017.

Tuttavia, il Decreto presenta aspetti palesemente contrari allo spirito della Legge sulla migrazione, come l'articolo 28, comma V, che regola il rifiuto di concessione di visto a persona che abbia praticato atto contrario ai principi o agli obbiettivi disposti nella Costituzione. Il legislatore, quando non ha disciplinato che cosa sia "atto contrario ai principi o agli obbiettivi disposti nella Costituzione" apre un campo discrezionale al Potere Esecutivo perché rifiuti visto e autorizzazione di residenza a persone ritenute indesiderate. Un tale dispositivo è trovato anche negli articoli 133, comma V e 171, comma IX.

Il Decreto non regola neanche la Politica Nazionale sulle Migrazioni, Rifugio e Apolidia precettata dall'articolo 120 della Legge n. 13.445/17 in cui prevede la partecipazione della società civile e altri attori sociali e governativi, per la sua effettuazione, secondo i principi e direttive della Legge sulla Migrazione che rispecchia i valori presenti nella Costituzione Federale del 1988.⁴⁰

Nello stesso senso, il Decreto si omette anche sulla disciplina di concessione dei visti provvisori per accoglienza umanitaria prevista dall'articolo 14, comma I, alinea "c", paragrafo 3° della Legge sulla Migrazione che dispone:

il visto provvisorio per accoglienza umanitaria potrà essere concesso all'apolide o al nazionale di qualsiasi Paese in situazione di grave o imminente instabilità istituzionale, di conflitto armato, di calamità di grande proporzione, di disastro ambientale o di grave violazione dei diritti umani o di diritto internazionale umanitario, o in altre ipotesi, nella forma del regolamento (Enfasi dell'autore).

L'articolo 36, paragrafo 1° del Decreto n. 9.199/17 stabilisce ancora,

atto comune dei Ministri della Giustizia, e Pubblica Sicurezza, degli Affari Esteri e del Lavoro definirà le condizioni, le scadenze e i requisiti per l'emissione del visto menzionato sul *caput* ai nazionali o ai residenti di Paesi o regioni specificati nel proprio atto (Enfasi dell'autore).

Purtroppo, il progresso concepito dalla lettura dell'articolo 14, comma I, alinea "c" della Legge n. 13.445/17 ha forza appena teoricamente, visto che gli è mancato il regolamento che è stato trasferito ad atto comune dei Ministri della Giustizia e Pubblica Sicurezza, degli Affari Esteri e del Lavoro.⁴¹

Altro istituto lodevole è la concessione di visto provvisorio mirato al ricongiungimento familiare previsto dall'articolo 45 del Decreto che sarà concesso al migrante:

I - coniuge o convivente, senza qualsiasi discriminazione, nei termini dell'ordinamento giuridico brasiliano;

⁴⁰ BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. Disponibile all'indirizzo: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Accesso il: 23 dic. 2017.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Publicado no *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 mai. 2017. Disponibile all'indirizzo: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Accesso il: 23 dic. 2017.

- II - figlio di brasiliano o d'immigrato beneficiario d'autorizzazione di residenza;
- III - che abbia figli brasiliani;
- IV - che abbia figlio immigrato beneficiario d'autorizzazione di residenza;
- V - ascendente fino al secondo grado di brasiliano o d'immigrato beneficiario d'autorizzazione di residenza;
- VI - discendente fino al secondo grado di brasiliano o d'immigrato beneficiario d'autorizzazione di residenza;
- VII - fratello di brasiliano o d'immigrato beneficiario d'autorizzazione di residenza; oppure
- VIII - che abbia brasiliani sotto tutela, curatela o responsabilità (Enfasi dell'autore)

Tuttavia in consonanza con l'articolo 37 della Legge n. 13.445/17 tale concessione dovrebbe accadere "senza qualsiasi discriminazione" essendo indebitamente aggiunta al comma I (primo) del Decreto l'espressione "nei termini dell'ordinamento giuridico brasiliano".

Ma è da osservare altro aspetto di speciale rilievo: si tratta della possibilità di concessione di visti provvisori per la ricerca, l'insegnamento, o l'estensione accademica; per lavoro; per la realizzazione di investimento o di attività con rilevanza economica, sociale, scientifica, tecnologica o culturale; e per attività artistiche o sportive con contratto a termine con previsione legale sull'articolo 34, paragrafo 6º; articolo 38, paragrafo 9º; articolo 42, paragrafi 3º e 4º; articolo 43, paragrafi 3º e 4º; e articolo 46, paragrafo 5º dipendano da deferimento, dal Ministero del lavoro, d'autorizzazione di residenza previa all'emissione di visto provvisorio, il che richiederà dalla parte del Ministero del Lavoro una definizione quanto alle procedure burocratiche davanti alla sua nuova attribuzione.

Riguardo alla concessione di visti provvisori ai migranti che cercano lavoro in territorio brasiliano (articolo 14, alinea "e" della Legge n. 13.445/17; articolo 38, paragrafo 1º, comma I del Decreto n. 9.199/17) si deve ammettere che questo dispositivo significa un grande progresso nella tematica. Ma anche qui sorge una perplessità quanto all'esigenza di "un'offerta di lavoro formalizzata da persona giuridica in attività nel Paese" secondo la lettura dell'articolo 14, paragrafo 4º. Evidentemente, un contratto di lavoro non costituisce un'offerta, ma la realizzazione d'atto giuridico di un rapporto di lavoro o di prestazione di servizi consumata dalle parti. Quindi, questa esigenza aumenterà il grado di difficoltà all'ottenimento da parte dei migranti lasciando di proteggere quelli che ancora non possiedono offerta di lavoro. Questa ipotesi potrà impedire che le aziende assumano migranti considerate le incertezze giuridiche che decorrono dalla presenza di dipendenti in attesa di visto provvisorio di lavoro.

D'altra parte, l'articolo 171 apre la possibilità, dopo intervista individuale e tramite atto giustificato, di vietare l'ingresso nel Paese a persona che non soddisfi le raccomandazioni temporanee o permanenti di emergenze in pubblica sanità d'importanza nazionale definite dal Regolamento Sanitario Internazionale (comma XIII); o che non soddisfi le raccomandazioni temporanee o permanenti di emergenze in pubblica sanità d'importanza nazionale definite dal Ministero della Salute (comma XIV) il che potrebbe dare possibilità all'eventuale discriminazione di migranti per motivi sanitari.

Altra improprietà è l'utilizzo del termine "immigrante impedito o clandestino" nell'articolo 172 *caput* e il suo paragrafo unico che certamente potrà contribuire all'aumento della discriminazione di migranti in situazione irregolare in Brasile e generare offesa al precetto del comma II dell'articolo 3º della Legge sulla

Migrazione che prevede il "ripudio e prevenzione alla xenofobia, al razzismo e a qualsiasi forma di discriminazione".

Tra questi dettami, è da osservare l'articolo 27, comma IV, che presenta nel suo contenuto uno sguardo autoritario quando stabilisce che il visto non sarà concesso "a chi al momento della sollecitazione del visto si comporti in modo aggressivo, infamante o spregiante nei confronti degli agenti del servizio consolare brasiliano". Certamente, questo dispositivo, oltre a contrariare la *mens legislatoris* della Legge sulla Migrazione, potrà anche generare arbitrarietà indesiderate.

Non meno importante è la redazione dell'articolo 81 del Decreto n. 9.199/17 in cui si stabilisce l'obbligo agli Uffici di Stato Civile di spedire mensilmente informazioni degli atti e della morte di migranti alla Polizia Federale. In decorrenza del campo del termine *atti* non si sa se saranno tutti i registri o appena quelli di nascita. Inoltre, non c'è una giustificazione ragionevole perché la Polizia Federale mantenga questa banca dati.

Altra questione riguarda l'articolo 123 che stabilisce che "a nessuno sarà tolta la sua libertà per ragioni migratorie, eccetto nei casi previsti dalla legge" il che in effetti pratici, significa garantire l'accesso all'assistenza giuridica e al giusto processo legale. A sua volta, l'articolo 211 del Decreto n. 9.199/17 apre la possibilità della decretazione dell'arresto del deportando e/o immigrati in situazione irregolare davanti al dispositivo legale in cui si permette al delegato della Polizia Federale rappresentare davanti al giudizio federale per l'arresto o altra misura cautelare che ferisca il carattere pluralista etnico, razziale, religioso, e culturale della Legge n. 13.445/17.⁴²

Quindi, nella conduzione delle sue politiche migratorie, il Paese ricevente dovrà, perentoriamente, tenere in conto i suoi obblighi internazionali, che dovranno prevalere sulla sua competenza territoriale. Tuttavia, l'esercizio della competenza territoriale dello Stato può soffrire alcune ponderazioni, davanti alle esigenze del convivio internazionale. Nel senso che la frontiera tra autodeterminazione dello Stato e diritto internazionale è, infatti, mutevole, sviluppandosi secondo le contingenze dell'umanità che gli Stati hanno l'obbligo di rispettare specie quanto riguarda al diritto dei migranti.^{43 44}

Si deve quindi, propugnare la consolidazione dei parametri minimi di diritti umani convenzionati internazionalmente, affinché la protezione alla dignità degli essere umani sia costante e non un semplice rimedio, in situazioni in cui la violazione è così grave che fa che l'individuo perda quello che, nelle parole di Hannah Arendt, lo rende umano: la sua comunità.⁴⁵

⁴² BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Publicado no *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 mai. 2017. Disponibile all'indirizzo: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Accesso il: 23 dic. 2017.

⁴³ JUBILUT, L. L. e MENICUCCI, O. S. A. A necessidade da proteção internacional no âmbito da migração. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 6 (1), 2010, p. 279-280, jan./jun., Disponibile all'indirizzo: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/13.pdf>>. Accesso il: 03 genn. 2018.

⁴⁴ BICHARA, J. P. Imigração ilegal e direito internacional: alguns aspectos da atualidade. In: ARAÚJO, B. M. V.; BIZAWU, K.; LEISTER, M. A. [Coords.]. *Direito internacional dos direitos humanos II* [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 227. Disponibile all'indirizzo: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/bI5hW7dEz9J0Z65u.pdf>>. Accesso il: 03 genn. 2018.

⁴⁵ JUBILUT, L. L. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007, p. 207.

5. Considerazioni finali

Non è mai troppo ricordare che la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 (anche se considerata uno strumento *soft law*) garantisce ad ogni essere umano il diritto alla libera circolazione tra gli Stati, il diritto a stabilire la sua dimora dentro le frontiere di qualsiasi Stato e il diritto a uscire e tornare nello Stato natio, o dovunque si trovi, quando gli convenga (articolo 13, commi I e II), è anche concepito come diritto umano.

Le dimensioni della dignità umana sono aggiornate ad ogni momento, potendo culminare in un'espansione del contenuto dei diritti o anche nella creazione di nuovi diritti fondamentali.⁴⁶ In questo modo, il cambiamento di prospettiva globale nel trattamento ai migranti passa giocoforza attraverso la trasformazione legislativa interna di Paesi come il Brasile, che riescano a capire la problematica delle migrazioni come una realtà indiscutibile e impegnativa, ma che, oltre alle questioni di ordinario controllo, di polizia e di Stato, deve essere osservata come una questione sociale, sotto il paradigma del rispetto ai diritti umani nella sua totalità. Il fenomeno delle migrazioni internazionali punta verso la necessità di ripensare il mondo non basato sulla competitività economica e nella chiusura delle frontiere, ma nella promozione della cittadinanza universale, della solidarietà e della fraternità, e nelle azioni umanitarie.⁴⁷

È evidente il progresso normativo della legislazione migratoria brasiliana che propugna l'isonomia e integrazione dei migranti e rifugiati alla società brasiliana come soggetti di diritti e doveri, fondamenti che si trovano in sintonia con i principi e regole stabiliti dalla Costituzione Federale del 1988 ed è importante per l'immagine di un Paese che sappia badare ad argomenti complessi di grande rilievo internazionale come le migrazioni.

Tuttavia, le incongruenze puntate nella legislazione sulla migrazione potrebbero produrre un discorso istituzionale di restrizione, e selezione di migranti con nitido danno non solo allo sviluppo nazionale, tramite l'interscambio culturale e lo sviluppo umano, ma anche a causa della non assunzione in posti di lavoro in determinati settori dell'economia, il che richiederà una revisione del Decreto n. 9.199, del 20 novembre 2017.

6. FONTI BIBLIOGRAFICHE

- ACNUR; IMDH; CDHM. *Políticas públicas para as migrações internacionais: migrantes e refugiados*. 2 ed. revista e atualizada, Brasília: ACNUR; IMDH; CDHM, 2007.
- BAENINGER, R. Migrações transnacionais de refúgio no Brasil. In: Carmen Lussi [Org.]. *Migrações internacionais: abordagens de direitos humanos*. Brasília: CSEM - Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2017, p. 13-29.
- BASSO, P. Sviluppo diseguale, migrazioni, politiche migratorie. In: Basso, P.; Perocco, F. (A cura di). *Gli immigrati in Europa: disuguaglianze, razzismo, lotte*. Parte Prima. Milano: Franco Angeli, 2003, p. 82-117.
- BAUMAN, Z. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1999.
- BICHARA, J. P. Imigração ilegal e direito internacional: alguns aspectos da atualidade. In: ARAÚJO, B. M. V.; BIZAWU, K.; LEISTER, M. A. [Coords.].

⁴⁶ HABERMAS, J. *Sobre a constituição da Europa*. São Paulo: Editora UNESP, 2012, p. 14.

⁴⁷ MILESI, R. e MARINUCCI, R. Migrações internacionais contemporâneas. In: *Instituto Migrações e Direitos Humanos - IMDH*. 2005. Disponibile all'indirizzo: <<http://www.migrante.org.br/index.php/refugiados-as2/143-migracoes-internacionais-contemporaneas>>. Accesso il: 05 genn. 2018.

- Direito internacional dos direitos humanos II* [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 221-240. Disponível all'indirizzo: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/b15hW7dEz9J0Z65u.pdf>>. Acesso il: 03 genn. 2018.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. Disponível all'indirizzo: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso il: 23 dic. 2017.
- BRASIL. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Publicado no *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 nov. 2017. Disponível all'indirizzo: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm>. Acesso il: 23 dic. 2017.
- BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Publicado no *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 mai. 2017. Disponível all'indirizzo: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso il: 23 dic. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 148.558-SP, Paciente: Lawrence Ndiefe; Impetrante: Marcos Antônio de Souza; Coator: Min. de Estado da Justiça. Min. Rel. Marco Aurélio, Publicação DJE: 12/12/2017. Disponível all'indirizzo: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5277664>>. Acesso il: 24 dic. 2017.
- CARLOS-MURILLO, Juan. A proteção internacional dos refugiados na América Latina e o tratamento dos fluxos migratórios mistos. In: *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. vol. 3, nº 3, 2008, p. 25-30.
- DE HASS, H. Migration and development: a theoretical perspective. In: *International Migration Review*, vol. 44, nº 1, 2010, 1986, p. 227-264.
- FERREIRA, A. B. H. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GUARNIZO, L. E.; PORTES, A. e HALLER, W. Assimilation and transnationalism: determinants of transnational political action among contemporary migrants. In: *American Journal of Sociology*, vol. 108, nº 6, 2003, p. 1211-1248.
- HABERMAS, J. *Sobre a constituição da Europa*. São Paulo: Editora UNESP, 2012.
- HILY, M. A. As migrações contemporâneas: dos Estados e dos homens. In: *Seminário Cultura e Intolerância - SESC*, Vila Mariana, São Paulo, nov., 2003, p. 1-10. Disponível all'indirizzo: <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00609853/document>>. Acesso il: 03 genn. 2018.
- INGLÊS, P. Globalização, mobilidade humana e criatividade: desafiando categorias a partir de três casos de migração forçada em Angola. In: VASCONCELOS, A. M. N e BOTEAGA, T. [Orgs.]. *Política migratória e o paradoxo da globalização*. Porto Alegre: EDIPUCRS, Brasília: CSEM, 2015, p. 169-188.
- JUBILUT, L. L. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.
- JUBILUT, L. L. e MENICUCCI, O. S. A. A necessidade da proteção internacional no âmbito da migração. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 6 (1), 2010, p. 275-294, jan./jun., Disponível all'indirizzo: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/13.pdf>>. Acesso il: 03 genn. 2018.
- MACHADO, C. A. A. A fraternidade e o direito constitucional brasileiro: anotações sobre a incidência e aplicabilidade do princípio/valor fraternidade no direito constitucional brasileiro a partir da sua referência no preâmbulo da Constituição federal de 1988. In: PIERRE, Luiz A. A. et al. [Org.]. *A fraternidade como categoria jurídica*. São Paulo: Cidade Nova, 2013.

- MARSHALL, T. H. *Classe, cidadania e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MILESI, R. Por uma nova lei de migração: a perspectiva dos direitos humanos. In: *Leis e políticas migratórias: o desafio dos direitos humanos*. CEAM/UnB-CSEM e UniEURO. Brasília, maio, 2007. Disponibile all'indirizzo: <http://www.csem.org.br/pdfs/por_uma_nova_lei_de_migracao_no_brasil_%20rosita_milesi.pdf>. Acesso il: 23 dic. 2017.
- MILESI, R. e MARINUCCI, R. Migrações internacionais contemporâneas. In: *Instituto Migrações e Direitos Humanos - IMDH*. 2005 Disponibile all'indirizzo: <<http://www.migrante.org.br/index.php/refugiados-as2/143-migracoes-internacionais-contemporaneas>>. Acesso il: 05 genn. 2018.
- MORAIS, J. L. B.; PIRES JÚNIOR, P. A.; GRANJA, J. G. L., e VENTURA, D. F. L. Lei de migrações propõe acabar com legado da ditadura sobre o tema. In: *Consultor jurídico*. 2014 Disponibile all'indirizzo: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-04/lei-migracoes-propoe-acabar-legado-ditadura-tema>>. Acesso il: 03 genn. 2018.
- ONU. *International migration flows to and from selected countries: the 2015 revision*. New York: Population Division, 2015.
- PORTES, A. Convergências teóricas e dados empíricos no estudo do transnacionalismo imigrante. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 69, 2004, p. 73-93.
- RESTA, E. *Direito fraterno*. [Traduzione di Sandra Regina Martini Vial]. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- SASSEN, S. *The mobility of labor and capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- SILVA, I. R. V. e BRANDÃO, P. T. *Constituição e fraternidade: o valor normativo do Preâmbulo da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2015.
- SILVA, S. A. Migração e cidadania: desafios à inclusão dos imigrantes no Brasil. In: LUSI, C. [Org.]. *Migrações internacionais: abordagens de direitos humanos*. Brasília: CSEM - Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2017, p. 81-93.
- STURZA, J. M. O direito na sociedade atual: políticas públicas, direitos fundamentais e a indispensável fraternidade. In: *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, nº 68, jan./jun., 2016, p. 375-397.
- VEIGA, F. L. F. O direito brasileiro e a realidade dos fluxos migratórios na América Latina: a influência da Colômbia e do Haiti. In: *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, Ed. Esp. Refugiados, vol.20, 2017, p.16-40.

NANOTECNOLOGIAS E A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS SOBRE RISCO: A ATENÇÃO PARA O NANOWASTE E SUA ADEQUADA GESTÃO

NANOTECHNOLOGIES AND THE EVOLUTION OF THE THEORIES ON RISK: THE ATTENTION FOR NANOWASTE AND ITS ADEQUATE MANAGEMENT

Wilson Engelmann¹

Daniele Weber S. Leal²

Raquel Von Hohendorff³

Universidade do Vale do Rio Sinos

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O risco das nanotecnologias e o despertar para uma nova questão: o nanowaste; 3 A evolução das teorias do risco; 4 Alternativas regulatórias para gestão dos riscos do nanowaste; 5 Conclusão; Referências.

Resumo: No contexto da pós-modernidade, encontra-se o avanço tecnológico para a nanoescala, o qual não é acompanhado pelas comprovações científicas. As nanotecnologias surgem propiciando avanços, entretanto, com consequências desconhecidas, o que faz necessário apresentar adequadamente o viés dos riscos. Desta maneira, dada a complexidade, importante acompanhar a evolução das Teorias do Risco. Necessária, portanto, validar alternativas regulatórias, entendendo as diferenças entre meta e autorregulação. Importante conhecer organismos internacionais que já elaboram instrumentos com potencial regulatório. Face o risco, uma nova atenção está voltada ao nanowaste. Qual o atual cenário das nanotecnologias frente ao risco, especificamente sobre os resíduos nanotecnológicos? Tal faceta é conhecida e enfrentada pelo Sistema do Direito? Como é possível contextualizar a evolução (nano)tecnológica nas Teorias do Risco? E diante das novas demandas e incerteza científica quanto aos possíveis danos ao ecossistema (ante o descarte inadequado do nanowaste), de que modo é possível promover uma gestão do risco adequadamente? Baseado na cautela frente à incerteza, resposta adequada seria uma (auto)regulação atualizada, elaborando o Sistema do Direito uma flexibilização de suas bases, adotando instrumentos com potencial regulatórios elaborados de outros sistemas. Busca-se assim minimizar o possível dano ambiental e às futuras gerações através da gestão do risco do nanowaste.

¹ Pós-doutor em Direito Público pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Doutor e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS/Brasil; Professor e Pesquisador deste mesmo Programa; Professor, Pesquisador e Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq); Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinos.br

² Doutoranda e Mestra do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS, vinculada à Linha de Pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”; Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO(CNPq); Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação RS (LFG). Graduada na Unisinos. Advogada. Email: weber.daniele@yahoo.com.br

³ Doutora e mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS, vinculada à Linha de Pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”; Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO(CNPq). Advogada. E-mail: vetraq@gmail.com.

Abstract: In the context of postmodernity, we faced the technological advance for the nanoscale, which is not accompanied by scientific evidence. Nanotechnologies appear to provide advances, however, with unknown consequences, which makes it necessary to adequately present the risk bias. In this way, given the complexity, it is important to follow the evolution of Risk Theories. It is necessary, therefore, to validate regulatory alternatives, understanding the differences between target and self-regulation. Important to know international organizations that already elaborate instruments with regulatory potential. In the face of risk, new attention is focused on nanowaste. What is the current scenario of nanotechnologies in relation to risk, specifically on nanotechnological wastes? Is this facet known and faced by the Law System? How is it possible to contextualize technological (nano) evolution in Risk Theories? And given the new demands and scientific uncertainty about possible damage to the ecosystem (in the face of the inadequate disposal of nanowaste), how can it promote proper risk management? Based on caution in the face of uncertainty, an adequate response would be an updated (self) regulation, elaborating the Law System a flexibilization of its bases, adopting instruments with regulatory potential elaborated from other systems. It seeks to minimize possible environmental damage and future generations through nanowaste risk management.

Palavras-chave: Nanotecnologias; resíduos nanotecnológicos; nanowaste; Risco; regulação; teorias do risco.

Keywords: Nanotechnologies; nanotechnology waste; nanowaste; Risk; regulation; theories of risk.

1 INTRODUÇÃO

Observa-se atualmente a complexidade das nanotecnologias, que vem permeada por dúvidas, inquietações, incertezas científicas e promessas maravilhosas das benesses desta nova tecnologia. A era nanotecnológica é uma realidade, com demandas antes sequer imaginadas, dada a particularidade das propriedades em escala nano, com as quais o Direito está sendo convocado para solucionar adequadamente estas resoluções, buscando alternativas regulatórias, ante a ausência legislativa específica para o desenvolvimento dos nanoprodutos. O tema igualmente encontra-se ligado ao cenário das inovações tecnológicas e 4.^a Revolução Industrial, movimento atual que se mobiliza para desenvolver novas opções, novos produtos, a fim de dar satisfação a sociedade pós-moderna.

Vislumbra-se uma gama de novidades nanotecnológicas, produtos em escala nano, que vêm se desenvolvendo com maior força desde o início do século XXI. Nesta conjuntura, o mundo nanotecnológico vem revolucionando a vida cotidiana da sociedade, sendo que diariamente inúmeros nanoprodutos são utilizados, desde a utilização doméstica (como bebedouros, ar condicionado, embalagens) até uso na área bélica, aeronáutica, engenharias e medicina. Verifica-se ainda aplicação no setor alimentício, cosméticos, na indústria do plástico, biocombustível, dentre tantos outros. Contudo, muito embora o desenvolvimento desta nanotecnologia venha alcançando contornos significativos, não há regulação específica. Como consequência da crescente produção e consumo das nanotecnologias vislumbra-se um novo problema, os resíduos nanotecnológicos. De que maneira este descarte inadequado pode prejudicar o meio ambiente? Está-se presente no cenário de riscos nanotecnológicos? De que modo é possível resguardar ou minimizar os danos (futuros) do descarte inadequado?

Assim, em paralelo às benesses e promessas inovadoras das nanos estão os potenciais danos ao meio ambiente e vida humana. Necessário apresentar esse viés de pesquisa, a fim de promover um desenvolvimento mais seguro e sustentável,

resguardado as futuras gerações. Urge que se conheça então a inserção das nanotecnologias no contexto do risco. Portanto, abordará esta investigação a evolução das teorias do risco, a fim de viabilizar uma adoção de alternativas regulatórias que realizem a gestão dos resíduos nanotecnológicos, o *nanowaste*. Com finalidade de fomentar a gestão do risco, apresentar-se-á ainda as diferentes formas de regulação, como a meta e autorregulação, e as instituições internacionais que já elaboram diretrizes neste sentido.

A proposta de estudo se dará através da metodologia sistêmico-construtivista⁴, utilizando-se de bases que não compõem o Direito tradicional, possibilitando a conexão e aplicação de outros institutos regulatórios, realizando a interligação de outras áreas da ciência. Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, buscando realizar a revisão das publicações em livros, artigos científicos e sítios oficiais da internet.

Para tanto, necessário que se parta de um prévio conhecimento acerca das nanotecnologias e o potencial risco; ademais, apresentar-se-á a evolução das Teorias do Risco, a fim de contextualizar as nanotecnologias nesta conjuntura. Por fim, serão expostas alternativas regulatórias e organizações internacionais que estão elaborando instrumentos com potencial regulatório, fomentando o movimento de adequação e flexibilização do Sistema do Direito, para que ele promova respostas adequadas à nova complexidade apresentada.

Portanto, o problema que se pretende enfrentar neste artigo poderá ser assim circunscrito: Qual o atual cenário das nanotecnologias frente ao risco, especificamente sobre os resíduos nanotecnológicos? Tal faceta é conhecida e enfrentada pelo Sistema do Direito? Como é possível contextualizar a evolução (nano)tecnológica nas Teorias do Risco? E diante das novas demandas e incerteza científica quanto aos possíveis danos ao ecossistema (ante o descarte inadequado do *nanowaste*), de que modo é possível promover uma gestão do risco adequadamente? Baseado na cautela frente à incerteza, resposta adequada seria uma (auto)regulação atualizada, elaborando o Sistema do Direito uma flexibilização de suas bases, adotando instrumentos com potencial regulatórios elaborados de outros sistemas. Busca-se assim minimizar o possível dano ambiental e às futuras gerações através da gestão do risco do *nanowaste*, validando diretrizes autorregulatórias que se baseiam em estudos específicos sobre nanomateriais e resíduos.

2 O RISCO DAS NANOTECNOLOGIAS E O DESPERTAR PARA UMA NOVA QUESTÃO: O NANOWASTE

Desde o início deste século XXI presencia-se a utilização cada vez maior das nanotecnologias, as quais se inserem no contexto de inovações, o que por consequência gera uma série de novas demandas da sociedade. Tal escala de tecnologia equivale à bilionésima parte de um metro, aproximadamente dez vezes o tamanho de um átomo individual. A sua conceituação dispõe de uma terminologia imprecisa, inexistindo definições padronizadas internacionalmente⁵.

Foi o físico norte-americano Feynman⁶ considerado o profeta da nanotecnociência, cuja profecia foi anunciada em sua palestra *There is a plenty of*

⁴ FERRARI, Vincenzo. Primera Lección de Sociología del derecho. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2015

⁵ PORTO BORGES, Isabel Cristina; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade civil e nanotecnologias**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶ FEYNMAN, Richard P. Há mais espaços lá embaixo: um convite para penetrar em um novo campo da Física. Texto traduzido por Roberto Belisário e Elizabeth Gigliotti de Sousa.

room at the bottom - Há mais espaços lá embaixo (tradução nossa) -, realizado no encontro anual da Sociedade Americana de Física no Instituto de Tecnologia da Califórnia, em dezembro de 1959. Naquela ocasião, o cientista abordou praticamente todos os conceitos importantes da nanotecnociência, embora sem nominá-la dessa forma. Uma das ideias defendidas seria que possibilitar-se-ia condensar, na cabeça de um alfinete, todos os 24 volumes da *Enciclopédia Britânica*, vislumbrando as futuras descobertas na fabricação de sistemas em escala atômica e molecular⁷.

A nanotecnologia é a manipulação da matéria em uma escala quase atômica para produzir novas estruturas, materiais e dispositivos. Esta tecnologia tem a capacidade de transformar muitas indústrias e pode ser aplicado de diversas maneiras a áreas que vão desde a medicina à fabricação⁸. O Comitê Técnico 229 (Nanotecnologias) da ISO/TC 229⁹ está a desenvolver uma nomenclatura e uma terminologia mundialmente reconhecidas para os nanomateriais. De acordo com ISO/TS 27687: 2008¹⁰, nano-objeto é definido como material com uma, duas ou três dimensões externas na faixa de tamanho de aproximadamente 1-100 nm.

Quanto ao seu conceito, há grandes divergências ante a ausência de consenso sobre metodologias e características, sendo uma das mais recorrentes então a da ISO/TC 229¹¹, que conceitua nanotecnologias da seguinte forma:

Nanotecnologia: Normatização no domínio das nanotecnologias, que inclui um ou ambos dos seguintes procedimentos:

1. Compreensão e controle da matéria e dos processos em escala nano, tipicamente, mas não exclusivamente, abaixo de 100 nanômetros em uma ou mais dimensões, em que o aparecimento de fenômenos que dependem do seu tamanho normalmente permite novas aplicações,
2. Utilização das propriedades dos materiais em nanoescala que diferem das propriedades dos átomos individuais, moléculas, materiais a granel, para criar melhores materiais, dispositivos e sistemas que exploram essas novas propriedades. (tradução nossa).

As nanotecnologias encontram-se nos mais variados setores da vida cotidiana, nos mais diferentes setores econômicos. Esta tecnologia em ultrapequena escala encontra-se no mercado, sendo amplamente consumida, como

ComCiência: Revista Eletrônica de Jornalismo Científico, Campinas, 10 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano19.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

⁷ FEYNMAN, Richard P. Há mais espaços lá embaixo: um convite para penetrar em um novo campo da Física. Texto traduzido por Roberto Belisário e Elizabeth Gigliotti de Sousa.

ComCiência: Revista Eletrônica de Jornalismo Científico, Campinas, 10 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano19.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

⁸ DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES; CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (CDC); NATIONAL INSTITUTE FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH (NIOSH). **Approaches to safe nanotechnology:** managing the health and safety concerns Associated with Engineered Nanomaterials. Washington: DHHS: NIOSH, Mar. 2009. (DHHS NIOSH Publication, n. 2009-125). Disponível em: <<https://www.cdc.gov/niosh/docs/2016-102/pdfs/2016-102.pdf>>. Acesso em: 08 mai 2018.

⁹ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO/TC 229:** nanotechnologies. Geneva, 2005. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/iso_technical_committee?commid=381983>. Acesso em: 07 abr. 2018.

¹⁰ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO/TS 27687:** 2008: nanotechnologies: terminology and definitions for nano-objects: nanoparticle, nanofibre and nanoplate. Geneva, 2008. Disponível em: <<https://www.iso.org/standard/44278.html>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

¹¹ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO/TC 229:** nanotechnologies. Geneva, 2005. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/iso_technical_committee?commid=381983>. Acesso em: 07 abr. 2018.

nos protetores solares, telefones celulares, medicamentos, cosméticos, medicamentos veterinários, produtos para tratamento de água, para indústria aeroespacial, naval e automotora, siderúrgica, entre outros. Inclusive esse amplo rol é aberto devido ao processo contínuo de desenvolvimento das nanotecnologias¹². Portanto, vislumbra-se na atualidade uma atenção por parte do Direito às nanotecnologias.

Somente para demonstrar a gama de produtos existentes em nível global, é possível apresentar os números gerais registrados pela *Nanotechnology Products Database* (NPD) - Base de Dados de Produtos de Nanotecnologia (tradução nossa) -, criada em janeiro de 2016. Com a finalidade de se tornar uma fonte de informação confiável, acreditada e atualizada para a análise e caracterização de produtos nanotecnológicos (ou seja, nanoprodutos) introduzidos nos mercados globais, cataloga-se e registra-se toda capacidade de produção de nanotecnologia desenvolvida no mundo. Com base então na NPD, pode-se afirmar que atualmente existem 8219 produtos com nanotecnologias, produzidos por 1941 companhias, oriundos de 56 países. Desta forma, a nanotecnologia aparece diariamente na vida em sociedade, desde produtos cosméticos (protetor solar, creme antirrugas), shampoos, até mesmo produtos domésticos (bebedouro d'água) e medicamentos, indústria bélica, dentre outras várias áreas¹³.

Situam-se as nanotecnologias como parte integrante da Quarta Revolução Industrial, diagnosticando a realidade desta nova tecnologia, dados sobre seu surgimento, usos e aplicações nas mais diferentes áreas do conhecimento humano. Segundo Schwab:

[...] Imagine as possibilidades ilimitadas de bilhões de pessoas conectadas por dispositivos móveis, dando origem a um poder de processamento, recursos de armazenamento e acesso ao conhecimento sem precedentes. Ou imagine a assombrosa profusão de novidades tecnológicas que abrangem numerosas áreas: inteligência artificial, robótica, internet das coisas, veículos autônomos, impressão 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica, para citar apenas algumas.¹⁴

Tendo em vista a grande evolução desta nova tecnologia, pode-se constatar a necessidade de maior debate sobre elas, principalmente no que tange a possibilidade de danos futuros ao meio ambiente e vida humana, dada a complexidade e particularidade destes materiais em escala tão pequena. Ressalta-se a ausência de regulação específica para as nanos, o que incompatibiliza os preceitos do Princípio da precaução, indispensável neste contexto de incertezas científicas. Assim, urge que se fomente o debate e maior esclarecimento sobre o viés do risco das nanotecnologias, principalmente quando se chama atenção para uma nova questão: os resíduos nanotecnológicos.

Incide neste cenário a preocupação mundial com as nanos. É possível observar que o debate e estudos vêm ocorrendo em nível global, nos países desenvolvidos, e de maneira progressiva nos países em desenvolvimento, como o Brasil.

Sabe-se que a pesquisa e atualidade das nanotecnologias estão em evidência, bem como seus produtos. Entretanto, não há regulação única sobre o

¹² HOHENDORFF, Raquel von. Revolução nanotecnológica, riscos e reflexos no direito: os aportes necessários da Transdisciplinaridade. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos humanos e novas tecnologias**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015. p. 9.

¹³ INTRODUCTION. **Nanotechnology Products Database (NPD)**. [S.l.], 2017. Disponível em: <<http://product.statnano.com/>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

¹⁴ SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*. Tradutor Daniel Moreira Miranda. Edipro, São Paulo, 2016, p. 11.

tema. Existem inúmeros protocolos e diretrizes produzidos por agências e órgãos internacionais sobre esta nova tecnologia e sua gestão de risco, além dos anteriormente citadas, como a *National Institute for Health* (NIH) dos EUA, *National Science Foundation* (NSF), ISO, OECD¹⁵, BSI, na União Europeia a Comissão Europeia e Parlamento Europeu, *European Medicines Agency*, *Co-nanomet*, *European Agency for Safety and Health at Work*, dentre outras. Essas diretrizes, avaliações de risco e recomendações poderiam ser aproveitadas para a geração de um marco normativo interno¹⁶.

Desta maneira, ante os estudos propostos e movimento das organizações internacionais ao redor do mundo, fica clara a crescente presença das nanotecnologias, tanto de seus produtos quanto das demandas deles originários. A utilização dos nanoproductos é uma realidade, de maneira irrestrita na sociedade, sem que se saiba ainda sobre seus efeitos no meio ambiente e vida humana. Até mesmo não há informação adequada sobre tal aspecto, de forma que o manejo e comércio dá-se de forma imprudente.

Em virtude do grande desenvolvimento e consumo de nanoproductos, por conseguinte, serão descartados no meio ambiente um número cada vez maior de nanomateriais, que por ora, não adota nenhum protocolo específico. Com base na atenção aos resíduos nanotecnológicos, Mraz provoca em sua matéria: *Nanowaste: o Próximo Grande Tratamento?*(tradução nossa)¹⁷, afirmando que os governos devem investir uma porcentagem maior de seus orçamentos voltados à segurança dos nanomateriais bem como demandar maiores esforços nas pesquisas a este novo tipo de resíduo, o *nanowaste*, do qual não se tem certeza científica quanto seus efeitos no ecossistema e vida humana¹⁸.

Como o objeto deste trabalho é aferir as complexidades do *nanowaste* e gestão apropriada, importante que se introduza as principais inquietações sobre

¹⁵ Tamanho o empenho desta organização internacional, que se pode ressaltar o estudo realizado pela OECD, sobre resíduos de nanomateriais. Despertados por este questionamento, e aliando-se ao Princípio da Precaução, é possível considerar as recomendações e protocolos elaborados pela OECD, cujo foco de seus questionamentos é a busca por respostas adequadas quanto aos resíduos produzidos em nano escala, ou seja, o descarte final de nanomateriais, em virtude desta enorme produção, sem qualquer cuidado quanto ao descarte. Assim, justificou-se a pesquisa ante o grande desenvolvimento em nano escala, a fim de avaliar processos de tratamento de resíduos, relacionando-os aos nanomateriais, com a finalidade de minimizar os riscos existentes, retirando de evidência literárias em específicos tratamentos de lixo (resíduos), como na reciclagem, incineração, disposição de lixo em aterros e tratamento de água. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Nanomaterials in waste streams: current knowledge on risks and impacts**. Paris, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264249752-en>>. Acesso em: 24 jun. 2018

¹⁶ ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um fator de aproximação democrática dos países da América Latina: em busca de moldes regulatórios. In: ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. (Org.) **Constitucionalismo democrático na América Latina: desafios do século XXI**. Curitiba: Multideia, 2015.

¹⁷ MRAZ, Stephen J. Nanowaste: the next big threat?. **Machine Design**, Cleveland, v. 77, n. 22, p. 46, Nov. 17 2005. Disponível em: <<http://connection.ebscohost.com/c/articles/18901546/nanowaste-next-big-threat>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

¹⁸ MRAZ, Stephen J. Nanowaste: the next big threat?. **Machine Design**, Cleveland, v. 77, n. 22, Nov. 17 2005. Disponível em: <<http://connection.ebscohost.com/c/articles/18901546/nanowaste-next-big-threat>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

estes resíduos, com respeito ao Princípio da precaução, conforme Part et al.¹⁹ lecionam:

Os nanomateriais de engenharia (ENMs) já são amplamente utilizados em diversos produtos de consumo. Ao longo do ciclo de vida de um produto nano-habilitado, os ENMs podem ser liberados e posteriormente se acumulam no meio ambiente. Os modelos de fluxo de materiais também indicam que uma variedade de ENMs podem se acumular em fluxos de resíduos. Portanto, um novo tipo de resíduos, o chamado nanowaste, é gerado quando do fim-de-vida dos ENMs e quando produtos nano-habilitados são descartados. Em termos do princípio da precaução, o monitoramento ambiental dos ENMs em fim de vida é crucial para avaliar o impacto potencial dos nanowaste no nosso ecossistema. A análise de rastreamento e a quantificação de espécies nanoparticuladas é muito desafiadora por causa da variedade de tipos de ENM que são utilizados em produtos e baixas concentrações de nanowaste esperados em mídia complexa ambiental. [...]. A maioria dos estudos visa investigar o destino do nanowaste durante a incineração, particularmente considerando as medidas de aerossóis; considerando os estudos detalhados centrados na liberação potencial de nanowaste durante a reciclagem de resíduos, os processos atualmente não estão disponíveis. Em termos de métodos analíticos adequados, técnicas de separação acopladas a métodos baseados em espectrometria são ferramentas promissoras para detectar nanowaste e determinar tamanho de partícula na distribuição em amostras de resíduos líquidos. (tradução nossa).

O *nanowaste* é um dos focos mais importantes da atualidade, seguindo o fluxo necessário de estudos como de qualquer resíduo. Especialmente os resíduos nanotecnológicos precisam de atenção redobrada, dada as particularidades de suas características e interações físico-químicas do meio ambiente, ficando uma preocupante lacuna sobre os efeitos desta disposição de nanomateriais no ecossistema, sem adoção de medidas mínimas de cautela para proteção.

Face a inserção da era nanotecnológica no contexto de risco, necessário então conhecer esta faceta nanotecnológica. Ao mesmo passo que se caminha para descobertas maravilhosas e benéficas com utilização da nanotecnologia - como novos medicamentos, processos remediadores de poluição, produtos mais duráveis e eficientes -, encontram-se em paralelo pesquisas apontando para o risco desta nova tecnologia, com potencial prejuízo à saúde humana e meio ambiente. Observa-se o cenário do risco, e no próximo ponto explorar-se-á estas possibilidades conflitantes das nanos.

O *nanowaste* é um dos focos mais importantes da atualidade, seguindo o fluxo necessário de estudos como de qualquer resíduo. Especialmente os resíduos nanotecnológicos precisam de atenção redobrada, dada as particularidades de suas características e interações físico-químicas do meio ambiente, ficando uma preocupante lacuna sobre os efeitos desta disposição de nanomateriais no ecossistema, sem adoção de medidas mínimas de cautela para proteção.

Por fim, uma vez que esta tecnologia não possui reflexo humano ainda comprovado, mas se observa em pesquisas a possibilidade de risco, urge que se fomenta a adoção de instrumento com pretensão regulatória e que assim viabilize a gestão adequada do risco, de maneira a respeitar o princípio da precaução, a fim de minimizar consequências danosas ao ecossistema.

¹⁹ PART, Florian et al. Current limitations and challenges in nanowaste detection, characterisation and monitoring. **Waste Management**, New York, n. 43, p. 407, Sept. 2015. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26117420>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

Além destes aspectos, a apresentação de novidades trazidas pela pesquisa ou desenvolvimento de novos produtos sempre acarreta um certo nível de risco, os quais brevemente serão expostos e contextualizados a seguir.²⁰

Algumas das características que são úteis no desenvolvimento de produtos novos e melhorados também causam preocupação. Alguns nanomateriais são tipos inteiramente novos de composições, que podem ter novos e inesperados efeitos sobre os organismos vivos. O tamanho pequeno dos nanomateriais leva à preocupação sobre se eles podem atravessar membranas biológicas e, assim, ser tomadas por células e órgãos. Além disso, partículas pequenas podem se acumular profundamente nos pulmões se inaladas e permanecer lá por um longo período, porque eles são limpos lentamente a partir desta parte do pulmão. Existe também a preocupação de que o aumento da reatividade de materiais conhecidos na nanoforma pode levar a efeitos aumentados ou indesejados nos seres humanos e no ambiente²¹.

Discorrem Baruah e Dutta²² sobre o risco e formas de entrada de nanopartículas no corpo humano:

Os materiais em nanoescala estão no mesmo tamanho que o DNA, o bloco básico de construção de espécimes biológicas, e tem a possibilidade de reagir com espécimes biológicos, ao contrário de maiores partículas. O amplo espectro de aplicações potenciais de nanopartículas levanta questões sobre a segurança de seu uso e efeitos adversos em espécies não visadas. Tanto os expoentes como os críticos da nanotecnologia estão achando extremamente difícil de defender suas crenças, pois há informações limitadas disponíveis para apoiar qualquer lado. Foi apresentado que os nanomateriais podem entrar no corpo humano através de várias portas. Contato involuntário durante a produção ou uso é mais provável que aconteça através dos pulmões de onde uma translocação rápida através da corrente sanguínea é possível a outros órgãos vitais. Em nível celular, a capacidade das nanopartículas para atuar como um vetor de genes foi demonstrado. As nanopartículas de carbono negro foram observadas para interferir com sinalização celular. (tradução nossa).

O CNPq em conjunto com o MCTI, lançaram em 2011, edital para a formação das primeiras redes sobre nanotoxicologia no Brasil. Até este momento, ainda não havia nenhum fomento específico para o desenvolvimento desta área de pesquisa. No âmbito desse edital foi apresentado o projeto de pesquisa intitulado *Nanotoxicologia ocupacional e ambiental: subsídios científicos para estabelecer marcos regulatórios e avaliação de riscos* (MCTI/CNPq processo 552131/2011-3), que já produziu alguns resultados, apontando efeitos tóxicos de algumas nanopartículas investigadas: a) a comprovação de evidências de que os nanotubos de carbono são potencialmente perigosos em ambientes

²⁰Segundo Andrea Signorino Barbat: “[...] queda claro que todo emprendimiento novedoso, en primer término, puede suponer riesgos en especial hasta la cabal comprensión y aprendizaje de todos los aspectos involucrados en él, ya sea por el comportamiento mismo de la novedad o por sus repercusiones e interacciones con el exterior, objetos (medio ambiente) y sujetos (salud, seguridad, bienestar). [...]”. (BARBAT, A. S. *Estudios de Derecho de Seguros y Reaseguros*. La Ley Uruguay, Montevideo, 2016, p. 213).

²¹ CHRISTENSEN, Frans Møller et al. **Better control of nanomaterials**: summary of the 4-year Danish initiative on nanomaterials. Copenhagen: The Danish Environmental Protection Agency, 2015. (Environment protect, n. 1797). Disponível em: <<http://www2.mst.dk/Udgiv/publications/2015/12/978-87-93352-89-6.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

²² BARUAH, S; DUTTA, J. Nanotechnology applications in pollution sensing and degradation in agriculture: a review. **Environmental Chemistry Letters**, Secaucus, v. 7, n. 3, p. 201-202, Sept. 2009. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10311-009-0228-8>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

aquáticos, e que o mecanismo de toxicidade é complexo e insuficientemente compreendido até o momento²³.

Outro estudo mostra possíveis efeitos tóxicos no cérebro (neurotoxicidade) dos peixes Zebrafish (*Danio rerio*) expostos aos nanotubos de carbono²⁴. Estes compostos da indústria de nanotecnologia, como os nanomateriais à base de carbono, são fortes candidatos a contaminar ambientes aquáticos, pois sua produção e eliminação têm crescido exponencialmente em poucos anos, sem que se tenha estudos conclusivos sobre a sua efetiva interação com o meio ambiente. Recente estudo demonstrou que o fulereno C60 diminuiu a viabilidade das células e prejudicou a detoxificação de enzimas, evidenciando interações toxicológicas²⁵.

Procurando confirmar as informações sobre a toxicidade dos nanotubos de carbono, destaca-se a seguinte matéria, publicada on-line na revista *Ecotoxicology and Environmental Safety*:

Estudos conduzidos em parceria por pesquisadores da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), Laboratório Nacional de Nanotecnologia (LNNano) e do Instituto de Pesca do Estado de São Paulo, em Cananeia, no litoral sul paulista, mostraram que quando nanotubos de carbono entram em contato com substâncias tóxicas como chumbo e pesticidas em ambientes aquáticos há um aumento expressivo de toxicidade para peixes como tilápias-do-nilo (*Oreochromis niloticus*), camarões-d'-água-doce e outras espécies. Os mais recentes resultados da pesquisa que avaliou a interação entre esses nanomateriais e carbofurano, um pesticida com alta toxicidade utilizado no Brasil em culturas agrícolas²⁶.

A nano prata²⁷, por exemplo, é utilizada na linha branca de eletrodomésticos, bebedouros, aparelhos de ar condicionado e outros itens de uso e contato diário pelo consumidor e igualmente apresenta grau de risco segundo pesquisas.

²³ BRITTO, Roberta Socoowski et al. Effects of carbon nanomaterials fullerene C60 and fullerol C60 (OH) 18-22 on gills of fish *Cyprinus carpio* (Cyprinidae) exposed to ultraviolet radiation. *Aquatic Toxicology*, Amsterdam, v. 114-115, June 2012. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0166445X12000689>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

²⁴ DAL FORNO, Gonzalo Ogliari et al. Intraperitoneal exposure to nano/microparticles of fullerene (c60) increases acetylcholinesterase activity and lipid peroxidation in Adult Zebrafish (*Danio rerio*) Brain. **BioMed Research International**, New York, v. 2013, 2013. Disponível em: <<https://www.hindawi.com/journals/bmri/2013/623789/abs/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

²⁵ FERREIRA, Jonsecler L. Ribas et al. Co-exposure of the organic nanomaterial fullerene C60withbenzo[a]pyrene in *Danio rerio* (zebrafish) hepatocytes: evidence of toxicological interactions. **Aquatic Toxicology**, Amsterdam, v. 147, Feb. 2014. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0166445X13003482>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

²⁶ ERENO, Dinorah. Interações fatais. **Revista Pesquisa FAPESP**, São Paulo, ed. 226, p. 70, dez. 2014. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2014/12/070-073_Nanotubos_226.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2018.

²⁷ Cabe destacar o seguinte acontecimento nos EUA: em 24 de março de 2015, a Agência (americana) de Proteção Ambiental (tradução nossa) - Environmental Protection Agency (EPA) concordou em regular o nanomaterial de prata como um novo pesticida, resultado de uma ação judicial movida pelo Centro de Segurança Alimentar (tradução nossa) - Center for Food Safety (CFS), que é uma organização nacional americana de interesse público e defesa ambiental, sem fins lucrativos, trabalhando para proteger a saúde humana e o meio ambiente, reduzir o uso de tecnologias de produção de alimentos nocivos e à promoção de formas orgânicas e de agricultura sustentável). CENTER FOR FOOD SAFETY (CFS). **EPA agrees to regulate novel nanotechnology pesticides after legal challenge**. Washington, Mar. 24 2015. Disponível em: <<http://www.centerforfoodsafety.org/press-releases/3817/epa-agrees-to-regulate-novelnanotechnology-pesticides-after-legal-challenge>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

A dúvida e incerteza científica quanto aos impactos das nanos no meio ambiente é latente, principalmente no solo -já que destacamos o nanowaste-conforme Dimkpa interroga: "A nanotecnologia pode oferecer os benefícios prometidos sem impactar negativamente a vida microbiana do solo?"(tradução nossa)²⁸. Dimkpa²⁹ afirma que os benefícios prometidos nas nanotecnologias, podem vir acompanhados de riscos para o meio ambiente: plantas não-alvo, micróbios de solo de planta-benéficas e outras formas de vida poderiam ser impactadas se nanopartículas (nanomateriais) contaminassem o meio ambiente.

Dando ênfase à nanopoluição, se encontram as pesquisas de Gatti e Montanari³⁰, mostrando diversas doenças que podem ser geradas pelas partículas em escala nano, a maioria delas presentes na poluição do ar, por exemplo.

O objeto desta investigação trata dos resíduos nanotecnológicos e a gestão dos riscos, face a ausência de regulação. Com a preocupação sobre o nano lixo ou o *nanowaste*, apresenta o Jornal *The Guardian* o questionamento: *Nano: uma Opção Mais Limpa? A Nanotecnologia Poderia Arrumar o Planeta sem Deixar Resíduos Perigosos?* (tradução nossa). Para tais dúvidas não se vislumbram ainda respostas com certeza científica, mas pelo que se analisa dos estudos até agora apresentados, o *nanowaste*, ou resíduos nanotecnológicos, podem trazer mais riscos que os resíduos em escala macro³¹.

De forma resumida, verifica-se que os possíveis riscos podem se encontrar na seguinte forma: a) na segurança do trabalhador na fabricação ou uso de partículas nanométricas; b) na segurança do consumidor na utilização ou aplicação de bens baseados na tecnologia nanotecnológica; c) nos danos ambientais causados pela produção de resíduos e fabricação de produtos acabados que possam contaminar o ar, a água ou o solo; d) nas convulsões socioeconômicas, incluindo rupturas econômicas em economias baseadas em agricultura, matérias-primas ou trabalho; e) nas consequências imprevistas de nanotecnologias descontroladas; f) no uso governamental/estatal de nanotecnologias para conter as liberdades civis; g) aplicações militares; h) no uso das nanotecnologias nas mãos de terroristas ou outros criminosos.³²

Portanto, o desenvolvimento e expansão das nanotecnologias trazem à tona a importante questão dos riscos, de modo que o Sistema do Direito deverá intervir de modo a promover uma (auto)regulação apta a esta nova complexidade, minimizando os possíveis danos. Com base em uma regulação adequada, poderá ser efetivada a gestão do risco no que tange ao nanowaste, levando em consideração a urgência que tal aspecto demanda, face a produção e consumo acelerado, tendo como consequência o maior descarte de resíduos nanotecnológicos no meio ambiente.

²⁸ DIMKPA, Christian O. Can nanotechnology deliver the promised benefits without negatively impacting soil microbial life?. **Journal of Basic Microbiology**, Berlin, v. 54, n. 9, p. 889, Sept. 2014. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/24913194>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

²⁹ DIMKPA, Christian O. Can nanotechnology deliver the promised benefits without negatively impacting soil microbial life?. **Journal of Basic Microbiology**, Berlin, v. 54, n. 9, Sept. 2014. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/24913194>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

³⁰ GATTI, Antonietta M.; MONTANARI Stefano. **Case studies in nanotoxicology and particle toxicology**. London: Elsevier, 2015.

³¹ CAVE, Holly. Nano: a cleaner option? Could nanotechnology tidy up the planet without leaving a dangerous residue of its own?. **The Guardian**, London, Oct. 18 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/what-is-nano/nano-a-cleaner-option?CMP=share_btn_link>. Acesso em: 05 jun. 2018.

³² MARCHANT, G. E. and SYLVESTER, D. J. "Transnational Models for Regulation of Nanotechnology". *Journal of Law, Medicine and Ethics*, p. 714-725, Winter 2006. p. 716. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=907161>>. Acesso em 30 mar. 2018.

A fim de contextualizar a questão das nanotecnologias no cenário de risco, importante apresentar algumas das principais teorias sobre o risco, expondo sua evolução histórica, social e suas principais contribuições.

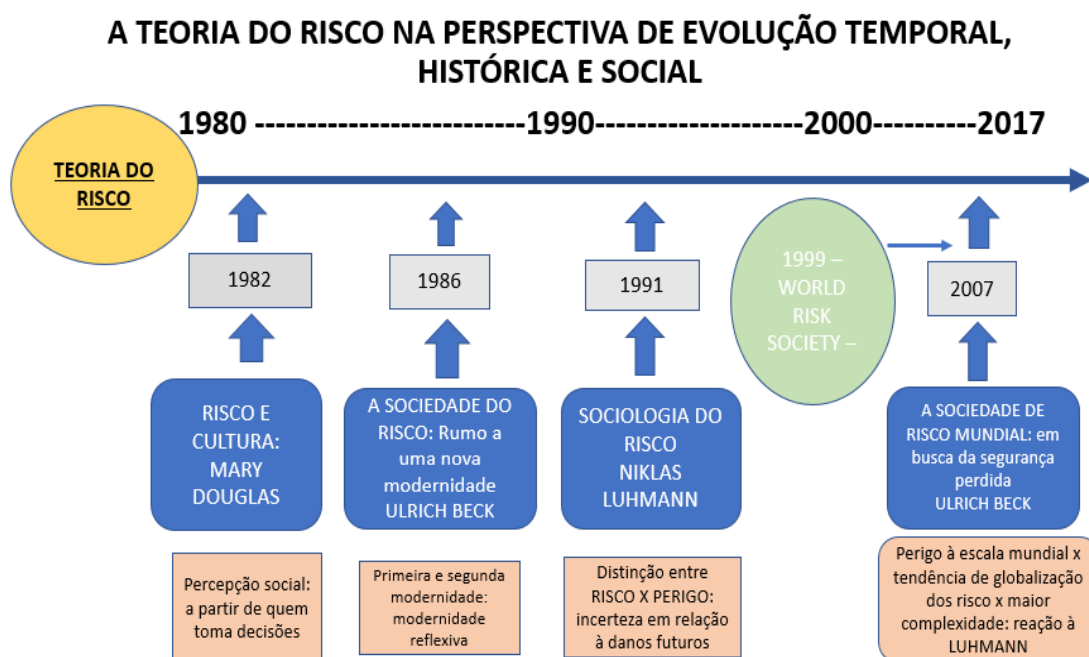
3 A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DO RISCO

O contexto de risco fora apresentado ao longo do primeiro ponto exposto desta investigação, demonstrado em diversas pesquisas sobre nanotecnologias e *nanowaste*. Entretanto, a fim de dar maior substância ao cenário de risco na era nanotecnológica, importante aprofundar-se nas teorias que abarcam este tópico, acompanhando a evolução teórica com o surgimento de novas demandas e ameaças na sociedade, como o desenvolvimento tecnológico.

As teorias sobre o risco apresentam análises diversas, expostas em uma evolução temporal, adequando-se ao momento em que foi elaborada, o que acaba implicando nas relevâncias sociais e ambientais daquele lapso de tempo. Tendo em vista a época em que publicada sua teoria, apresenta-se uma perspectiva diferente, dando maior ênfase à certas circunstâncias originárias de constatações daquele momento histórico, e com base nos elementos científicos da época, bem como através de sua percepção particular.

Por esta razão, observar-se-á a seguir a linha temporal da Teoria do Risco na perspectiva da evolução temporal, histórica e social, relacionando os principais autores e obras respectivas, conforme a Figura 01³³:

Figura 01 – Linha Temporal da Teoria do Risco na Perspectiva da Evolução Temporal, Histórica e Social



A primeira obra da linha temporal, *Risco e Cultura*, de Douglas e Wildavsky³⁴, realizada há mais de 30 anos atrás, já demonstrava uma crescente dúvida e preocupação em relação às novas tecnologias e seu impacto. Constata-se uma teoria cultural do risco, a qual sustenta que diferentes grupos, tendo de um lado

³³ Elaborado pelos autores

³⁴ DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risco e cultura**: um ensaio sobre a seleção dos riscos tecnológicos e ambientais. Tradutora Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

instituições hierárquicas e do governo (que ocupam o centro), “[...] predispostas a aceitar o risco como condição de progresso [...]”³⁵; em contrapartida, “[...] os grupos de ambientalistas e opositores da energia nuclear (por exemplo) tendem a ser extremamente avessos ao risco, inclinados a ver o desenvolvimento material como uma ameaça global”³⁶.

Nesta obra percebe-se a inclinação dada à percepção cultural do risco, questionando as notícias e informações recebidas sobre o risco, de maneira que se apresentasse como uma *seleção* do que seria risco ou não, tendo origem então na avaliação de determinada autoridade incumbida desta função, definir riscos, potencializações através da mídia, de empresas ou do governo. Duvida-se da relação de confiança entre governo, e demais instituições³⁷.

Em sua doutrina, duvidar é sempre um *exercício saudável*, é necessário, principalmente diante de descobertas incompletas ou evidências científicas parciais. Ressalta-se ainda que o risco à saúde e ao meio ambiente são questões que não podem ser perfeitamente definidas e mensuradas por cientistas, *avaliadores de risco* ou agências reguladoras, por citar apenas os fatos físicos. A razão é o fato de o risco ser, em parte, um constructo social ou político. Ademais, implícitos nas decisões sobre quais riscos são mais importantes e quais são aceitáveis, estão os valores e julgamentos sobre como a sociedade ideal deveria ser. Chega a discutir em capítulo da doutrina que o risco seria escolhido, sendo por fim, o risco um constructo coletivo baseado na percepção cultural³⁸. Claro, essa percepção se enquadraria, por exemplo, numa análise mais econômica da sociedade, de maneira que os *tomadores de decisão* poderiam optar entre certos riscos em detrimento de outros, a fim de justificar o movimento do consumo e comércio, até mesmo nas mais altas tecnologias.

Luhmann³⁹, em passagem de sua obra *Sociología del riesgo*, discorre sobre o entendimento de Douglas e Wildavsky⁴⁰:

Tanto los antropólogos culturales como los antropólogos sociales, así como los politólogos, han señalado - indudablemente con razón - que la evaluación del riesgo y la disposición a aceptarlo no es sólo un problema psíquico sino, sobre todo, un problema social. Uno se comporta tal como lo esperan los grupos de referencia relevantes, o tal como uno ha sido socializado (sea de acuerdo con la opinión comúnmente aceptada o contra ella)⁴¹.

³⁵ DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risco e cultura**: um ensaio sobre a seleção dos riscos tecnológicos e ambientais. Tradutora Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 4.

³⁶ DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risco e cultura**: um ensaio sobre a seleção dos riscos tecnológicos e ambientais. Tradutora Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 4.

³⁷ DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risco e cultura**: um ensaio sobre a seleção dos riscos tecnológicos e ambientais. Tradutora Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

³⁸ DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risco e cultura**: um ensaio sobre a seleção dos riscos tecnológicos e ambientais. Tradutora Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

³⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.

⁴⁰ DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risco e cultura**: um ensaio sobre a seleção dos riscos tecnológicos e ambientais. Tradutora Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

⁴¹ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.p. 46.

Explorando um pouco esta percepção *cultural* do risco, entende-se que ela depende de uma série de fatores, como características gerais de um risco; atributos sócios demográficos e tradições culturais; o conhecimento técnico e de raciocínio, baseado no senso comum; a experiência pessoal, disposição psicológica e do contexto percebido, associado a eventos de risco (comunicação, gestão e controle) e a Comunicação social⁴².

Como uma área científica emergente, as nanotecnologias possuem algumas características (por exemplo: a incerteza, a falta de familiaridade por parte do grande público, ser produzida pelo homem ou não ser *natural*, desconhecimento sobre a exposição, possibilidade de danos irreversíveis) todas elas reconhecidas como possíveis de gerar medo e desconfiança que podem alimentar conflitos e percepções falhas⁴³. Portanto, existe uma certa relação entre este viés do risco com a era nanotecnológica. Mas como o apego desta investigação é sobre o potencial dano das nanos à saúde e vida humana, lida-se com pesquisas científicas que demonstram o risco, de modo que esta doutrina não abarca a análise do risco completamente, evitando-se assim a adoção do viés cultural.

Partindo para o entendimento de Beck⁴⁴, na sua obra de 1986, *Sociedade de risco*, apresenta uma teoria baseada em distinções da modernidade, num momento pós-industrial descrevendo uma modernidade reflexiva (também denominada pelo autor como segunda modernidade) que seria a fase de radicalização dos princípios da modernidade. Enquanto a primeira modernidade caracterizou-se pela confiança no progresso e controlabilidade do desenvolvimento científico-tecnológico, pela procura de pleno emprego e pelo controle da natureza, a modernidade reflexiva é uma fase na qual o desenvolvimento da ciência e da técnica não pode dar conta da predição e controle dos riscos que ele contribuirá para criar⁴⁵.

Fundamentada no desenvolvimento da sociedade industrial, analisando uma nova sociedade, imbuída em risco inerente às transformações sociais ocorridas àquela época, dadas as catástrofes históricas, como guerras mundiais, *Chernobyl*, ameaças nucleares. Busca explicar a avaliação de *perigos*, onde todos dependem de instrumentos de medição e teorias, bem como entender sobre o próprio *desconhecimento*. Verificava-se a oposição entre a sociedade e natureza, com o propósito de controlar e ignorar a natureza⁴⁶.

⁴² ANDRADE, Luís Renato Balbão. **Sistemática de ações de segurança e saúde no trabalho para laboratórios de pesquisa com atividades de nanotecnologia**. 2013. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) - Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção, Escola de Engenharia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/96396/000915100.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁴³ ANDRADE, Luís Renato Balbão. **Sistemática de ações de segurança e saúde no trabalho para laboratórios de pesquisa com atividades de nanotecnologia**. 2013. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) - Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção, Escola de Engenharia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/96396/000915100.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁴⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

⁴⁵ GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Estudos Sociedade e Agricultura**, Rio de Janeiro, n. 16, abr. 2001. Disponível em: <r1.ufrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/download/188/184>. Acesso em: 26 jul. 2017.

⁴⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

Posteriormente, a lição de 1986 foi revisada com a publicação do *World Risk Society*⁴⁷, em 1999, apresentando novos cenários, avaliando de outra forma a percepção do risco, que poderia de certa forma complementar a perspectiva de Douglas e Wildavsky⁴⁸. Ou seja, a confluência entre a perspectiva realista e a construtivista (de Douglas e Wildavsky) estaria no cerne da teoria da sociedade global de riscos⁴⁹. Da posição realista, Beck⁵⁰ resgata o reconhecimento de que o conhecimento científico pode identificar e demonstrar que as consequências e os perigos da produção industrial desenvolvida seriam agora globais, exigindo políticas a serem formuladas por instituições transnacionais. Mas a perspectiva construtivista seria chave para respostas às questões acerca de como, por exemplo se produz a auto-evidência segundo a qual os riscos são reais, e sobre quais atores, instituições, estratégias e recursos são decisivos para sua fabricação. Isto é, os riscos existem e não são meramente uma construção social, mas a sua transformação depende de como são percebidos socialmente⁵¹.

Em que pese os possíveis benefícios trazidos por esta nova escala de produção, incorremos em sérios riscos sobre seus efeitos no meio ambiente, inserindo-se assim no conceito da *Sociedade de Risco*, de Beck⁵². Em virtude de tal preocupação, é que a disseminação do debate sobre as *nanos* vem desenvolvendo-se cada vez mais em nível global. Em relação este aspecto, traz-se a relevante teoria desenvolvida pelo ilustre alemão acima citado, da Sociedade de Risco, o qual já no início de sua obra *Un Mondo a Rischio*, questiona o que existiria em comum nos eventos tão diversos como o desastre de *Chernobyl*, as perturbações climáticas, o debate sobre a manipulação genética, a crise financeira de países asiáticos e ameaça atual de ataques terroristas. De pronto, revela que qualquer discrepância entre linguagem e realidade é o que ele chama de *sociedade mundial de risco*⁵³.

Ademais, defende Beck⁵⁴ que o mundo de incerteza não quantificáveis, criados por nós mesmos, pode-se expandir muito, seguindo o ritmo do desenvolvimento tecnológico, inclusive referindo as nanotecnologias neste contexto. Afirma por fim que as decisões tomadas no passado, como por exemplo, quanto à energia nuclear e as atuais, tecnologia da informação, como sobre a engenharia e exploração de engenharia genética, nanotecnologia e assim por diante, são um despertar para consequências imprevisíveis, incontrolláveis e mesmo incomunicável, que ameaçam a vida em nosso planeta.

⁴⁷ BECK, Ulrich. **Un mondo a rischio**. Traduzione di Laura Castoldi. Torino: Giulio Einaudi, 2003.

⁴⁸ DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risco e cultura**: um ensaio sobre a seleção dos riscos tecnológicos e ambientais. Tradutora Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

⁴⁹ GUVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Estudos Sociedade e Agricultura**, Rio de Janeiro, n. 16, abr. 2001. Disponível em: <r1.ufrj.br/ esa/V2/ojs/index.php/esa/article/download/188/184>. Acesso em: 26 jun. 2018.

⁵⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

⁵¹ GUVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Estudos Sociedade e Agricultura**, Rio de Janeiro, n. 16, abr. 2001. Disponível em: <r1.ufrj.br/ esa/V2/ojs/index.php/esa/article/download/188/184>. Acesso em: 26 jun. 2018.

⁵² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

⁵³ BECK, Ulrich. **Un mondo a rischio**. Traduzione di Laura Castoldi. Torino: Giulio Einaudi, 2003.

⁵⁴ BECK, Ulrich. **Un mondo a rischio**. Traduzione di Laura Castoldi. Torino: Giulio Einaudi, 2003.

A última obra de Beck⁵⁵, de 2007, *A Sociedade de Risco Mundial: em Busca da Segurança Perdida*, retoma as discussões acerca da nova complexidade apresentada na sociedade, desta vez numa percepção globalizada de riscos, dadas as tecnologias, fomentado pelas diversas publicações mais recentes de especialistas. Contudo, a obra que mais lhe instigou a elaborar a nova obra foi a *Sociologia do Risco*, de Luhmann⁵⁶.

Avança o debate nas alterações climáticas, ainda observando a percepção do risco através do processo de modernização à decisão, insegurança e probabilidade, e ainda ressalta a semântica do risco em respeito a *perigos* futuros tematizados no presente, onde a “[...] semântica do risco diz respeito a perigos futuros tematizados no presente”⁵⁷, apresentando-se na oportunidade e perigo.

Chega a afirmar que a dramatização do risco, onde verdades relativas dominam o mesmo, afetaria sobremaneira as ciências naturais, e cita as nanotecnologias, que o futuro ainda inexistente, ameaçaria restringir a liberdade de investigação⁵⁸. Comenta ainda a possibilidade de cálculo de risco, unindo diversas ciências e técnicas, como se fosse previsível, o que novamente, poderia parecer uma confusão entre perigo.

Levando em consideração tamanha importância das lições de Beck⁵⁹ e Luhmann⁶⁰, Ost⁶¹ - em seu livro *O Tempo do Direito* - ressalta tais obras, bem como explica três fases do risco na história, onde a primeira fase trata-se do risco como o acontecimento inesperado, exterior e imprevisível, faz parte do destino e é individual, mencionando a previdência; “[...] a segunda fase da história do risco vê a emergência da noção da prevenção”⁶², numa atitude coletiva, racional, destinando-se a reduzir a probabilidade de ocorrência e gravidade do risco, e por fim, a terceira fase, a qual abarcaria o cenário atual da sociedade:

Hoje, contudo, esse sonho parece afastar-se e entramos numa terceira fase da história do risco - a do risco enorme (catastrófico), irreversível, pouco ou nada previsível, que frustra as nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza no coração dos nossos saberes e dos nossos poderes. É essa secundaridade, essa incerteza ao quadrado que afecta de forma reflexa a nossa própria acção, que caracteriza a nova era do risco, submetendo a nossa apreensão do futuro a um desafio sem precedentes. Luhmann e Beck, dois teóricos da sociedade do risco, convergem nesse ponto: enquanto o perigo vem de alguma forma do exterior, o risco é um produto derivado, um efeito perverso ou

⁵⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução: Marian Toldy e Teresa Toldy. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015. Documento disponível para Kindle.

⁵⁶ Informação contida no prefácio. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução: Marian Toldy e Teresa Toldy. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015. Documento disponível para Kindle.

⁵⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução: Marian Toldy e Teresa Toldy. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015. posição 162. Documento disponível para Kindle.

⁵⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução: Marian Toldy e Teresa Toldy. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015. Documento disponível para Kindle.

⁵⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.

⁶¹ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

⁶² OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 344.

secundário (na aceção dos efeitos secundários indesejáveis dos medicamentos) das nossas próprias ações⁶³.

Sob outro prisma, Ost⁶⁴ ainda defende a simultaneidade global e transgeracional dos riscos, devendo o conhecimento científico definir o aceitável ou não, e de uma incerteza reflexiva, oriunda das opções tecnológicas, modelos científicos e juízos normativos:

Por outro lado, sendo esses riscos simultaneamente globais, transgeracionais, fora das normas (enormes), e por hipótese pouco ou não conhecidos, a sua definição é ela própria largamente função do estado dos nossos conhecimentos científicos, bem como de uma determinação, político-ética desta vez, do limiar daquilo que consideramos como risco aceitável e inaceitável. Este risco é pois duplamente reflexivo: produto das nossas opções tecnológicas, é também fruto dos nossos modelos científicos e dos nossos juízos normativos. Esta situação de incerteza reflexiva - sendo que a ameaça vem menos da natureza do que da nossa própria acção - reforça a necessidade de praticar a revisão, discutida na secção anterior, com base na epistemologia da incerteza e na política da indeterminação⁶⁵.

Possível assim atrelar a posição de Ost⁶⁶ e o cenário do risco das nanotecnologias, tendo em vista que as decisões atualmente tomadas se inserem nas incertezas reflexivas, pois a ameaça vem das nanotecnologias engenheiradas (e não de ação da natureza), são ações baseadas na opção por determinada tecnologia, num modelo pelos gestores tomado como aceitável.

Por fim, traz-se à tona Luhmann⁶⁷, que mesmo temporalmente anterior à última lição de Beck⁶⁸, parece trazer uma visão mais clara do risco, realizando uma distinção entre então o risco e perigo, o que para as nanotecnologias poderia ser mais apropriado.

Em sua obra *Sociología del Riesgo*, observa-se primeiramente a constatação de equívoco das discussões normais do risco:

Adicionalmente a las discusiones normales sobre cálculo, percepción, evaluación y aceptación de riesgos aparece ahora el problema de la selección de riesgos para ser o no considerados. Y nuevamente la investigación disciplinaria específica puede descubrir que no se trata aquí de una casualidad: existen determinados factores sociales que guían el proceso de selección⁶⁹.

Na sequência de sua formulação, introduz sobre os danos futuros, face as incertezas existentes, mas que os atos decisórios do presente refletirão no futuro. Ademais, importante para sua conceituação de risco que o dano potencial é algo de

⁶³ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 345.

⁶⁴ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

⁶⁵ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 345.

⁶⁶ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.

⁶⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006. p. 46.

contingente, sendo possíveis observação com diferentes perspectivas, sobre se ou não tomada uma decisão com a plena aceitação de risco:

Por una parte, pueden o no ocurrir danos en el futuro. Considerado desde el presente, el futuro se presenta como algo incierto, mientras que es un hecho ahora que los futuros presentes serán determinados de manera deseable o indeseable. Lo único que sucede es que no puede saberse en este momento todavía cómo. Podemos, sin embargo, saber ahora que nosotros mismos u otros observadores sabrán en el futuro presente cuál es el caso y que juzgarán sobre éste de otro modo a como lo hacemos en el presente, aunque posiblemente no de manera unánime. Por otra parte, y además, lo que en un futuro pueda suceder depende de la decisión que se tome en el presente. Pues, en efecto, hablamos de riesgo únicamente cuando ha de tomarse una decisión sin la cual podría ocurrir un daño. El hecho de que quien tome la decisión perciba el riesgo como consecuencia de su decisión o de que sean otros los que se lo atribuyen no es algo esencial al concepto (aunque sí se trata de una cuestión de definición). Tampoco importa en qué momento ocurre el daño, es decir, en el momento de la decisión o después. Lo importante para el concepto, tal y como aquí lo proponemos, es exclusivamente que el posible daño sea algo contingente; esto es, evitable. Y también en relación a este punto son posibles diferentes perspectivas de observación, cada una con diferentes opiniones acerca de si ha de tomarse o no una decisión con la plena aceptación del riesgo⁷⁰.

Para Luhmann⁷¹, a distinção entre risco e perigo significa que existe uma incerteza em relação a danos futuros. Pode-se considerar que o potencial é uma consequência da decisão, e, então falamos de risco e, mais precisamente, do risco da decisão. Ou bem se entende que o potencial dano é causado externamente, ou seja, é atribuído ao meio ambiente, e, neste caso, falamos de perigo. Deste modo, o risco está associado à decisão, expectativa, probabilidade de coisas que ocorrerão no futuro, é uma comunicação voltada ao futuro.

Con el objeto de poder hacer justicia a ambos niveles de la observación, daremos otra forma al concepto de riesgo. Nos serviremos, más concretamente, de la distinción entre riesgo y peligro. Esta distinción supone (y así se diferencia precisamente de otras distinciones) que hay una incertidumbre en relación a daños futuros. Se presentan entonces dos posibilidades. Puede considerarse que el posible daño es una consecuencia de la decisión, y entonces hablamos de riesgo y, más precisamente, del riesgo de la decisión. O bien se juzga que el posible daño es provocado externamente, es decir, se le atribuye al medio ambiente; y en este caso, hablamos de peligro⁷².

Já perigo é a perspectiva da vítima, de quem não tinha o poder de decisão (de quem recebe a carga de risco sem decidir sobre aquilo). Menciona ainda que acredita que os riscos são atribuídos às decisões, enquanto que os perigos estão sujeitos à atribuição externa e que quando se trata de perigo, a sociedade é exposta a um problema que não foi causado pela pessoa que recebe o dano⁷³.

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006. p. 59-60.

⁷¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.

⁷² LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006. p. 65.

⁷³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.

Segundo Luhmann⁷⁴:

[...] la distinción entre riesgo y peligro se haga depender de atribuciones no significa de ninguna manera que queda al arbitrio del observador classificar algo como riesgo o como peligro. Ya hemos mencionado algunos casos limite, sobre tod el de que no hay al presente ningún critério reconcoble para una decisión diferenciable o, por lo menos, no hay crítérios que tengan que ver con una probabilidad diversa de ventajas y posibles daños.

Mas adiante, aduz:

[...] solamente podemos hablar de una atribución a decisiones cuando es posible imaginar una elección entre alternativas y esa elección se presenta como algo razanoble, independiente de que quien tome la decisión se percate o no del riesgo y de la alternativa⁷⁵.

É uma tomada de decisão o que define se a situação representa risco ou perigo, ou seja, toda decisão gera algum tipo de risco, em menor ou maior grau, bem como todas as demais adversidades que ocorrem e que não são oriundos de uma tomada de decisão são considerados perigo. O risco sempre decorre de uma tomada de decisão e o perigo decorre das perspectivas do agente passivo, ou seja, de alguém que não faz nada para que aquilo aconteça, que não tem ação, do ambiente e não há forma de evitar⁷⁶.

Debatendo sobre o risco, Carvalho⁷⁷ afirma, em outras palavras,

(risco/segurança) é suplantando a partir da consciência de que na sociedade nenhuma ação é precisamente segura. Por essa razão, o sentido atribuído ao risco decorre de sua distinção da noção de perigo (risco/perigo). O risco consiste nas consequências indesejadas e danos futuros decorrentes dos processos de tomada de decisão (de um determinado sistema), havendo certa possibilidade de controle, e vincula-se às decisões tomadas no presente, consistindo-se na face construtiva da distinção risco/perigo, pela sua maior suscetibilidade ao controle pelas decisões, a partir da constatação de que as decisões vinculam o tempo, ainda que não se possa conhecer suficientemente o futuro, nem mesmo o futuro produzido pelas próprias decisões do sistema. A comunicação do risco consiste exatamente nas incertezas a respeito do futuro decorrentes das decisões tomadas no presente. Em síntese, o risco consiste na descrição das frustrações pelo próprio agente. Como exemplos de situações de risco, temos a utilização da energia nuclear, a biotecnologia entre outros processos marcadamente inerentes à industrialização e ao desenvolvimento tecnológico ocorrido no último século. Já o perigo detém o sentido de descrever situações em que as consequências indesejadas são provenientes do ambiente (externas ao sistema observador). Trata-se da perspectiva da vítima. Em outras palavras, a noção atribuída às situações de perigo parte da perspectiva externa ao sistema observador, sendo-lhe mais escasso, o acesso aos conhecimentos que permitiriam o controle das consequências futuras prejudiciais.

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006. p. 71-72.

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006. p. 72.

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.

⁷⁷ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 62-63.

As catástrofes naturais, bem como os fenômenos meteorológicos consistem em exemplos, uma vez que as consequências decorrem de eventos exteriores à sociedade. Em que pese a diferença entre o risco e o perigo cingir-se ao ponto de observação (interno ao sistema, no caso do risco, e externo, no do perigo), tem-se que o que é perigo para um observador (vítima) é risco para outro (agente). A partir desta constatação feita por Niklas Luhmann, com o maior controle do homem sobre as condições da vida apresenta-se uma crescente transformação de perigos em riscos.

Portanto, através de uma análise entre todas as teorias que estudam o risco, verificaram-se diversas percepções quanto ao risco, de maneira que a formulação que mais adapta às nanotecnologias é a de Luhmann⁷⁸, pois bem difere perigo e risco, e introduz a noção de dano futuro.

Não se pretende nesta investigação exaurir o risco, até mesmo porque dada a complexidade das nanotecnologias, esta incerteza sempre estará presente. Da mesma forma, as tecnologias que se desenvolverão depois das nanos, também tratarão do risco da mesma maneira. A complexidade traz a incerteza. O risco relaciona-se ao desconhecimento dos efeitos futuros na vida humana e meio ambiente. Portanto, a alternativa é manejar esta condição, lidar com o risco (e não tentar extirpá-lo) de maneira a tentar minimizar possíveis danos futuros.

O paradigma da certeza já se tornou uma ficção, o que nos resta é aceitar e trabalhar com as probabilidades diante do risco. A nossa tendência é a busca de uma certeza. Entretanto, o risco balança as estruturas dessa sólida e inquestionável certeza. O direito tem como uma de suas tarefas, gerenciar o risco. Essa função de *gerenciador de riscos* é notória no campo do uso de tecnologia nano na saúde, já que o direito sanitário tem a pretensão de gerir os riscos dentro da saúde⁷⁹.

Morin⁸⁰ esclarece sobre a ligação entre conhecer, pensar e dialogar com a incerteza, afirmando que “[...] conhecer e pensar não é chegar a uma verdade absolutamente certa, mas dialogar com a incerteza”.

Ao passo que perpassada a questão da análise das teorias acerca do risco, adotando a diferenciação entre perigo e risco em si, mais se entende viável também a utilização do Princípio da Precaução, como mais um vetor para impulsionar a autorregulação, o que por consequência viabilizaria a gestão dos resíduos nanotecnológicos. Ao passo que se vislumbra a evolução das teorias do risco para dar conta das novas tecnologias, a adequação do Sistema do Direito por meio da flexibilização regulatória também se faz necessária.

Neste sentido, importante apresentar outras alternativas regulatórias, pois a lei em sentido formal e estanque não dariam conta da dinamicidade e complexidade da era nanotecnológica, exigindo muito mais do Direito. Desta maneira, através da adoção de autorregulações, protocolos ou instrumentos com potencial regulatório seria viável uma gestão do risco mais efetiva e adequada ao nanowaste.

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.

⁷⁹ KÖLLING, Gabrielle; PAULALEITE, Thiago de. Nanotecnologia e riscos sanitários. In: GONÇALVES, Rubén Miranda; VEIGA, Fábio da Silva (Dir.); MAGALHÃES, Maria Manuela (Coord.). **Derecho, gobernanza e innovación: dilemas jurídicos de la contemporaneidad en perspectiva transdisciplinar**. Porto: Ed. Universidade Portucalense, 2017. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt:8080/bitstream/11328/1872/5/eBook_CIDIGIN.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

⁸⁰ MORIN, Edgar. **Cabeça bem-feita**. Tradução Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008. p. 59.

4 ALTERNATIVAS REGULATÓRIAS PARA GESTÃO DOS RISCOS DO NANOWASTE

Inexiste no momento qualquer legislação específica sobre resíduos nanotecnológicos e destinação final adequada. Mesmo que fosse elaborada uma norma originária do Poder Estatal, ela apresentaria eficácia dada a dinâmica e complexidade das nanotecnologias? Acredita-se que não, pois o lapso temporal entre a elaboração de projeto de lei, promulgação da norma, e vigência, seria grande, e tratando-se da rapidez das descobertas científicas desta nova tecnologia, provavelmente no momento de aplicação da lei, esta já estaria obsoleta. O movimento da nanotecnologia é muito rápido, as descobertas sobre elas são diárias, e o que hoje pode ser utilizado como constatação sobre algum aspecto específico dela (como análise de risco ou comportamento de material), em momento curto posterior já não mais pode se confirmar.

Contrariando a inércia estatal, existem outros inúmeros instrumentos com potencial para regulação, de organismos internacionais, tanto governamentais como privados, que auxiliariam no fornecimento de protocolos e regulações específicas. Tais documentos são fruto de extensos e profundos estudos relacionados à nanotecnologia, segurança e nanoresíduos.

Inevitável o questionamento acerca da destinação final dos nanomateriais, ante o risco e (potencial) dano futuro ao meio ambiente e vida humana. Tendo em vista que não se encontra regulação específica no cenário brasileiro, tampouco são tomadas medidas acautelatórias, como não buscar uma alternativa regulatória para as nanotecnologias e seu lixo, o *nanowaste*. Esta é a missão do Direito, que precisa inserir-se no contexto de risco e lacuna estatal e legislativa, procurando um meio autorregulatório apropriado para o cenário, provendo respostas aptas a esta nova realidade.

Portanto, o que se percebe é a clara percepção de ausência de regulação na produção em nano escala e seus mais diversos produtos, que vem acompanhado de uma intensa inserção no mercado mundial. Isto demanda a necessária disposição de normas com finalidade de resguardar a vida humana e meio ambiente. Desta maneira, um dos métodos mais universais de abordar o problema pode ser a aplicação de um método legal comparativo para desenvolver uma legislação, assim como afirma Belokrylova⁸¹, referindo-se à Rússia:

Questions of guaranteeing safety on nano products and nano materials have been a wide object of discussion in the international, European, and national levels of countries. In the Russian Federation, there is an urgent challenge in developing the aspects of political, legal, supervisory, social, and economic spheres connected to nano activities. A number of international documents have noted a lack of legal regulation in the sphere of nanotechnologies in the Russian Federation. One of the most universal methods of addressing the problem might be applying a comparative legal method for developing legislation in the nano industry in the Russian Federation. This would foster a helpful regulating of stakeholder relationships and formulate a full theoretical legal concept of nanotechnology's safety in the Russian Federation, based

⁸¹ BELOKRYLOVA, Ekaterina A. The legal problems of nanotechnology environmental safety provision in the Russian Federation: The Foreign Country's Experience. **Nanotechnology Law & Business**, Pasadena, v. 8, n. 3, p. 203, 2011. Disponível em: <<http://www.nanolabweb.com/index.cfm/action/main.default.viewArticle/articleID/370/CFID/28816240/CFTOKEN/de063d553f4c4b7b-758C36C7-046D-3573-202795CCECC53983/index.html>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

upon the recommendations from the inter-national and European consortiums.

Necessário buscar alternativa à lacuna legislativa das nanotecnologias, vivenciado hoje nacionalmente e até mesmo em nível internacional. Ficar inerte, aguardando o dano se concretizar para tomar qualquer medida, não se mostra adequado e pertinente no cenário de complexidades enfrentado nesta relação entre sociedade, meio ambiente e as nanotecnologias. Desejável que se tome o caminho inverso ordinariamente adotado no Sistema do Direito (quando se fala em preenchimento do suporte fático e previsão legal), vislumbrando adoção de uma (auto)regulação apta, atualizada e adequada às demandas e dinamicidade das nanotecnologias e suas características, antes mesmo de se ter certeza científica quanto seu risco ou não ao ecossistema.

As diretrizes, protocolos ou normativas internas de agências (auto)regulatórias ao redor do mundo já elaboram uma comunicação com outros sistemas, como o social, econômico, da ciência e até mesmo do Direito. A comunidade europeia e Estados Unidos utilizam-se de autorregulações (elaboradas por institutos de pesquisas ou organizações privadas) para guiar o desenvolvimento das nanos, sua manipulação e comércio. Observa-se que a autorregulação dentro das organizações é praticada, importando analisar se a prática está devidamente acoplada com os princípios de direito⁸². Tal acoplamento faz referência com a lição de Luhmann⁸³, já citado anteriormente em sua Teoria do risco.

Desta maneira, a autorregulação vem se mostrando atual, efetiva e adequada ao contexto das nanotecnologias e a necessária adoção de regulação específica:

A autorregulação através do cumprimento de documentos regulatórios das agências reguladoras e organizações de normalização técnica, pode atender aos requisitos de proteção ao ser humano e meio ambiente, utilizando a comunicação como o norte a ser seguido em todas as etapas dos processos internos, serviços prestados e produto (levando-se em conta as cláusulas contidas em convenção coletiva por exemplo; considerando-se também a questão da rotulagem dos produtos e o direito à informação)⁸⁴.

O objeto deste estudo, a destinação final adequada do *nanowaste*, demanda uma análise interdisciplinar, envolvendo o mundo jurídico e outras áreas da ciência, apropriando-se de pesquisas específicas sobre nano, para então buscar alternativas adequadas a este contexto de risco. O trabalho é árduo, principalmente se for tomado em conta que o Direito ainda caminha no sentido do positivismo fechado. Trazendo a transdisciplinaridade e a sociedade complexa, Rocha⁸⁵ afirma:

⁸² MARTINS, Patrícia Santos. **O sistema de normas ISO e as nanotecnologias: as interfaces regulatórias e o diálogo entre as fontes do Direito**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6206>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

⁸³ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Herder: Ed. Universidad Iberoamericana, 2005.

⁸⁴ MARTINS, Patrícia Santos. **O sistema de normas ISO e as nanotecnologias: as interfaces regulatórias e o diálogo entre as fontes do Direito**. 2016. f. 90. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6206>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

⁸⁵ ROCHA, Leonel Severo. Sistema do direito e transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda à Autopoiese. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel

Não é nada fácil analisar o Direito de um ponto de vista transdisciplinar. O Direito parece ser algo muito diferente da física, da Biologia, estando distante destas questões mais voltadas à Terra, à natureza' de forma que tal análise permita abertura transdisciplinar tendo em vista a sociedade complexa.

Por outro lado, encontram-se autores que defendem uma espécie de regulação transnacional ou global para as nanos, pois de fato se utilizam modelos internacionais de agências reguladoras neste contexto de regulação. Conforme observa-se no artigo intitulado *Transnational Models for Regulation of Nanotechnology*, o Direito e a lei vêm brigando pelo espaço já delineado de autorregulações, adotadas pelas indústrias, principalmente pela questão do risco. O marco regulatório é necessário; assim migra-se para um modelo transnacional e afirma-se a adoção de regulações internacionais, de agências reguladoras, que já vem fazendo *as vezes* da lei estatal⁸⁶:

Apesar dessas incertezas, podemos ter total confiança em um aspecto do futuro da nanotecnologia - que estará sujeito a uma série de regulações. De certa forma, a indústria já está regulada. Alguns aspectos da nanotecnologia podem cair em regulamentos ou supervisão preexistentes. Decisões de financiamento também funcionam como sistemas ad hoc regulatórios, permitindo que algumas áreas de pesquisa floresçam, deixando outros murcharem. Regulação informal e extensões de regimes regulatórios serão eventualmente substituídos por mais quadros regulatórios formais e direcionados que buscam a cabine de riscos de nanotecnologia, promovem seus benefícios e temperam seus distúrbios sociais e econômicos. A regulação final será necessariamente promulgada através da lei. Assim, apesar da nanotecnologia geralmente ter um passado irrestrito, seu futuro será, em grande parte, determinado pelas escolhas legais feitas nos próximos anos. Não obstante este fato inegável, os estudiosos do direito de longe se juntam à briga⁸⁷. (tradução nossa).

O Direito, através do movimento estatal e legislativo, mostra-se insuficiente, deixando esta área tão complexa numa espécie de limbo, onde na verdade a seara jurídica, da maneira que vem sendo conduzida pelos estudiosos, não alcança a dinâmica e mecanismos necessários para prover uma lei adequada e apta a esta nova realidade. Novamente, deve o mundo jurídico apropriar-se de instrumentos com potencial autorregulatórios, que no mínimo apresentam-se em um estágio muito mais avançado na seara das nanotecnologias. Neste sentido observa-se a afirmação de Marchant e Sylvester⁸⁸:

Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: anuário 2006: n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2007. p. 181.

⁸⁶ MARCHANT, Gary E; SYLVESTER, Douglas J. Transnational models for regulation of nanotechnology. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, Boston, v. 34, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-720X.2006.00091.x/abstract>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

⁸⁷ MARCHANT, Gary E; SYLVESTER, Douglas J. Transnational models for regulation of nanotechnology. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, Boston, v. 34, n. 4, p. 714, 2006. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-720X.2006.00091.x/abstract>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

⁸⁸ MARCHANT, Gary E; SYLVESTER, Douglas J. Transnational models for regulation of nanotechnology. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, Boston, v. 34, n. 4, p. 715, 2006. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-720X.2006.00091.x/abstract>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

A quietude da academia jurídica é, cremos, um erro. Compreender a interação da regulação e a tecnologia é uma área onde os juristas e os profissionais têm muito a oferecer. Na verdade, acreditamos que a lei e, em particular, os quadros legais (frameworks) e princípios aplicados em outras áreas do desenvolvimento tecnológico, podem destacar os riscos e benefícios de regulações da nanotecnologia. Em particular, acreditamos que a experiência de agências reguladoras internacionais, estruturas e arranjos provarão áreas frutíferas de pesquisa na exploração de nanotecnologias para uma regulação futura. (tradução nossa).

Procurando estabelecer fundamentos para a comunicação entre diversos sistemas, possibilitando até mesmo o acoplamento de normas exteriores ao Direito formal, importante apresentar as diferenças entre os mecanismos da meta e autorregulação, como instrumentos efetivos diante da lacuna legislativa e desempenho falho do Estado nesta conjuntura. Ainda, serão expostas algumas instituições internacionais e agências reguladoras que efetivamente elaboram instrumentos com potencial para marco legal.

Apresenta-se claros sinais de insuficiência no Estado em sua conformação clássica, moderna, levando em consideração a nova realidade social. Não mais se adapta mais a tradicional noção de poder e soberania à realidade complexa e globalizada da chamada *pós-modernidade*. A questão ambiental é um tema de especial relevância num contexto de grande complexidade e riscos, produzido pelas decisões civilizatórias tomadas hoje e cujos efeitos não se pode antever. A imprevisibilidade do futuro, a importância das decisões são próprias da Sociedade de Risco, a gestão dos danos ambientais, precisam ser compreendidos para melhor equacionar essa relação complexa existente entre Estado, economia e sociedade⁸⁹.

Tem-se assim a fragilização do Estado - em suas diversas expressões, quando perde a concorrência para outros setores, como semi-públicos, privados, marginais, nacionais, locais, regionais, internacionais, sendo que a crise funcional do mesmo afeta a centralidade e a exclusividade do seu poder. Ademais, relaciona-se à fragmentação do espaço de decisão estatal que passa a ser compartilhado com outros atores, acima mencionados⁹⁰. É neste viés que se sustenta a atual demanda da era nanotecnológica, que fomenta a adoção de institutos com potencial autorregulatório, a fim de elaborar a efetiva gestão do risco dos nanomateriais e seu descarte final.

Cada vez mais necessita-se de uma comunicação, entre Estados e sistemas diversos, com a finalidade de buscar instrumentos regulatórios aptos a resolver a complexidade das nanotecnologias. Este tema envolve não só o estado brasileiro, mas abarca a preocupação com o tema da regulação das nanos, que tem reflexo no cenário internacional⁹¹.

⁸⁹ WEYERMÜLLER, André Rafael. A fragmentação do projeto moderno e a necessidade de construção de um estado constitucional ecológico na sociedade de risco globalizada. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/153/166>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁹⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁹¹ LEAL, Daniele Weber S. A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos: a possibilidade de utilização do protocolo da OECD e do pluralismo jurídico (Teubner) para Gestão do Risco do Nanowaste. 2017. f. 279. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2017. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6755>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Nessa busca por uma regulação apta, é possível considerar outros aspectos de modelos existentes em regulação transnacional de tecnologias, como o fato de ser provável que qualquer instrumento regulatório possa impor algum fardo sobre os usos benéficos da tecnologia, tentando restringir aplicativos potencialmente prejudiciais. Outro prisma é que os fatores de regulação podem pesar diversamente em cada nação, pois estas enfrentam diferentes níveis de desenvolvimento e interesses em uma tecnologia específica. Ademais, outra questão crítica e controversa em qualquer regime de regulação que está decidindo o âmbito da tecnologia a ser regulada, inclui quais aplicativos devem ser restritos e quais devem ser proibidos, e quão clara esta linha pode ser desenhada⁹².

Presencia-se um movimento de aproximação global no que se refere à regulação das nanos, fomentando a multidisciplinaridade, aproximando diversas ciências e o Direito, principalmente no debate do *nanowaste*⁹³:

Há necessidade de uma aproximação global fundado numa quadro multidisciplinar regulatório, combinando Direito, ciência política, economia, ética, aplicando à regulação do *nanowaste* e levando em consideração um 'contexto global multinível' envolvendo diferentes níveis de pesquisas do Direito e política (internacional, União europeia e nacional) que se sobrepõe, bem como o envolvimento de atores oficiais e atores não oficiais - partes interessadas, atores privados, ONGs, etc - e organizações internacionais todas envolvidas num processo de criação de uma futura regulação efetiva para o *nanowaste*. (tradução nossa)⁹⁴.

Com esta preocupação, a regulação é enfrentada por outros atores que não o Estado, fortalecendo a autorregulação:

Como consequência das tendências políticas e tecnológicas globais, atores não estatais (por exemplo, indústria, organizações e redes internacionais, e Organizações não-governamentais) desempenharão papel cada vez mais importante no desenvolvimento de novas tecnologias como a nanotecnologia e devem ser abordados em qualquer acordo internacional. [...]. Por causa da facilidade com que as informações podem ser distribuídas e compartilhadas, é muito mais difícil de controlar e regular a informação do que outros bens em muitos contextos. Qualquer acordo internacional deve ter incorporado com flexibilidade para evoluir, dado o ritmo acelerado das mudanças tecnológicas esperadas para a nanotecnologia. (tradução nossa)⁹⁵.

⁹² MARCHANT, Gary E; SYLVESTER, Douglas J. Transnational models for regulation of nanotechnology. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, Boston, v. 34, n. 4, p. 721, 2006. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-720X.2006.00091.x/abstract>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

⁹³ CASSOTA, Sandra. Extended producer responsibility in waste regulations in a multilevel global approach: nanotechnology as a case study. **European Energy and Environmental Law Review**, [S.l.], v. 21, n. 5, Oct. 2012. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/eelr0021&div=28&id=&page=>>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

⁹⁴ CASSOTA, Sandra. Extended producer responsibility in waste regulations in a multilevel global approach: nanotechnology as a case study. **European Energy and Environmental Law Review**, [S.l.], v. 21, n. 5, p. 218-219, Oct. 2012. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/eelr0021&div=28&id=&page=>>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁹⁵ MARCHANT, Gary E; SYLVESTER, Douglas J. Transnational models for regulation of nanotechnology. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, Boston, v. 34, n. 4, p. 722, 2006. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-720X.2006.00091.x/abstract>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Assim, observa-se a existência de instrumentos com potencial regulatório internacionais que auxiliariam tanto no resguardo do meio ambiente quanto na produção e desenvolvimento de nanoproductos, principalmente sua utilização e posterior descarte ao final de vida útil. Esses mecanismos servem de diretrizes, protocolos ou regulamentos internos que podem ser tomados como marcos regulatórios, que de fato supririam (mesmo que momentaneamente) a inércia estatal em regular as nanotecnologias. Este movimento autorregulatório efetua uma comunicação entre sistemas diversos, sendo inevitável tal interação no cenário das nanotecnologias, que neste sentido propõe ainda a interdisciplinaridade. Seriam sistemas diferentes trabalhando em sintonia, unindo esforços onde é possível a consonância de informações e estudos⁹⁶.

O tema das nanotecnologias promove o debate interdisciplinar do qual o Direito vem fazendo parte, observando um cruzamento entre possíveis benefícios, mas com enorme probabilidade de riscos, os quais podem gerar efeitos ao meio ambiente e ser humano. Nesta inquietação, questiona-se de que do Direito deverá juridicizar esse cruzamento de panoramas diferentes e desafiadores, alertando ainda para reflexão sobre interfaces regulatórias e a atual ausência de um marco normativo específico. Portanto, impõe-se a criação de modelos e outras alternativas, que ingressarão no cenário de ausência legislativa regulatória⁹⁷.

Existem novos modelos regulatórios, em nível internacional, que devem ser levados em consideração como modelo transnacional para as nanotecnologias. Podem até mesmo não se encaixarem perfeitamente em todas as demandas nanotecnológicas, mas que certamente auxiliam na tomada de decisões em casos de extrema complexidade, demandando compromissos internacionais, como neste caso⁹⁸:

Existem muitos modelos existentes para regulação transnacionais de nanotecnologia que podem ser lições úteis sobre a desejabilidade, viabilidade, design e implementação de quaisquer esforços futuros para regular a nanotecnologia no nível internacional. Nenhum desses modelos existentes provavelmente se encaixam exatamente às necessidades de regulação da nanotecnologia, mas podemos aprender com o Esforços passados para regular outras tecnologias, como lições importantes sobre os prováveis obstáculos, desafios, oportunidades e rotas para o sucesso que provavelmente enfrentarão qualquer esforço na regulação transnacional da nanotecnologia. Uma lição importante que pode ser extraída de modelos são que os acordos internacionais para regular as tecnologias em geral levam considerável esforço, tempo, capital político e recursos, e, portanto, são susceptíveis de apenas serem realizados para os mais sérios e iminentes problemas. Não está claro se e quando a regulação da nanotecnologia se tornará

⁹⁶ LEAL, Daniele Weber S. A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos: a possibilidade de utilização do protocolo da OECD e do pluralismo jurídico (Teubner) para Gestão do Risco do Nanowaste. 2017. f. 148. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2017. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6755>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

⁹⁷ MARTINS, Patrícia Santos. **O sistema de normas ISO e as nanotecnologias**: as interfaces regulatórias e o diálogo entre as fontes do Direito. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6206>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

⁹⁸ MARCHANT, Gary E; SYLVESTER, Douglas J. Transnational models for regulation of nanotechnology. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, Boston, v. 34, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-720X.2006.00091.x/abstract>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

uma prioridade suficiente para justificar tal compromisso internacional. (tradução nossa)⁹⁹.

Face o necessário entendimento destes novos institutos com pretensão autorregulatória, importante destacar as definições de autorregulação e metarregulação, para que se viabilize o acoplamento destas regulações ao cenário das nanotecnologias, perfazendo assim uma resposta adequada do Direito às novas demandas oriundas da era nanotecnológica.

A utilização destas ferramentas ou instrumentos com potencial para regulação seguem com uma distinção: dividem-se entre a chamada de autorregulação, que não dependam exclusivamente da iniciativa do Estado, bem como as que tenham a participação do Estado de forma diversa da tradicional (emissor de normas) em que atue com menor grau de participação, tida como metarregulação¹⁰⁰.

Para Berger Filho¹⁰¹, a autorregulação representa “[...] novas formas de operar o Direito na globalização [...]” e resultam de regras, acordos e regulação de atores privados - empresas transnacionais - que através do fluxo de suas atividades ao redor do mundo, proporcionam a difusão destas normas.

A autorregulação é¹⁰²

[...] a proliferação de normas estabelecidas por organizações profissionais e de padronização técnica, a ampliação das declarações de princípios, orientações e diretrizes estabelecidas por organizações internacionais relativas a demandas globais, das quais os Estados não conseguem formar consenso para imposição de obrigações concretas, resultam na ascensão de instrumentos de *soft law*. Normas brandas e flexíveis, cujo descumprimento não acarreta nenhum tipo de sanção formalmente instituída pelo Estado (ou Estados no caso do Direito Internacional). (grifo do autor).

Ante as inovações da nanotecnologia e sua necessidade de regulação, esta tem assumido um significado mais amplo, abarcando também instrumentos de

⁹⁹ MARCHANT, Gary E; SYLVESTER, Douglas J. Transnational models for regulation of nanotechnology. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, Boston, v. 34, n. 4, p. 722, 2006. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-720X.2006.00091.x/abstract>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

¹⁰⁰ BERGER FILHO, Airton Guilherme. **A governança dos riscos das nanotecnologias e o princípio da precaução**: um estudo a partir da teoria dialética da rede. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5563/A%c3%a4drton%20Guilherme%20Berger%20Filho2_pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁰¹ BERGER FILHO, Airton Guilherme. **A governança dos riscos das nanotecnologias e o princípio da precaução**: um estudo a partir da teoria dialética da rede. 2016. f. 24. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5563/A%c3%a4drton%20Guilherme%20Berger%20Filho2_pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁰² BERGER FILHO, Airton Guilherme. **A governança dos riscos das nanotecnologias e o princípio da precaução**: um estudo a partir da teoria dialética da rede. 2016. f. 24. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5563/A%c3%a4drton%20Guilherme%20Berger%20Filho2_pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 26 jun. 2018.

metarregulação, conforme lecionam Engelmann, Aldrovandi e Berger Filho¹⁰³. Apesar de não existir definição acordada de autorregulação e metarregulação, de maneira geral pode-se dizer que a primeira trata-se de um processo de regulação voluntária, instituído independentemente da regulamentação estatal, criada por atores não governamentais, inclusive por seu(s) próprio(s) destinatário(s). Já a metarregulação resulta da interação entre a regulação estatal e a autorregulação. Ela seria uma estratégia de supervisão do Estado sobre os mecanismos da autorregulação¹⁰⁴.

Ademais, a conjuntura de desenvolvimento da era nano, aliada à necessidade de gestão de riscos, fomenta a postura e função do Estado reflexivo, aquele que possui a função de decidir se a regulação será fruto de uma intervenção direta ou se deverá ocorrer através de instrumentos descentralizados de autorregulação, ou ainda em processos de autorregulação dirigida - metarregulação e co-regulação¹⁰⁵.

Pariotti¹⁰⁶ discorre sobre a autorregulação, sugerindo inclusive que a adoção destes instrumentos possa superar a antiga dicotomia público x privado, inserindo-se no contexto plural, remetendo a Teubner¹⁰⁷:

Nesse sentido, é intrigante ver se os modelos regulatórios em algum momento poderiam superar a dicotomia entre privado e público, expressando a distinção entre estado e sociedade em termos de 'policontextualidade', isto é, a idéia de que várias perspectivas sociais se refletem na lei, sem uma distinção entre eles sempre sendo possível. Ser uma maneira de superar a visão que permite espaço para autorregulação encoraja o eclipse da autoridade pública por interesses privados. (tradução nossa)¹⁰⁸.

Nota-se uma interface regulatória através de um nível nacional e internacional, onde ocorre a comunicação entre diversos instrumentos de agências reguladoras e até mesmo organismos estatais, promovendo a circulação das

¹⁰³ ENGELMANN, Wilson; ALDROVANDI, Andrea; BERGER FILHO, Ailton Guilherme. Perspectivas para a regulação das nanotecnologias aplicadas a alimentos e biocombustíveis. **Vigilância Sanitária em Debate**: Sociedade, Ciência & Tecnologia, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, nov. 2013. Disponível em: <<https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/69/76>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

¹⁰⁴ ENGELMANN, Wilson; ALDROVANDI, Andrea; BERGER FILHO, Ailton Guilherme. Perspectivas para a regulação das nanotecnologias aplicadas a alimentos e biocombustíveis. **Vigilância Sanitária em Debate**: Sociedade, Ciência & Tecnologia, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, nov. 2013. Disponível em: <<https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/69/76>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

¹⁰⁵ BERGER FILHO, Ailton Guilherme. **A governança dos riscos das nanotecnologias e o princípio da precaução**: um estudo a partir da teoria dialética da rede. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5563/A%c3%aadrton%20Guilherme%20Berger%20Filho2_pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 26 jun. 2017.

¹⁰⁶ PARIOTTI, Elena. Law, uncertainty and emerging technologies: towards a constructive implementation of the precautionary principle in the case of nanotechnologies. **Persona y Derecho**, Pamplona, n. 62, 2010. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/persodcho62&div=5&id=&page=>>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

¹⁰⁷ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Apresentação: Dorothee Susanne Rüdiger. Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Ed. UNIMEP, 2005.

¹⁰⁸ PARIOTTI, Elena. Law, uncertainty and emerging technologies: towards a constructive implementation of the precautionary principle in the case of nanotechnologies. **Persona y Derecho**, Pamplona, n. 62, p. 25-26, 2010. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/persodcho62&div=5&id=&page=>>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

normas estatais ou não ao redor do globo, fazendo jus ao importante movimento da transnacionalização vivenciada¹⁰⁹.

Propõe neste sentido Shaffer¹¹⁰:

Mais recentemente, eles provêm da intensificação da interação econômica e cultural transnacional, catalisando a proliferação de acordos internacionais, regionais e bilaterais, redes reguladoras e instituições que fomentam e promovem mudanças legais e institucionais. Nós inconscientemente experimentamos esse transnacionalismo em nossas vidas diárias, e às vezes nos abraçamos. No entanto, também podemos estar preocupados com seus efeitos em nossa ordem social e identidades. Nossas leis e sistemas legais refletem a forma como nos vemos a nós mesmos e às nossas comunidades. À medida que a migração da lei através das fronteiras se intensifica, podemos nos preocupar com isso, conforme refletido no clamor sobre citações para leis estrangeiras e internacionais, decisões legais em leis federais nos Tribunais dos EUA. As normas jurídicas em quase todos os domínios do direito circulam em todo o mundo. As normas não viajam sozinhas. Elas são transmitidas por atores, seja de forma instrumental ou reflexivamente. Às vezes, eles são codificados em tratados internacionais, seja de natureza não-vinculativa. Outras vezes, são difundidas através de processos informais envolvendo redes burocráticas de funcionários públicos, redes transnacionais de atores como representantes empresariais, ativistas e profissionais não-governamentais, e combinações híbridas. Ao longo do tempo, podem surgir diferentes ordens jurídicas transnacionais que impõem ou conferem normas legais que regulam determinadas áreas do direito. (tradução nossa).

Mesmo havendo pontos de inconsistências neste instrumento, uma vez que a adoção da autorregulação depende da vontade própria da organização, ela é uma alternativa viável. No caso da autorregulação do *nanowaste*, vê-se como viável a adoção do protocolo da OECD¹¹¹, pois baseia-se em critérios científicos, oriundos de pesquisa específica sobre resíduos nanotecnológicos, e que não iriam colidir com interesses maiores como meio ambiente e saúde humana, pelo contrário. Adotando estas diretrizes, fomentaria-se o desenvolvimento responsável das nanotecnologias, promovendo uma verdadeira gestão do risco, administrando adequadamente a destinação final do *nanowaste*. A adoção do protocolo, não só pelas agências, mas pelo Estado, dar-se-ia através da validação feita pelo mesmo. E no caso de dissonâncias ou na observação de interesses contrários ao bem-estar humano, poderia o Estado regulamentar o instrumento então, já adotado, como forma de metarregulação¹¹².

¹⁰⁹ SHAFFER, Gregory. **Transnational legal process and state change**: opportunities and constraints. Minnesota: Ed. University of Minnesota: Law School, 2010. (Legal studies research paper series. Research paper, n. 10-28). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1901952>. Acesso em: 29 jul. 2017.

¹¹⁰ SHAFFER, Gregory. **Transnational legal process and state change**: opportunities and constraints. Minnesota: Ed. University of Minnesota: Law School, 2010. p. 3. (Legal studies research paper series. Research paper, n. 10-28). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1901952>. Acesso em: 29 jul. 2017.

¹¹¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Nanomaterials in waste streams**: current knowledge on risks and impacts. Paris, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264249752-en>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

¹¹² LEAL, Daniele Weber S. A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos: a possibilidade de utilização do protocolo da OECD e do pluralismo jurídico (Teubner) para Gestão do Risco do Nanowaste. 2017. f. 279. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2017. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6755>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Existem diversas organizações internacionais que já estão produzindo regulações e diretrizes aptas à era nanotecnológica, fazendo o papel que o Sistema do Direito detém. É possível elencar diversos organismos que desenvolvem pesquisas específicas de segurança e análise de risco dos nanomateriais. São encontradas nos EUA, Europa, Ásia, e na América Latina. Não se pretende esgotar a apresentação dos mesmos, mas citam-se apenas alguns deles.

Nos EUA apresenta-se a agência regulatória NIOSH, de proteção em saúde ocupacional, a qual identificou 10 tópicos críticos, para orientar na resolução de lacunas e fornecer recomendações sobre as aplicações e implicações dos nanomateriais nos ambientes de trabalho¹¹³. Ainda na América do Norte é possível citar o Programa Nacional dos EUA, *National Nanotechnology Initiative* (NNI)¹¹⁴, que orienta todas as agências nacionais e utiliza de seus protocolos.

Destacado o papel da NIOSH no cenário americano, uma vez que tal agência vem elaborando diversos estudos com foco na saúde do trabalhador e meio ambiente, pois enquanto os nanomateriais apresentam possibilidades aparentemente ilimitadas, eles trazem novos desafios para entender, prever e gerenciar possíveis riscos de segurança e saúde. É o que defende a organização¹¹⁵:

O Instituto Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (NIOSH) continua empenhado em proteger trabalhadores agora e no futuro, à medida que as aplicações e usos da nanotecnologia se expandem. Como parte desses esforços, em outubro de 2005, o NIOSH divulgou para público o projeto de documento, 'Abordagens à Nanotecnologia Segura: Um Intercâmbio de Informação com o NIOSH'. Com base em comentários recebidos, o NIOSH revisou e atualizou o documento em julho de 2006 e procurou outros comentários públicos. Este projeto de relatório foi amplamente citado, e a versão final do relatório deve servir como um recurso vital para as partes interessadas (incluindo profissionais da área de segurança e saúde ocupacional, pesquisadores, tomadores de decisões políticas, avaliadores de risco e trabalhadores da indústria) que desejam entender mais sobre as implicações de segurança e saúde da nanotecnologia no local de trabalho. Com a publicação do documento *Approaches to Safe Nanotechnology*, o NIOSH espera: aumentar a consciência das questões de segurança e saúde ocupacional envolvidas com a nanotecnologia; formular recomendações sobre as melhores práticas de segurança e saúde no trabalho na produção e uso de nanomateriais; facilitar o diálogo entre o NIOSH e seus parceiros externos na indústria, no trabalho e na academia; responder aos pedidos de diretrizes de segurança e saúde; e, identificar lacunas de informação e áreas para futuros estudos e pesquisas. À medida que nosso conhecimento de nanociências aumenta, também os nossos

¹¹³ NATIONAL INSTITUTE FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH (NIOSH). **Building a safety program to protect the nanotechnology workforce**: a guide for small to medium-sized enterprises. By Hodson L, Hull M. Cincinnati, OH: U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Institute for Occupational Safety and Health, Department of Health and Human Services. Washington: DHHS: NIOSH, Mar. 2016b. (DHHS NIOSH Publication, n. 2016-102). Disponível em: <<https://www.cdc.gov/niosh/docs/2016-102/pdfs/2016-102.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

¹¹⁴ UNITED STATES. National Nanotechnology Initiative. **About the NNI**. [S.l., 2017?]. Disponível em: <<https://www.nano.gov/about-nni>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

¹¹⁵ DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES; CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (CDC); NATIONAL INSTITUTE FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH (NIOSH). **Approaches to safe nanotechnology**: managing the health and safety concerns Associated with Engineered Nanomaterials. Washington: DHHS: NIOSH, Mar. 2009. (DHHS NIOSH Publication, n. 2009-125). Disponível em: <<https://www.cdc.gov/niosh/docs/2016-102/pdfs/2016-102.pdf>>. Acesso em: 08 mai 2018.

esforços para fornecer orientações valiosas sobre o manuseio seguro de nanopartículas e para proteger a vida e os meios de subsistência dos trabalhadores que lidam com nanotecnologia. (tradução nossa, grifo do autor)¹¹⁶.

Outra instituição americana que possui alta envergadura no cenário de pesquisas nanotecnológicas é a *National Institutes of Health* (NIH), uma parte do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos EUA, agência de pesquisa médica do país, a qual desenvolve diversos estudos envolvendo medicina e saúde¹¹⁷, e há mais de 10 anos produzindo pesquisas com nanotecnologia.

A NIH é a agência de investigação médica do país, composta por 27 institutos e centros que financiam a pesquisa biomédica em todo os Estados Unidos e em todo o mundo para melhorar a saúde humana. Por mais de 7 anos, o NIH reconheceu o tremendo potencial da nanotecnologia como um foco científico que poderia transformar a nossa compreensão atual da biologia e nossa capacidade de prevenir e tratar doenças. O NIH patrocinou um simpósio nacional para avaliar o estado da ciência nessa área e aumentar a conscientização sobre o Interesse do NIH em financiar aplicações de nanotecnologia para problemas biomédicos. A maioria das pesquisas de nanotecnologia no NIH é financiada por institutos individuais com missões de pesquisa específicas de doenças, tecnologia ou de pesquisa básica. O NIH investe mais de US\$ 200 milhões por ano na pesquisa em nanotecnologia, e muitos dos programas específicos do instituto são observados abaixo (consulte recursos de nanotecnologia). (tradução nossa)¹¹⁸.

Desenvolve a instituição protocolos originários de pesquisas específicas em nano (como o *Nano Task Force*¹¹⁹, *Nanotechnology in Biology and Medicine*¹²⁰, *Major NIH Programs*) com potencial autorregulatório, que viabiliza e fomenta a adoção destas diretrizes como marco regulatório.

Migrando ao cenário europeu também encontram-se importantes organizações. A *European Chemicals Agency* (ECHA) publicou recentemente, em

¹¹⁶ DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES; CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (CDC); NATIONAL INSTITUTE FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH (NIOSH). **Approaches to safe nanotechnology**: managing the health and safety concerns Associated with Engineered Nanomaterials. Washington: DHHS: NIOSH, Mar. 2009. p. 5. (DHHS NIOSH Publication, n. 2009-125). Disponível em: <<https://www.cdc.gov/niosh/docs/2016-102/pdfs/2016-102.pdf>>. Acesso em: 08 mai 2018.

¹¹⁷ NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (NIH). **Who we are**. Maryland, 2017 Disponível em: <<https://www.nih.gov/about-nih/who-we-are>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

¹¹⁸ NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (NIH). **Nanotechnology at the national institutes of health**. Maryland, [2007?]. p. 2. Disponível em: <<https://www.nih.gov/sites/default/files/research-training/nanotechnology-new-understanding-capabilities-approaches-improving-health.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

¹¹⁹ **Nanotechnology safe at the national institutes of health**. Maryland, [2007?]. Disponível em: <<https://www.nih.gov/sites/default/files/research-training/nanotechnology-new-understanding-capabilities-approaches-improving-health.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

¹²⁰ Este grupo estuda novos materiais que estão sendo desenvolvidos com utilidade única para detecção ultra-sensível de biomoléculas, para entrega (*delivery*) direcionada de agentes terapêuticos diretamente às células e tecidos afetados no corpo, promovendo a cura. Desenvolvem novos métodos de diagnóstico e tratamentos que estão emergindo da nossa capacidade crescente em controlar a síntese de materiais como pontos quânticos, dendrímeros e nanotubos e desenvolver métodos para otimizar as propriedades desses materiais em sistemas biológicos vivos. Paralelamente, aprendem como fazer nanomateriais que podem ser utilizados de forma segura e eficaz para muitos outros tipos de consumidores. NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (NIH). **Nanotechnology at the national institutes of health**. Maryland, [2007?]. Disponível em: <<https://www.nih.gov/sites/default/files/research-training/nanotechnology-new-understanding-capabilities-approaches-improving-health.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

maio de 2017, o último estudo sobre melhores práticas para registrar e preparar dossiês com nanoformas¹²¹. Este documento tem como objetivo ajudar os usuários a cumprir suas obrigações no âmbito do regulamento do REACH, fazendo expressa menção, em que “[...] o texto do Regulamento REACH é a única referência legal autêntica”(tradução nossa)¹²².

Já a REACH é regulação da União Europeia, focada na proteção da saúde humana e meio ambiente, na questão dos riscos com produtos químicos, os quais passaram a preocupar-se também com as nanotecnologias. Aponta-se como suas características:

REACH é uma regulação da União Europeia, adotada para melhorar a proteção da saúde humana e do ambiente contra os riscos que podem ser colocados pelos produtos químicos, ao mesmo tempo que aumenta a competitividade da indústria química da UE. Também promove métodos alternativos para a avaliação de perigos de substâncias, a fim de reduzir o número de testes em animais. Em princípio, o REACH aplica-se a todas as substâncias químicas; não apenas aqueles utilizados nos processos industriais, mas também no nosso cotidiano, por exemplo em produtos de limpeza, tintas e artigos, como roupas, móveis e eletrodomésticos. Por conseguinte, o regulamento tem um impacto sobre a maioria das empresas em toda a UE. A REACH coloca o ônus da prova nas empresas. Para cumprir o regulamento, as empresas devem identificar e gerenciar os riscos ligados às substâncias que fabricam e comercializam na UE. Eles têm que demonstrar à ECHA como a substância pode ser usada com segurança, e eles devem comunicar as medidas de gerenciamento de risco aos usuários. Se os riscos não puderem ser gerenciados, as autoridades podem restringir o uso de substâncias de maneiras diferentes. A longo prazo, as substâncias mais perigosas devem ser substituídas por outras menos perigosas. REACH significa Registro, Avaliação, Autorização e Restrição de Produtos Químicos. Entrou em vigor em 1 de junho de 2007. (tradução nossa)¹²³.

Importante ressaltar-se o estudo *NANoREG Framework for the Safety Assessment of Nanomaterials*¹²⁴, publicado em abril de 2017, também no contexto das pesquisas da Comissão Europeia e do REACH.

O quadro NANoREG é o resultado de um esforço coletivo de especialistas de mais de 20 parceiros de projetos de organizações bem reconhecidas. Eles geraram, reuniram e relacionaram em um único documento, uma grande quantidade de informações de diversos Campos em EHS (environmental and health safety) de NMs. O documento foi concebido como um manual que os reguladores e a indústria possam consultar para entender o estado da arte na realização de avaliação de segurança de NMs no âmbito

¹²¹ EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA). **How to prepare registration dossiers that cover nanoforms: best practices**. Version 1.0. Helsinki, May 2017a. Disponível em: <DOI: 10.2823/ 128306>. Acesso em: 29 jul. 2017.

¹²² EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA). **How to prepare registration dossiers that cover nanoforms: best practices**. Version 1.0. Helsinki, May 2017a. p. 2. Disponível em: <DOI: 10.2823/ 128306>. Acesso em: 29 jul. 2017.

¹²³ EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA). **Understanding REACH**. Helsinki, 2017b. Disponível em: <<https://echa.europa.eu/regulations/reach/understanding-reach>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

¹²⁴ GOTTARDO, Stefania; HUGUES, Crutzen; JANTUNEN, Paula (Ed.). **NANoREG framework for the safety assessment of nanomaterials. JRC Science for Policy Report**, Brussels, Apr. 2017. Disponível em: <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC105651/kjna28550_en.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2017.

do REACH, incluindo problemas fechados e abertos. Ele também fornece estratégias de futuro para serem desenvolvidos a partir de uma perspectiva científica, o que poderia abrir caminho para uma implementação eficiente e prática dos princípios REACH para NMs. (tradução nossa)¹²⁵.

O trabalho do NANoREG objetiva a elaboração de protocolos e estudos relativos aos testes de nanomateriais, buscando regulação adequada, avaliando e criando métodos para análise dos efeitos na vida humana e meio ambiente, através do esforço conjunto de toda União Europeia e até mesmo do Brasil e Coreia:

The NANoREG project is aimed at developing and evaluating methods to test the effects of nanomaterials on Environment, Health and Safety (EHS), methods to assess the related risks and methods and concepts to take EHS aspects into account in an early stage of the development of new nanomaterials or new applications. In the project more than 85 partners from EU member states, associated states, the Republic of Korea and Brazil collaborate. The Dutch Ministry of Infrastructure and the Environment coordinates the project. The total budget of the project is 50 million euro of which 10 million euro is provided by the EU (FP7 programme) and 40 million by member states, regions, partners and other parties. According to the original planning most of the R&D work of the project has been finalized before 1 September 2016. The process of reporting and approving of the deliverables however is still ongoing¹²⁶.

Assim, a conjuntura europeia de programas destinados à pesquisa e elaboração de diretrizes, normativas, protocolos ou orientações, com potencial autorregulatório se mostra contundente e ativa no tema marcos regulatórios, bem como contribui de maneira fundamental para aprofundamento das diversas demandas complexas de nanotecnologias, como definição, caracterização, avaliação de risco, gestão, dentre outros.

Portanto, a avaliação e standardização é feita inúmeras organizações, em diversos países, trazendo maiores recursos de análise de risco, caracterização, definição, mensuração, e categorizando nanomateriais, bem como elencando produtos que contém nanotecnologia. Tal trabalho é muito importante em ordem de garantir uma implementação efetiva de nanorregulação e particularmente do *nanowaste*¹²⁷.

Especificamente sobre *nanowaste* as autorregulações e diretrizes são ainda mais escassas. Em nível internacional,

Vale a pena notar que normas técnicas regulando nanotecnologias e nanomateriais não são numerosas. Em particular, existem três

¹²⁵ GOTTARDO, Stefania; HUGUES, Crutzen; JANTUNEN, Paula (Ed.). NANoREG framework for the safety assessment of nanomaterials. **JRC Science for Policy Report**, Brussels, p. 124, Apr. 2017. Disponível em:

<http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC105651/kjna28550_en.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2017.

¹²⁶ NANOREG. A Common European Approach to the Regulatory Testing of Nanomaterials. **7 th Progress Report Executive Summary**. 11 22 version 1.0. [S.l.], 2016. p. 3. Disponível em: <https://www.nanoreg.eu/images/20161122_NANoREG_36_-_42_Month_Progress_Report_Part_1_Summary_version1.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2017.

¹²⁷ CASSOTA, Sandra. Extended producer responsibility in waste regulations in a multilevel global approach: nanotechnology as a case study. **European Energy and Environmental Law Review**, [S.l.], v. 21, n. 5, Oct. 2012. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/eelr0021&div=28&id=&page=>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

principais instituições internacionais de referência: the ISO, the International Electrical and Electronics Engineers (IEEE), e a OECD. (tradução nossa)¹²⁸.

Neste sentido, de exploração de pesquisas das nanos pelas encontra-se por uma série de agências reguladoras, órgãos internacionais e governamentais, as quais analisam o risco e podem auxiliar na regulação interna do país brasileiro, afirma Engelmann¹²⁹:

Já existe um grande número de normativas, produzidas por várias agências e órgãos internacionais, sobre as nanotecnologias e a gestão dos seus riscos. Essas diretrizes, recomendações, avaliações de riscos, entre outros formatos, deverão ser aproveitados pelos países do bloco para geração do seu marco normativo. O controle de convencionalidade das decisões a serem tomadas entra em cena, visando assegurar as características peculiares do conjunto dos países.

Na sequência, elenca diversos organismos que produzem instrumentos com potencial autorregulatório (alguns inclusive apresentados anteriormente), após explicar sua formulação sobre o diálogo entre as fontes do Direito, no contexto das nanos:

A figura mostra como é desenhado o diálogo entre as fontes do Direito: nos variados anéis se encontram as fontes do Direito interno de cada país, além das normas internacionais, onde se localizam, por exemplo, as normas já produzidas pelos seguintes órgãos: National Institute for Health (NIH) dos Estados Unidos, National Science Foundation (NSF), ISO, OCDE, ASTM, CEN, British Standards Institution (BSI), União Europeia: Comissão Europeia e Parlamento Europeu, European Medicines Agency, Co-Nanomet (Europa), REACH, Nanotechnologies Industries Association (NIA), FDA, European Agency for Safety and Health at Work; OSHA – Occupational Safety and Health Administration, Health Canadá, National Nanotechnology Initiative (NNI), NIOSH, SCENIHR (Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks), Nanoforum, Comitê de medidas de Segurança para nanomateriais do Japão, ANF-Asia Nano Forum, Chinese Academy of Sciences, SAICM e International Council on Nanotechnology-ICON¹³⁰.

Por fim, como o objeto deste estudo é a gestão do risco na destinação adequada do *nanowaste*, urge que se apresente aquele organismo que tem papel fundamental na área, sendo este a OECD. Tal instituição realizou estudo específico sobre o comportamento dos resíduos nanotecnológicos com o meio ambiente, através dos tratamentos disponíveis de lixo, apresentando um resultado final acerca dos riscos. A organização internacional da OECD tem papel de destaque em

¹²⁸ CASSOTA, Sandra. Extended producer responsibility in waste regulations in a multilevel global approach: nanotechnology as a case study. **European Energy and Environmental Law Review**, [S.l.], v. 21, n. 5, p. 213, Oct. 2012. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/eelr0021&div=28&id=&page=>>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

¹²⁹ ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um fator de aproximação democrática dos países da América Latina: em busca de moldes regulatórios. In: ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. (Org.) **Constitucionalismo democrático na América Latina: desafios do século XXI**. Curitiba: Multideia, 2015. p. 106.

¹³⁰ ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um fator de aproximação democrática dos países da América Latina: em busca de moldes regulatórios. In: ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. (Org.) **Constitucionalismo democrático na América Latina: desafios do século XXI**. Curitiba: Multideia, 2015. p. 116-117.

nível global nas pesquisas e elaboração de instrumentos com potencial autorregulatório na área das nanotecnologias, principalmente no *nanowaste* e destinação final¹³¹.

Fundadas pelas preocupações demonstradas e constatada esta lacuna científica, a OECD organizou o grupo *Work Party Manufactured Nanomaterials* (WPMN)¹³², para garantir que os testes utilizados para tratar a segurança dos Nanomateriais Manufaturados sejam consistentes e defensáveis. A união de esforços da organização, então chamada *Grupo de Trabalho sobre Nanomateriais Manufaturados* - WPMN (tradução nossa) da OCDE lançou em novembro de 2007 o Programa de Patrocínio para testes de nanomateriais manufaturados (programa de testes). Este programa verifica os métodos de teste usados em nanomateriais manufaturados, reunindo os conhecimentos de países membros da OCDE, e outras partes interessadas para financiar os testes de segurança de nanomateriais fabricados específicos¹³³.

Ao lançar este programa de teste, o WPMN concordou com uma lista de prioridade de 11 nanomateriais manufaturados para testes com base em materiais que estão em, ou perto de uso comercial. O resultado deste programa de teste foi o primeiro de sua colaboração de tipo entre o governo, indústria e academia na geração de dossiês de teste para informar os usos futuros e preocupações de segurança de nanomateriais engenheirados¹³⁴.

Dentro deste cenário de atenção às nanos, a OECD vem desenvolvendo então uma série de estudos específicos na área, promovendo aprofundamento na definição dos nanomateriais, avaliação do risco e gestão, análise de impactos na saúde e meio ambiente, dentre outros, e para esta investigação em especial, urge que seja citado a pesquisa sobre *nanowaste* e sua destinação final¹³⁵, conforme introduzido no capítulo acima.

Portanto, existem organizações que promovem a elaboração de instrumentos com potencial (auto)regulatório que poderiam ser adotados para a gestão do risco nanotecnológico, em especial o *nanowaste*, a fim de minimizar os potenciais (futuros) danos. A aceitação pelo Direito e promoção de uma flexibilização de normas seria uma alternativa adequada às novas demandas nanotecnológicas e complexidade dela oriundas, considerando ainda suas particularidades e dinamicidade.

5 CONCLUSÃO

Presencia-se uma sociedade pós-moderna, desenvolvendo a era nanotecnológica, proporcionando as promessas de um avanço benéfico à humanidade jamais visto, contudo, verificando-se em paralelo o potencial risco. É

¹³¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Nanomaterials in waste streams: current knowledge on risks and impacts**. Paris, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264249752-en>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

¹³² Ou Grupo de Trabalho sobre Nanomateriais Manufaturados (tradução nossa).

¹³³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). OECD. **Testing programme of manufactured nanomaterials**. Paris, 2017a. Disponível em: <<http://www.oecd.org/chemicalsafety/nanosafety/testing-programme-manufactured-nanomaterials.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

¹³⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). OECD. **Testing programme of manufactured nanomaterials**. Paris, 2017a. Disponível em: <<http://www.oecd.org/chemicalsafety/nanosafety/testing-programme-manufactured-nanomaterials.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

¹³⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Nanomaterials in waste streams: current knowledge on risks and impacts**. Paris, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264249752-en>>. Acesso em: 24 jun. 2018

possível constatar no mercado atual milhares de novos nanoproductos, dos quais os efeitos ainda não foram detectados na vida humana ou meio ambiente. Com o crescente produção e consumo, eleva-se consequentemente o descarte de resíduos nanotecnológicos no meio ambiente, sem qualquer medida precaucional que o risco e incerteza científica requerem.

O nanowaste é uma nova preocupação, tendo em vista que o final de vida dos nanomateriais podem acarretar maiores prejuízos ao ecossistema, face a inadequação do descarte e particulares vias de contato com meio ambiente e acumulação.

Importante assim contextualizar e apresentar pesquisas que demonstram o risco enfrentado, verificando ainda a evolução das Teorias do Risco e quais suas contribuições para buscar uma verdadeira gestão do nanowaste.

Neste ínterim, não há qualquer regulação que possa guiar a utilização das nanotecnologias, desconsiderando alguns riscos apresentados em pesquisas, o que deixa a sociedade totalmente descoberta e vulnerável aos possíveis danos que esta nova tecnologia poderá causar às gerações futuras, dispensando qualquer atitude precaucional, inerente a este cenário.

Ademais, tendo em vista que se presencia uma série de novos direitos e demandas originárias da complexidade da era nanotecnológica, o Sistema do Direito acaba tendo de responder às demandas antes sequer imaginadas, a qual na conjuntura atual, não está apta a dar suporte. Possível utilizar-se de outras fontes estranhas ao Direito (principalmente ao Direito brasileiro), como protocolos da OECD, NIH, NanoReg, FDA, dentre tantas outras, que possuem diretrizes e pesquisas específicas na área.

É preciso do Direito uma postura mais flexível, que fomente a adoção de medidas aptas à produzir respostas adequadas a esta nova cena e complexidade. Reconhecendo a produção de diretrizes e instrumentos com potencial regulatório fora do Sistema do Direito, validando tais regulações, a partir do conhecimento da meta e autorregulação, será viável efetivar uma gestão do risco apta às demandas particulares do nanowaste e das nanotecnologias de modo em geral.

Observa-se então a importante distinção entre metarregulação e autorregulação, e é reconhecida a importância de diversas organizações internacionais que já promovem a elaboração de instrumentos com potencial regulatório, exigindo do Sistema do Direito uma proposta de alternativa regulatória, que dê conta desta nova realidade e suporte os problemas oriundos dos resíduos nanotecnológicos, promovendo assim uma verdadeira gestão do risco.

De outro modo, respeita-se a precaução e conjuntura de risco imposta neste contexto, fomentando a urgente regulação para a era nanotecnológica, a fim de preservar as futuras gerações e meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luís Renato Balbão. **Sistemática de ações de segurança e saúde no trabalho para laboratórios de pesquisa com atividades de nanotecnologia**. 2013. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) - Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção, Escola de Engenharia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/96396/000915100.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BARBAT, A. S. *Estudios de Derecho de Seguros y Reaseguros*. La Ley Uruguay, Montevideo, 2016.

BARUAH, S; DUTTA, J. Nanotechnology applications in pollution sensing and degradation in agriculture: a review. **Environmental Chemistry Letters**, Secaucus, v. 7, n. 3, p. 201-202, Sept. 2009. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10311-009-0228-8>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução: Marian Toldy e Teresa Toldy. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015. Documento disponível para Kindle.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BECK, Ulrich. **Un mondo a rischio**. Traduzione di Laura Castoldi. Torino: Giulio Einaudi, 2003.

BELOKRYLOVA, Ekaterina A. The legal problems of nanotechnology environmental safety provision in the Russian Federation: The Foreign Country's Experience. **Nanotechnology Law & Business**, Pasadena, v. 8, n. 3, p. 203, 2011. Disponível em: <<http://www.nanolabweb.com/index.cfm/action/main.default.viewArticle/articleID/370/CFID/28816240/CFTOKEN/de063d553f4c4b7b-758C36C7-046D-3573-202795CCECC53983/index.html>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

BERGER FILHO, Airton Guilherme. **A governança dos riscos das nanotecnologias e o princípio da precaução**: um estudo a partir da teoria dialética da rede. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5563/A%c3%aadrton%20Guilherme%20Berger%20Filho2_pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BRITTO, Roberta Socoowski et al. Effects of carbon nanomaterials fullerene C60 and fullerol C60 (OH) 18-22 on gills of fish *Cyprinus carpio* (Cyprinidae) exposed to ultraviolet radiation. *Aquatic Toxicology*, Amsterdam, v. 114-115, June 2012. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0166445X12000689>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CASSOTA, Sandra. Extended producer responsibility in waste regulations in a multilevel global approach: nanotechnology as a case study. **European Energy and Environmental Law Review**, [S.l.], v. 21, n. 5, Oct. 2012. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/eelr0021&div=28&id=&page=>>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

CAVE, Holly. Nano: a cleaner option? Could nanotechnology tidy up the planet without leaving a dangerous residue of its own?. **The Guardian**, London, Oct. 18 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/what-is-nano/nano-a-cleaner-option?CMP=share_btn_link>. Acesso em: 05 jun. 2018.

CENTER FOR FOOD SAFETY (CFS). **EPA agrees to regulate novel nanotechnology pesticides after legal challenge**. Washington, Mar. 24 2015. Disponível em: <<http://www.centerforfoodsafety.org/press-releases/3817/epa-agrees-to-regulate-novelnanotechnology-pesticides-after-legal-challenge>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

CHRISTENSEN, Frans Møller et al. **Better control of nanomaterials**: summary of the 4-year Danish initiative on nanomaterials. Copenhagen: The Danish Environmental Protection Agency, 2015. (Environment protect, n. 1797). Disponível em:

<<http://www2.mst.dk/Udgiv/publications/2015/12/978-87-93352-89-6.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

DAL FORNO, Gonzalo Ogliari et al. Intraperitoneal exposure to nano/microparticles of fullerene (C₆₀) increases acetylcholinesterase activity and lipid peroxidation in Adult Zebrafish (*Danio rerio*) Brain. **BioMed Research International**, New York, v. 2013, 2013. Disponível em: <<https://www.hindawi.com/journals/bmri/2013/623789/abs/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES; CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (CDC); NATIONAL INSTITUTE FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH (NIOSH). **Approaches to safe nanotechnology**: managing the health and safety concerns Associated with Engineered Nanomaterials. Washington: DHHS: NIOSH, Mar. 2009. (DHHS NIOSH Publication, n. 2009-125). Disponível em: <<https://www.cdc.gov/niosh/docs/2016-102/pdfs/2016-102.pdf>>. Acesso em: 08 mai 2018.

DIMKPA, Christian O. Can nanotechnology deliver the promised benefits without negatively impacting soil microbial life?. **Journal of Basic Microbiology**, Berlin, v. 54, n. 9, p. 889, Sept. 2014. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/24913194>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risco e cultura**: um ensaio sobre a seleção dos riscos tecnológicos e ambientais. Tradutora Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um fator de aproximação democrática dos países da América Latina: em busca de moldes regulatórios. In: ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. (Org.) **Constitucionalismo democrático na América Latina**: desafios do século XXI. Curitiba: Multideia, 2015.

ENGELMANN, Wilson; ALDROVANDI, Andrea; BERGER FILHO, Airton Guilherme. Perspectivas para a regulação das nanotecnologias aplicadas a alimentos e biocombustíveis. **Vigilância Sanitária em Debate**: Sociedade, Ciência & Tecnologia, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, nov. 2013. Disponível em: <<https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/69/76>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

ERENO, Dinorah. Interações fatais. **Revista Pesquisa FAPESP**, São Paulo, ed. 226, p. 70, dez. 2014. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2014/12/070-073_Nanotubos_226.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2018.

EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA). **How to prepare registration dossiers that cover nanoforms**: best practices. Version 1.0. Helsinki, May 2017a. Disponível em: <DOI: 10.2823/128306>. Acesso em: 29 jul. 2017.

EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA). **Understanding REACH**. Helsinki, 2017b. Disponível em: <<https://echa.europa.eu/regulations/reach/understanding-reach>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

FERRARI, Vincenzo. Primera Lección de Sociología del derecho. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2015

FERREIRA, Jonsecler L. Ribas et al. Co-exposure of the organic nanomaterial fullerene C₆₀ with benzo[a]pyrene in *Danio rerio* (zebrafish) hepatocytes: evidence of toxicological interactions. **Aquatic Toxicology**, Amsterdam, v. 147, Feb. 2014. Disponível em: <<http://www.science-direct.com/science/article/pii/S0166445X13003482>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

FEYNMAN, Richard P. Há mais espaços lá embaixo: um convite para penetrar em um novo campo da Física. Texto traduzido por Roberto Belisário e Elizabeth Gigliotti de Sousa.

- ComCiência**: Revista Eletrônica de Jornalismo Científico, Campinas, 10 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano19.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- GATTI, Antonietta M.; MONTANARI Stefano. **Case studies in nanotoxicology and particle toxicology**. London: Elsevier, 2015.
- GOTTARDO, Stefania; HUGUES, Crutzen; JANTUNEN, Paula (Ed.). NANoREG framework for the safety assessment of nanomaterials. **JRC Science for Policy Report**, Brussels, Apr. 2017. Disponível em: <<http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC105651/kjna28550enn.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.
- GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Estudos Sociedade e Agricultura**, Rio de Janeiro, n. 16, abr. 2001. Disponível em: <1.ufrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/download/188/184>. Acesso em: 26 jul. 2017.
- HOHENDORFF, Raquel von. Revolução nanotecnológica, riscos e reflexos no direito: os aportes necessários da Transdisciplinaridade. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos humanos e novas tecnologias**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO/TC 229**: nanotechnologies. Geneva, 2005. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/iso_technical_committee?commid=381983>. Acesso em: 07 abr. 2018.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO/TS 27687**: 2008: nanotechnologies: terminology and definitions for nano-objects: nanoparticle, nanofibre and nanoplate. Geneva, 2008. Disponível em: <<https://www.iso.org/standard/44278.html>>. Acesso em: 07 abr. 2018.
- INTRODUCTION. **Nanotechnology Products Database (NPD)**. [S.l.], 2017. Disponível em: <<http://product.statnano.com/>>. Acesso em: 24 jun. 2018.
- KÖLLING, Gabrielle; PAULALEITE, Thiago de. Nanotecnologia e riscos sanitários. In: GONÇALVES, Rubén Miranda; VEIGA, Fábio da Silva (Dir.); MAGALHÃES, Maria Manuela (Coord.). **Derecho, gobernanza e innovación**: dilemas jurídicos de la contemporaneidad en perspectiva transdisciplinar. Porto: Ed. Universidade Portucalense, 2017. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt:8080/bitstream/11328/1872/5/eBook_CIDIGIN.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.
- LEAL, Daniele Weber S. **A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos**: a possibilidade de utilização do protocolo da OECD e do pluralismo jurídico (Teubner) para Gestão do Risco do Nanowaste. 2017. f. 279. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2017. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6755>>. Acesso em: 25 jun. 2018.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.
- MARCHANT, G. E. and SYLVESTER, D. J. "Transnational Models for Regulation of Nanotechnology". *Journal of Law, Medicine and Ethics*, p. 714-725, Winter 2006. p. 716. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=907161>>. Acesso em 30 mar. 2018.
- MARCHANT, Gary E; SYLVESTER, Douglas J. Transnational models for regulation of nanotechnology. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, Boston, v. 34, n. 4, 2006.

Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-720X.2006.00091.x/abstract>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

MARTINS, Patrícia Santos. **O sistema de normas ISO e as nanotecnologias**: as interfaces regulatórias e o diálogo entre as fontes do Direito. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6206>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORIN, Edgar. **Cabeça bem-feita**. Tradução Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

MRAZ, Stephen J. Nanowaste: the next big threat?. **Machine Design**, Cleveland, v. 77, n. 22, p. 46, Nov. 17 2005. Disponível em: <<http://connection.ebscohost.com/c/articles/18901546/nanowaste-next-big-threat>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

NANOREG. A Common European Approach to the Regulatory Testing of Nanomaterials. **7 th Progress Report Executive Summary**. 11 22 version 1.0. [S.l.], 2016. p. 3. Disponível em: <https://www.nanoreg.eu/images/20161122_NANOREG_36_-_42_Month_Progress_Report_Part_1_Summary_version1.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2017.

Nanotechnology at the national institutes of health. Maryland, [2007?]. Disponível em: <<https://www.nih.gov/sites/default/files/research-training/nanotechnology-new-understanding-capabilities-approaches-improving-health.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

NATIONAL INSTITUTE FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH (NIOSH). **Building a safety program to protect the nanotechnology workforce**: a guide for small to medium-sized enterprises. By Hodson L, Hull M. Cincinnati, OH: U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Institute for Occupational Safety and Health, Department of Health and Human Services. Washington: DHHS: NIOSH, Mar. 2016b. (DHHS NIOSH Publication, n. 2016-102). Disponível em: <<https://www.cdc.gov/niosh/docs/2016-102/pdfs/2016-102.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (NIH). **Nanotechnology at the national institutes of health**. Maryland, [2007?]. p. 2. Disponível em: <<https://www.nih.gov/sites/default/files/research-training/nanotechnology-new-understanding-capabilities-approaches-improving-health.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (NIH). **Who we are**. Maryland, 2017. Disponível em: <<https://www.nih.gov/about-nih/who-we-are>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Nanomaterials in waste streams**: current knowledge on risks and impacts. Paris, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264249752-en>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Testing programme of manufactured nanomaterials**. Paris, 2017a. Disponível em: <<http://www.oecd.org/chemicalsafety/nanosafety/testing-programme-manufactured-nanomaterials.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PARIOTTI, Elena. Law, uncertainty and emerging technologies: towards a constructive implementation of the precautionary principle in the case of nanotechnologies. **Persona**

y **Derecho**, Pamplona, n. 62, 2010. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/persodcho62&div=5&id=&page=>>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

PART, Florian et al. Current limitations and challenges in nanowaste detection, characterisation and monitoring. **Waste Management**, New York, n. 43, p. 407, Sept. 2015. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26117420>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

PORTO BORGES, Isabel Cristina; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade civil e nanotecnologias**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROCHA, Leonel Severo. Sistema do direito e transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda à Autopoiese. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: anuário 2006: n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2007.

SCHWAB, K. **A quarta revolução industrial**. Tradutor Daniel Moreira Miranda. Edipro, São Paulo, 2016.

SHAFFER, Gregory. **Transnational legal process and state change**: opportunities and constraints. Minnesota: Ed. University of Minnesota: Law School, 2010. (Legal studies research paper series. Research paper, n. 10-28). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1901952>. Acesso em: 29 jun. 2018.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Apresentação: Dorothee Susanne Rüdiger. Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Ed. UNIMEP, 2005.

UNITED STATES. National Nanotechnology Initiative. **About the NNI**. [S.l., 2017?]. Disponível em: <<https://www.nano.gov/about-nni>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

WEYERMÜLLER, André Rafael. A fragmentação do projeto moderno e a necessidade de construção de um estado constitucional ecológico na sociedade de risco globalizada. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/153/166>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

LA MODERNA ESCLAVITUD Y LOS TRABAJOS FORZADOS: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL Y SU (IN)EFICACIA.

Modern slavery and Forced labor: a vision from the current international law and its (in)efficiency

María del Ángel Iglesias Vázquez¹
José Javier Fernández Hernández²
Universidad Internacional de la Rioja

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Evolución histórica de la esclavitud; 3. Instrumentos internacionales para la supresión del trabajo forzado; 4. Calificación jurídica del trabajo forzado en el Estatuto de Roma 5. Reflexiones finales; 6. Bibliografía; 7. Fuentes jurídicas.

Resumen: El presente trabajo trata de abordar una práctica que por similitud a la esclavitud es denominada la "esclavitud moderna" lo que se realiza, partiendo de los antecedentes históricos, desde la normativa surgida de la Organización Internacional del Trabajo, de Naciones Unidas y de los cuerpos normativos de protección de los derechos humanos, estudiando su calificación como crimen internacional y su operatividad. Asimismo, y dada la enorme importancia del actuar de las grandes empresas se hace referencia a los más actuales instrumentos que tratan de regular -débilmente- la práctica de esas, a fin de que acomoden su actividad hacia el respeto de los derechos humanos al quedar herida la dignidad de la persona mediante esta deleznable práctica de los trabajos forzados: parece evidente el aumento del mismo y la necesidad de establecer un verdadero mecanismo eficaz de lucha contra las nuevas facetas en que el mismo se manifiesta.

Palabras Clave: crimen de lesa humanidad, derechos humanos, esclavitud, trabajos forzados

Abstract: This paper tries to approach a practice that, by similarity to the slavery, is denominated the "modern slavery", that what it is studied starting from the historical backgrounds. It highlights the normative emerged from the International Labour Organization, the United Nations and the texts of protection of human rights, studying as well, its qualification as an international crime and its real effectiveness.

Likewise, and given the enormous importance of the actions of the big companies, a reference is made to the most recent instruments that try to regulate their practice in order to accommodate their activity to the respect of the human rights, due the fact that the dignity of the human being through this despicable practice of

¹ Doctora en Derecho, profesora en la Universidad Internacional de La Rioja. Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Investigación realizada en el marco del proyecto DER2017-83436-C2-1-R: "Las Respuestas en un Estado de Derecho a los retos de Seguridad: Fortalecimiento Democrático, Derechos Fundamentales y Deberes de la ciudadanía" (I.P.: Fernández Rodríguez, José Julio), financiado por el Ministerio de Economía, Ciencia y Competitividad del Reino de España.

² Graduado en Derecho por la Universidad Internacional de La Rioja. Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales por la Universidad de Santiago de Compostela

forced labor is vulnerated. It seems evident its increase and the necessity to establish a true effective mechanism of fight against the new forms in which it manifests itself.

Keywords: crime against the humanity, forced labour, human rights, slavery.

1. Introducción

La esclavitud hoy en día no guarda similitud con lo que suponía antaño. Los esclavos ya no reman en galeones ni dedican su vida a levantar una pirámide en Egipto; tampoco son fieles servidores de faraones o señores feudales. Sin embargo, en el siglo XXI los esclavos trabajan hasta el agotamiento, son forzados a tomar en matrimonio a personas que no desean siendo explotados en fin de diversas maneras (laboral o sexual entre otras). Lo que hoy llaman "esclavitud moderna" afecta a 45,8 millones de personas en todo el mundo, datos que arrojan los informes de la fundación *Walk Free*³ y que señalan gravemente a varios países del planeta.

La cuestión de la lucha contra este fenómeno ha ido variando según las diferentes formas de esclavitud que han ido apareciendo. El derecho ha intentado dar respuesta a este hecho acomodándose para acoger las nuevas caras que presenta a través de convenios, declaraciones y principios que recuerdan, ante todo, que se trata de una de las más graves violaciones contra los derechos humanos al quedar herida la dignidad de la persona. La prohibición de la esclavitud y sus diferentes formas se ha erigido en norma consuetudinaria internacional, es norma de *ius cogens* y al respecto autorizada doctrina lo afirma de forma categórica: "la prohibición de la esclavitud y de las prácticas relacionadas con ella forma parte del derecho internacional consuetudinario, y las normas pertinentes tienen el carácter de *ius cogens*" afirma Bassiouni⁴. Redman por su parte apunta que "el derecho a no ser sometido a esclavitud se considera tan fundamental que todas las naciones están legitimadas para denunciar a los Estados infractores ante la Corte de Justicia"⁵. Así mismo, la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, en septiembre de 2001 manifestó en su declaración final: «reconocemos que la esclavitud y la trata de esclavos, especialmente la trata transatlántica de esclavos, constituyen, y siempre deberían haber constituido, un crimen de lesa humanidad»⁶.

Por lo que se refiere en particular a los trabajos forzados, objeto de este estudio parece que el tema deviene complejo en cuanto a su calificación jurídica: si bien es cierto que la esclavitud moderna puede adoptar distintas formas, no podemos dejar de lado el hecho de los intereses económicos de determinadas empresas (y estados) en juego, que ha conducido a que en el seno de Naciones

³ Disponible en: <https://www.walkfreefoundation.org/>.

⁴ BASSIOUNI M. C. «Enslavement as an International Crime», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 23, 1991, pág. 445; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1963*, vol. II, publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: 63.V.2, pág. 232 («a título de ejemplo, algunas de las más evidentes y arraigadas normas de *ius cogens*... comprendían la trata de esclavos»); Comité de Derechos Humanos, Comentario general N° 24, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.5, párr. 8; véase también A. Yasmine Rassam, «Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade Under Customary International Law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, 1999, pág. 303.

⁵ REDMAN R.C., «The League of Nations and the Right to be Free from Enslavement: the First Human Right to be Recognized as Customary International Law», *Chicago-Kent Law Review*, vol. 70, 1994, págs. 759 y 780.

⁶ Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, de septiembre de 2001.

Unidas se trabaje por el compromiso en el respeto, en la lucha decidida y en la sanción a quienes realicen estas prácticas más allá de la guía de conducta que debe regir la actividad económica (*UN Guiding Principles on Business and Human Rights*⁷) a lo que después haremos referencia.

No podemos obviar en este escenario de intereses político-económicos, que, aunque encontremos un encuadre en el Estatuto de Roma no parece real o viable - por falta de voluntad- la posibilidad abierta por el mismo.

Y es que la prohibición de los trabajos forzados se halla en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos como veremos a lo largo de este trabajo pero más allá de la vulneración de las normas contenidas en éstos, se trata de un crimen condenado en los ordenamientos nacionales y que lejos del ámbito doméstico puede encuadrarse en el derecho internacional humanitario y en el crimen de lesa humanidad como demuestra la jurisprudencia que estudiaremos dictada en escenarios concretos de conflictos.

Así, tras una necesaria mirada a la historia y de los cuerpos normativos que tratan la cuestión merced al trabajo de la OIT y cómo no, de las NNUU, trataremos los trabajos forzados y su prohibición, no sólo desde la perspectiva de una violación de un derecho fundamental tal y como se corroborará con las sentencias de tribunales regionales de protección de los DDHH, sino que trataremos su encuadre como crimen internacional. Finalizaremos el mismo con unas reflexiones finales a modo de conclusión.

2. Evolución histórica de la esclavitud

Establecer una visión general de la evolución histórica de la esclavitud resulta complejo ya que la realidad histórica de Roma no es la misma que la de Egipto ni de la europea o la del mundo islámico. Sin embargo, parece claro que uno de los primeros efectos de la expansión de las diferentes civilizaciones fue la deshumanización de sus miembros⁸, fenómeno que no escapa a ninguno de los grandes imperios y culturas de la antigüedad.

En este sentido, debemos tener en cuenta que durante su prolongada existencia, la esclavitud se ha enmarcado en un proceso económico que precisaba de ella. Las primeras citas sobre una estratificación social en la que se incluía a los esclavos se encuentran en escritos sumerios del año 3500 a.C. aproximadamente, extendiéndose su práctica hasta finales del siglo XIX aunque todavía en la actualidad se mantiene en algunos lugares⁹.

Cuando las sociedades comienzan a obtener riquezas y a producir bienes de manera abundante surgen diferencias sociales, que dan lugar a la conveniencia de utilizar personas para los cometidos menos atractivos. Estas sociedades de la opulencia se dieron cuenta de que era más rentable esclavizar a los adversarios capturados que acabar sistemáticamente con su vida, como hasta ese momento hacía. Con el auge de los imperios, la causa principal de esclavitud fue la guerra y sus prisioneros pero no se trató de la única. Las deudas podían llevar a un hombre a perder su libertad a modo de pago o incluso a vender a la esposa o alguno de los hijos para saldarlos o escapar de la ruina económica. También la persona podía ser

⁷ Disponible en:

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

⁸ BERTMAN, S., *Handbook to life in Ancient Mesopotamia*, Nueva York, Facts on File, 2003. MARK, J., "Daily Life in Ancient Mesopotamia", *Ancient History Encyclopedia*. Last modified April 15, 2014.

⁹ BAÑOS, P., "Así se domina el mundo", Editorial Planeta S.A., 1ª edición, 2017, pp. 288.

vendida en castigo por haber cometido un crimen o incluso ser secuestrada para entrar en el mercado de esclavos de otra región.

El esclavo en Mesopotamia era esencialmente una propiedad material. "Si un esclavo es herido o atacado, es su dueño el que debe ser compensado por los daños, y no el propio esclavo" dice el Código de Hammurabi¹⁰. Normalmente eran empleados en las tareas domésticas o de labranza pero muchos de ellos se convertían en asistentes para los sacerdotes de los templos. Según Bertman, en Babilonia, hacia el primer milenio a.C., cada casa privada tendría alrededor de dos o tres esclavos. Muchos maestros instruían a sus esclavos en sus labores que podían abarcar desde la metalurgia al tejido, la joyería o la carpintería; algunos de ellos incluso podían adentrarse en el mundo de los negocios. Un esclavo mesopotámico tenía la oportunidad de ahorrar pequeñas cantidades de dinero, alquilar una propiedad pequeña o, si la situación le era muy favorable, comprar esclavos para sí mismo. Pero en última instancia, un esclavo y todas sus pertenencias eran de su amo y aunque el Código de Hammurabi establece que se podía comprar la libertad, no queda claro si alguno de ellos finalmente lo consiguió.

En Roma se consideraba la esclavitud o servidumbre como una "institución social": entendían ésta como un vínculo de unión entre los esclavos y sus dueños. El propietario esperaba de éste plena sumisión y lealtad, de lo contrario sería duramente castigado y coaccionado a obedecer. La esclavitud fue a lo largo de la historia del Imperio romano un pilar básico en su estructura social y económica, el derecho a esclavizar era una máxima incuestionable¹¹.

Por otra parte, en el antiguo Egipto los esclavos tenían la posibilidad de alcanzar puestos de confianza e incluso la libertad, pero no todos eran los afortunados; no obstante, éstos recibían cada año bienes de primera necesidad (atuendos, comida y cobijo). A diferencia de Roma, en el antiguo Egipto los esclavos eran considerados "personas" por lo que adquirieron ciertos derechos legales (aunque dependían de sus señores para vivir) tenían su estatus legal, lo que les permitía, entre otras cosas, poseer una propiedad, regentar un negocio e incluso intervenir en ciertas prácticas como, por ejemplo, testificar en un tribunal.

Pero, aunque la esclavitud ha existido desde antiguo, sin embargo, el primer instrumento internacional que condenó esta práctica fue la Declaración de 1815 relativa a la abolición universal de la trata de esclavos¹². En este período se inicia un movimiento abolicionista con el fin de eliminar la trata de esclavos en el Atlántico y liberar a los esclavos de las colonias europeas. Un gran entramado normativo, acuerdos multilaterales y bilaterales datan de principios del siglo XIX prohibiendo esas prácticas tanto en tiempo de guerra como de paz. Se estima que entre 1815 y 1957 se aplicaron unos 300 acuerdos internacionales relativos a la abolición de la esclavitud, pero ninguno de ellos fue totalmente efectivo¹³.

Tras la finalización de la primera guerra mundial, bajo la precursora de la Organización de las Naciones Unidas (NNUU), la Sociedad de Naciones, se persiguió

¹⁰ FATAS, G., Código de Hammurabi (Basada en la ed. De Joaquín Sanmartín, Trotta, Barcelona, 1999).

¹¹ BRADLEY, K., "Esclavitud y sociedad en Roma", Ediciones Península S.A., Barcelona, 1ª edición, 1998; BRAV, G., "Historia de la Roma antigua", Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1ª edición, 1998.

¹² Declaración relativa a la abolición universal de la trata de esclavos, 8 de febrero de 1815, *Consolidated Treaty Series*, vol. 63, Nº. 473.

¹³ NNUU. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, "Abolishing Slavery and its Contemporary Forms", Doc. HR/PUB/02/4, New York and Geneva, 2002, Pág. 3.

activamente la abolición de la esclavitud, centrándose en la erradicación de la misma y de prácticas similares¹⁴.

En efecto, antes de la creación de las NNUU, merced a la creación de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en 1919 con el Tratado de Versalles¹⁵ se comenzó una importante labor en orden al reconocimiento de derechos básicos fundamentales del ser humano en el ámbito laboral. La Parte XIII del Tratado bajo el título "Trabajo", en su Sección I, artículo 387, fundaba una organización que comprendía entre otros, una Oficina Internacional de Trabajo¹⁶. Además, el artículo 421 del mismo Tratado en su último párrafo estipulaba el deber de sus miembros de notificar a tal Oficina la implantación de sus normas (Convenios) no sólo en el territorio de las metrópolis sino también en sus colonias o posesiones o cada uno de sus protectorados que no se gobernaban totalmente por sí mismos. Se trata de una época en que numerosos estados aún no habían emergido a la independencia y donde esta práctica se llevaba a cabo de forma "habitual" siendo los nativos los sujetos principalmente afectados.

Así, para el derecho internacional actual, la labor de la OIT se muestra fundamental como apreciaremos en el apartado siguiente relativo a los diferentes cuerpos normativos elaborados para sancionar y erradicar estas prácticas. Así, el Convenio sobre la esclavitud de 1926¹⁷ que fue modificado por el Protocolo de 1953 ya que la Sociedad de Naciones había dejado de existir encomendándose las tareas a las NNUU¹⁸ y por la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 7 de septiembre de 1956 cuyo título ya pone de manifiesto la aparición de "otras formas" de sometimiento.

3. Instrumentos internacionales para la supresión del trabajo forzoso

3.1 Ámbito de la protección de los derechos humanos.

El primer convenio internacional elaborado en el seno de la OIT merced al esfuerzo del Comité de Expertos de 1926, es el que acabamos de mencionar, el Convenio núm. 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio¹⁹ adoptado en la 14ª sesión celebrada en Ginebra el 28 de junio de 1930 y que entró en vigor el 1 de mayo de 1932²⁰. Se trata de un convenio bastante completo que define en el artículo 2 lo que se entiende por trabajo forzado: "la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza

¹⁴ BURTON, M., *The Assembly of the League of Nations*, 1941, Chicago.

¹⁵ Disponible en <https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>.

¹⁶ Vid. artículo 388 del Tratado de Versalles.

¹⁷ NACIONES UNIDAS, *Slavery Convention, signed at Geneva on 25 September 1926 and amended by the Protocol opened for signature or acceptance at the Headquarters of the United Nations, New York, on 7 December 1953*, Treaty Series, vol. 212, Nº 2861.

¹⁸ NACIONES UNIDAS. Protocol (with annex) amending the Slavery Convention signed at Geneva on 25 September 1926. Done at the Headquarters of the United Nations, New York, on 7 December 1953. Treaty Series, vol. 182, Nº 2422.

¹⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C029 - Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio. Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029.

²⁰ Respecto a su estatus actual, se trata de un "Instrumento actualizado (Convenios Fundamentales)". El Convenio puede ser denunciado desde el 1 de mayo de 2022 al 1 de mayo de 2023.

de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”²¹.

En esta definición se contienen los tres elementos básicos que señala la OIT: la actividad, la amenaza de una pena sobre la persona obligada a trabajar, el no consentimiento, y la involuntariedad unida al conocimiento que tiene el “empleador” de las condiciones a la que aquella está sometida.

“Por ejemplo, de cuando un empleador o un reclutador hacen falsas promesas con el fin de inducir a un trabajador a aceptar un empleo que de otro modo no habría aceptado” puntualiza la Organización²² para la cual la definición del trabajo forzoso abarca:

“las prácticas tradicionales del trabajo forzoso, por ejemplo, las secuelas de la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud y las diversas formas de servidumbre por deudas, así como las nuevas formas de trabajo forzoso que han hecho su aparición en décadas recientes, tales como la trata de personas”²³ también llamadas esclavitud moderna para echar luz sobre condiciones de vida y trabajo que son contrarias a la dignidad humana”.

Una cuestión importante puesta de relieve también por la OIT y que nos ayuda a cercar la definición de trabajo forzado es que, no todas las situaciones en que la persona puede estar prestando ese servicio o trabajo por debajo de la normativa entran en aquel concepto. Por ello, se ha de recurrir a las circunstancias externas, a la atmósfera en que aquel se desenvuelve y a la posibilidad o imposibilidad de la persona de escapar a lo que atenta contra su dignidad. A tal efecto se señalan la “limitación de la libertad de movimiento de los trabajadores, la retención de los salarios o de los documentos de identidad, la violencia física o sexual, las amenazas e intimidaciones, o deudas fraudulentas de las cuales los trabajadores no pueden escapar”²⁴.

El Convenio prevé sanciones penales a imponer por las autoridades del territorio parte en el artículo 25. Tan sólo y por un periodo transitorio de cinco años y a realizar por varones de entre 18 y 45 años durante un máximo de dos meses al año, estipuló la posibilidad de trabajos forzados de utilidad pública tasados, como el exigido por ley sobre el servicio militar obligatorio u otro que formara parte de las “obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país”, casos de fuerza mayor o “pequeños trabajos comunales” también bajo la condición o derecho de pronunciamiento sobre esa necesidad por parte de sus miembros o representantes. La responsabilidad de su observancia que recayó sobre las autoridades metropolitanas o del territorio no podían imponer el trabajo forzado señalado en beneficio de intereses particulares de compañías, lo que sin duda representa un intento de evitar los abusos de las grandes compañías instaladas en las colonias para explotar los recursos naturales. Por último, destacan las disposiciones relativas al descanso diario (“las horas normales de trabajo de toda persona sujeta al trabajo forzoso u obligatorio deberán ser las mismas que las que prevalezcan en el trabajo libre”) siendo de remuneración extra las que sobrepasaran, un salario de acuerdo a la media de la región donde realizaran estas labores. Por último, resalta

²¹ Nótese que tan sólo cuatro años antes se había aprobado el Convenio sobre la esclavitud antes mencionado de 1926.

²² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Qué es el trabajo forzoso, las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos*. <https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/definition/lang-es/index.htm>.

²³ OIT, Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2012, CIT.101/III/1B, párrafo 272.

²⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Qué es el trabajo forzoso, las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos*. <https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/definition/lang-es/index.htm>.

el establecimiento de un día de descanso a la semana “debiendo coincidir” con el día consagrado.

Entre la vigencia del texto de 1930 y el Protocolo de 2014, se aprobó en la 40ª Sesión de la *International Labour Commission* (entre otras razones por la señalada necesidad de acomodación de los textos nacidos bajo la Sociedad de Naciones a las NNUU) el Convenio núm. 105 de 1957, relativo a la Abolición de los Trabajos Forzados que entró en vigor el 17 de junio de 1959²⁵. Este texto se aprueba poco después de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956, que prevé la completa abolición de la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba. Una vez más queda puesto de manifiesto la estrecha relación entre esclavitud y trabajo forzado de un momento histórico en el que el originario de las tierras era el servidor de la colonia. Además tenía en cuenta otra convención (de 1949) sobre protección del salario y lo que es más reseñable la mención en su preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948²⁶.

La DUDH, a pesar de haber nacido con carácter de *soft law*, ha devenido sin duda un instrumento internacional de referencia para el resto de textos de protección de los derechos de la persona y goza de un carácter vinculante indudable -política y moralmente- base además de los dos Pactos de 1966 que sí nacen bajo la forma de convenio: nos referimos al Pacto de los Derechos Civiles y Políticos -al que luego haremos referencia- y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos fruto de la labor de la ONU²⁷. Las constituciones de los estados invocan la misma como referente (*ad ex* el apartado 2 del artículo 10 de la Constitución Española (CE) de 1978) al igual que los textos regionales de protección de los derechos humanos como el Considerando primero del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) del Consejo de Europa²⁸, el Considerando primero -párrafo cuarto- de la Convención Americana sobre derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 o el párrafo cuarto de la Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos, etc.). La DUDH proclama expresamente en su artículo 4 que “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”. No menciona expresamente los trabajos forzados.

El Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos sin embargo, contiene una referencia explícita en el artículo 8, 3 a) al tipo de labor a que nos venimos refiriendo: “Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio” sin embargo continúa en la letra siguiente complementando el anterior en el sentido de que “no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente” y al igual que hicieran las convenciones antes mencionadas excluye de la consideración de forzosos prácticamente el mismo elenco de la Convención de 1926²⁹.

²⁵ Su estatus es de Instrumento actualizado (Convenio Fundamental) que puede ser denunciado desde el 17 de enero de 2019 al 19 de enero de 2020.

²⁶ NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 217 A (III), París, 10 de diciembre de 1948. Disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III)).

²⁷ Adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

²⁸ Sobre la interpretación del artículo 4 coincidente con el de la CEDH, vid: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_ENG.pdf.

²⁹ “i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad

La cuestión del trabajo a que son sometidos los niños, su utilización como sujeto, objeto y escudo no sólo en el marco de los conflictos armados sino en épocas de paz, ha suscitado la preocupación de la comunidad internacional, aunque existe una importante disparidad de criterios referida a ciertos estados que invocan una suerte de "necesidad de mano de obra" ante las condiciones económicas en las que viven las familias. La Convención sobre los Derechos del Niño ("todo ser humano menor de dieciocho años") fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. El artículo 32 en particular se refiere al derecho a "estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social". El párrafo segundo del mismo precepto deja en manos de los estados parte la adopción de las medidas necesarias para su observancia y en particular: la fijación de una edad mínima para trabajar, horarios y condiciones laborales, así como las sanciones a imponer en caso de incumplimiento. Este artículo se ve reforzado por la disposición 36 que se refiere a "demás formas de explotación" que vayan en su perjuicio.

Con fecha 11 de junio de 2014 se adoptó en Ginebra, en la 103ª sesión de la *International Labor Conference* el protocolo que actualiza el Convenio 29 de la OIT³⁰ que entró en vigor el 9 de noviembre de 2016. Ya en el preámbulo del mismo se hace referencia a lo que apuntamos al principio de este trabajo respecto a la evolución de las formas (y contexto) de las formas de trabajo forzoso u obligatorio, insertando como hace la Convención sobre los Derechos del Niño, la explotación sexual. Además, respecto del contexto en que se puede producir hoy en día la explotación laboral, se refiere a ciertos sectores de la economía privada y a la situación de los migrantes. Según datos de la OIT "24,9 millones de personas atrapadas en el trabajo forzoso, 16 millones son explotadas en el sector privado, por ejemplo, en el trabajo doméstico, la industria de la construcción o la agricultura y 4 millones de personas se encuentran en situación de trabajo forzoso impuesto por el Estado. Afecta en forma desproporcionada a las mujeres y niñas, que representan el 99 por ciento de las víctimas en la industria sexual comercial y el 58 por ciento en otros sectores"³¹. El Convenio ha recibido por el momento tan solo 26 ratificaciones y por lo que respecta a nuestro país, entró en vigor el 20 de septiembre de 2017.

No se agotan en los mencionados, los instrumentos normativos relacionados con la cuestión que tratamos³² ya que también junto a los anteriores y dada la evolución comentada respecto a las formas de esclavitud debemos mencionar el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente

condicional; ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia. iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales".

³⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. P029 - *Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention, 1930 (Entry into force: 09 Nov 2016)*. Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:3174672,es

³¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Trabajo forzoso, formas modernas de esclavitud y trata de seres humanos*. <https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/lang-es/index.htm>.

³² También cobra también especial importancia la [Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento](#) de 1988 y los [informes respecto de su cumplimiento y del de los demás convenios mencionados](#). Disponible en <http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/107/all-reports-and-documents/lang-es/index.htm>.

mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional³³ "la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, para someterlos a trabajos forzados y a la explotación, incluida la explotación sexual, es una de las violaciones más atroces de los derechos humanos a que hacen frente las Naciones Unidas en la actualidad. "Se trata de un fenómeno muy difundido que se agrava cada vez más", escribe Kofi Anan³⁴.

3.2. Breve referencia a la labor de NNUU en cuanto a las empresas y los derechos humanos

Según un estudio realizado por la OIT³⁵, del número estimado de personas sometidas a trabajos forzados (24.9 millones), 16 millones lo están siendo en el sector de la economía privada, lo que ocurre principalmente en el ámbito de los trabajos domésticos, construcción, manufactura y trabajos en el campo. La servidumbre por deudas conlleva a otras atrocidades como la esclavitud sexual. Existen, numerosos estudios en la misma línea que ponen de manifiesto la indebida conducta de compañías transnacionales que están contribuyendo a que el fenómeno persista y que han venido reclamando una norma internacional que -en forma de convenio- acabe con la conducta de sociedades transnacionales al comprobar que las legislaciones domésticas devienen ineficaces para "controlar" las actividades realizadas a través de subsidiarias, filiales, etc³⁶. Una decidida apuesta de los estados por estas, como ocurre en los casos a los que luego se hará referencia ponen de manifiesto que la gravedad de la vulneración de la dignidad de la persona resultado de los trabajos forzados es posible.

A fin de tratar no sólo la actuación de los estados sino la de los agentes económicos que operan en cualquier parte merced a la facilidad de establecerse hoy en día en muchos países de la comunidad internacional, las NNUU comenzaron una importante labor a fin de promover y proteger los DDHH y tras no pocas dificultades la Asamblea General aprobó en marzo de 2011 el documento del Consejo de Derechos Humanos cuyo anexo contiene los "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos³⁷". Aunque el documento puede ser objeto de críticas por la timidez con que establece tales principios, debe alabarse al menos la existencia del mismo que hace referencia a las obligaciones de los estados y de las empresas con el reconocimiento de que existan "recursos adecuados y efectivos" en caso de incumplimiento".

³³ NACIONES UNIDAS. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Disponible en <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCbook-s.pdf>.

³⁴ NACIONES UNIDAS. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el delito, Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos. Nueva York, 2004, Prefacio, pág. IV.

³⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Global estimates of modern slavery: Forced labour and forced marriage* International Labour Office (ILO), Geneva, 2017. Pág. 10.

³⁶ CETIM, *Stop transnational corporations' (TNCs) impunity*. Disponible en <https://www.cetim.ch/stop-impunity-of-tncs/>.

³⁷ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Doc. A/HRC/17/31, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. John Ruggie, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*.

Pero señala el Informe explicativo³⁸ que no se trata de establecer “nuevas obligaciones de derecho internacional” siendo pues pautas, conductas que deben seguir, una suerte de código moral. El carácter de *soft law* es manifiesto. No responsabiliza -ni mediante declaración- al estado por las acciones de sus agentes privados. El Comentario al Principio Fundacional A dentro del bloque I (el deber del estado de proteger los derechos humanos) así lo establece, aunque después señale que si bien no lo son en sí (responsables) “pueden estar incumpliendo sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando se les pueda atribuir esas violaciones” o por omisión no hagan nada al respecto.

Ciertamente no hay norma que exija que el estado regule la actividad extraterritorial de las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción, aunque tampoco lo prohíba. De ahí que cada estado pueda seguir una diferente conducta respecto de la actividad que realicen las mismas como el Informe señala³⁹. Pero cuando hablamos de trabajos forzados, entendemos (los Principios no mencionan los mismos explícitamente) que no puede obviarse la obligación y la responsabilidad que tiene la persona que, a sabiendas de lo que ocurre lo permite, o el estado en caso de que la empresa tenga carácter estatal. El principio que establece la debida comunicación que deben realizar las empresas en cuanto a la repercusión de las actividades realizadas tampoco es concretada en cuanto a la forma por lo que pierde mucho de la fuerza que pudo haber tenido en aras el conocimiento real de lo que acontezca.

Y, en fin, el ansiado tratado o convenio, por ahora Proyecto cuyo borrador se hizo público el pasado mes de julio *Legally binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises*⁴⁰ sería la carta de derechos fundamentales para las empresas que operan fuera del territorio en que se crean, a fin de que no cometan los abusos que se cuidan de no realizar en aquél. Otra cuestión será la ratificación por parte de algunas potencias. Se trata aún de un borrador, no exento ya de críticas antes de ver la luz definitiva y que no será de fácil aprobación ante la postura de grandes potencias económicas⁴¹.

3.3. Los trabajos forzados en las Cartas regionales de Protección de los Derechos Humanos y su jurisprudencia

En este apartado pasamos a exponer la inserción de la prohibición de los trabajos forzados en las diferentes Cartas regionales de protección de los DDHH, resaltando aquella jurisprudencia que se muestra más relevante.

³⁸ NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. HR/PUB/11/04, 2011 Naciones Unidas. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

³⁹ *Vid.*, pág. 5.

⁴⁰ NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. *Legally binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises*. Zero Draft 16.7.2018. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>.

⁴¹ Véase en este sentido, la crítica respecto a la postura de la Unión Europea: CAMIN, E. “La Unión Europea sabotea el tratado sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos” en <https://www.aporrea.org/internacionales/a266626.html>. Por su interés, la pregunta al Parlamento Europeo en julio de 2018: “¿Cuáles son las principales razones que han impedido hasta ahora a la Unión y a sus Estados miembros participar activamente en el proceso?”. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+OQ+O-2018-000078+0+DOC+XML+V0//ES>.

3.3.1. Europa

El Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴² dedica el mismo artículo 4 para prohibir la esclavitud y el trabajo forzado, no definiendo ninguna de las dos categorías jurídicas pero exceptuando de la segunda: a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional; b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio; c) todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Así como la esclavitud no puede exceptuarse en ningún caso, la situación de lo que pueda considerarse "trabajos forzados" encuentra supuestos que quedan fuera de la violación del derecho de la persona. Un análisis de la jurisprudencia interpretadora de este precepto se muestra más que necesaria.

Tanto la Comisión como el TEDH han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance del artículo 4 en labores llevadas a cabo en el ámbito de la medicina y relacionados (dentistas, abogacía, brigada de bomberos⁴³, trabajos en prisión⁴⁴ o los más recientes, que guardan estrecha relación con la trata de personas con fines de explotación sexual o de trabajos no deseados respecto de individuos que han decidido abandonar su país de origen).

En el asunto *I v. Noruega*⁴⁵ se analizó el servicio público obligatorio para los dentistas. La Comisión ya puso de manifiesto que:

"the expression "forced or compulsory labour" is not defined in the Convention and no authoritative description of what it comprises is to be found elsewhere; the concept of compulsory or forced labour cannot be understood solely in terms of the literal meaning of the words, and has in fact come to be regarded, in international law and practice as evidenced in part by the provisions and application of ILO Conventions and Resolutions on Forced Labour, as having certain elements, and that it is reasonable, in the interpretation of Article 4, paragraph (2) (Art. 4-2), of the Convention, to have due regard to those elements; these elements of forced or compulsory labour are first, that the work or service is performed by the worker against his will and, secondly, that the requirement that the work or service be performed is unjust or oppressive or the work or service itself involves avoidable hardship⁴⁶".

⁴² CONSEJO DE EUROPA. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de diciembre de 1950. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

⁴³ Así, el asunto *Schmidt v. Germany*, 18 de julio de 1994, 291-B ECHR (Ser. A).

⁴⁴ Como el asunto *Van Droogenbroeck v. Belgium* en el que se plantea la contravención del artículo 4 respecto a trabajos realizados estando en prisión: App No 7906/77 (Application No) A/50 (Official Citation).

⁴⁵ ECHR. ECLI:CE:ECHR:1963:1217DEC000146862, Asunto 1468/62, *I v. Norway* decisión de fecha 17 de diciembre de 1963. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-115963>.

⁴⁶ *Vid. I v. Norway*, p. 18. "La expresión" trabajo forzado u obligatorio "no está definida en la Convención y no puede hallarse una descripción autorizada de lo que ésta comprende en otro; el concepto de trabajo forzoso o forzado no puede entenderse únicamente en base al significado literal de las palabras, y de hecho se considera, como demuestra el derecho y la práctica internacional, en parte por las disposiciones y la aplicación de los Convenios y Resoluciones de la OIT sobre El trabajo forzoso, que tiene ciertos elementos, y que es razonable, en la interpretación del Artículo 4, párrafo (2) (Art. 4-2), de la Convención, tenerlos en cuenta; estos elementos del trabajo forzado u obligatorio son primero, que el

Relacionada con la involuntariedad, pero conectada con las obligaciones civiles (excepciones), en el asunto *W, X y Z contra el Reino Unido*, decisión de 19 de julio de 1968, Estrasburgo trató el consentimiento prestado previamente por los padres y los afectados⁴⁷ declarando el caso inadmisibile.

En el asunto *Gussenbauer contra Austria*⁴⁸, ya la Comisión tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión del «trabajo forzado u obligatorio» en una demanda relativa a la queja de un abogado sobre la obligación de representar a los acusados y en esta misma actividad de la abogacía hallamos uno de los asuntos más citados, el *Van der Mussele v Belgica*^{49y50}, en el que el TEDH dice que "el artículo 4 no define lo que signifique trabajo forzado o involuntario ni puede encontrarse guía en los documentos del Consejo de Europa relativos a los trabajos preparatorios de la Convención Europea como han puesto de manifiesto la Comisión y el Gobierno, es evidente que los autores de la Convención Europea - siguiendo el ejemplo de los autores del proyecto del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos- se basaron en gran parte en el anterior tratado de la Organización Internacional del Trabajo número 29 sobre el Trabajo forzado u obligatorio⁵¹".

Invoca la sentencia *I v. Norway* en el párrafo 37 para poner de manifiesto los tres elementos a tener en cuenta, de los que estima que la demandante "no ignoraba la existencia de obligaciones en el ejercicio de su profesión, como eran precisamente la de la defensa gratuita. Así, el consentimiento previo; además no se trataba de un trabajo indigno o vejatorio y añade que respecto al beneficio de justicia gratuita a desempeñar por los abogados se funda, pues, en la idea de solidaridad social. Por esta misma razón la obligación de asistencia puede encuadrarse en el marco de las obligaciones ordinarias, a las que también se refiere el Convenio en su artículo 4, párrafo 3. ° d)".

Tanto en la sentencia que acabamos de exponer como en la *Siliadin contra Francia*⁵², el TEDH remarca en los párrafos 115 a 117 la toma en consideración de los Convenios de la OIT, en especial el de 1930 para interpretar el artículo 4, evocando entonces la sentencia *Van der Mussele*. Considera que la expresión

trabajo o servicio es realizado por el trabajador en contra de su voluntad y, segundo, el requisito de que el trabajo o servicio realizado es injusto u opresivo, o que el trabajo o servicio en sí implica sufrimiento inevitable ". Traducción propia.

⁴⁷ ECHR. *W., X., Y. and Z. v. The United Kingdom*, Applications 3435 a 3438/67. Decisión de 19 de julio de 1968. ECLI:CE:ECHR:1968:0719DEC000343567. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-3053>.

⁴⁸ ECHR. *Gussenbauer v. Austria*, Applications 4897 y 5219/71, Decisión de fecha Decisión de 14 de julio de 1972. ECLI:CE:ECHR:1972:0714DEC000489771. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-80010>. Rec. 42, pp. 41 y 94.

⁴⁹ 1º. Que la ejecución del trabajo ha de realizarse contra su voluntad; 2º. Que el trabajo o servicio haya sido una imposición injusta u opresiva; 3º. Que el trabajo o servicio sea, considerado en sí mismo, inhumano o degradante para el individuo.

⁵⁰ ECHR. *Van der Mussele v Belgium*. Asunto núm. [8919/80](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57591) sentencia de 23 de noviembre de 1983. ECLI:CE:ECHR:1983:1123JUD000891980. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57591>.

⁵¹ Literalmente dice: "does not define what is meant by "forced or compulsory labour" and no guidance on this point is to be found in the various Council of Europe documents relating to the preparatory work of the European Convention As the Commission and the Government pointed out, it is evident that the authors of the European Convention - following the example of the authors of Article 8 of the draft International Covenant on Civil and Political Rights - based themselves, to a large extent, on an earlier treaty of the International Labour Organisation, namely Convention No. 29 concerning Forced or Compulsory Labour", pág. 12.

⁵² ECHR. ECLI:CE:ECHR:2005:0726JUD007331601. *Siliadin v. France*, Application [73316/01](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69891). Decisión de 26 de julio de 2005 (26 de octubre de 2005, final). Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69891>.

trabajo forzado u obligatorio designa todo trabajo exigido bajo amenaza de cualquier pena y para el que no ha habido un ofrecimiento voluntario, de pleno grado. El trabajo "forzado u obligatorio" implica restricción, física o moral... bajo la amenaza de cualquier sanción", es contraria a la voluntad de la persona interesada como ya expresara en la citada sentencia *Van der Mussele*.

En el asunto *Rantsev contra Chipre y Rusia*⁵³, el TEDH invoca la sentencia *Van Droogenbroeck contra Bélgica*⁵⁴, y el "Informe de la Comisión de 9 de julio de 1980, apartados 78-80, Serie B núm.44"⁵⁵ para reiterar que la servidumbre entraña denegación de la libertad" y "una obligación, bajo coerción, de proporcionar los servicios de uno mismo, y está vinculado al concepto de "esclavitud" (véase *Seguin contra Francia* (dec.), núm.42400/98, 7 de marzo de 2000; y *Siliadin*, ap. 124)". Así, el elemento coerción física o mental, así como cierta anulación de la voluntad de la persona (*Van der Mussele contra Bélgica*, 23 de noviembre de 1983, ap. 34, Serie A núm.70; *Siliadin*, ap. 117) son precisos para que la vulneración se produzca". Pero lo que resaltaríamos de esta sentencia es (1) la afirmación realizada por el TEDH de que "la trata de seres humanos es un fenómeno global que se ha incrementado significativamente en los últimos años...que en Europa su crecimiento se ha visto facilitado en parte por el colapso del antiguo bloque comunista. La conclusión del Protocolo de Palermo en 2000 y el Convenio de 2005 demuestran el creciente reconocimiento que a nivel internacional tiene la existencia de la trata de personas y la necesidad de medidas para combatirlo"⁵⁶ y (2) que el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, concluyó que el tradicional concepto de "esclavitud" ha evolucionado hasta abarcar diversas formas contemporáneas de esclavitud, basadas en el ejercicio de uno o de alguna de las potestades vinculadas al derecho de propiedad, trata a los seres humanos como mercancía que puede ser comprada, vendida y sometida a trabajo forzado, con frecuencia a cambio de una remuneración minúscula o inexistente, habitualmente en la industria del sexo pero también en otras⁵⁷. Insiste en las obligaciones que tienen los estados de asegurar adoptando un marco apropiado que evite esas situaciones, de investigar con urgencia los hechos de que tengan conocimiento, obligación "obligación no de resultados, sino de medios"⁵⁸.

Trayendo ya a colación las últimas sentencias del TEDH comprobamos como se refieren a esas nuevas formas relacionadas con el tráfico de personas: así, la *S.M. contra Croatia*,⁵⁹ o la inmediatamente anterior sobre migrantes trabajadores ilegales en Grecia procedentes de Bangladesh. Comprobamos cómo el TEDH reafirma los dictum *Rantsev*, *Van der Mussele* o *Siliadin*.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶⁰ también inserta la prohibición de la esclavitud junto al trabajo forzado y la trata de seres humanos en el artículo 5 pero debido a la necesidad de complementar el importante trabajo realizado por la ONU y avanzar hacia la cooperación internacional en la materia de

⁵³ ECHR. ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504. *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application 25965/04. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96549>.

⁵⁴ ECHR. ECLI:CE:ECHR:1982:0624JUD000790677. *Van Droogenbroeck v. Belgium*. Application 7906/77. Decisión de 24 de junio de 1982. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57471>.

⁵⁵ Cfr. para 276.

⁵⁶ Cfr. para. 278.

⁵⁷ Cfr. para. 281.

⁵⁸ Cfr. para. 288.

⁵⁹ ECHR, ECLI:CE:ECHR:2018:0719JUD006056114. *S.M. v. Croatia*. Application núm. 60561/14). Decisión de 19 de julio de 2018. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184665>.

⁶⁰ Publicado en DOUE C núm. 303 de 14 de diciembre de 2007. En vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

trata de personas, se adoptó la Decisión marco del Consejo de Europa de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, estableciendo las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual, la responsabilidad de las personas jurídicas y sus sanciones, así como la competencia y enjuiciamiento, abordando también la protección y asistencia a las víctimas.

En este sentido, cada Estado miembro debe adaptar las medidas necesarias que garanticen la punibilidad de los actos⁶¹ que se lleven a cabo con el fin de explotar el trabajo o los servicios de una persona, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras de formas de explotación sexual, incluida la pornografía. Así mismo, garantizarán la punibilidad de estas infracciones con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, que puedan ser causa de extradición, y con penas máximas privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando se cometan poniendo en peligro la vida de la víctima o que ésta sea especialmente vulnerable, se cometan mediante violencia grave o dentro de una organización delictiva.

En fin, en cuanto a la protección y asistencia a las víctimas, el art. 7 de esta Decisión establece que "los Estados miembros dispondrán que las investigaciones o el enjuiciamiento por las infracciones no estén supeditados a la denuncia o acusación formuladas por la persona que sea objeto de tales infracciones".

3.3.2. El Pacto de San José

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969⁶² igualmente contiene en el artículo 6, la prohibición de esclavitud y servidumbre, si bien no en el título del precepto, aunque el párrafo segundo del mismo claramente incluye la misma y sus excepciones en el párrafo tercero: "a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios de realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto del artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁶³

⁶¹ Actos tales como la captación, transporte, traslado, acogida, recepción de personas recurriendo a la coacción, la fuerza, la amenaza, rapto, o exista abuso de autoridad, situación de vulnerabilidad, o bien se concedan o reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra.

⁶² ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos Suscrita En La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32) San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Texto disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

⁶³ Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre.

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial

Acudiendo a la jurisprudencia más reciente⁶⁴, en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, sentencia de 20 de octubre de 2016⁶⁵, en el que en realidad se examina el apartado 1 del art. 6, de una forma un tanto rotunda, la Corte afirma que "El derecho a no ser sometido a esclavitud, a servidumbre, trabajo forzoso o trata de esclavos y mujeres tiene un carácter esencial en la Convención Americana. De conformidad con el artículo 27.2 del referido tratado, forma parte del núcleo inderogable de derechos, pues no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas⁶⁶", afirmando el carácter de delito de lesa humanidad de la esclavitud proclamado por el estatuto de Londres o el de Tokio⁶⁷, del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), Ruanda, Sierra Leona⁶⁸ del Estatuto de Roma y del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el de crímenes de lesa humanidad. Hace un exhaustivo análisis de la jurisprudencia que soporta tal afirmación invocando las sentencias ya arriba mencionadas, *Kunarac*⁶⁹ y *Krnjelac*⁷⁰ del TPIY, los *Casos Sesay, Kallon and Gbao*⁷¹ y *Brima, Kamara, Kanu*, de 2007 del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL). Además, y respecto a este último, el asunto *Charles Taylor* en el que el Tribunal "también consideró el trabajo forzoso como una forma de esclavitud. Al respecto, afirmó que "para considerar el trabajo forzoso como esclavitud, lo relevante es considerar si 'las personas en cuestión no tenían opción sobre donde trabajarían', lo que es una determinación factual" objetiva, y no basada en la perspectiva subjetiva de las víctimas⁷²". Respecto del TEDH menciona el asunto *Siliadin* en el párrafo 263 y en fin también los de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (caso *Duch*⁷³) y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (caso *Malawi African Association y otros Vs. Mauritania*⁷⁴) en el que se consideró "violado el artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁷⁵, en razón de la falta de actuación del Estado para impedir prácticas análogas a la esclavitud en su territorio⁷⁶".

Interesa la sentencia indicada por cuanto que dedica especial atención al "trabajo forzoso u obligatorio⁷⁷" para lo que trae el *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia* en la que basándose en el Convenio 29 OIT recuerda los elementos

competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;

c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y

d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

⁶⁴ En efecto, ejemplos no faltan. Valgan, por todos: [Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.](#) [Corte IDH. Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249.](#) [Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.](#)

⁶⁵ Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf.

⁶⁶ Cfr. para 243.

⁶⁷ Cfr. para 254.

⁶⁸ Cfr. para 256.

⁶⁹ Cfr. para 259.

⁷⁰ Cfr. para 260.

⁷¹ TESL, Caso Fiscal Vs. Brima, Kamara y Kanu, No. TESS-04-16-T-628, Cámara de 1ª Instancia. Sentencia de 20 de junio de 2007.

⁷² Cfr. para 261.

⁷³ Cfr. para 265.

⁷⁴ Cfr. 266.

⁷⁵ Cfr. para 400.

⁷⁶ Cfr. para 266.

⁷⁷ Cfr. para 291 a 293.

del concepto de trabajo forzado u obligatorio: el trabajo o el servicio se exige “bajo amenaza de una pena”, y que estos se llevan a cabo de forma involuntaria. En el párrafo 293 nos aclara que “Respecto a la “amenaza de una pena”, puede consistir, entre otros, en la presencia real y actual de una intimidación, que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales las más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares⁷⁸. Y en lo que atañe a la “falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio”, esta consiste en la ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso. Esta puede darse por distintas causas, tales como la privación ilegal de libertad, el engaño o la coacción psicológica”.

3.3.3. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Por último la Carta Africana sobre los derechos Humanos y de los Pueblos de 27 de julio de 1981, el artículo 5 dispone: “Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos”. El trabajo forzado se entiende como una forma de explotación, aunque no se mencione expresamente el trabajo forzado.

África ha sido y es escenario en el que podemos hallar importantes ejemplos de estas deleznable prácticas llevadas a cabo por grandes empresas foráneas. No encontramos en la Corte sentencia alguna que condene a un estado por prácticas laborales forzadas salvo a pequeña escala. Si en el fenómeno de la esclavitud África es referencia inevitable, por más que se haya procedido a la abolición de la esclavitud en todas sus formas, nos hallamos con que la práctica nos demuestra que es igualmente referencia obligada en este tema que nos ocupa de los trabajos forzados, como escenario donde grandes corporaciones (signatarias de los instrumentos de la OIT y de los de protección de derechos humanos mencionados antes) están en el objeto de mira como consecuencia del trato inhumano y degradante que supone tratar a niños como trabajadores en las condiciones que la jurisprudencia nos muestra.

Así, en marzo de 2017 en sede judicial norteamericana en el estado de California ante el *US District* se había planteado el uso de niños trabajadores en Costa de Marfil en un asunto presentado contra la multinacional suiza Nestlé que se desestimó por entender el juzgador (a la sazón el juez Wilson) la falta de competencia para entrar a conocer el fondo del asunto. Las prácticas han sido llevadas a cabo durante décadas por grandes compañías y han tenido como principales objetos, niños y mujeres. En 2013 en anterior demanda *Doe v Nestle USA Inc*⁷⁹, se dice literalmente “The use of child slave labor in the Ivory Coast is a humanitarian tragedy⁸⁰”. Este asunto referencia otros como *Kiobel II*⁸¹ pero realmente tratan de la aplicación extraterritorial de ATS (*Alien Tort Claims Act*, una norma interna de los Estados Unidos). Mientras se debaten en la aplicación extraterritorial de normas, el hecho que se sigue produciendo, el resultado, es la explotación laboral de niños.

⁷⁸ Cfr. 442.

⁷⁹ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. D.C. No. 2:05-CV-05133SVW-JTL. Disponible en <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2014/09/04/10-56739.pdf>.

⁸⁰ Vid. pág. 7.

⁸¹ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/10-1491/case.pdf>.

Podemos leer frases tan claras como "the prohibition against slavery was universal and could be asserted against the corporate defendants in this case"⁸². Asuntos contra las grandes empresas que actúan en contra del derecho internacional en este continente africano o fuera de él (ad ex el caso *Sarei et al v Rio Tinto*⁸³ (ya sea en primera instancia como en apelación⁸⁴) no faltan. De ahí que se tome gran importancia el texto al que nos hemos referido y que recordaremos al final referido a la conducta de las empresas.

Igualmente referido a África, pero afortunadamente de una forma un tanto más esperanzadora, la Corte Suprema de British Columbia en Canadá, admitió la demanda presentada por tres eritreos que trabajaban para una compañía canadiense, *Nevsun Resources*⁸⁵ basada en Vancouver por entender que estaban siendo sometidos a trabajos forzados. No faltaron los argumentos en favor de la compañía, no respecto al cumplimiento de sus obligaciones bajo el derecho internacional de los derechos humanos, sino de la incompetencia de los tribunales canadienses en favor de los de Eritrea, si bien y basados realmente en la desconfianza hacia la resolución de esta cuestión en el país africano, la demanda siguió adelante. La compañía es acusada de complicidad en cuanto a sometimiento de trabajo forzoso, crímenes de lesa humanidad y otros abusos contra los derechos humanos en la mina *Bisha*⁸⁶.

3.4 Los trabajos forzados en el Derecho Penal Internacional

Si la esclavitud es un crimen contra la humanidad, su prohibición costumbre internacional y norma de *ius cogens*, los trabajos forzados en tanto conllevan situaciones similares a aquella puede ser calificada igualmente de delito de lesa humanidad. Si aquél ha sido además expresamente así calificado, los más importantes textos que lo prohíben, sancionan y lo consideran (como no podía ser de otra forma) una de las más graves violaciones a la dignidad de la persona, los trabajos forzados cabrían *a priori* también dentro de este delito internacional lo que se debe a la similitud que éstos guardan en cuanto a las consecuencias que de ambos derivan para el hombre. Sin embargo, no deben confundirse pues los trabajos forzados pueden revestir diferentes formas que hacen compleja su calificación y habrá que examinar caso por caso a efectos de encuadrar adecuadamente su calificación.

Entendemos por Derecho Penal Internacional aquel conjunto de normas que prohíben los considerados crímenes más graves (crímenes de guerra, lesa humanidad, genocidio y agresión) regulando el procedimiento a fin de que no queden castigados, aplicándose además a la persona individualmente considerada, actuando normalmente en grupo.

Realmente se consolida como rama del derecho internacional con los Principios de Nuremberg⁸⁷ que vienen a recoger los dictados de los tribunales para

⁸² Vid. pág. 2.

⁸³ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Sarei et al v Rio Tinto, PLC; Rio Tinto Limited.* D.C. Nº CV-00-11695-MMM. Disponible en http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/US/Rio_Tinto_Appeal_Overturning_Dismissal_08-08-2006.pdf.

⁸⁴ D.C. No 2:00-cv-11695- MMM-MAN. Disponible en <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2011/10/25/02-56256.pdf>.

⁸⁵ Véase la web de la empresa en <https://www.nevsun.com/corporate/about/>.

⁸⁶ Vid.: <https://www.cci.ca/news/forced-labour-lawsuit-vancouver-mining-company-can-proceed/>.

⁸⁷ Una breve reseña sobre la formulación de estos Principios, puede encontrarse en: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_s.pdf. Véase, además, CASESE, A.

juzgar los crímenes cometidos bajo la Alemania nazi. La doctrina de Nuremberg condujo a que la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) dictara la resolución 177 (II) "Formulación de los principios reconocidos por el Estatuto de Nuremberg y en la sentencia del Tribunal" en la que se decide confiar la formulación de los principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto del tribunal de Nuremberg y su jurisprudencia a la Comisión de Derechos Internacional (CDI) así como preparar un proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, indicando claramente el lugar que conviene acordar a los principios mencionados". La Asamblea General aprobó por 42 votos contra ninguno y 6 abstenciones la resolución 488 (V) con fecha 12 de diciembre de 1950.

A pesar de lo que pudo haber supuesto para la prevención de la comisión de crímenes posteriores, la comunidad internacional vivió un periodo de impunidad desde Nuremberg y Tokio, que dejó sin castigo crímenes cometidos por líderes políticos hasta que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas creó los tribunales penales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia⁸⁸ y Ruanda⁸⁹. Con ello, se hacía patente también la necesidad de crear un tribunal permanente que juzgara los *core crimes*, antes mencionados: los crímenes de guerra, el genocidio, el delito de lesa humanidad y el de agresión recientemente activado para lo cual la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas reunida en Roma aprobó en su acta final de 17 de julio de 1988 el Estatuto por el que se crea la Corte Penal Internacional.

El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia nos ha dejado un importante legado y por lo que se refiere a la materia que estamos tratando en la sentencia de la Sala de Primera Instancia de fecha 22 de febrero de 2001, caso *Kunarac*⁹⁰, el Tribunal, aplicando el artículo 5 del estatuto, determina lo que constituye "esclavitud"⁹¹ (calificándolo como crimen contra la humanidad, con el carácter de *customary international law*). Invocando la Convención de 1926 en particular el artículo 1 (2) afirmó que "el recurso al trabajo forzoso u obligatorio puede tener graves consecuencias y (los estados se comprometen) a tomar todas las medidas necesarias para evitar que el trabajo forzoso o forzado se desarrolle en condiciones análogas a la esclavitud"⁹². Se apoya además en la Convención de 1930, de 1957⁹³ en la jurisprudencia de Nuremberg⁹⁴ que interpreta a la luz de los asuntos *Milch y Pohl*⁹⁵ incluso la del Tribunal de Tokio de 1946, en la DUDH, en el Pacto de 1966, la CEDH (asunto *Van Droogenbroeck v Belgium*⁹⁶), a la Carta Americana y a la Africana⁹⁷. Dice, además: "El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la humanidad incluyó "Establecer o mantener sobre las personas un estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso" como una violación de las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos, una categoría que

Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del tribunal de Nuremberg en http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf.

⁸⁸ Creado por Resolución 827 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de 25 de mayo de 1993.

⁸⁹ Creado por Resolución 955 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de 8 de noviembre de 1994.

⁹⁰ TPIY. *Kunarac et al.* (IT-96-23 & 23/1). Disponible en <http://www.icty.org/case/kunarac/4>.

⁹¹ Cfr. para. 515 y ss.

⁹² Traducción propia. Literalmente dice: "that recourse to compulsory or forced labour may have grave consequences and undertake [...] to take all necessary measures to prevent compulsory or forced labour from developing into conditions analogous to slavery".

⁹³ Cfr. para 521.

⁹⁴ Cfr. para 523.

⁹⁵ Cfr. para 525.

⁹⁶ Cfr. para 535.

⁹⁷ Cfr. para 533.

corresponde a los crímenes de lesa humanidad^{98,99}. Ahora bien, el Tribunal afirmó que:

“not all labour or service by protected persons, including civilians, in armed conflicts, is prohibited – strict conditions are, however, set for such labour or service. The “acquisition” or “disposal” of someone for monetary or other compensation, is not a requirement for enslavement. Doing so, however, is a prime example of the exercise of the right of ownership over someone. The duration of the suspected exercise of powers attaching to the right of ownership is another factor that may be considered when determining whether someone was enslaved; however, its importance in any given case will depend on the existence of other indications of enslavement. Detaining or keeping someone in captivity, without more, would, depending on the circumstances of a case, usually not constitute enslavement”.

En el asunto *Krnojelac*¹⁰⁰, la sala de Primera Instancia en su sentencia de 15 de marzo de 2002 señaló que es un acto prohibido siguiendo la línea jurisprudencial ya marcada en anteriores decisiones¹⁰¹. Pero el Tribunal insiste en la idea de que se ha de determinar de forma individual y en las circunstancias concurrentes, en la posibilidad de haber podido escogerse otro tipo de trabajo, es decir, la involuntariedad, así como la vulnerabilidad¹⁰² o las repercusiones en las consecuencias para la salud de la persona¹⁰³. En este asunto, no obstante no se probó de forma consistente la realización de este tipo de trabajos¹⁰⁴, lo que la Sala de Apelaciones corrigió añadiendo el factor “miedo”¹⁰⁵.

Ciertamente la jurisprudencia señalada se pronunció en el marco de un conflicto, sin embargo, comprobamos que hace referencia a los derechos fundamentales recogidos en textos internacionales y regionales sobre protección de los derechos humanos y es aplicable a situaciones que exceden estas situaciones bélicas.

4. Calificación jurídica del trabajo forzado en el Estatuto de Roma

Partiendo de la definición proporcionada por el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm.29) de la OIT —mencionado anteriormente— el concepto de trabajo forzoso u obligatorio, recordemos, designa “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Además de ser una violación grave de los derechos humanos, exigir trabajo forzoso también constituye un delito penal.

Desde luego, dadas las similitudes y la dificultad de trazar a veces una línea divisoria entre la esclavitud y el trabajo forzado, encontramos que este tipo de actos encontrarían encuadre en el art. 7 “Crímenes de lesa humanidad” del Estatuto de Roma¹⁰⁶. Este precepto reza en su primer apartado: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por crimen de lesa humanidad los actos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y

⁹⁸ Cfr. para 537.

⁹⁹ Traducción propia. Literalmente dice: “establishing or maintaining over persons a status of slavery, servitude or forced labour” as a violation of systematic or mass violations of human rights, a category which corresponds to crimes against humanity”.

¹⁰⁰ TPIY. *Prosecutor v. Krnojelac* (Case No. IT-97-25-T) sentencia de 15 de marzo de 2002 y IT-97-25-A, sentencia de apelación de 17 de septiembre de 2003.

¹⁰¹ Cfr. para 359 o 372 de la sentencia.

¹⁰² Cfr. para 373 de la sentencia.

¹⁰³ Cfr. para 378 de la sentencia.

¹⁰⁴ Cfr. paras 425 y ss. de la sentencia.

¹⁰⁵ Cfr. para 194 de esta decisión.

¹⁰⁶ *Vid.* Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma, 1998. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

con conocimiento de dicho ataque. Entre los referidos actos se encuentran el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o traslado forzoso de población, la encarcelación u otra forma de privación grave de la libertad física, la tortura, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada, la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia (fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, o de género), desaparición forzada, crimen de apartheid u otros actos inhumanos de gravedad comparable”.

El apartado segundo, apartado c) de este precepto determina lo que hemos de entender por esclavitud, entendiéndose como “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

Sin embargo, y como no todas las formas de trabajos forzados pueden tener cabida en el mismo, aun -creemos- podría encajar en el apartado k) del art. 7.1 “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Ciertamente habrían de darse los elementos del crimen necesarios para tal calificación: 1. Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto. 4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

La práctica demuestra que se puede además hallar conectada con el tráfico de personas, pero existen graves dificultades y de hecho no se ha planteado hasta el momento ante La Haya un caso de trabajo forzado como crimen internacional. Hemos mencionado ciertamente casos fallados por tribunales internacionales (léase *ad ex.* el de Yugoslavia) pero estos asuntos se han producido en situaciones de conflicto. El gran problema es cuando estas prácticas se producen en diferente escenario.

El hecho de que encaje como crimen de lesa humanidad aún se encuentra con los más prácticos problemas: la ausencia de estados de gran poder económico en el estatuto de Roma, la no responsabilidad penal de las corporaciones cuando no del que ya parece clásico de la responsabilidad de la empresa principal y de la subsidiaria, problemas relativos a la transnacionalidad de la conducta y el miedo de las víctimas.

Esta cuestión atisba en algunos casos una luz, y por ofrecer ejemplo señalamos la apuesta decidida por aplicar los derechos humanos extraterritorialmente que llevó a que se presentaran en Ontario, Canadá, tres demandas contra la compañía Hudbay Minerals. Klippenstein arguyó de forma muy significativa “As a result of this ruling, Canadian mining corporations can no longer hide behind their legal corporate structure to abdicate responsibility for human rights abuses that take place at foreign mines under their control at various locations throughout the world”¹⁰⁷. Y es que efectivamente las estructuras de las empresas pueden esconder la responsabilidad real que tiene la empresa matriz. El

¹⁰⁷ *Vid.* <https://www.cbc.ca/news/business/guatemalans-can-sue-hudbay-in-canada-judge-rules-1.1370459>.

Informe del Relator Especial sobre las formas de esclavitud contemporáneas, incluyendo sus causas y consecuencias dice: "la explotación de los trabajadores en una amplia gama de industrias continúa, aparentemente casi sin obstáculos por la sombra de la responsabilidad penal nacional e internacional"^{108, 109}.

Parece pues a nuestro entender que no es norma "fácilmente" aplicable a estas situaciones contemporáneas de esclavitud. Existe un importante "gap" entre la teoría y la práctica. Con todo, parece más efectiva la vía del derecho de los derechos humanos y desde luego la vía doméstica: los estados han insertado en sus ordenamientos jurídicos la condena de estas prácticas, lo que deben cumplir cuando se realiza dentro y fuera de su territorio si se es consecuente y he aquí, parece, el gran problema.

5. Reflexiones finales

Ciertamente, como se ha podido comprobar a lo largo de este trabajo, la esclavitud ha revestido diferentes manifestaciones, y de igual forma, el trabajo forzado. Existen ciertas situaciones en las que trazar una línea clara divisoria resulta imposible. Así, en el marco del derecho del trabajo en que la OIT ha desplegado enormes energías y de donde han nacido los más (a nuestro juicio) importantes textos cuya influencia en otros cuerpos normativos es más que reseñable. A pesar de ello, la falta de ratificación de algunos estados es un gran problema no ya de futuro sino de presente.

En este sentido, nadie duda de que las cartas regionales de protección de los derechos humanos han desempeñado un papel fundamental en la promoción y lucha por el respecto a este derecho tan básico de la persona en cuanto está íntimamente ligado a la dignidad del ser humano, que además es un crimen.

Tampoco podemos negar que las sentencias pronunciadas contra los estados por estas prácticas tan deleznales tengan una muy importante repercusión, si bien la condena a aquellos no posee la fuerza de las pronunciadas en sede judicial penal internacional en la que podemos calificar esta práctica como delito de lesa humanidad cuando se dan las condiciones para ello requeridas.

A ello debemos sumar el hecho de que por el momento sólo contamos con tres grandes cuerpos regionales internacionales, no existiendo verdaderamente un "texto asiático" al modo del europeo, americano o africano, a pesar de los esfuerzos empleados. Los *asiatic values* pesan.

Por otra parte, precisamente en el ámbito laboral, esta forma moderna de esclavitud tan estrechamente ligada al trabajo forzado -en tanto se ven obligados a realizar una actividad en la que el elemento voluntariedad y alternatividad está ausente-, está alcanzando unos límites altamente preocupantes en la que empresas transnacionales están siendo actores de gran peso.

¹⁰⁸ NACIONES UNIDAS. *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences*, Gulnara Shahinian. U.N. Doc. A/HRC/24/43, 1 July 2013, para. 21. Traducción propia. Literalmente dice: "the exploitation of workers in a wide range of industries continues, apparently all but unimpeded by the shadow of domestic and international criminal liability".

¹⁰⁹ Eradicating Modern Slavery: what role for International Criminal Justice?. Background paper. Disponible en https://collections.unu.edu/eserv/UNU:2895/Background_Paper_-_Eradicating_Modern_Slavery.pdf, páf. 1. *Journal os International Criminal Justice*,

El Informe del *Walk Free Foundation, Global Slavery Index 2018*¹¹⁰ refiere, entre otros, a una sentencia pronunciada por tribunal nacional, en la que se condena a un empresario a 13 años de prisión por esclavitud (y destrucción de la propiedad) con resultado de muerte, derivada del trato inhumano al que había sometido a su empleado. Entre los 40.3 millones de personas sometidas a la moderna esclavitud, un 24,9 % es el estimado número de personas que realizan trabajos forzados focalizándose principalmente en estados del continente asiático y del africano. Del fruto de este trabajo, el país señalado dentro del G-20 como principal importador son los Estados Unidos (144 billones de dólares); de los productos, los aparatos informáticos, vestimenta y en general, en cabeza de lista figura Corea del Norte. Si bien en muchos de los países más económicamente aventajados estas prácticas están prohibidas por ley, están perpetuando (como literalmente señala el Informe) esta moderna forma que es definida a efectos del texto como "situaciones de explotación que una persona no puede rehusar debido a las amenazas, violencia, coerción, engaño o abuso de poder"¹¹¹.

Si bien esta nueva forma de trabajo forzado-esclavitud ha sido objeto de repulsa y "condena" por las Naciones Unidas, que intenta luchar contra las prácticas de grandes empresas (en especial desde la década de los setenta) pero parece no hallar la acogida que el respeto a los derechos humanos merece.

Debemos mantener la esperanza, que el proyecto hecho público recientemente, en el presente año de 2018, en Ginebra y cuyas negociaciones se retomarán en el mes de octubre *Legally binding instrument to regulate, in international human rights, the activities of transnational corporations and other business enterprises* sea acordado por los actores negociadores y pueda aprobarse y ratificarse en un futuro próximo. Pese a las deficiencias o "timideces" de las que adolece el mismo, no deja de representar un paso adelante importante en la concienciación de la verdadera responsabilidad social de las compañías. Pero la reticencia de potencias económicas incluso occidentales como la Unión Europea o los Estados Unidos hará que, en caso de ver la luz, nazca un texto poco eficaz en la práctica.

6. Bibliografía

Bibliografía

Libros y artículos

BAÑOS, P., "Así se domina el mundo", Editorial Planeta S.A., 1ª edición, 2017.

BASSIOUNI, M.CH. «Enslavement as an International Crime», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 23, 1991.

BERTMAN, S., *Handbook to life in Ancient Mesopotamia*, Nueva York, Facts on File, 2003. MARK, J., "Daily Life in Ancient Mesopotamia", *Ancient History Encyclopedia*. Last modified April 15, 2014. Disponible en: <http://www.ancient.eu/article/680/>.

BRADLEY, K., "Esclavitud y sociedad en Roma", Ediciones Península S.A., Barcelona, 1ª edición, 1998; BRAV, G., "Historia de la Roma antigua", Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1ª edición, 1998.

¹¹⁰ THE GLOBAL SLAVERY INDEX. *Modern slavery: A hidden, everyday problem*. The Minderoo Foundation Pty Ltd. Western Australia. Informe disponible en <https://www.globalslaveryindex.org/>.

¹¹¹ Cfr. pág. 7 del Informe.

BURTON, M., *The Assembly of the League of Nations*, 1941.

CAMIN, E. "La Unión Europea sabotea el tratado sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos" en <https://www.aporrea.org/internacionales/a266626.html>.

CASESE, A. *Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del tribunal de Nuremberg* en http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf.

CETIM, *Stop transnational corporations' (TNCs) impunity*. Disponible en <https://www.cetim.ch/stop-impunity-of-tncs/>.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1963*, vol. II, publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta: 63.V.2.

FATAS, G., *Código de Hammurabi* (Basada en la ed. De Joaquín Sanmartín, Trotta, Barcelona, 1999). Disponible en: <https://www.unizar.es/hant/POA/hammurabi.pdf>; fecha de última consulta el 19-07-2018.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Qué es el trabajo forzoso, las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos*. <https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/definition/lang-es/index.htm>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2012, CIT.101/III/1B, párrafo 272.

RASSAM A. Y. «Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade Under Customary International Law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, 1999, pág. 303.

REDMAN, R.C. «The League of Nations and the Right to be Free from Enslavement: the First Human Right to be Recognized as Customary International Law», *Chicago-Kent Law Review*, vol. 70, 1994.

S.A. Background paper. "Eradicating Modern Slavery: what role for International Criminal Justice?". Disponible en https://collections.unu.edu/eserv/UNU:2895/Background_Paper_-_Eradicating_Modern_Slavery.pdf, pág. 1. *Journal of International Criminal Justice*,

SANCHA SERRANO, E.M., "Aproximación a la trata de personas", en Aguado, A.L, Rueda Valdivia, R., y Ruiz Sutil, C., (Coords.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2012.

THE GLOBAL SLAVERY INDEX. *Modern slavery: A hidden, everyday problem*. The Minderoo Foundation Pty Ltd. Western Australia. Informe disponible en <https://www.globalslaveryindex.org/>.

URDÁNOZ, T. *Obras de Vitoria. Relecciones teológicas*. Edición crítica del texto latino, versión española, introducción biográfica y comentarios con el estudio de su. Doctrina teológico-jurídica. Madrid (Biblioteca de Autores Cristianos, 1960.

WALK FREE FOUNDATION. Informe *Walk Free Foundation, Global Slavery Index 2018*. Disponible en <https://www.walkfreefoundation.org/>.

WALKER, Martín, *Historia del Antiguo Egipto*, Barcelona, Edimat Libros, 2003.

WENQU, Z. "Acerca de la cooperación de los Estados que no son partes en la Corte Penal Internacional", *International review of the Red Cross*, Nº 861, 2006.

7. Fuentes jurídicas

Internacional

Declaración relativa a la abolición universal de la trata de esclavos, 8 de febrero de 1815, *Consolidated Treaty Series*, vol. 63, Nº. 473.

Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919. Disponible en <https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma, 1998. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

NACIONES UNIDAS (suc.), Slavery Convention, signed at Geneva on 25 September 1926 and amended by the Protocol opened for signature or acceptance at the Headquarters of the United Nations, New York, on 7 December 1953, *Treaty Series*, vol. 212, Nº 2861.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución 217 A (III), París, 10 de diciembre de 1948. Disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III)).

NACIONES UNIDAS. Protocol (with annex) amending the Slavery Convention signed at Geneva on 25 September 1926. Done at the Headquarters of the United Nations, New York, on 7 December 1953. *Treaty Series*, vol. 182, Nº 2422.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

NACIONES UNIDAS. Consejo de Seguridad. Resolución 827 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de 25 de mayo de 1993.

NACIONES UNIDAS. Consejo de Seguridad. Resolución 955 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de 8 de noviembre de 1994.

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos, Comentario general Nº 24, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.5, de 26 de abril de 2001.

NACIONES UNIDAS. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, "Abolishing Slavery and its Contemporary Forms", Doc. HR/PUB/02/4, New York and Geneva, 2002.

NACIONES UNIDAS. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el delito, Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos. Nueva York, 2004. Disponible en <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". HR/PUB/11/04, 2011 Naciones Unidas. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Doc. A/HRC/17/31, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. John Ruggie, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar" de 21 de marzo de 2011.

NACIONES UNIDAS. Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, Gulnara Shahinian. U.N. Doc. A/HRC/24/43, 1 julio de 2013.

NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. *Legally binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises*. Zero Draft 16.7.2018. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C029 - Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio. Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, 1988.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Global estimates of modern slavery: Forced labour and forced marriage* International Labour Office (ILO), Geneva, 2017. Pág. 10.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. P029 - *Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention, 1930 (Entry into force: 09 Nov 2016)*.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2012, CIT.101/III/1B, párrafo 272 (disponible en: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/101stSession/reports/reports-submitted/WCMS_174832/lang--es/index.htm; fecha de la última consulta el 20-07-2018).

UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. Pregunta de 12 julio de 2018: "¿Cuáles son las principales razones que han impedido hasta ahora a la Unión y a sus Estados miembros participar activamente en el proceso?". Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+OQ+O-2018-000078+0+DOC+XML+V0//ES>.

Europa

CONSEJO DE EUROPA. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de diciembre de 1950. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

América

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos Suscrita En La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32) San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Texto disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

África

ORGANIZACIÓN DE LA UNIDAD AFRICANA. Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), de 27 de julio de 1981.

8. Jurisprudencia

Tribunales internacionales

TRIBUNAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. *Kunarac et al.* (IT-96-23 & 23/1). Disponible en <http://www.icty.org/case/kunarac/4>. Decisión de 22 de febrero de 2001.

TRIBUNAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Krnojelac* (Case No. IT-97-25-T) sentencia de 15 de marzo de 2002 y IT-97-25-A, sentencia de apelación de 17 de septiembre de 2003.

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, *Caso Fiscal Vs. Brima, Kamara y Kanu*, No. *TESS-04-16-T-628*, Cámara de 1ª Instancia. Sentencia de 20 de junio de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ECHR. *I v. Norway* Asunto 1468/62, decisión de fecha 17 de diciembre de 1963 ECLI:CE:ECHR:1963:1217DEC000146862. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-115963>.

ECHR. *W., X., Y. and Z. v. The United Kingdom*, Applications 3435 a 3438/67. Decisión de 19 de julio de 1968. ECLI:CE:ECHR:1968:0719DEC000343567. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-3053>.

ECHR. *Gussenbauer v. Austria*, Applications 4897 y 5219/71, Decisión de fecha Decisión de 14 de julio de 1972. ECLI:CE:ECHR:1972:0714DEC000489771. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-80010>.

ECHR. ECLI:CE:ECHR:1982:0624JUD000790677. *Van Droogenbroeck v. Belgium*. Application 7906/77.. Decisión de 24 de junio de 1982. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57471>.

ECHR. *Van der Mussele v Belgium*. Asunto núm. 8919/80 sentencia de 23 de noviembre de 1983. ECLI:CE:ECHR:1983:1123JUD000891980. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57591>.

ECHR. ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504. *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application 25965/04. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96549>.

ECHR. ECLI:CE:ECHR:2005:0726JUD007331601. *Siliadin v. France*, Application 73316/01. Decisión de 26 de julio de 2005 (26 de octubre de 2005, final). Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69891>.

ECHR, ECLI:CE:ECHR:2018:0719JUD006056114. *S.M. v. Croatia*. Application núm. 60561/14). Decisión de 19 de julio de 2018. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184665>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Corte IDH. Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249.

Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

Corte IDH Caso Trabajadores De La Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, Sentencia de 20 octubre de 2016

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. *Caso Malawi African Association y Otros Vs. Mauritania*, Comunicaciones Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 y 210/98 (2000), Decisión de 11 de mayo de 2000

Tribunales nacionales

Brasil

Caso Trabajadores De La Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil No. TESS-04-16-T-628, Cámara de 1ª Instancia. Sentencia de 20 de junio de 2007.

Estados Unidos de América

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Sarei et al v Rio Tinto, PLC; Rio Tinto Limited*. D.C. Nº CV-00-11695-MMM. Disponible en http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/US/Rio_Tinto_Appeal_Overturning_Dismissal_08-08-2006.pdf.

D.C. No 2:00-cv-11695- MMM-MAN. Decisión de 25 de octubre de 2011. Disponible en <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2011/10/25/02-56256.pdf>

CÁMARA CORTE SUPREMA. *Caso Duch*, No. 001/18-07-2007/ECCC/SC, Sentencia de 3 de febrero de 2012.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/10-1491/case.pdf>.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Doe v. Nestlé*. D.C. No. 2:05-CV-05133SVW-JTL. Decisión de 4 de septiembre de 2014. Disponible en <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2014/09/04/10-56739.pdf>.

A APLICAÇÃO DA LOGÍSTICA REVERSA NOS RESÍDUOS SÓLIDOS DO AGRONEGÓCIO BRASILEIRO

THE APPLICATION OF REVERSE LOGISTICS IN SOLID RESIDUES FROM THE BRAZILIAN AGRIBUSINES

Claudia Pereira Ribeiro Nunes¹

Yale University (EUA) e Universidade Veiga de Almeida (Brasil)

Priscila Elise Alves Vasconcelos²

Universidade Veiga de Almeida (Brasil)

Sumário: 1 Introdução. 2 O desenvolvimento sustentável no agronegócio. 2.1 desafios relacionados à harmonização e equilíbrio no agronegócio. 2.2 A Política Nacional de Resíduos Sólidos. 2.3 O uso de tecnologias e a cogeração de energia através de resíduos. 2.4 A aplicação das técnicas de logística reversa e a responsabilidade compartilhada 3 Conclusão. 4 Referências.

Resumo: Agricultura de precisão é o termo relacionado ao desenvolvimento sustentável com redução de impactos no setor de Agronegócios. O uso de matérias-primas advindas de resíduos e a destinação correta são desafios encontrados no cotidiano do produtor. Este trabalho tem por objetivo analisar como a legislação federal brasileira sobre resíduos sólidos (Política Nacional de Resíduos Sólidos) está sendo aplicada e se há efetividade nas técnicas elencadas. Para isso foi realizado um estudo bibliográfico e legislativo, através de dados oficiais, para buscar maiores informações e analisar a aplicabilidade da atual legislação.

Palavras-Chave: Agricultura de precisão; sustentabilidade; resíduos sólidos; legislação.

Abstract: Precision agriculture is the term related to sustainable development with reduced impacts on agribusiness sector. The use of raw materials coming from waste and correct destination are challenges found in the everyday life of the producer. This paper has for objective to analyze how the brazilian federal law on solid waste (national solid waste policy) is being applied and the effectiveness in the techniques listed. For this we conducted a bibliographic and legislative study, through official data, to get more information and analyze the applicability of current law.

Keywords: Precision agriculture; sustainability; solid waste; Brazilian law.

¹ Doutora e Mestre em Direito (UGF/RJ). Professora e Coordenadora Adjunta do PPGD/UVA. Bolsista FUNADESP. Co-coordenadora do Grupo de Pesquisa do DGP/CNPq reconhecido pela UVA: Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability. Pesquisadora e Coordenadora do NUPES-DIR do IESUR/FAAr. E-mail: crpn1968@gmail.com.

² Doutoranda em Direito (UVA/RJ). Mestra em Agronegócios (UFGD/MS). Especialista em Meio Ambiente (COPPE UFRJ). Especialista em Direito Público e Direito Privado (EMERJ ESA). Pesquisadora do GGINNS nas áreas de Direito Ambiental-econômico e Direito de Energia. Advogada. E-mail: prisvascon@gmail.com.

1 Introdução

Com o advento da Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA³, deu-se início a uma nova fase na conscientização ambiental da sociedade brasileira. Tendo por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, quer assegurar condições para que se alcance o desenvolvimento sócio-econômico, assegurados os interesses da segurança nacional e efetivando o princípio da dignidade da pessoa humana⁴. Mediante princípios e conceitos, é tida como um marco na legislação ambiental.

Dentre os princípios elencados na PNMA⁵, destaca-se o da ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo; a racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; e, o incentivo ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais⁶.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição da República (Brasil, 1988) o meio ambiente passa a ter status constitucional, sendo um direito de todos ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado e um dever a sua preservação⁷.

A partir da promulgação da nova ordem constitucional brasileira, deu-se início a uma fase de muitas discussões acerca da conceitualização do termo resíduo sólido. Segundo Santos⁸, a preocupação com a forma de descarte e as maneiras de reaproveitamento eram temas ainda sem definições e respostas para atuação.

Em 2010, houve a publicação da Política Nacional de Resíduos Sólidos⁹, foi instaurada a obrigatoriedade de produtores implantarem a técnica de logística reversa como um instrumento de desenvolvimento social e econômico. Definido como um conjunto de ações, procedimentos e meios que viabilizem a coleta e restituição de resíduos sólidos ao setor empresarial, a técnica de logística reversa tem por intuito reaproveitar no próprio ciclo do produto ou em outro, desde que com destinação ambiental adequada¹⁰.

Importante ressaltar que apesar de descrito na legislação federal, o descarte correto de resíduos ainda tem sido um grande desafio. Atores governamentais, sociais e econômicos que possuem a responsabilidade pelo gerenciamento de resíduos vêm constantemente pressionando o setor empresarial para que efetivem e apliquem a legislação, reduzindo, conseqüentemente, o impacto ambiental de produtos e processos de produção¹¹.

³ PNMA. POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Lei 6.938/81. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm> Acesso em 28 mai 2018.

⁴ Art. 2º., caput, da Lei no. 6.938/81. Política Nacional de Resíduos Sólidos. 1981.

⁵ PNMA. POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Lei 6.938/81. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm> Acesso em 28 mai 2018.

⁶ Art. 2º., incisos I, II e VI da Lei no. 6.938/81. Política Nacional de Meio Ambiente. 1981.

⁷ Art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

⁸ SANTOS, E. Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, 2010. Disponível em <http://www.ecolmeia.org.br/blog/politica-nacional-de-residuos-solidos-pnrs-2/> Acesso em 29 mai 2018.

⁹ Lei no. 12.305/2010. Política Nacional de Resíduos Sólidos. 2010.

¹⁰ Art. 3º., inciso XII. Lei no. 12.305/2010. Política Nacional de Resíduos Sólidos. 2010.

¹¹ MENDONÇA, J.C.A.; VASCONCELOS, P.E.A.; NOBRE, L.B.O.; CASAROTTO, E.L. Logística Reversa no Brasil: um estudo sobre o mecanismo ambiental, a responsabilidade social corporativa e as legislações pertinentes. Revista Capital Científico. 2017. Disponível em <<https://revistas.unicentro.br/index.php/capitalcientifico/article/view/4531/0>> DOI: 10.5935/2177-4153.20170017. Acesso em: 30 mai 2018.

Em 2018, o setor do Agronegócio é um dos pilares da economia brasileira¹². Com o crescente aumento da produção e evolução com o uso de tecnologias, há o aumento na geração de resíduos, sejam de natureza agrícola, produzidos no campo, resultantes das atividades de colheita dos produtos agrícolas, sejam de natureza tecnológica, advindo de produtos eletroeletrônicos utilizados no campo¹³.

Os objetos desse estudo são os resíduos agrossilvopastoris e os tecnológicos advindos do setor do Agronegócio. De acordo com a Política Nacional de Resíduos Sólidos¹⁴, resíduos agrossilvopastoris são os gerados nas atividades agropecuárias e silviculturais, incluídos os relacionados a insumos utilizados nessas atividades. Já os resíduos tecnológicos são os advindos de produtos eletroeletrônicos.

Tendo por escopo a biomassa e os resíduos de drones utilizados para a agricultura de precisão, o descarte correto ou a utilização desses itens como matéria prima para produtos ou subprodutos são os desafios da pesquisa.

2 O desenvolvimento sustentável no agronegócio

O conceito de desenvolvimento sustentável foi trazido em 1987 no Relatório de Brundtland. De acordo com o Relatório, é necessário o respeito às ordens econômicas, ambientais e sociais, formando o tripé da sustentabilidade. Segundo o Ministério do Meio Ambiente¹⁵, as ações que respeitam o meio ambiente e políticas que possuem como um dos principais objetivos a sustentabilidade, possuirão também responsabilidade socioambiental. A responsabilidade pela preservação ambiental engloba governos, empresas e cidadãos.

Produção sustentável é definida pelo Ministério do Meio Ambiente como uma incorporação, ao longo de todo ciclo de vida de bens e serviços, objetivando o uso de alternativas melhores para minimizar custos ambientais e sociais¹⁶.

O Brasil é signatário de tratados internacionais sobre meio ambiente e busca o conceito de produção sustentável trazido pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente¹⁷. Cuida-se do uso de bens e serviços que atendam às necessidades básicas, proporcionando uma melhor qualidade de vida, enquanto minimizam o uso de recursos naturais e materiais tóxicos, a geração de resíduos e a emissão de poluentes durante todo ciclo de vida do produto ou do serviço, de modo que não se coloque em risco as necessidades das futuras gerações.

O uso de equipamentos eletrônicos e de tecnologia avançada, como drones, na atividade agropecuária brasileira vêm crescendo ao longo dos anos. Na aplicação de fertilizantes na lavoura, com o menor contato humano e menores impactos na saúde, o equipamento de aeromodelo é utilizado de forma crescente.

Para os agricultores, o uso de tecnologias como os drones no campo fez com que aplicassem a agricultura de precisão, baseada em instrumentos e recursos da tecnologia da informação para implementar a atividade econômica. Há uma

¹² DEFESA DO AGRO. A importância do Agronegócio na Economia Brasileira. Disponível em <<https://defesadoagro.com.br/importancia-do-agronegocio-na-economia-brasileira/>> Acesso em 29 mai 2018.

¹³ SPADOTTO, Claudio e RIBEIRO, Wagner. Gestão de Resíduos na Agricultura e Agroindústria. Univale. 2007. Disponível em: <http://www.univale.br/sites/biblioteca/biblioteca_online_agronegocio/livrosbiblioteca/GEST%C3%83O%20DE%20RES%C3%84DUOS.pdf>. Acesso em 29 MAI 2018.

¹⁴ SANTOS, E. Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, 2010. Disponível em <http://www.ecolmeia.org.br/blog/politica-nacional-de-residuos-solidos-pnrs-2/> Acesso em 29 mai 2018.

¹⁵ BRASIL. Biofesra. Ministério do Meio Ambiente. 2016. Disponível em <<https://biosfera.mma.gov.br/MMA/login>>. Acesso em: 30 mai 2018.

¹⁶ BRASIL. Responsabilidade Socioambiental. Ministério do Meio Ambiente. 2016. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental>>. Acesso em: 30 mai 2018.

¹⁷ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. 1972. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/agencia/pnuma/>>. Acesso em: 30 mai 2018.

facilitação no monitoramento da produção, aplicação de fertilizantes, mapeamento, fiscalização além de reduzir os custos de investimento¹⁸.

A agricultura de precisão surge de forma a viabilizar o alcance da sustentabilidade no setor do Agronegócio brasileiro. Soares Filho e Cunha¹⁹ aduzem que se trata de um sistema de agricultura onde é necessária uma análise de variabilidade espacial, cujas características são a coleta de dados, gerenciamento da informação, aplicação de insumos e avaliação econômica e ambiental dos resultados. Verifica-se que os dados apontados estão intimamente relacionados à busca de desenvolvimento sustentável da atividade.

É importante destacar que há uma preocupação com os danos ambientais que podem ocorrer. Para se alcançar a sustentabilidade da atividade, é necessário que cautelas e medidas sejam tomadas.

2.1 Desafios relacionados à harmonização e equilíbrio no agronegócio

Os desafios relacionados à harmonização e equilíbrio entre as perspectivas de desenvolvimento com o agronegócio combinado com a preservação do meio ambiente se intensificaram a partir dos acordos realizados entre as superintendências dos países da ONU e organismos internacionais em prol da conservação do meio ambiente. De acordo com IPEA:

Com o intuito de se criar uma forma de consumo sustentável, em 2002, na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, no momento em que foram discutidos os resultados da Rio 92, aprovou-se o Plano de Johannesburgo, com a proposta da elaboração de um conjunto de programas de apoio e fortalecimento das iniciativas regionais e nacionais para promoção de mudanças nos padrões de consumo e produção.

Como resultado das discussões em reunião realizada com chefes de Estado, em 2003, na cidade do Marrocos, o Processo Marrakesh surgiu com o objetivo geral de contribuir para tornar os padrões e níveis de consumo e produção mais sustentáveis por meio de um Marco de Programas, com duração de dez anos. Discussões maiores surgiram após adoção do Protocolo de Kyoto, que condicionou reduções de emissão de CO₂, para os países desenvolvidos. Os países em desenvolvimento, por não terem poluído significativamente no passado, a princípio ficaram isentos de metas de redução de emissão.²⁰

¹⁸ PESQUISA FAPESP, Revista. Drones sobre o campo. Agricultura de Precisão. Disponível em < <http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/02/03/drones-sobre-o-campo-2/>> Acesso em 28 mai 2018.

¹⁹ SOARES FILHO, Romeu e CUNHA, João P. A. R. da. Agricultura de precisão: particularidades de sua adoção no sudoeste de Goiás – Brasil. 2015. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/eagri/v35n4/1809-4430-eagri-35-4-0689.pdf>>. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/1809-4430-Eng.Agric.v35n4p689-698/2015>. Acesso em: 30 mai 2018.

²⁰ SANTOS, Mari Aparecida dos e VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro. O agronegócio brasileiro e o desenvolvimento sustentável Relatório do IPEA - 2016 . Ano 13 . Edição 87 - 17/06/2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7122/1/O%20agroneg%C3%B3cio%20brasileiro%20e%20o%20desenvolvimento%20sustent%C3%A1vel_Artigo_4.pdf>. Acesso em 23 set. 2018.

Somente houve consenso para redução de emissões dos gases de efeito estufa, a fim de minimizar o aquecimento global, limitado ao aumento de 1,5º C até 2100, de acordo com a 21ª Conferência do Clima (COP 21), ocorrida em Paris, em dezembro de 2015.

O Brasil prioriza as energias renováveis, a agricultura de baixo carbono e a restauração florestal, na qualidade de resultado do consenso. Além disso, o acordo de 2015, prevê um apoio financeiro de US\$ 100 bilhões por ano ao Brasil, na qualidade de país em desenvolvimento, tendo em conta as suas necessidades e prioridades para o desenvolvimento sustentável.

O pacto de 2015, também ressalta o papel da responsabilidade socioambiental do setor agropecuário, quanto à salvaguarda alimentar em contrapartida das vulnerabilidades particulares dos sistemas de produção aos impactos adversos da mudança climática.

Nos termos do acordo, o IPEA trata a questão com os seguintes termos:

A maior regulação por parte do Estado das atividades e das políticas ambientais leva o setor de agronegócio a se mobilizar em prol de ações de desenvolvimento sustentável.

Essas ações possuem um diferencial competitivo no mercado e uma maior valorização das marcas, considerando a adesão da sociedade à nova consciência socioambiental e às influências originadas por países demandantes de produtos agropecuários, com menor impacto sobre os recursos naturais.

O Código Florestal brasileiro limita o avanço das fronteiras agrícolas ao passo que induz o aumento da produtividade. É necessário propor estudos mais específicos, que possam verificar o impacto produtivo ao longo da cadeia, na busca de maior eficiência.²¹

2.2 A Política Nacional de Resíduos Sólidos

Desde a década de 80 há uma crescente preocupação no Brasil acerca da tutela ambiental. A grande quantidade de resíduos gerados nos mais diversos setores da economia estimularam a conscientização à preservação ambiental, como a reutilização de embalagens retornáveis, como garrafas de vidro de refrigerantes e cerveja²².

Surge em 1998 o Programa Brasileiro de Reciclagem pelo Ministério da Indústria, Comércio e Turismo. Iniciou-se o incentivo a coleta seletiva domiciliar, a obrigatoriedade dos fabricantes e distribuidores de produtos agroveterinários pela

²¹ SANTOS, Mari Aparecida dos e VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro. O agronegócio brasileiro e o desenvolvimento sustentável Relatório do IPEA - 2016 . Ano 13 . Edição 87 - 17/06/2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7122/1/O%20agroneg%C3%B3cio%20brasileiro%20e%20o%20desenvolvimento%20sustent%C3%A1vel_Artigo_4.pdf>. Acesso em 23 set. 2018.

²² VASCONCELOS, P.E.A.; LOPES, A.Q.; VASCONCELOS, P.S. Logística Reversa no Brasil: análise da responsabilidade sob a égide da política nacional de resíduos sólidos. Revista Sodebras. 2017. Disponível em < <http://www.sodebras.com.br/edicoes/N135.pdf>> Acesso em: 30 mai 2018.

coleta de embalagens e produtos pós-consumo, além de uma tributação diferenciada às atividades de reciclagem de materiais²³.

Imprescindível destacar que mesmo com as políticas implementadas no Brasil acerca da tutela e preservação ambiental, a prática de logística reversa já ocorre em outros países desde os anos 70. Felizardo e Hatakeyama²⁴ aduzem que o conceito mais antigo da expressão advém dos anos 70, possuindo uma ênfase no processo inverso. O objetivo era atender as necessidades de recolhimento de materiais pós-consumo e pós-venda.

Surge em 2010 a Política Nacional de Resíduos Sólidos²⁵, trazendo a regulamentação e regularização das práticas envolvendo logística reversa, como forma de reduzir a produção de resíduos a serem descartados, transformando-os em novos insumos a serem utilizados no mercado, influenciando diretamente nas esferas econômica, ambiental e social.

O objeto da logística reversa são os resíduos sólidos, sendo a técnica a melhor a ser utilizada para os resíduos advindos de equipamentos como os drones e a destinação correta para o bagaço, palha e ponta da cana-de-açúcar (biomassa)²⁶.

2.3 O uso de tecnologias e a cogeração de energia através de resíduos

Como já informado anteriormente, nos últimos anos o uso de tecnologias como os drones e a geração de energia renovável através de biomassa vêm crescendo no Agronegócio Brasileiro. Em paralelo, houve uma preocupação legislativa para que a utilização fosse regulamentada a fim de evitar problemas futuros.

Em maio de 2017, foi editado o Regulamento Brasileiro de Aviação Civil Especial – RBAC –E nº 94 da ANAC, com as diretrizes para a aviação civil não tripulada, os VANT´S ou drones, recreativa e não recreativa²⁷. Há um silêncio com relação aos resíduos.

Há uma preocupação considerável acerca dos possíveis danos ambientais, econômicos e sociais que os resíduos agroindustriais ou tecnológicos podem causar. Na esfera ambiental, os lixos, assim comumente denominados, podem resultar na inobservância de princípios básicos do direito ambiental. Dentre os princípios desrespeitados, alguns com esboço na Constituição da República²⁸ (Brasil, 1988), há o da prevenção, precaução, poluidor-pagador e o próprio desenvolvimento sustentável que deixa de existir quando não é feito o descarte de forma correta.

²³ VASCONCELOS, P.E.A.; LOPES, A.Q.; VASCONCELOS, P.S. Op. Cit. 2017. Disponível em <<http://www.sodebras.com.br/edicoes/N135.pdf>> Acesso em: 30 mai 2018.

²⁴ FELIZARDO, Jean Mari; HATAKEYAMA, Kazuo. A logística reversa nas operações industriais no setor de material plástico: um estudo de caso na cidade de Curitiba. In: XXIX Encontro da ANPAD (ENANPAD), set. 2005, Brasília. Anais.

²⁵ SANTOS, E. Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, 2010. Disponível em <<http://www.ecolmeia.org.br/blog/politica-nacional-de-residuos-solidos-pnrs-2/>> Acesso em 29 mai 2018.

²⁶ BRASIL. Biofesra. Ministério do Meio Ambiente. 2016. Disponível em <<https://biosfera.mma.gov.br/MMA/login>>. Acesso em: 30 mai 2018.

²⁷ ANAC. Regulamento Brasileiro de Aviação Civil Especial – RBAC –E nº 94. Disponível em <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac-e-94-emd-00/@@display-file/arquivo_norma/RBACE94EMD00.pdf> Acesso em: 20 mai 2018.

²⁸ Art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

Para Aisse et. al. (1982), resíduo eletrônico é todo material proveniente de um processo de construção que possui ou tenha em sua constituição componente e materiais eletroeletrônicos. Incluindo nesse âmbito, telefones celulares, computadores, televisores, eletrodomésticos e aparelhos eletrônicos diversos, como os drones utilizados na produção agrícola.

Importante destacar que qualquer resíduo pode ter uma destinação gerando um novo produto ou subproduto. Os advindos do setor tecnológico podem servir como elemento de novos produtos, desde que seja realizado o descarte de forma correta. Outros exemplos a serem citados estão no uso de dejetos de animais para a produção de biogás, uma vez que há o uso do gás metano, biofertilizantes e o uso da biomassa de cana-de-açúcar para a cogeração de energia elétrica.

De acordo com Konzen²⁹, os biofertilizantes são insumos ambientalmente mais seguros que os dejetos sem tratamento. Cita ainda o autor o uso dos dejetos de suínos para o biogás, apresentando benefícios econômicos aos produtores. Através do biogás foi possível a geração de energia elétrica suficiente para atingir cerca de 90% das necessidades da propriedade.

Para os resíduos das produções agrícolas, como de cana-de-açúcar, é possível utilizá-lo como matéria-prima para cogeração de energia elétrica. A possibilidade de surgimento de novos produtos também é abarcada pela técnica de logística reversa.

2.4 A aplicação das técnicas de logística reversa e a responsabilidade compartilhada

Logística reversa está diretamente relacionada à proteção e preservação ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável. Mesmo antes da publicação da legislação em 2010³⁰, várias empresas aplicavam a técnica por influencia de políticas internacionais de proteção ambiental e de tratados sobre Meio Ambiente que o Brasil é signatário.

Razzolini Filho e Berté³¹ e Campos e Brasil³² trazem os conceitos mais recorrentes de logística reversa do Reverse Logistics Executive Council (RLEC) and Reverse Logistics and Sustainability Council (RLSC)³³ e Council of Logistic Management (CLM). O CLM em 1993 definiu como um termo amplo, devidamente relacionado às habilidades e atividades envolvidas no gerenciamento de redução, movimentação e disposição de resíduos de produtos e embalagens. Já o RLEC, em 2007, definiu a prática como uma atividade de planejamento, execução e controle de fluxo de matérias-primas, produtos em processo e acabados, desde o consumo à origem, tendo como objetivo recapturar o valor ou destinar à eliminação adequada. A preocupação com o impacto dos custos do processo também deve ser observada.

²⁹ KONZEN, Egidio A. Aproveitamento Energético de Biogás: a experiência da suinocultura no tratamento de efluentes. 2007. Disponível em <<https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/35173/1/Aproveitamento-energetico.pdf>> Acesso em 30 mai 2018.

³⁰ SANTOS, E. Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, 2010. Disponível em <<http://www.ecolmeia.org.br/blog/politica-nacional-de-residuos-solidos-pnrs-2/>> Acesso em 29 mai 2018.

³¹ RAZZOLINI FILHO, Edelvino; BERTÉ, Rodrigo. O reverso da logística e as questões ambientais no Brasil. Curitiba: Ibpx, 2009.

³² CAMPOS, Luiz Fernando Rodrigues; BRASIL, Caroline V. de Macedo. Logística: teia de relações. Curitiba: Ibpx, 2007.

³³ RLSC. REVERSE LOGISTICS AND SUSTAINABILITY COUNCIL. Disponível em: <<http://reverselogistics.com/>>. acesso em 30 de out. de 2018.

Fiorillo³⁴ alega que a técnica de logística reversa é uma forma de gerenciamento dos resíduos sólidos, tendo como base os princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações da Política Nacional do Meio Ambiente (1981).

Dentro de um contexto para estimular o desenvolvimento e com base principiológica constitucional, surge a técnica de logística reversa na Política Nacional de Resíduos Sólidos³⁵. Uma vez aplicadas de forma correta, as técnicas de logística reversa podem trazer ganhos às indústrias nacionais, incluindo as agroindústrias, não se limitando a esfera ambiental. Inclusive, as técnicas de reutilização e reaproveitamento, reciclagem, descarte correto, dentre outras, podem trazer benefícios econômicos significativos³⁶ (Vasconcelos et al, 2017).

Segundo Almeida³⁷ (2012), a existência de políticas públicas efetivas e a preocupação da sociedade com relação às questões ambientais estimulam a adesão das organizações à implantação de sistemas de gestão de resíduos, com adequação aos mecanismos legais que consideram a necessidade de minimizar os problemas relativos à degradação ambiental.

No tocante à responsabilidade compartilhada, princípio definido na Política Nacional de Resíduos Sólidos³⁸, é preciso verificar que se trata da participação conjunta efetiva visando o cumprimento das obrigações inerentes à gestão dos resíduos sólidos. Essa participação efetiva é o conjunto de ações por parte de agentes responsáveis, com o intuito de atingir um elevado nível de gestão compartilhada de resíduos sólidos. Dentre os objetivos da responsabilidade compartilhada estão a redução da geração de resíduos sólidos; redução do desperdício de materiais; redução da poluição; redução dos danos ambientais; e o estímulo ao desenvolvimento de mercados, produção e consumo de produtos derivados de materiais reciclados e recicláveis³⁹.

Para a efetividade da responsabilidade compartilhada é necessário um eficaz sistema de fiscalização por parte do Poder Público junto às indústrias e comércio. A viabilidade estrutural para a realização do procedimento e a incorporação ao processo produtivo também precisam estar presentes⁴⁰.

3 Conclusão

desenvolvimento do setor de agronegócios é essencial. Para isso, o uso de tecnologias, como praticas de cogeração de energia elétrica e a utilização de drones no campo, é imprescindível para que se alcance a agricultura de precisão. Todavia,

³⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. Ed. Saraiva. 16 ed. São Paulo. 2015.

³⁵ SANTOS, E. Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, 2010. Disponível em <<http://www.ecolmeia.org.br/blog/politica-nacional-de-residuos-solidos-pnrs-2/>> Acesso em 29 mai 2018.

³⁶ VASCONCELOS, P.E.A; LOPES, A.Q.; VASCONCELOS, P.S. Logística Reversa no Brasil: análise da responsabilidade sob a égide da política nacional de resíduos sólidos. Revista Sodebras. 2017. Disponível em < <http://www.sodebras.com.br/edicoes/N135.pdf>> Acesso em: 30 mai 2018.

³⁷ VASCONCELOS et al. Op. Cit. 2017. Disponível em < <http://www.sodebras.com.br/edicoes/N135.pdf>> Acesso em: 30 mai 2018.

³⁸ SANTOS, Op. cit. Disponível em <<http://www.ecolmeia.org.br/blog/politica-nacional-de-residuos-solidos-pnrs-2/>> Acesso em 29 mai 2018.

³⁹ Art. 6º., inciso VII e Art. 30 da Lei no. 12.305/2010. Política Nacional de Resíduos Sólidos. 2010.

⁴⁰ Idem. Disponível em < <http://www.sodebras.com.br/edicoes/N135.pdf>> Acesso em: 30 mai 2018.

a consciência ambiental deve estar presente de forma a ter responsabilidade nas práticas utilizadas e respeito às normas vigentes.

A produção de energia renovável tendo por base a biomassa advinda das culturas de cana-de-açúcar e outros grãos, como o milho e a soja, cujo impacto ambiental seja infinitamente inferior, além de enfatizar a sustentabilidade na produção irão repercutir na responsabilidade ambiental, desenvolvimento econômico e social.

relação aos resíduos tecnológicos, ainda há muito o que ser feito. A atual regulamentação para o uso de drones não prevê a possibilidade de logística reversa de seus resíduos nem os possíveis danos ambientais que podem ocasionar. É indiscutível que novas regras sejam elaboradas e aplicadas a fim de evitar problemas futuros como apuração de responsabilidade ambiental, tipificação de crimes ambientais, dentre outros aspectos.

A indefinição acerca da limitação da responsabilidade de cada agente envolvido na cadeia produtiva é motivo de preocupação dos setores econômicos. É preciso especificar através da legislação a dosagem de responsabilidade no decorrer da cadeia, a fim de delimitar quais os principais responsáveis.

Acerca da obrigatoriedade na aplicação dos sistemas de logística reversa, como resíduos agroindustriais e restos de equipamentos eletrônicos, os maiores desafios estão na forma de dispersão dos resíduos através da coleta seletiva; incentivo à prática de subprodutos advindos dessa matéria-prima; e a quantidade de resíduo sólido necessário para gerar volume na coleta e processamento a fim de otimizar os custos. A ausência de regulamentação sobre a responsabilidade na coleta faz com que muito se perca em eficiência na aplicação da logística reversa.

É necessário que o Poder Público atue de forma a incentivar práticas diversas das elencadas na lei, de forma a validar e implementar o rol exemplificativo descrito na Política Nacional de Resíduos Sólidos. Sem o incentivo estatal, pessoas físicas e jurídicas continuarão a utilizar apenas o descrito na Lei no. 12.305/2010.

4 Referências

AISSE, Miguel Mansur; OBLADEN, Nicolau Leopoldo; SANTOS, Arnaldo Scherer. Aproveitamento dos Resíduos Sólidos Urbanos. Curitiba: CNPq/ ITAH/ IPPUC/ LHSAMA- UCPr. 1982.

ALMEIDA, K. M. V. Logística reversa para gestão de resíduos e coprodutos da cadeia de biodiesel estudo de caso em usinas do nordeste brasileiro. 2012. 197p. Dissertação (Doutorado em Engenharia Civil) – Universidade Federal de Pernambuco - UFP, Recife, 2012.

ANAC. Regulamento Brasileiro de Aviação Civil Especial – RBAC –E nº 94. Disponível em < http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-e-94-emd-00/@@display-file/arquivo_norma/RBACE94EMD00.pdf> Acesso em: 20 mai 2018.

BRASIL. Responsabilidade Socioambiental. Ministério do Meio Ambiente. 2016. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental>>. Acesso em: 30 mai 2018.

_____. Bioesfera. Ministério do Meio Ambiente. 2016. Disponível em <<https://biosfera.mma.gov.br/MMA/login>>. Acesso em: 30 mai 2018.

- CAMPOS, Luiz Fernando Rodrigues; BRASIL, Caroline V. de Macedo. Logística: teia de relações. Curitiba: Ibpx, 2007.
- CLM – Council of Logistics Management. Reuse and Recycling Reverse Logistics Opportunities. Illinois, Council of Logistics Management, 1993.
- DEFESA DO AGRO. A importância do Agronegócio na Economia Brasileira. Disponível em < <https://defesadoagro.com.br/importancia-do-agronegocio-na-economia-brasileira/>> Acesso em 29 mai 2018.
- FELIZARDO, Jean Mari; HATAKEYAMA, Kazuo. A logística reversa nas operações industriais no setor de material plástico: um estudo de caso na cidade de Curitiba. In: XXIX Encontro da ANPAD (ENANPAD), set. 2005, Brasília. Anais.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. Ed. Saraiva. 16 ed. São Paulo. 2015.
- KONZEN, Egidio A. Aproveitamento Energético de Biogás: a experiência da suinocultura no tratamento de efluentes. 2007. Disponível em < <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/35173/1/Aproveitamento-energetico.pdf>> Acesso em 30 mai 2018.
- MENDONÇA, J.C.A.; VASCONCELOS, P.E.A.; NOBRE, L.B.O.; CASAROTTO, E.L. Logística Reversa no Brasil: um estudo sobre o mecanismo ambiental, a responsabilidade social corporativa e as legislações pertinentes. Revista Capital Científico. 2017. Disponível em < <https://revistas.unicentro.br/index.php/capitalcientifico/article/view/4531/0>> DOI: 10.5935/2177-4153.20170017. Acesso em: 30 mai 2018.
- PEREIRA, André Luiz. Logística Reversa e Sustentabilidade. Ed. Cengage Learning. 2012.
- PESQUISA FAPESP, Revista. Drones sobre o campo. Agricultura de Precisão. Disponível em < <http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/02/03/drones-sobre-o-campo-2/>> Acesso em> 28 mai 2018.
- PNRS. POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS. Lei 12.305/2010. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm> Acesso em 28 mai 2018.
- PNMA. POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Lei 6.938/81. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm> Acesso em 28 mai 2018.
- PNUMA. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. 1972. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/agencia/pnuma/>>. Acesso em: 30 mai 2018.
- RAZZOLINI FILHO, Edelvino; BERTÉ, Rodrigo. O reverso da logística e as questões ambientais no Brasil. Curitiba: Ibpx, 2009.
- RLSC. REVERSE LOGISTICS AND SUSTAINABILITY COUNCIL. Disponível em: < <http://reverselogistics.com/>>. acesso em 30 de out. de 2018.
- SPADOTTO, Claudio e RIBEIRO, Wagner. Gestão de Resíduos na Agricultura e Agroindústria. Univale. 2007. Disponível em < http://www.univale.br/sites/biblioteca/biblioteca_online_agronegocio/livrosbib

[lioteca/GEST%C3%83O%20DE%20RES%C3%84DUOS.pdf](#)>. Acesso em 29 MAI 2018.

SANTOS, E. Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, 2010. Disponível em <http://www.ecolmeia.org.br/blog/politica-nacional-de-residuos-solidos-pnrs-2/> Acesso em 29 mai 2018.

SANTOS, Mari Aparecida dos e VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro. O agronegócio brasileiro e o desenvolvimento sustentável Relatório do IPEA - 2016 . Ano 13 . Edição 87 - 17/06/2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7122/1/O%20agroneg%C3%B3cio%20brasileiro%20e%20o%20desenvolvimento%20sustent%C3%A1vel_Artigo_4.pdf>. Acesso em 23 set. 2018.

SOARES FILHO, Romeu e CUNHA, João P. A. R. da. Agricultura de precisão: particularidades de sua adoção no sudoeste de Goiás – Brasil. 2015. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/eagri/v35n4/1809-4430-eagri-35-4-0689.pdf>>. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/1809-4430-Eng.Agric.v35n4p689-698/2015>. Acesso em: 30 mai 2018.

VASCONCELOS, P.E.A; LOPES, A.Q.; VASCONCELOS, P.S. Logística Reversa no Brasil: análise da responsabilidade sob a égide da política nacional de resíduos sólidos. Revista Sodebras. 2017. Disponível em < <http://www.sodebras.com.br/edicoes/N135.pdf>> Acesso em: 30 mai 2018.

Os Refugiados Ambientais a partir da situação dos Haitianos na República Federativa do Brasil¹

Environmental Refugees from the situation of Haitians in the Federative Republic of Brazil

Sidney Guerra²

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Introdução. 2. A figura do Refugiado Ambiental. 3. O Haiti: breves antecedentes. 4. Os desastres ambientais no Haiti. 5. Os imigrantes haitianos no Brasil. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

Resumo: Os refugiados ambientais são indivíduos forçados a migrar devido a desastres ambientais ocasionados por causas naturais ou interferência antrópica. Contudo, não estão formalmente reconhecidos em nível internacional por não constarem no rol estabelecido pela Convenção da ONU de 1951. Diante disso, muito tem se discutido quanto a inclusão dessas pessoas na categoria de refugiado. O presente estudo se propõe a analisar o tratamento conferido pelo Brasil aos haitianos que vieram para o território nacional, a partir da verificação de dois eventos naturais que devastaram o país nos anos de 2010 e 2016.

Palavras chave: refugiados ambientais; categoria migratória; haitianos.

Abstract: The environmental refugees are individuals forced to migrate due to environmental disasters caused by natural causes or anthropic interference. However, they are not formally recognized category at an international level because they do not figure in the list established by the 1951'S UN Convention. In light of this, much has been debated as to inclusion of these persons in the refugee category. The presente study proposes to analyze the treatment Brazil to the haitian people who came to our national territory, by verifying two natural events that devastated Haiti in 2010 and 2016.

Key words: environmental refugees; migratory category; haitian

1. Introdução

O fenômeno migratório não é recente. Ao contrário, data desde os primórdios das civilizações. O homem primitivo, quando constatava que a terra que lhe dava os meios necessários para o sustento próprio e dos seus já estava exaurida, procurava em outras regiões novos campos de abastecimento³.

¹ Pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional da Faculdade Nacional de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro liderado pelo Prof. Dr. Sidney Guerra. O artigo contou com a participação da orientanda **Letícia Silva da Costa**, aluna especial da pós graduação.

² Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e Pós-Doutor pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Associado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Titular da Universidade do Grande Rio. Presidente do Instituto Brasileiro Pacificador. sidneyguerra@terra.com.br

³ Vide a propósito os estudos produzidos por GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian. *Direito das minorias e grupos vulneráveis*. Ijuí: Unijuí, 2008.

Recibido: 10/08/2018

Aceptado: 08/11/2018

De certo modo, é possível afirmar que tal fato permanece ainda nos dias atuais posto que o movimento migratório manifesta-se de forma intensa, especialmente em direção aos países desenvolvidos. Tal fato tem provocado manifestações contrárias de vários segmentos da sociedade civil⁴, sendo certo que isso ocorre de maneira mais acentuada em algumas regiões do planeta principalmente em razão da eclosão de guerras civis, problemas étnicos ou religiosos, conflitos armados e também por questões ambientais.⁵

Com efeito, a migração contínua e maciça de grande número de pessoas⁶ tem produzido sérias consequências tanto do local de onde provieram como também para o local de chegada⁷. Todavia, apesar das dificuldades que são observadas, desde a saída, até a chegada ao destino final, o número de refugiados tem aumentado de maneira significativa em vários cantos do planeta, posto que as pessoas se deslocam com a esperança de se instalar em determinado Estado para dar início a uma “nova vida” sem pressões, contratempos, ameaças, enfim, sem os perigos que se manifestavam em seu países de origem.

De fato, conforme alguns autores⁸ afirmam, o refúgio não é um instituto jurídico que nasce da vontade de um Estado soberano de ofertar proteção a um cidadão estrangeiro que se encontra em seu território – é tão somente o reconhecimento de um direito pré-existente à demanda formal do indivíduo. Questionamentos ao conceito de refugiado há tempos já são levantados frente à insurgência de novos desafios impostos à comunidade internacional, como indica o número crescente de pessoas deslocadas em decorrência de miséria extrema ou mesmo os migrantes por razões ambientais.

Assim, o presente artigo tem por finalidade apresentar alguns aspectos relativos a figura do refugiado ambiental tendo como pano de fundo a situação dos haitianos que se estabelecem na República Federativa do Brasil.

4 Nesse sentido, *vide* JORDAN, Bill. *Irregular migration: the dilemmas of transnational mobility*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2002, p. 15), que aponta o significado sobre a migração irregular, especialmente nos chamados países de primeiro mundo, e apresenta a rejeição da sociedade civil diante desta questão: “Irregular migration – crossing borders without proper authority, or violating conditions for entering another country – has been seen as a threat to the living standards and the cultures of the citizens of rich, predominantly white, First World states. In the 1990s the rise in claims for political asylum by black and Asian migrants to such countries was defined as disguised irregular migration. Public opinion polls conducted in EU member states in 2001 gave ‘race relations and immigration’ as the fourth most important problem facing both the UK and the other states, well ahead of education, health and poverty”.

5 Sobre esse assunto, *vide* GUERRA, Sidney. *Sociedade de risco e o refugiado ambiental. Direito no século XXI*. Curitiba: Juruá, 2008.

6 GIDDENS, Anthony. “Global Europe, social Europe”. *Cambridge: Polity Press*, 2006, p. 26, lembra que o tema que corresponde a imigração tem-se apresentado como um “tema quente” na Europa: “Immigration has become one of the hottest of hot topics across Europe. The term ‘immigrant’, of course, covers a multitude of differences. There are immigrants from 150 different countries living in the UK, for example. Great variations can exist among those coming from the same country, depending upon differences in socioeconomic background, ethnicity, culture and others factors”.

7 Na mesma direção, MAIA, Rui Leandro Alves. *O sentido das diferenças: migrantes e naturais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 41: “Qualquer que seja o sentido que dermos às migrações (internacionais ou internas), permanecem sempre como condicionamentos de explicação os elementos espaço e tempo. As migrações abrangem um número significativo de pessoas que, mudando de um espaço para outro, provocam alterações no tamanho e composição das populações envolvidas: a do espaço da origem e a do espaço do acolhimento”.

8 WALDELY, Aryadne Bittencourt; VIRGENS, Bárbara Gonçalves; ALMEIDA, Carla Miranda Jordão. “Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil.” *Scielo*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a08.pdf>

2. A figura do refugiado ambiental

A ocorrência cada vez mais comum de catástrofes ambientais, seja por interferência antrópica ou causas naturais, tem feito com que grupos de pessoas tenham que se deslocar para estabelecer habitação em outros locais.

Embora o fenômeno do deslocamento por motivos ambientais não seja novidade, visto que sempre ocorreu no decorrer da história, hodiernamente tem-se observado uma intensificação desse tipo de fluxo migratório, o que tem ensejado a discussão jurídica a respeito de sua inclusão enquanto categoria.

O termo "refúgio ambiental" foi popularizado em 1985 pelo autor egípcio Essam El- Hinnawi, professor do Egyptian National Research Centre em Cairo. Englobaria, assim "aquelas pessoas que foram forçadas a abandonar seu habitat tradicional, temporária ou permanentemente, devido a uma grave interrupção ambiental natural ou desencadeada por pessoas, que comprometeram sua existência e afetaram seriamente a qualidade de sua vida. "Interrupção ambiental" significa qualquer mudança física, química ou biológica no ecossistema (ou a base de recursos) que o representam, temporariamente ou permanentemente, impróprios para suportar a vida humana".⁹

A Convenção da ONU de 1951 estabelece as hipóteses e situações consideradas como ensejadoras de refúgio e, portanto, há uma discussão acerca da existência dos refugiados ambientais enquanto categoria migratória, tendo em vista que não são contemplados na Convenção.¹⁰

Nessa lógica, Astri Suhrke destaca que existem duas perspectivas quanto a temática do refugiado ambiental, a minimalista e a maximalista. A primeira, segundo a autora, entende que a degradação ambiental por si só não é um fator determinante

⁹ Essam El- Hinnawi *apud* CARDY, 1994, p.2. "Environmental Refugees are those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life. By "environmental disruptions" in this definition is meant any physical, chemical and/or biological changes in the ecosystem (or the resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life." Tradução livre. Disponível em: <file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/Environment_and_forced_migration_.pdf> Acesso em: 09 de jun. 2017.

¹⁰ A Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951 define refugiado como qualquer pessoa que: "foi considerada refugiada nos termos dos ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938, além do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados; as decisões de inabilitação tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados durante o período do seu mandato não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiados seja reconhecida a pessoas que preencham as condições previstas no "§ 2º da presente seção"; em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele; no caso de uma pessoa que tem mais de uma nacionalidade, a expressão "do país de sua nacionalidade" refere-se a cada um dos países dos quais ela é nacional. Uma pessoa que, sem razão válida fundada sobre um temor justificado, não se houver valido da proteção de um dos países de que é nacional, não será considerada privada da proteção do país de sua nacionalidade.

para as migrações, estando atrelada a outros fatores, como por exemplo, econômicos e sociais. A segunda, por sua vez, considera a degradação ambiental como causa imediata da migração.¹¹

A partir dessas duas perspectivas, podem-se citar autores¹², que sustentam o uso da terminologia “refugiado ambiental” e outros que entendem não ser cabível. Nesta esteira Stephen Castles¹³ sustenta a inadequação da noção de refugiado ambiental. Para o autor, a questão central do problema talvez não seja a mudança ambiental, mas a capacidade de diferentes comunidades e países em lidar com isso. Dessa forma, o problema seria principalmente político-social e não ambiental.

José Antônio Tietzmann e Silva, por sua vez, em defesa da existência de uma categoria de migrantes por razões ambientais argumenta que “mesmo que os motivos que tenham ensejado o processo migratório decorram de interesses pessoais, familiares, sociais, condições econômicas etc. das pessoas, desde que haja um motivo preponderante que se vincule à degradação substancial das condições do ambiente em que viviam, estar-se-á diante de migrantes ambientais.”¹⁴

Assim, ainda que existam outros fatores, prevalecendo razões ambientais, a existência dessa categoria não deve ser desconsiderada.

Alguns autores¹⁵ defendem essa categorização, tendo em conta que a Convenção preceitua o conceito de refugiados para os fins daquela Convenção. Logo, segundo o seu entendimento, não deve haver óbice ao uso do termo refugiado em outro contexto. Esses indivíduos seriam, então, refugiados não convencionais dado que são refugiados, mas não se encontram entre os preceituados pela Convenção da ONU.

¹¹ SUHRKE, Astri. *Pressure Points: Environmental Degradation, Migration and Conflict*. 1993. p 4-6. Disponível em: < <https://www.cmi.no/publications/file/1374%20pressure-points-environmental-degradation.pdf>> Acesso em: 29 de setembro de 2017.

¹² GUERRA, Sidney. *O refugiado à luz do direito internacional ambiental*, artigo publicado na *Ius gentium* (Facinter), v. 6, 2009. *O direito internacional e a figura do refugiado ambiental: reflexões a partir da ilha de Tuvalu*, artigo publicado nos *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília, 2008.

¹³ CASTLES, Stephen. “Environmental change and forced migration: making sense of the debate.” *UNHCR*. 2002, p.5. Disponível em: < <http://www.unhcr.org/research/working/3de344fd9/environmental-change-forced-migration-making-sense-debate-stephen-castles.html>> Acesso em: 29 de set. de 2017. “...the ‘environmental refugee’ is misleading and does little to help us understand the complex processes at work in specific situations of impoverishment, conflict and displacement. This does not mean, however, that environmental factors are unimportant in such situations. Rather they are part of complex patterns of multiple causality, in which natural and environmental factors are closely linked to economic, social and political ones.” Em tradução livre: “... a noção de “refugiado ambiental” é enganosa e faz pouco para nos ajudar a entender os complexos processos de trabalho em situações específicas de empobrecimento, conflito e deslocamento. Isso não significa, no entanto, que fatores ambientais sejam sem importância em tais situações. Em vez disso, eles são parte de padrões complexos de causalidade múltipla, em que fatores naturais e ambientais estão intimamente ligados a fatores econômicos, sociais e políticos.”

¹⁴ SILVA, José Antônio Tietzmann. “Os refugiados ambientais à luz da proteção internacional dos direitos humanos”. *Revista dos Tribunais*. Vol 86, 2017.

¹⁵ CLARO, Carolina. “A proteção dos “Refugiados Ambientais” no Direito Internacional.” *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. 2015, p.71. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08042016-155605/pt-br.php>> Acesso em : 25 de setembro de 2017.

A respeito dessa controvérsia existente quanto a melhor denominação, Álvaro Mirra¹⁶ explica que duas estratégias são pensadas sob o enfoque do direito internacional. A primeira delas é a modificação de instrumentos convencionais já existentes, como a já mencionada convenção da ONU. A segunda estratégia, é elaborar uma nova convenção internacional específica sobre o assunto. Nesse sentido, aponta que existe um Projeto de Convenção Internacional sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais¹⁷, elaborado por um grupo de juristas do direito ambiental e direitos humanos ligados à Universidade de Limoges, na França.

Assim, seria consagrado um estatuto jurídico específico para os deslocados ambientais, não se restringindo em âmbito regional, mas disponível a adoção de todos os países.

Quanto ao uso da expressão refúgio, Carolina Claro esclarece que o termo é oriundo de refugiare, que tem o sentido de buscar abrigo ou proteção, não sendo razoável, deste modo, ter emprego exclusivo de um tratado internacional que, ainda que essencial a temática a qual se refira, restringe a proteção a situações específicas de outra conjuntura, que envolve aspectos históricos, políticos e sociais diferentes.

De acordo com a autora é importante o reconhecimento e categorização dessas pessoas, tendo em vista que são migrantes em condições de vulnerabilidade, o que gera a necessidade de garantia de direitos e obrigações, principalmente por parte dos Estados. Contudo, há de se destacar que enquanto não há essa categorização, outros meios gerais de garantias de direitos não devem ser desconsiderados. Nesse sentido, destaca que apesar de não haver proteção específica em âmbito internacional, no intento de garantir o gozo e o exercício dos direitos da pessoa humana, é preciso considerar a complementariedade da proteção existente no direito internacional geral através de outros mecanismos como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito internacional dos refugiados, o Direito internacional Humanitário, o Direito Internacional das migrações, o Direito Internacional do Meio Ambiente, o Direito internacional das Mudanças Climáticas e o Direito dos Desastres Ambientais, como uma forma alternativa de proteção diante do hiato existente.¹⁸

Nessa perspectiva, Erika Ramos pontua que os migrantes por motivos ambientais precisam de um regime internacional de proteção, pois apenas lhes é oferecida uma proteção jurídica reflexa.¹⁹

¹⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. "A questão dos "refugiados" climáticos e ambientais no Direito Ambiental." *Conjur*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/ambiente-juridico-questao-refugiados-climaticos-ambientais-direito-ambiental>> Acesso em: 30 de out. de 2017.

¹⁷ PROJET DE CONVENTION RELATIVE AU STATUT INTERNATIONAL DES DÉPLACÉS ENVIRONNEMENTAUX*. Disponível em: <<http://www.observatorioeco.com.br/wp-content/uploads/up/2010/09/projet-de-convention-relative-au-statut-international-des-daplacas-environnementaux2.pdf>>. Acesso em: 30 de out. de 2017

¹⁸ CLARO, Carolina. "A proteção dos "Refugiados Ambientais" no Direito Internacional." *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. 2015, p.87. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08042016-155605/pt-br.php>> Acesso em : 25 de setembro de 2017.

¹⁹ RAMOS, Erika Pires. "Refugiados Ambientais: em Busca de Reconhecimento pelo Direito Internacional." *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. 2011, p. 70. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-10082012-162021/pt-br.php>> Acesso em: 29 de setembro de 2017.

A despeito da existência de outros meios distintos de proteção, ainda assim se faz necessário pensar em uma tutela específica a esse grupo de pessoas, levando-se em conta suas peculiaridades e garantindo, assim, maior amparo jurídico. Ramos²⁰ ressalta que essa categoria continua em situação de indefinição jurídica, pois não se beneficiam da proteção definida pelo regime convencional existente e também não há um regime internacional de proteção específico para pessoas nessa condição.

Norman Myers, por sua vez, chama a atenção para o fato de que o reconhecimento dessa categoria pode voltar a atenção ao número de pessoas que sofrem com essa questão e, conseqüentemente, a uma análise e preocupação maior com os danos causados ao meio ambiente.²¹

O referido autor analisa o refúgio ambiental como uma questão de segurança, pois, embora derive principalmente por problemas ambientais, gera inúmeros problemas de caráter político, econômico e social nos países que recebem essas pessoas. Com isso, poderia facilmente se tornar uma causa de turbulência e confronto, levando a conflitos e violência.

Nessa lógica, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, o Conselho Consultivo de Ciências da ONU, projeta um aumento no número de deslocados ao longo deste século. De acordo com o IPCC, as mudanças climáticas irão forçar as pessoas ao deslocamento, aumentar a pobreza e majorar os fatores que levam ao conflito, tornando ainda mais complexas as necessidades humanitárias e as respostas nessas circunstâncias.²²

Diante de situações semelhantes às narradas acima, Myers defende a necessidade de políticas preventivas a necessidade de migrar e, para isso, a questão do meio ambiente não deve ser ignorada. De igual modo não devem ser negligenciados os refugiados ambientais pelo fato de não existir uma forma institucionalizada de lidar com eles.

O surgimento deste meio formal, principalmente pelo reconhecimento como categoria de refugiados ocasionará algumas conseqüências. A primeira, conforme acentua Claro, os deslocados ambientais por não estarem incluídos no rol da ONU de refugiados, não contam com a proteção que este instituto pode conferir, como por exemplo, a garantia de não devolução por parte do Estado que o recebeu, o já mencionado princípio do non refoulement.²³

Nessa lógica, os Estados não podem impedir a entrada de refugiados, mas de estrangeiros comuns, o que torna os deslocados ambientais ainda mais frágeis, dada essa discricionariedade existente por parte do Estado. Isto posto, é possível

²⁰ Idem.

²¹ MYERS, Norman. *Environmental refugees: an emergent security issue*. 2005, p.3. Disponível em: <<http://www.osce.org/eea/14851?download=true>> Acesso em: 02 de maio de 2017.

²² UNHCR. *Environment, Disasters and Climate Change*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/environment-disasters-and-climate-change.html>>. Acesso em: 25 de setembro de 2017.

²³ CLARO, Carolina. "A proteção dos "Refugiados Ambientais" no Direito Internacional." *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. 2015, p.123. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08042016-155605/pt-br.php>> Acesso em 25 de setembro de 2017.

inferir que o reconhecimento dessa categoria proporcionará meios mais efetivos de assistência, pois haverá uma vinculação do Estado em prestá-la.

Em contrapartida, Myers²⁴ chama a atenção para o fato de que países desenvolvidos não tem demonstrado satisfação com o grande fluxo de migrantes e muitos desses já têm tomado medidas de restrição. Neste sentido, o alargamento do conceito tradicional de refugiado proporcionaria aumento significativo das responsabilidades internacionais de várias nações, o que não é visto de forma positiva por muitas dessas.

Com isso, se por um lado existe a demanda de um grupo que carece de amparo jurídico específico, por outro existem Estados e populações que precisam se adequar a essa realidade. Em outras palavras, o reconhecimento do refúgio ambiental trará diversas consequências, tanto para aqueles que precisam dessa proteção, como para os Estados que precisarão se adaptar para receber mais esse contingente de pessoas. Tal circunstância pode causar resistência em alguns países em aderir a formalização da categoria aqui tratada.

Ademais, imperioso mencionar que por meio da formalização desse grupo, será possível realizar melhor controle de quantas pessoas são forçadas a mudar por essa causa. Esses números ajudarão a compreender as proporções que essa modalidade de refúgio vem tomando. A partir disso, será possível demonstrar à comunidade global a necessidade de aplicação dos tratados de proteção ambiental.

No que se refere as consequências para os países, outro ponto importante que se revela dessa formalização é a questão da responsabilidade dos Estados. De acordo com Andrade e Angelucc²⁵, o direito internacional tem revisto a questão da responsabilidade civil dos Estados. Não se pode olvidar que este instituto versa sobre a obrigação de reparação de danos imputada a alguém em virtude de uma ação ou omissão.

Como mencionam os referidos autores, este instituto foi descuidado pela doutrina por não haver um poder central global, fato este que ocasiona dificuldades na imposição de eventuais obrigações de reparação ao Estado que sofreu o dano. Somado a isso, está o fato de que essa imposição afrontaria a soberania nacional do Estado.

Ocorre que nos dias atuais, percebe-se que determinadas situações, ainda que tenham acontecido dentro dos limites territoriais nacionais, ocasionam repercussões em nível global, não sendo razoável, portanto, permanecerem sob a absoluta discricionariedade estatal, tornando-se, por isso, passíveis de interferência pela comunidade internacional. Atendo-se a discussão no que se refere à responsabilidade objetiva, aquela na qual para sua configuração é necessário ato, dano e nexo causal, pode-se afirmar, que eventos lícitos, mas causadores de risco iminente e excepcional, como testes nucleares e poluição marítima por hidrocarbonetos, podem acarretar a responsabilização internacional do Estado.

Contudo, faz-se necessária expressa previsão em tratado, quanto a responsabilidade objetiva, sendo indispensável norma que impute a alguém a

²⁴ MYERS. *Environmental Refugees: an Emergent Security Issue*. 2005, p.3. Disponível em: < <http://www.osce.org/eea/14851?download=true>> Acesso em: 06 de out. de 2017.

²⁵ ANDRADE & ANGELUCC. "Refugiados Ambientais: Mudanças Climáticas e Responsabilidade Internacional." *Holos*. 2016, p.190-194. Disponível em: < <http://www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/view/4165/1523>> Acesso em: 06 de out. de 2017.

responsabilidade pelo dano, não obstante a licitude da conduta. Reside aí a importância da admissão da categoria de refugiado ambiental, pois se não há o reconhecimento, por meio de uma normativa, de um grupo que sofreu com as ações dos Estados no meio ambiente, difícil se torna imputar ao Estado e aplicar aos casos concretos a responsabilidade objetiva.

Ante o exposto, pode-se perceber que o reconhecimento internacional dos refugiados ambientais trará consequências para os Estados, que vão desde políticas públicas para receber essas pessoas, até maior controle sobre a responsabilização pela intervenção no meio ambiente. Para a sociedade civil, que passará a saber como lidar e receber esse novo contingente e, principalmente, para esse grupo de vulneráveis que se encontra no limbo jurídico e que a partir da formalização poderá contar com maior amparo legal.

Todavia, enquanto não há esse reconhecimento global, alguns países tem aberto espaço para a matéria em seus ordenamentos, a exemplo do Brasil, sendo certo que neste estudo ganhou destaque a situação dos haitianos, como será demonstrado.

3. O Haiti: breves antecedentes

A República do Haiti é um país do Caribe, com extensão territorial de 27.750 quilômetros quadrados e cerca de 10 milhões de habitantes. É a primeira república negra do mundo, tendo sido fundada em 1804 por antigos escravos.²⁶

Conforme explica Andressa Faria, o relevo haitiano é montanhoso e mais de $\frac{3}{4}$ do país estão acima de 200m de altitude. A hidrografia é marcada pela presença de 33 bacias hidrográficas e a vegetação originalmente era de Floresta Estacional Caducifolia, caracterizada por duas estações, uma seca e outra chuvosa, mas com a colonização essa cobertura vegetal começou a ser degradada e estende-se até os dias atuais.²⁷

Para melhor compreensão, vale deslindar que o Haiti durante o período colonial foi a colônia mais próspera do mundo, sendo motivo de orgulho à metrópole francesa por possuir a "Pérolas das Antilhas". Este país exerceu importante contribuição para o desenvolvimento do capitalismo em escala global, por meio de uma economia colonial baseada na mão de obra escrava.²⁸

Nesse sentido, conforme explica Rosana Baeninger, a escravidão tornou possível a produção em massa e o aumento da acumulação financeira necessária à Revolução Industrial. A autora ressalta ainda que as duas potências existentes à época, Inglaterra e França, eram financiadas pela extração das riquezas haitianas, seja pelo tráfico negreiro, comércio colonial ou contrabando.²⁹

Com a revolução, que culminou na independência, o país passou a ser alvo de embargo econômico por parte das principais forças capitalistas mundiais.

²⁶ FRANCISCO, Wagner de Cerqueria e. "O Terremoto no Haiti"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-terremoto-no-haiti.htm>>. Acesso em 12 de out. de 2017.

²⁷ FARIA, Andressa Virgínia de; et al. *Imigração Haitiana no Brasil*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p.620.

²⁸ BAENINGER, Rosana; et al. *Imigração Haitiana no Brasil*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p.229.

²⁹ Idem, p.230.

Conforme elucida Grondin apud Baeninger:

"O Haiti sofreu um bloqueio econômico por parte da França, da Inglaterra, da Espanha e dos Estados Unidos, depois de conquistar sua independência em 1804, até terminar de pagar à França indenizações por uma guerra que havia ganhado, e por direitos de liberdade e independência que havia conquistado. Tanto o Haiti como outras ilhas do Caribe foram invadidas várias vezes com base na "Doutrina Monroe" e na política do "Big Stick" pelas forças de ocupação norte-americanas. A ocupação do Haiti, de 1915 a 1934, provocou uma prolongada resistência popular... e transformações culturais importantes."³⁰

A esterilização completa do solo haitiano e a marginalização global, conforme relata Baeninger, apontam como resultado dessas imposições e ataques sofridos pelo Haiti. Com isso a colônia mais próspera do mundo passou a ser o país mais miserável da América.³¹

Desde sua independência, o Haiti é marcado pela instabilidade política, ditaduras e pobreza. Apesar de ter sido o primeiro país a conquistar a independência no continente latino-americano, conforme destaca Chandeline Baptiste, ao longo de sua história não houve consolidação de instituições políticas democráticas nem de uma estrutura produtiva que gerasse emprego e renda para a população.³²

Em seu período de existência, a população haitiana vivencia diversos problemas socioeconômicos. Com IDH de 0,404, é o país economicamente mais pobre do continente americano, mais da metade de sua população é subnutrida e vive abaixo da linha da pobreza.³³

Como se não bastassem os problemas que já enfrentava, em 2010, foi atingido por um terremoto, o que agravou ainda mais as condições daquela população. Ainda sem total recuperação dos danos causados pelo terremoto, em 2016, um furacão atingiu o país, intensificando os problemas sociais.

Como explica Hancock, o desmatamento verificado no Haiti é um dos responsáveis pelo fato de a chuva não encontrar obstáculos ao cair pelas encostas das montanhas, por esse motivo, não só os furacões, mas também as tempestades tropicais são um risco devido aos deslizamentos de terra.³⁴ Partindo-se deste breve histórico é que serão apresentados os desastres ambientais de 2010 e 2016 já mencionados e suas consequências para a população.

4. Os desastres ambientais no Haiti

Ao longo de sua história, o Haiti sofreu com ciclones, tempestades, dentre outros eventos naturais que ocasionaram perdas tanto humanas quanto econômicas. Todavia, os desastres que se colocarão em destaque neste estudo são

³⁰ Ib idem, p.232.

³¹ Ibidem.

³² BAPTISTE, Chandeline Jean. et al. *Imigração Haitiana no Brasil*. 2016, p. 577.

³³ FRANCISCO, Wagner de Cerqueria e. "O Terremoto no Haiti"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-terremoto-no-haiti.htm>>. Acesso em 12 de out. de 2017.

³⁴ HANCOCK, Jaime Rubio. "Sete lugares que vivem a espera da próxima catástrofe". *El País*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/27/internacional/1430152000_608140.html> Acesso em: 13 de out. de 2017.

o terremoto de 2010 e o furacão de 2016, para, ao final, analisar os recentes movimentos migratórios de haitianos em direção ao Brasil, em decorrência desses dois momentos.

Como mencionado anteriormente, em 2010 um terremoto atingiu o Haiti. Nesse sentido, parece oportuno mencionar que os terremotos constituem tremores passageiros na superfície terrestre e podem ser desencadeados por fatores como atividade vulcânica, falhas geológicas ou encontro de diferentes placas tectônicas. Os locais mais afetados por terremotos são os territórios situados em zonas de convergência de placas, sobretudo os países localizados nos limites das placas tectônicas.³⁵

O terremoto aqui tratado, que teve seu epicentro na Península de Tiburon, próximo a Porto Príncipe, afetou outros locais trazendo grandes estragos ao país, como por exemplo, a danificação da catedral e o Palácio Nacional, assim como a sede das Nações Unidas, a penitenciária nacional e o edifício do parlamento.

Segundo Pallardy, O terremoto atingiu às 16h53min cerca de 15 milhas (25 km) a sudoeste da capital haitiana de Porto Príncipe. O choque inicial registrou uma magnitude de 7.0 e logo foi seguido por duas réplicas de magnitude 5.9 e 5.5. Além disso, mais réplicas ocorreram nos dias seguintes.³⁶

Com o resultado catastrófico, diversos países e organizações internacionais se organizaram no intento de prestar assistência médica, alimentos, água, dentre outros tipos de auxílio aos sobreviventes, mas que ainda assim foram insuficientes. Estima-se que cerca de três milhões de pessoas foram afetadas pelo terremoto, quase um terço da população total do país. Destes, mais de um milhão ficaram desabrigados de imediato.³⁷

Em 2016 a população novamente foi afetada por um evento natural, dessa vez o furacão Mathew. Segundo a BBC, aproximadamente 900 pessoas foram mortas pelo furacão no Haiti.³⁸ Classificado como uma tempestade de categoria 4³⁹, o alcance da destruição na nação haitiana foi tão dramático que pôde ser visto a partir do espaço, segundo informações do Earth Observatory.⁴⁰

Segundo descrição da ONU, o furacão Mathew representou a maior crise humanitária do Haiti desde o terremoto de 2010. Além disso, de acordo com o Escritório das Nações Unidas para a Coordenação de Assuntos Humanitários, cerca

³⁵ FRANCISCO, Wagner de Cerqueria e. "Terremotos"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/terremotos.htm>>. Acesso em 13 de outubro de 2017.

³⁶ PALLARDY, Richard. "Haiti earthquake of 2010." *Encyclopædia Britannica* Disponível em: < <https://www.britannica.com/event/Haiti-earthquake-of-2010>> Acesso em: 13 de out. de 2017.

³⁷ Idem.

³⁸ "HURRICANE Matthew: Haiti storm disaster kills hundreds". *BBC*. Disponível em: < <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-37582009>> Acesso em : 13 de out. 2017.

³⁹ Aquela na qual a velocidade do vento passa a ser considerada catastrófica, sendo de 209 a 251 km/h. A tempestade nesta categoria tem capacidade para arrancar telhados e derrubar paredes inteiras.

⁴⁰ EARTH OBSERVATORY. Disponível em: < <https://earthobservatory.nasa.gov/NaturalHazards/view.php?id=88933>> Acesso em: 13 de out. de 2017.

de 15.263 pessoas deslocadas pelo furacão foram colocadas em 152 abrigos.⁴¹

Diante dos eventos catastróficos cada vez mais frequentes, novamente vem à discussão as questões concernentes ao meio ambiente.

Nesse sentido, o cientista Mario Molina, Nobel de Química por suas pesquisas sobre a camada de ozônio, afirma que "a mudança climática não causa os eventos extremos que vivemos, mas aumenta sua intensidade".⁴²

Conforme explica Maria Claudia, a análise da ONU revela que o número de desastres associados ao tempo e ao clima mais do que dobrou nos últimos 40 anos, passando de 3.017 entre 1976 e 1995 para 6.391 entre 1996 e 2015. Ainda, segundo o Escritório da ONU, apesar de a maioria das mortes relacionadas ao clima ocorrerem em países de baixa e média renda, esses são os que menos contribuem com emissão de gases de efeito estufa.⁴³

Masters explica que o número de catástrofes ambientais sofridas pelo Haiti encontra resposta no fato de que, em grande parte, não são desastres naturais, mas desastres causados por humanos. Para melhor compreensão, destaca que o Haiti é a nação mais pobre do Hemisfério Ocidental. Com o petróleo muito caro para a nação empobrecida, o carvão de árvores queimadas tornou-se a opção escolhida pelo país, tendo fornecido 85% ou mais da energia no Haiti há décadas.

Como resultado, a população mais desfavorecida do Haiti caçou excessivamente e cortou grandes quantidades de florestas, deixando as encostas das montanhas desertas, de modo que a água da chuva não encontra obstáculos.

Nesse sentido, Andressa Faria aponta que "o desmatamento e a perda da biodiversidade, agravados pelas queimadas, intensificam o processo de erosão, o assoreamento dos rios e, conseqüentemente a perda de fertilidade dos solos".⁴⁴

Em 1980, ressalta Masters, o Haiti ainda tinha 25% de suas florestas, permitindo que a nação suportasse grandes eventos de chuva sem o número de perdas que se observa atualmente. Ocorre que, a partir de 2004, apenas 1,4% das florestas do Haiti permaneceram, com isso, ainda que sem a intensidade de um furacão, fortes tempestades tropicais causaram devastadoras inundações que mataram milhares, muito devido a falta de cobertura das árvores.⁴⁵

Diante das conseqüências desses dois eventos naturais aqui relatados,

⁴¹ JONES, Sam; Holpuch, Amanda. "Haiti death toll rises to 842 after Hurricane Matthew, reports say." *The Guardian*. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/world/2016/oct/06/hurricane-matthew-haiti-rescuers-battle-reach-remote-areas>>. Acesso em: 13 de out. de 2017.

⁴² AYUSO, Javier. "Riscos de catástrofe global". *El Pais*. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/06/internacional/1507290307_867613.html> Acesso em: 13 de out. de 2017

⁴³ MARIA, Cláudia. "Haiti é o país com maior número de mortes por catástrofes naturais, diz ONU". *EBC Agência Brasil*. 2016. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-10/haiti-e-o-pais-com-maior-numero-de-mortes-por-catastrofes-naturais-diz-onu>> Acesso em: 25 de out. de 2017.

⁴⁴ FARIA, Andressa Virgínia de; et al. *Imigração Haitiana no Brasil*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p.621.

⁴⁵ MASTERS, Jeffrey. "Hurricanes and Haiti: A Tragic History." *Weather Underground*. Disponível em:< <https://www.wunderground.com/hurricane/haiti.asp>> Acesso em: 13 de out. de 2017..

vários haitianos optaram em migrar para outros países, dentre os quais está o Brasil, conforme se demonstrará no item que segue.

5. Os imigrantes haitianos no Brasil

As condições estruturais que resultam de desastres naturais podem fomentar o surgimento de um fenômeno migratório para outros locais do mundo, onde os atingidos enxergam melhores e maiores oportunidades.

Nessa perspectiva, a partir de 2010, verificou-se um intenso fluxo migratório haitiano para o Brasil. Outrora os principais destinos eram Estados Unidos, Canadá e França, mas com as restrições à entrada de migrantes nesses países, o Brasil tornou-se um espaço estratégico como destino ou rota migratória.⁴⁶

Os motivos para a inclusão do Brasil na rota do processo migratório dos haitianos, de acordo com Duval Fernandes et al, não são muito claros, contudo a presença de tropas brasileiras no país, devido a Missão das Nações Unidas para Estabilização do Haiti - Minustah, pode ter colaborado para propalar a ideia do Brasil como um país de oportunidades, especialmente em um momento em que grandes obras estavam em andamento e as taxas de desemprego mais baixas.⁴⁷

De acordo com o autor, os trajetos para entrada no Brasil são bem diversos e mudam ao longo do tempo. O mais comum e mais usado no início do fluxo migratório iniciava-se em Porto Príncipe por via aérea, com escalas no Panamá e, eventualmente, em São Domingo. Do Panamá, alguns iam para Quito, no Equador, enquanto outros iam para Lima, no Peru. A partir daí o trajeto era por meio terrestre ou fluvial com destino a fronteira do Brasil. Os locais mais comuns eram Tabatinga(AM), Assis Brasil(AC) e Brasiléia(AC). Após a entrada em território nacional por meio das cidades mencionadas, dentre outras em regiões de fronteira, outros estados e cidades são escolhidos como destino.

Conforme explicam Laís Giovanetti e Juliana Silva, como não há como comportar todos em abrigos, os haitianos, em princípio, são recebidos em acampamentos públicos improvisados pelo governo brasileiro, local que permanecem até a regularização necessária para seguir viagem e trabalhar em outras regiões do país.⁴⁸

Nesse sentido, segundo dados do Questionário Sobre a Situação dos/as Migrantes e/ou Solicitantes de Refúgio no Abrigo de Brasiléia/Acre, realizado pela Secretaria de Direitos humanos/ PR, no período de 30 de outubro a 02 de novembro de 2013, dentre os destinos mais procurados pelos haitianos estão São Paulo, Santa Catarina e Paraná.⁴⁹

De acordo com Laís Giovanetti e Juliana Silva, desde o fim da 2ª Guerra

⁴⁶ BAENINGER, Rosana; et al. *Imigração Haitiana no Brasil*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p.9.

⁴⁷ Idem, p. 95.

⁴⁸ SILVA, Juliana; GIOVANETTI, Laís. *Migrações Contemporâneas no Brasil: a Imigração Haitiana e as Ações Preventivas do Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho*. Direito internacional dos direitos humanos. Coordenadores: Cecilia Caballero Lois, Daniela da Rocha Brandao, Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

⁴⁹ PRESIDENCIA DA REPÚBLICA- SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. "Questionários Sobre a Situação dos/as Migrantes e/ou Solicitantes de Refúgio no Abrigo de Brasiléia/Acre." Disponível em: < <http://www.migrante.org.br/images/arquivos/pesquisa-migrantes-brasileira-acre.pdf> > Acesso em 18 de out. de 2017.

Mundial, não se via no Brasil uma quantidade tão expressiva de imigrantes, originários do Hemisfério Norte, que entraram no país em situação irregular. Diante dessa nova dinâmica, desafios foram trazidos ao Governo Brasileiro no que tange as políticas públicas de acolhimento.⁵⁰

De qualquer forma, logo após a entrada em território brasileiro, os haitianos precisam enfrentar o processo de regularização de sua situação. Com isso, é feita a solicitação de refúgio à autoridade migratória nas cidades fronteiriças.

Impende assinalar que o tratamento jurídico dado pelo Brasil aos refugiados encontra-se em consonância com que foi estabelecido na Convenção de 1951, no Protocolo de 1967 e na Convenção de Cartagena de 1984. Assim, perante a legislação brasileira será reconhecido como refugiado aquele indivíduo que:

“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;

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.”⁵¹

Com a abertura do processo, é emitido um protocolo que serve como documento provisório enquanto a solicitação de refúgio é analisada pelo CONARE. Acontece que pelo fato de a solicitação de refúgio ser justificada pelos acontecimentos decorrentes de eventos naturais, e por estes não se encaixarem nos requisitos definidos em lei, ela é recusada.

Nisto, verifica-se a necessidade de se instituir regras específicas para a proteção jurídica daquelas pessoas em condição de vulnerabilidade perante a necessidade de deslocamento humano forçado, provocado por questões eminentemente ambientais.

Os casos recusados pelo CONARE, contudo, por meio da resolução nº 08/06, podem ser encaminhados ao CNIg, Conselho Nacional de Imigração, para avaliação, facultando-lhe a concessão de visto para que os estrangeiros possam permanecer no país por razões humanitárias.

A concessão desses vistos, segundo Laís Giovanetti e Juliana Silva “levou a ampliação do número de haitianos que chegam à fronteira do Brasil, levando a situação de calamidade os municípios fronteiriços que, por conta da sua pouca infraestrutura, não tinham como atender à crescente demanda dos imigrantes em

⁵⁰ SILVA, Juliana; GIOVANETTI, Laís. *Migrações Contemporâneas no Brasil: a Imigração Haitiana e as Ações Preventivas do Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho. Direito internacional dos direitos humanos*. Coordenadores: Cecilia Caballero Lois, Daniela da Rocha Brandao, Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

⁵¹ BRASIL, Art. 1, Lei n. 9.474, 1997.

suas necessidades básicas mínimas.”⁵²

Para João Carlos J. Silva, a vinda em massa desses migrantes para o Brasil, especialmente por meio terrestre no norte do país em estados como Amazonas e Acre e, posteriormente, com a sua circulação pelo território nacional, demonstraram o quanto o país está despreparado para receber essas pessoas, tanto do ponto de vista normativo e institucional como também social. Segundo o autor, o despreparo evidenciou as lacunas no modelo migratório brasileiro, mas também, com um olhar um pouco mais otimista, resultou em possibilidades de avanço, tendo em vista as diferentes respostas ao tema em diversas localidades.⁵³

Nessa lógica, de acordo com a perspectiva do autor, podem-se mencionar as autoridades do Acre que se propuseram a oferecer um serviço de recepção, por meio da oferta de abrigo e transporte para que esses migrantes chegassem ao estado de Rondônia, à região centro-oeste, ao sudeste e ao sul, bem como a disponibilização dentro do abrigo de acesso aos órgãos responsáveis pela emissão de carteira de trabalho e previdência social. No estado de São Paulo merece destaque a criação da Coordenação de políticas para migrantes, vinculada à Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania (SMDHC). Iniciativas como as relatadas foram as pioneiras realizadas pelo Poder Público.

Em outras localidades, no entanto, as autoridades estadual e municipal pouco fizeram, deixando a cargo da sociedade civil, com atuação expressiva de grupos religiosos, as ações de recepção e atenção a esses migrantes.

Com isso, percebe-se que o tratamento dado a problemática que tem se desenvolvido está longe de ser o ideal, posto que não há uma figura jurídica reconhecida que garanta a efetivação de direitos aos refugiados ambientais, o que se tem são meios paliativos.

Nesse sentido, diante da falta de amparo jurídico no que concerne a questão dos refugiados ambientais e as proporções que a questão dos haitianos vinha tomando no território nacional, o CNIg, aprovou, por razões humanitárias, a concessão de visto de permanência a haitianos, estabelecendo, no entanto, alguns limites.

Assim, o CNIg dispôs a Resolução nº 97/12 . Segundo a referida resolução:

“Art. 1º Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro. Parágrafo único. Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010.”⁵⁴

⁵² SILVA, Juliana; GIOVANETTI, Lais. *Migrações Contemporâneas no Brasil: a Imigração Haitiana e as Ações Preventivas do Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho*. Direito internacional dos direitos humanos. Coordenadores: Cecilia Caballero Lois, Daniela da Rocha Brandao, Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p 392.

⁵³ SILVA, João Carlos Jarochinski; et al . *Imigração Haitiana no Brasil*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p.400.

⁵⁴Resolução Normativa CNIg nº 97 de 12/01/2012. Disponível em: < <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=116083>> Acesso em: 18 de out. de 2017.

Com isso, fixou-se o prazo de 5 anos para os haitianos e definiu-se a cota de 1.200 vistos ao ano a serem concedidos pela Embaixada Brasileira em Porto Príncipe. Outro ponto importante a ser mencionado é que com esse fluxo de haitianos ocasionado pelo terremoto e pela miséria, os “coiotes”, denominação dada a essas pessoas que atravessam emigrantes, passaram a explorar os haitianos, os trazendo para território brasileiro em troca de altas dívidas, e usando seus familiares que permaneceram no Haiti como reféns ou como escravos. Além disso, como pontua o autor, eles tinham que trabalhar durante anos apenas para pagar a viagem.⁵⁵

Duval Fernandes ao avaliar a aplicação da resolução, destaca que apesar da apreciável tentativa de sanar um problema que estava tomado proporções de calamidade pública e de coibir a ação de coiotes, o efeito foi inverso, a rede de tráfico de imigrantes se ampliou e novas rotas foram incorporadas. Além disso, o número de vistos concedidos não atendia a crescente demanda, tendo em vista que restringia a mil e duzentos vistos por ano, correspondendo a uma média de cem concessões por mês.⁵⁶

Mediante tal situação, parágrafo único do art.2 foi alterado por meio da resolução nº 102/13, retirando, assim, a limitação ao número de vistos concedidos. Apesar da alternativa de visto humanitário utilizada, necessário de faz mencionar as dificuldades pelas quais os haitianos tiveram que passar. Segundo o autor “do ponto de vista social, a realidade nas fronteiras amazônicas se assemelha àquela dos campos de refugiados, onde grandes contingentes de pessoas convivem com o racionamento de alimentos e água e sem as condições mínimas de higiene e água”.⁵⁷

Ademais, a demora na concessão do visto entrava em conflito com a urgência de se conseguir um trabalho, tendo em vista que a oficialização do visto só foi feita após dois anos por meio da resolução 97/12.

A resolução normativa nº97/12 teria validade de dois anos, mas teve seu prazo prorrogado pelas resoluções nº 106 /13, 113 /14, 117/15, 123/16. Esta última estendendo o prazo até 30 de outubro de 2017. Assim, foi prorrogada pelo quarto ano consecutivo a emissão de visto humanitário para os haitianos, em vigor desde janeiro de 2012.

Segundo informações do Portal Brasil, até setembro de 2016 existiam no país cerca de 80 mil imigrantes haitianos que foram formalizados com a concessão de visto humanitário ou encontravam-se em processo de residência permanente.⁵⁸

Diante da escolha da Resolução Normativa 97/12 como meio de proteção, Castralli e Silveira opinam no sentido de que a iniciativa “revela-se válida e conforme com o valor da solidariedade, entretanto, incompleta e inacabada como

⁵⁵ SANTAYANA, Mauro. “A questão haitiana”. 2014. *Jornal do Brasil*. Disponível em: < <http://www.jb.com.br/coisas-da-politica/noticias/2014/04/25/a-questao-haitiana/>> Acesso em: 19 de out. de 2017.

⁵⁶ FERNANDES, Duval; et al . *Imigração Haitiana no Brasil*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p.103.

⁵⁷ Idem, p.222.

⁵⁸ GOVERNO DO BRASIL. *Governo prorroga visto humanitário para haitianos*. 2016. Disponível em:< <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/09/governo-prorroga-visto-humanitario-para-haitianos>> Acesso em: 19 de out. 2017.

ação humanitária ou como medida de proteção.”⁵⁹

Tal constatação feita pelos autores supramencionados está intimamente ligada ao fato de que o meio adotado não resolve o problema. Ademais, ausência de normativa específica e a infraestrutura precária impossibilitam esses indivíduos ao gozo de direitos constitucionalmente previstos e no recomeço no território nacional. Ainda assim, parece que a questão enfrentada alertou as autoridades quanto à necessidade de normativas que atendam a questão ambiental.

No Brasil, o assunto relativo a essa questão não era expresso em lei, mas passou a ser contemplado pela Lei nº 13.445/2017, lei de migração. Por oportuno, vale ressaltar que o visto humanitário é aquele concedido ao indivíduo que busca a entrada em outro país em caráter de emergência. Cada país tem sua forma de regulamentar.

Nesse sentido, conforme explica Jubilut et al “os vistos humanitários do Brasil são uma ferramenta importante na proteção complementar, oferecendo vias legais para migrantes forçados alcançarem um país mais seguro.”⁶⁰

De acordo com o art. 14,§3 de lei de migração:

“O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido 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, na forma de regulamento.” (grifos nossos)⁶¹

A nova lei que trata da temática passou, assim, a incluir a concessão de visto humanitário àqueles que tenham se deslocado por motivos ambientais. Além disso, tomou medidas quanto à atuação de coiotes. Nesse sentido, a lei de migração, por meio do art. 115, alterou o Código Penal para criminalizar a conduta desses atravessadores. Assim, a Lei Penal passou a dispor como crime:

“Art. 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1o Na mesma pena incorre quem promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro.

§ 2o A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se:

I - o crime é cometido com violência; ou

II - a vítima é submetida a condição desumana ou degradante.

§ 3o A pena prevista para o crime será aplicada sem prejuízo das

⁵⁹ CASTRALLI, Renata Barbosa; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *Os Refugiados Ambientais Haitianos e o Valor da Solidariedade*. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=770bb6554eb438d0> > . Acesso em: 20 de out. de 2017.

⁶⁰ JUBILUT, Liliana Lyra, et al. “Humanitarian visas: building on Brazil's experience.” *Forced Migration Review* Disponível em: < <http://www.fmreview.org/community-protection/jubilut-andrade-madureira.html> > . Acesso em: 09 de nov. de 2017.

⁶¹ BRASIL, art.14,§3, Lei nº 13.445, de 24 de Maio de 2017.

correspondentes às infrações conexas.”⁶²

Percebe-se, portanto, esforços feitos pelo governo brasileiro com as resoluções que conferiram aos haitianos o visto humanitário, e agora com a fixação em lei a respeito da concessão aos migrantes por desastres ambientais, mas, ainda assim se revela frágil o amparo proporcionado.

Assim, retomando a ideia da necessidade de regulamentação específica à categoria dos refugiados ambientais, entende-se necessária a positivação de regras bem delineadas para a proteção jurídica dessas pessoas, e não apenas os meios que são utilizados atualmente, como a proteção humanitária no caso do Brasil.⁶³

Esses indivíduos em condição de vulnerabilidade necessitam de regras mais amplas e protetivas capazes de suprir as carências de um migrante forçado. De igual modo, o Poder Público precisa contar com regras instituídas que definam sua atuação e garanta meios para que ela seja realizada. Nisto reside a importância do reconhecimento dessa categoria migratória.

Em âmbito global, a formulação de um documento internacional nesse sentido, revela-se importante, na medida em que os Estados poderão ser pressionados a aderir e a aplicar em seus ordenamentos internos.

6. Considerações finais

Os desastres ambientais causados em grande medida pela interferência humana no meio ambiente são ensejadores de grandes fluxos migratórios. Esse grupo de pessoas que se vê forçado a se deslocar são aqui denominados refugiados ambientais, embora não haja o reconhecimento formal.

Com efeito, muito tem se debatido na doutrina quanto a melhor categorização, tendo em vista as consequências que decorrerão desse status. Como visto, há aqueles que defendem a inclusão no rol estabelecido pela ONU, assim como também há aqueles que sustentam a necessidade de existência de uma nova categoria, independente da Convenção de 1951. Fato é que existe estas pessoas encontram-se em um “limbo jurídico” que precisa do tratamento adequado a atender suas demandas.

Diante dessa necessidade de amparo legal a esses indivíduos, alguns países têm esboçado esforços no sentido de proteger essas pessoas, ainda que sem reconhecer formalmente a categoria de refugiados ambientais. Neste sentido, o Brasil, por meio da nova lei de migrações, concede o visto temporário para acolhida humanitária em situações de desastre ambiental.

⁶² BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.

⁶³ Conforme vários estudos que tratei há anos sobre esta matéria, como por exemplo: *Curso de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. O instituto jurídico do refúgio à luz dos Direitos humanos. *Ius Gentium*, v. 7, 2016. O refugiado à luz do direito internacional ambiental, artigo publicado na *Ius gentium* (Facinter), v. 6, 2009. O direito internacional e a figura do refugiado ambiental: reflexões a partir da ilha de Tuvalu, artigo publicado nos *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília, 2008.

Apesar do esforço depreendido no sentido de prestar alguma assistência, imperioso ampliar o rol de refugiados na Convenção da ONU ou o desenvolvimento de nova normativa que reconheça a categoria específica aqui tratada, para que haja uma tutela internacional mais sólida a esse grupo.

Neste estudo priorizou-se o caso dos haitianos, a partir de dois desastres ambientais (o terremoto em 2010 e o furacão em 2016) que acabaram por escolher o Brasil como abrigo. Por não haver regulamentação legal sobre a matéria, diante dos inúmeros haitianos que chegavam ao Brasil, a opção adotada pelo CNIg foi a concessão de visto humanitário.

O fluxo migratório começou em 2010 após o terremoto e com isso diversos pedidos de refúgio foram apresentados, mas como a situação não se enquadrava nas hipóteses descritas na Convenção da ONU, bem como na lei de refúgio brasileira (o Brasil é um dos países que adotam a Convenção), os pedidos eram negados.

Em 2012, com o intuito de resolver a questão, o CNIg dispôs a matéria por meio da resolução nº 97/2012, que concedeu visto humanitário aos haitianos; todavia, como a ação de coiotes se tornou intensa, de certo modo em razão da própria resolução, o número de vistos concedidos foi reduzido. Diante da ineficácia da tentativa de coibir a ação dos atravessadores, a resolução que limitava foi revogada. A resolução 97/2012 foi prorrogada mais quatro vezes e permitiu a concessão do visto por mais tempo, tendo em vista que cada vez mais haitianos vinham para o Brasil em busca de amparo.

O período de validade da última resolução que prorrogou o prazo expirou em 30 de outubro de 2017, tendo sido a disposição alterada por força da nova Lei de migrações, Lei nº 13.445/2017. De modo diverso à resolução, que era aplicada apenas aos haitianos, a lei estende-se a todos que se encaixem em suas especificações.

Sem embargo, a referida lei trouxe a possibilidade de concessão de visto humanitário em caso de desastres ambientais, bem como alterou o código penal para criminalizar a conduta dos coiotes.

Por fim, deve-se destacar que o Estado brasileiro, que consagra a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, concebe a nova lei de migração (13445/2017) em excelente hora, posto que chegou para contribuir, não apenas para com aqueles que encontram-se fora de seu país de origem, incluindo-se a situação ambiental, mas também para o próprio Estado brasileiro, que além de possibilitar o ingresso e acesso incondicional para os imigrantes, tornando-os visíveis, proporcionará, por meio da participação dos mesmos, maior crescimento e inserção do país no cenário internacional.

7. Referências bibliográficas

- ACNUR. *Cartilha para solicitante de refúgio no Brasil*. Disponível em :<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2014/Cartilha_para_solicitantes_de_refugio_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 20 de set. 2017.
- ANDRADE & ANGELUCC. "Refugiados Ambientais: Mudanças Climáticas e Responsabilidade Internacional." *Holos*. 2016, p. 190-194. Disponível em: <

- <http://www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/view/4165/1523>> Acesso em: 06 de out. de 2017.
- AYUSO, Javier. "Riscos de catástrofe global". *El País* Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/06/internacional/1507290307_867613.html> Acesso em: 13 de outubro de 2017.
- BAENINGER, Rosana; et al . *Imigração Haitiana no Brasil*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.
- BBC. *Hurricane Matthew: Haiti storm disaster kills hundreds*. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-latin-america-37582009>> Acesso em : 13 de out. 2017.
- CARDY W, Franklin G. "Environment and Forced Migration." *Forced Migration online*. Disponível em <http://repository.forcedmigration.org/show_metadata.jsp?pid=fmo:1158> Acesso em: 09 de junho de 2017.
- CASTLES, Stephen. "Environmental change and forced migration: making sense of the debate." *UNHCR Working Paper*, n. 70, Geneva, 2002. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/research/working/3de344fd9/environmental-change-forced-migration-making-sense-debate-stephen-castles.html>> Acesso em: 29 de setembro de 2017.
- CASTRALLI, Renata Barbosa; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *Os Refugiados Ambientais Haitianos e o Valor da Solidariedade*. Disponível em:<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=770bb6554eb438d0>> . Acesso em: 20 de out. de 2017.
- CLARO, Carolina de Abreu Batista. "A Proteção dos "Refugiados Ambientais" no Direito Internacional". Tese (Direito Internacional) – *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo. 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08042016-155605/pt-br.php>> Acesso em : 25 de setembro de 2017.
- FRANCISCO, Wagner de Cerqueria e. "O Terremoto no Haiti"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-terremoto-no-haiti.htm>>. Acesso em 12 de outubro de 2017.
- FARIA, Andressa Virgínia de; et al . *Imigração Haitiana no Brasil*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016
- GIDDENS, Anthony. *Global Europe, social Europe*. Cambridge: Polity Press, 2006.
- GLOBALIZATION 101. *Environmental Refugees*. Disponível em:<<http://www.globalization101.org/environmental-refugees/>> Acesso em: 25 de setembro de 2017.
- GOVERNO DO BRASIL. *Governo prorroga visto humanitário para haitianos*. 2016. Disponível em:<<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/09/governo-prorroga-visto-humanitario-para-haitianos>> Acesso em: 19 de outubro de 2017.
- GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GUERRA, Sidney. *O instituto jurídico do refúgio à luz dos Direitos humanos*. Curitiba: Ius Gentium, v. 7, 2016.
- GUERRA, Sidney. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUERRA, Sidney. *O refugiado à luz do direito internacional ambiental*. Curitiba: Ius gentium (Facinter), v. 6, 2009.
- GUERRA, Sidney. *O direito internacional e a figura do refugiado ambiental: reflexões a partir da ilha de Tuvalu, artigo publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília, 2008.
- GUERRA, Sidney. *Sociedade de risco e o refugiado ambiental*. Direito no século XXI. Curitiba: Juruá, 2008.
- GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian. *Direito das minorias e grupos vulneráveis*. Ijuí: Unijuí, 2008.

- HANCOCK, Jaime Rubio. "Sete lugares que vivem a espera da próxima catástrofe." *El País*. Disponível em: <
https://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/27/internacional/1430152000_608140.html> Acesso em: 13 de out. de 2017.
- HURRICANE Matthew: "Haiti storm disaster kills hundreds". *BBC*. Disponível em: <
<http://www.bbc.com/news/world-latin-america-37582009>> Acesso em : 13 de out. 2017.
- ITAMARATY. *Refúgio no Brasil*. Disponível em:
<http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/refugio-no-brasil> > Acesso em: 20 de set. de 2017.
- JONES, Sam; Holpuch, Amanda. "Haiti death toll rises to 842 after Hurricane Matthew, reports say." *The Guardian*. Disponível em: <
<https://www.theguardian.com/world/2016/oct/06/hurricane-matthew-haiti-rescuers-battle-reach-remote-areas>>. Acesso em: 13 de out. de 2017.
- JORDAN, Bill. *Irregular migration: the dilemmas of transnational mobility*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2002.
- JUBILUT, Liliana Lyra, et al. "Humanitarian visas: building on Brazil's experience." *Forced Migration Review*. Disponível em: <
<http://www.fmreview.org/community-protection/jubilut-andrade-madureira.html>> . Acesso em: 09 de nov. de 2017.
- MAIA, Rui Leandro Alves. *O sentido das diferenças: migrantes e naturais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- MARIA, Cláudia. "Haiti é o país com maior número de mortes por catástrofes naturais, diz ONU". *EBC Agência Brasil*. 2016. Disponível em: <
<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-10/haiti-e-o-pais-com-maior-numero-de-mortes-por-catastrofes-naturais-diz-onu>> Acesso em: 25 de out. de 2017.
- MASTERS, Jeffrey. "Hurricanes and Haiti: A Tragic History". *Weather Underground*. Disponível em:< <https://www.wunderground.com/hurricane/haiti.asp>> Acesso em: 13 de outubro de 2017.
- MAY, Sandra. "What Is Climate Change?". *NASA* . Disponível em: <
<https://www.nasa.gov/audience/forstudents/k-4/stories/nasa-knows/what-is-climate-change-k4.html>> Acesso em: 25 de out. de 2017.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. "A questão dos "refugiados" climáticos e ambientais no Direito Ambiental". *Conjur*. Disponível em: <
<https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/ambiente-juridico-questao-refugiados-climaticos-ambientais-direito-ambiental>> Acesso em: 30 de out. de 2017.
- MYERS, Norman. *Environmental refugees: an emergent security issue*. Disponível em: <<http://www.osce.org/eea/14851?download=true>> Acesso em: 02 de maio de 2017.
- PALLARDY, Richard. "Haiti earthquake of 2010". *Encyclopædia Britannica*. Disponível em: < <https://www.britannica.com/event/Haiti-earthquake-of-2010>> Acesso em: 13 de out. de 2017.
- PRESIDENCIA DA REPÚBLICA- SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. *Questionários Sobre a Situação dos/as Migrantes e/ou Solicitantes de Refúgio no Abrigo de Brasília/Acre*. Disponível em: <
<http://www.migrante.org.br/images/arquivos/pesquisa-migrantes-brasileira-acre.pdf>> Acesso em 18 de outubro de 2017.
- PROJET DE CONVENTION RELATIVE AU STATUT INTERNATIONAL DES DÉPLACÉS ENVIRONNEMENTAUX*. Disponível em:
 <<http://www.observatorioeco.com.br/wp-content/uploads/up/2010/09/projet-de-convention-relative-au-statut-international-des-daplacas-environnementaux2.pdf>>. Acesso em: 30 de out. de 2017.
- RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. *Ultrapassando Fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

- RAMOS, Erika Pires. "Refugiados Ambientais: em busca de reconhecimento pelo Direito Internacional". Tese (Direito Internacional) – *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 2011. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-10082012-162021/pt-br.php> > Acesso em: 29 de setembro de 2017.
- RESOLUÇÃO Normativa CNIg nº 97 de 12/01/2012. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116083> > Acesso em: 18 de out. de 2017.
- SANTAYANA, Mauro. "A questão haitiana". 2014. *Jb*. Disponível em: < <http://www.jb.com.br/coisas-da-politica/noticias/2014/04/25/a-questao-haitiana/> > Acesso em: 19 de out. de 2017.
- SILVA, José Antônio Tietzmann. "Os refugiados ambientais à luz da proteção internacional dos direitos humanos". *Revista dos Tribunais*. Vol 86, 2017.
- SILVA, Juliana; GIOVANETTI, Lais. *Migrações Contemporâneas no Brasil: a Imigração Haitiana e as Ações Preventivas do Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho*. Direito internacional dos direitos humanos. Coordenadores: Cecilia Caballero Lois, Daniela da Rocha Brandao, Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- SUHRKE, Astri. *Pressure Points: Environmental Degradation, Migration and Conflict*. Disponível em: < <https://www.cmi.no/publications/file/1374%20pressure-points-environmental-degradation.pdf> > Acesso em: 29 de setembro de 2017.
- UNITED NATIONS. *Problems of the Human Environment*. Disponível em: < <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/243/58/IMG/NR024358.pdf?OpenElement> > Acesso em: 25 de out. de 2017.
- UNHCR. *Environment, Disasters and Climate Change*. Disponível em: < <http://www.unhcr.org/environment-disasters-and-climate-change.html> >. Acesso em: 25 de setembro de 2017.
- WALDELY, Aryadne Bittencourt; VIRGENS, Bárbara Gonçalves; ALMEIDA, Carla Miranda Jordão. "Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil." *SciELO*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a08.pdf>> Acesso em: 25 de out. de 2017.

O DIREITO E AS PRÁTICAS SUSTENTÁVEIS NO AGRONEGÓCIO BRASILEIRO: uma análise pautada na teoria das capacidades humanas

THE LAW AND SUSTAINABLE PRACTICES IN BRAZILIAN AGRIBUSINESS: an analysis based on the theory of human capacities

Patrícia Spagnolo Parise Costa¹

Universidade de Rio Verde, Goiás, Brasil

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Primeiras linhas sobre agronegócio. 3. Distorções no âmbito do agronegócio. 3.1. O agronegócio como fator antropogênico causador de desastres ambientais. 4. Agronegócio, Estado De Direito ambiental esustentabilidade. 5.Desenvolvimento e direito ao desenvolvimento na perspectiva das capacidades humanas.6.O papel do Estado e do Direito no processo de alinhamento entre as práticas sustentáveis, o Direito ao desenvolvimento e as políticas públicas no setor do agronegócio.7.Considerações finais. Referências.

Resumo: O agronegócio é fonte de riquezas para o Brasil. As legislações impõem parâmetros para sua implantação sustentável. Mas, será que o agronegócio atende, de fato, a tais preceitos legais? Qual o papel do Estado e do Direito no processo de alinhamento entre crescimento econômico e proteção aos direitos fundamentais e ao meio ambiente? O objetivo do estudo foi contribuir para possíveis respostas a estes questionamentos, a partir da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo. Concluiu-se que as políticas voltadas ao agronegócio têm sucumbido aos interesses mercadológicos. A teoria das capacidades humanas pode orientar a criação de políticas públicas no setor.

Palavras-chave: Direito ao desenvolvimento. Vulnerabilidade social. Danos ambientais. Estado de direito ambiental. Liberdades substantivas.

Abstract: Agribusiness is a source of wealth for Brazil. Legislation imposes parameters for its sustainable implementation. But, does agribusiness in fact comply with such legal precepts? What is the role of the State and Law in the process of aligning economic growth with protection of fundamental rights and the environment? The objective of the study was to contribute to possible answers to these questions, based on the bibliographic research and the deductive method. It was concluded that agribusiness policies have succumbed to market interests. The theory of human capabilities can guide the creation of public policies in the sector.

Keywords: Right to development. Social vulnerability. Environmental damage. Environmental rule of law. Substantive freedoms.

1 INTRODUÇÃO

O agronegócio é atividade essencial para o crescimento econômico do Brasil e do mundo. Objeto de estudo do Direito do Agronegócio - o mais novo sub-ramo do Direito Comercial - vai além dos limites do campo, unindo as atividades agrícolas, as pecuárias, as industriais e as de serviços. Na teoria, devem-se alinhar a práticas inerentes a estas atividades à ideia de segurança alimentar e de

¹Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – RS. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – SP. Advogada. Professora de Direito Constitucional na Universidade de Rio Verde – GO.

preservação do meio ambiente, com fundamento nos critérios da sustentabilidade e de forma a trazer o desenvolvimento em todas as suas esferas – econômica, social, política, cultural e, também, individual, concretizando, desta forma, os demais direitos fundamentais do homem. Esses preceitos orientadores coadunam-se com o chamado Estado de Direito Ambiental.

Contudo, nem sempre estas diretrizes são seguidas no âmbito da rede de agronegócio. A agricultura, por exemplo, atividade altamente rentável no Brasil, tem sido a responsável por vasto dano ambiental no País, em virtude do progressivo desmatamento para fins de preparo do solo e plantio das sementes e mudas e também, para pastagens. E neste processo, a própria mecanização é um fator de poluição atmosférica, na medida em que os maquinários utilizam óleo diesel, um tipo de combustível fóssil que prejudica a qualidade do ar, mantendo relação direta com o chamado efeito estufa.

O efeito estufa, por sua vez, tem levado ao crescente aquecimento global, acarretando as mais diversas alterações climáticas, expressas na forma de desastres, como fortes chuvas com inundações. Lembrando, ainda, que a retirada da cobertura vegetal (mata ciliar) para fins de plantio acarreta a erosão e o assoreamento dos rios, propiciando grandes alagamentos ao receber um grande volume de água da chuva, atingindo as populações mais vulneráveis, inclusive, os pequenos produtores e camponeses que vivem nessas regiões e que se dedicam à agricultura familiar.

No que se refere à agricultura familiar, apesar da existência de políticas de incentivo, o fato é que não há possibilidade de concorrência com os grandes produtores, o que leva o homem do campo a um patamar de fome e pobreza, ou seja, a uma condição de vulnerabilidade.

Claro que existem legislações no Brasil que buscam compatibilizar as práticas do agronegócio com a preservação do meio ambiente e a proteção das populações mais vulneráveis. Ocorre que tais preceitos legais vêm sendo gradativamente enfraquecidos à luz de políticas públicas pautadas em interesses políticos, com o intuito de beneficiar os grandes produtores rurais, mitigando, em diferentes situações, as punições por danos ambientais.

Neste cenário, surge o questionamento se o agronegócio no Brasil se desenrola, de fato, dentro dos parâmetros da sustentabilidade e mais, se ele atua como instrumento de efetivação do direito ao desenvolvimento nas esferas econômica, social, cultural, política e individual, ou se, ao contrário, acaba sendo um agente causador de vulnerabilidade, fundado em um modelo econômico preso às vantagens mercadológicas, incorrendo, ainda, em práticas de caráter antropogênico que contribuem para a ocorrência de desastres ambientais. Questiona-se, também, qual seria o papel do Estado e do Direito no processo de alinhamento entre as práticas sustentáveis, o direito ao desenvolvimento e as políticas públicas voltadas ao agronegócio, de forma a alocar esta atividade no cerne do chamado Estado de Direito Ambiental, além de buscar a concretização de esforços para mitigar a vulnerabilidade das comunidades camponesas e ribeirinhas.

Este estudo justifica-se à luz do atual cenário político e econômico do País, em que se observa um crescimento econômico significativo no setor do agronegócio, diretamente proporcional às áreas desmatadas e à pobreza e à fome, inclusive no próprio campo, bem como a ocorrência cada vez mais frequente de desastres, como enchentes e inundações, decorrentes, dentre outros fatores, da retirada da mata ciliar. Isso tudo em meio às diversas legislações existentes no sentido de proteger o meio ambiente e o trabalhador, tornadas inócuas em decorrência de políticas públicas que, muitas vezes, tem focado mais nos lucros do

que no fator humano. Assim, na medida em que o agronegócio vem se fortalecendo, de se primar por políticas públicas e normas jurídicas pautadas em moldes sustentáveis e com vistas ao direito ao desenvolvimento em todas as suas nuances, em consonância com os direitos fundamentais e com o Estado de Direito Ambiental.

Com o estudo objetiva-se, portanto, analisar até que ponto o agronegócio no Brasil tem se desenvolvido de forma alinhada com a sustentabilidade, tanto no prisma ambiental, quanto social, levando em consideração o fator humano. Pretende-se, ademais, avaliar se as políticas públicas implantadas pelo Estado têm sido efetivas na concretização de tal desiderato de sustentabilidade e do direito ao desenvolvimento em todas as suas esferas, bem como pontuar possíveis bases teóricas que possam contribuir para uma reflexão que convirja em um novo paradigma de atuação do Estado e do papel do Direito neste processo.

Quanto à metodologia utilizada para a condução do estudo, a técnica de pesquisa pauta-se na documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica. O método de abordagem é o dedutivo.

2 PRIMEIRAS LINHAS SOBRE AGRONEGÓCIO

A importância do agronegócio para a economia brasileira é reconhecida mundialmente. Contudo, sua conceituação é um tanto complexa, uma vez que vai além dos limites do campo, unindo as atividades agrícolas, industriais e de serviços. Também é chamado de rede negocial pelos economistas.

Coelho² explica melhor tal conceito:

O agronegócio não se limita, assim, especificamente à plantação e cultivo das *commodities* agrícolas (cana, soja, milho, trigo, café etc.), embora esta atividade esteja no centro da rede agronegocial. Também a integram a produção e comercialização de sementes, adubos e demais insumos, distribuição, armazenamento, logística, transporte, financiamento, conferência de qualidade e outros serviços, bem como o aproveitamento de resíduos de valor econômico. É, na verdade, a interligação racional de todas essas atividades econômicas que compõem o agronegócio, e não cada uma delas em separado. [...] O agronegócio é a rede em que se encontram o produtor rural (que sabe plantar e colher soja, mas não compreende e não quer se expor aos riscos da variação dos preços) e a trading (cuja *expertise* é o mercado internacional de *commodities* agrícolas, e os instrumentos financeiros que podem poupar os produtores rurais das oscilações dos preços). Cada um, cuidando daquilo que sabe fazer melhor, contribui para a plena eficiência da integração racional da rede de negócios.

O agronegócio constitui o objeto de estudo de um novo sub-ramo do Direito Comercial, o chamado Direito do Agronegócio, que cuida de institutos jurídicos típicos da relação entre empresários, contudo, não se confundindo com o Direito Agrário, pois seu objeto repousa sobre os usos da propriedade rural³.

Importante ainda ressaltar que o Direito do Agronegócio se apoia em princípios próprios, quais sejam: a) função social da cadeia agroindustrial: decorrente do princípio da função social da empresa, este princípio estabelece que as atividades econômicas exploradas na cadeia devam contribuir para a proteção do

²ULHOA COELHO, F. "Prefácio", em VV.AA. (Buranello, R.), *Manual do direito do agronegócio*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 16.

³ULHOA COELHO, F. "Prefácio", em VV.AA. (Buranello, R.), *Manual do direito do agronegócio*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 16.

meio ambiente e para o aumento da produção de alimentos, bioenergia e fibras, com vistas aos desafios globais decorrentes do crescimento populacional, com o intuito de preservar a segurança alimentar; b) proteção da cadeia agroindustrial: de acordo com este princípio, a cadeia agroindustrial é um bem juridicamente protegido e isso se deve ao interesse nacional; c) desenvolvimento agroempresarial sustentável: estabelece que todas as atividades inerentes à agricultura, pecuária, exploração florestal e pesca devem ser pautadas no uso adequado da água, do solo, dos recursos genéticos animais e vegetais, também pressupondo os processos técnicos apropriados e economicamente equilibrados; d) integração das atividades em cadeia agroindustrial: segundo o qual o interesse na proteção da cadeia se sobrepõe aos interesses individuais dos empresários que a compõem⁴.

Deve-se pontuar, a propósito dos princípios que norteiam o Direito do Agronegócio, que aquele definido como integração das atividades em cadeia agroindustrial vai mesmo além dos limites do Brasil, o interesse acaba sendo transnacional. Existem estudos e projeções que pontuam que a segurança alimentar do mundo todo depende do desenvolvimento do agronegócio no País. Para o autor, na medida em que a lei assegurar a proteção da cadeia sobre interesses individuais dos empresários que a compõem, estará assegurando os direitos de todos os povos e, também, das gerações futuras⁵.

É certo que o desenvolvimento está intimamente ligado à modernização da agricultura. Buranello⁶, traçando um histórico sobre a modernização da agricultura no Brasil, pontua que esta ocorreu durante a ditadura militar, por meio da retomada de políticas públicas focadas na criação de uma agricultura bastante técnica. Isso com vistas à "expansão das fronteiras agrícolas, concessão de créditos e subsídios para o setor, utilização de novas tecnologias e privilégios aos produtos de exportação ou vinculados a programas energéticos, como o Proálcool".

De lá para cá, em virtude dos investimentos em pesquisa e inovação tecnológica, o Brasil vem se tornando um dos principais produtores e exportadores agrícolas do mundo, sendo que o agronegócio contribui para a formação de aproximadamente 30% do Produto Interno Bruto⁷.

Paralelamente, a legislação ambiental brasileira vem criando normas de proteção ao meio ambiente, de forma a garantir que a propriedade privada atenda à sua função social e ambiental e que o agronegócio se desenvolva nos parâmetros da sustentabilidade, concretizando o direito à alimentação saudável e o direito ao desenvolvimento em todas as suas vertentes. Lembrando que no âmbito do agronegócio também estão inseridas as práticas do setor de produção pecuária, o que requer legislações que imponham mecanismos de inspeção industrial e sanitária de produtos de origem animal, de forma a garantir o devido padrão de qualidade de forma a preservar o direito à alimentação saudável – corolário do direito à saúde e, por consequência, do desenvolvimento do indivíduo e da própria sociedade. Nesta seara encontram-se as leis n. 1.283/50⁸ e 7.889/89⁹, bem como o decreto nº 9.013/17¹⁰.

⁴ ULHOA COELHO, F. "Prefácio", em VV.AA. (Buranello, R.), *Manual do direito do agronegócio*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 16.

⁵ ULHOA COELHO, F. "Prefácio", em VV.AA. (Buranello, R.), *Manual do direito do agronegócio*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 16.

⁶ BURANELLO, R. *Manual do direito do agronegócio*. Saraiva, São Paulo, 2013.

⁷ BURANELLO, R. *Manual do direito do agronegócio*. Saraiva, São Paulo, 2013.

⁸ BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 1.283, de 18 de dezembro de 1950*. Dispõe sobre a inspeção industrial e sanitária dos produtos de origem animal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1283.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

Buranello¹¹ explica que a atividade agrícola se estende a um terço da superfície terrestre e que, no Brasil, mais de 62% do território é preservado, em um contexto de legislações ambientais consideradas entre as mais avançadas do mundo. Por outro lado, é fato que a agricultura produz impactos ambientais relevantes, em especial, em decorrência do uso de águas impróprias, irrigações, agrotóxicos, bem como dos próprios maquinários. É nesta seara que emerge a importância da Política Nacional de Meio Ambiente, instituída pela Lei 6.938/81, que introduz um importante instrumento: a Avaliação de Impacto Ambiental.

Importa ressaltar que a Lei 6.938/81 também trata da responsabilidade civil inerente ao uso incorreto de agrotóxicos e aos danos decorrentes dessa conduta. E ainda no intuito de se concretizar a chamada função ambiental da propriedade, revestem-se de importância as Leis 12.651/12 e 12.727/12, que tratam de duas espécies de limitações à modificabilidade da propriedade: as áreas de preservação permanente e as áreas de reserva legal.

Acerca da função ambiental da propriedade, o termo merece destaque. Carvalho¹² explica que o termo encontra origem no preceito jurídico-constitucional da função social da propriedade privada, porém, com esta não se confundindo. A função social constitui a base jurídica para a função ambiental da propriedade, esta comprometida com o uso da propriedade privada em consonância com os interesses ecológicos, ambientais, paisagísticos e de proteção dos recursos naturais, nos limites da legislação ambiental. O autor também esclarece que, contudo, não se deve pensar no direito ao meio ambiente enquanto um direito superior ao direito de propriedade.

Pois bem, a partir destas considerações, pode-se dizer que a rede de agronegócio no Brasil se desenvolve dentro dos parâmetros de legislações avançadas e restritivas, que, teoricamente, são capazes de garantir que as atividades se realizem em consonância com a preservação ambiental. É possível também concluir, a priori, que o cenário é promissor em termos de desenvolvimento, inclusive, sob o olhar de um agronegócio capaz de acabar com a fome, gerar prosperidade e rendas suficientes para reduzir as carências mais básicas das populações vulneráveis no País, dentre elas, a do próprio campo. Contudo, a análise a seguir mostrará uma realidade diferente.

3 DISTORÇÕES NO ÂMBITO DO AGRONEGÓCIO

No tópico anterior foi exposto um cenário promissor em termos de desenvolvimento do agronegócio no Brasil. Mas será que todas estas leis são respeitadas e o Estado tem implantado políticas que estejam condizentes com a efetivação da preservação do meio ambiente e dos direitos da pessoa? Ou será que, na realidade, as políticas públicas direcionadas ao agronegócio no País têm sucumbido às vantagens mercadológicas, que no final das contas agridem o meio ambiente (e, por consequência, contribuem para a ocorrência de desastres ambientais), geram desigualdades e pior, ao invés de concretizar o direito ao

⁹ Presidência da República. *Lei n. 7.889, de 23 de novembro de 1989*. Dispõe sobre inspeção sanitária e industrial dos produtos de origem animal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7889.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹⁰ Presidência da República. *Decreto n. 9.013, de 29 de março de 2017*. Regulamenta a Lei nº 1.283, de 18 de dezembro de 1950, e a Lei nº 7.889, de 23 de novembro de 1989, que dispõem sobre a inspeção industrial e sanitária de produtos de origem animal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9013.htm>. Acesso em 20 ago. 2018.

¹¹ BURANELLO, R. *Manual do direito do agronegócio*. Saraiva, São Paulo, 2013.

¹² WINTER DE CARVALHO, D. *Gestão jurídica ambiental*, RT, São Paulo, 2017.

desenvolvimento em todas as suas esferas, acabam tendo por foco somente o enriquecimento dos empresários componentes das redes, em detrimento dos pequenos produtores e da agricultura familiar?

Maniglia¹³ alega que, diante de toda a riqueza angariada no âmbito do agronegócio, persiste a fome e a miséria de milhares de estabelecimentos que não produzem, seus condutores vivem em situação de pobreza, não são alfabetizados e não há sequer perspectiva de melhora para a situação. A autora explica, também, que os defensores do agronegócio possuem ciência da miséria brasileira no campo, mas atribuem responsabilidade exclusiva ao poder público, além de se preocuparem apenas com os seus lucros e com o aumento da produção. Acreditam que, desta forma, estão contribuindo para a erradicação da pobreza.

De fato, a condução do agronegócio é que é o problema, porque o produtor envolvido na rede passa pela concorrência internacional, já que seu produto é de exportação. Muitas vezes, concorre, inclusive, com o produto importado. Na ânsia de não tomar prejuízo, "efetivam suas práticas agrárias em ofensiva ao meio ambiente, estendem suas áreas, criam conflitos de terras, usam agrotóxicos indiscriminadamente, empregam trabalhadores em condições precárias ou desempregam a população local"¹⁴.

Leonel Júnior¹⁵ aponta que as empresas estrangeiras, em especial, assumiram o comércio agrícola e as indústrias brasileiras, controlando preços, estoques e o abastecimento alimentar no País. Contudo, sob um discurso de modernização da agricultura através das grandes unidades produtivas, têm excluído a agricultura familiar e aos trabalhadores rurais, em geral, tem restado a alternativa de migrar para os centros urbanos. O autor leciona, ainda, que o campo brasileiro tem sido alvo de muitas experiências conturbadas e questionáveis, sob o argumento de se buscar uma maior evolução científica e implantação de tecnologias de ponta, como a produção de grãos transgênicos.

O autor ainda ressalta que, apesar da necessidade de mais estudos e pesquisas sobre os impactos das sementes transgênicas na saúde humana, o interesse de lucratividade de grandes empresas ligadas à transgenia acaba deixando em segundo plano o direito à segurança alimentar. Ademais, um maior desenvolvimento tecnológico e científico não representa, necessariamente, melhoria de vida para as pessoas. Os impactos advindos da utilização de sementes transgênicas mostram-se cada vez mais controversos e potencializadores de danos. A política de desenvolvimento dos transgênicos não interessa àqueles que lutam por uma agricultura justa, de qualidade e condizente com os direitos humanos¹⁶.

Pois bem, surge a necessidade de uma reflexão que venha a quebrar esse paradigma puramente mercadológico em que se encontra a prática do agronegócio no Brasil. Muito porque este ramo de atividade é essencial para propiciar riquezas para o País e pode e deve ser conduzido com ética e responsabilidade.

O Estado precisa realizar uma real fiscalização do cumprimento das leis ambientais e trabalhistas que permeiam as redes e, de fato, punir as empresas que violam o meio ambiente e adotam o trabalho análogo ao escravo, impedindo que

¹³ MANIGLIA, E. *As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar*, Cultura Acadêmica, São Paulo, 2009.

¹⁴ MANIGLIA, E. *As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar*, Cultura Acadêmica, São Paulo, 2009.

¹⁵ LEONEL JÚNIOR, G. *Direito à agroecologia: a viabilidade e os entraves de uma prática agrícola sustentável*. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2016.

¹⁶ LEONEL JÚNIOR, G. *Direito à agroecologia: a viabilidade e os entraves de uma prática agrícola sustentável*, Editora Prismas, Curitiba, 2016.

tomem empréstimo de dinheiro público, a exemplo do que preconiza a Resolução n. 3545 do Conselho Monetário Nacional/BACEN, que exige documentação comprobatória de regularidade ambiental e outras condicionantes para fins de financiamento agropecuário na região da Amazônia¹⁷.

Além disso, políticas públicas voltadas à agricultura familiar precisam ser implantadas de forma a se evitar a fome e a miséria no campo. Tudo de acordo com as leis ambientais. Somente desta forma, o agronegócio estará apto a, de fato, propiciar o desenvolvimento em todas as suas dimensões, dentro dos parâmetros da sustentabilidade.

Nesta seara, abre-se um parêntese para pontuar que o próprio poder público, em diversas situações, acaba sendo condescendente com os produtores da rede em práticas lesivas aos direitos humanos e ao meio ambiente, a exemplo da reportagem publicada em 23/07/2017 pelo jornal O Globo, informando sobre a troca de favores entre o Presidente Temer e bancada ruralista da Câmara dos Deputados para conquistar apoio na votação que decidiria se a acusação de corrupção contra ele iria para o Supremo Tribunal Federal ou não. No centro das negociações, figuraria a agenda ambiental, incluindo medidas de flexibilização de regras de licenciamento ambiental, liberação de agrotóxicos, venda de terras para estrangeiros, além da preparação de uma medida provisória com intuito de anistiar multas, conceder descontos e prazos maiores para pagamento das dívidas bilionárias de produtores ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural – Funrural¹⁸.

E a propósito dos agrotóxicos, foi aprovado, em 15 de junho de 2018, em comissão o Projeto de Lei n. 6.299/2002, conhecido como “PL do Veneno”. O projeto altera o nome agrotóxico para defensivo agrícola e produto fitossanitário, proibindo a utilização, somente, de substâncias que apresentem risco inaceitável. Além disso, prevê a liberação de licenças temporárias para a utilização dos produtos¹⁹. Faltou a explicação do que seria risco inaceitável, se é que existe algum risco conhecido que seja aceitável.

Outro exemplo ligado à omissão do Estado na esfera do agronegócio, um pouco mais antigo, é o da notícia divulgada em 17/12/2016, pelo Boletim de Notícias Consultor Jurídico, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) responsabilizou o Brasil internacionalmente por não prevenir a prática de trabalho escravo moderno no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*²⁰. E a propósito do trabalho escravo, há de se mencionar a reportagem da Revista Veja acerca da lista suja de trabalho escravo, publicada em 24/03/2017. A referida lista, que não era divulgada desde 2014, voltou a ser publicada pelo governo federal depois de uma longa

¹⁷ CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução n. 3545 de 29 de fevereiro de 2008. Altera o MCR 2-1 para estabelecer exigência de documentação comprobatória de regularidade ambiental e outras condicionantes, para fins de financiamento agropecuário no Bioma Amazônia. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2008/pdf/res_3545_v1_o.pdf>. Acesso em 27 ago. 2018.

¹⁸ O GLOBO. *De olho em 211 votos do agronegócio, Temer ameaça política ambiental: bancada ruralista representa 41% dos parlamentares da Câmara*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/de-olho-em-211-votos-do-agronegocio-temer-ameaca-politica-ambiental-21621738>>. Acesso em 23 jul. 2018.

¹⁹ G1.GLOBO.COM. *Projeto de lei quer mudar legislação dos agrotóxicos no Brasil*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/natureza/noticia/projeto-de-lei-quer-mudar-legislacao-dos-agrotoxicos-no-brasil-entenda.ghtml>>. Acesso em 30 out. 2018.

²⁰ CONJUR. *Em decisão inédita, Corte Interamericana condena Brasil por trabalho escravo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-17/brasil-condenado-corte-interamericana-trabalho-escravo>>. Acesso em 17 ago. 2018.

batalha judicial e de uma denúncia contra o Brasil na sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, na Suíça²¹.

3.1 O agronegócio como fator antropogênico causador de desastres ambientais

Abre-se aqui um parêntese para pontuara relação cada vez mais visível que tem se estabelecido entre as práticas agrícolas e pecuárias com a ocorrência de determinados desastres. Contudo, preliminarmente, há que se compreender o conceito de desastre. Carvalho²² explica que a própria legislação brasileira traz uma definição de desastre, referindo-se a tal como o evento decorrente de episódios naturais ou provocados pelo homem, sobre um ecossistema vulnerável, acarretando danos humanos, materiais ou ambientais, além de prejuízos sociais e econômicos. Ressalta ainda, a dimensão social destes fenômenos, transpassando a tragédia individual.

Nesta esfera, o autor especifica um pouco mais o conceito, tratando sobre os desastres ambientais, como aqueles capazes de causar o comprometimento de funções ambientais ou lesões a interesses humanos decorrentes de alguma mudança ambiental²³.

Pois bem, tecidas estas considerações acerca dos desastres ambientais, interessa trazer alguns exemplos que possam ilustrar a relação entre práticas agropecuárias e desastres ambientais.

A agricultura tem sido a responsável por um progressivo desmatamento no Brasil. Uma pesquisa realizada pelo IBGE e divulgada pelo UOL em 25 de setembro de 2015 mostra que as práticas agrícolas, no período de 2010 a 2012 produziram um desmatamento que correspondeu a 236.600 km² de áreas desflorestadas, o que representou 65% do total do desmate no período. E em relação à expansão das áreas de pastagens, respondeu pelos outros 35% do desflorestamento. A atividade ocupou, no período correspondente à pesquisa, 127.200 km² de áreas da Amazônia ou da Mata Atlântica²⁴.

Outro fator relativo à agricultura diz respeito ao uso de venenos de forma indiscriminada, o que colabora com a ocorrência destes eventos.

A utilização descontrolada de agrotóxicos na agricultura pode trazer consequências nocivas para o meio ambiente; assim, destacamos, por exemplo, que o seu uso já é a segunda causa de contaminação da água no país, perdendo apenas para o despejo de esgoto doméstico, o grande problema ambiental brasileiro. Já o descarte irregular de embalagens vazias de agrotóxicos é apontado como a principal causa de contaminação. Com frequência, são encontradas abandonadas em seus locais de uso, geralmente próximas às margens de rios, mananciais e criações de animais. A queima dessas embalagens também é comum, o que acaba por gerar poluição atmosférica, com a emissão de gases tóxicos²⁵.

²¹ VEJA. Após denúncia, governo publica 'lista suja' de trabalho escravo: publicação da lista estava suspensa desde 2014 por decisão judicial. <<http://veja.abril.com.br/economia/apos-denuncia-governo-publica-lista-suja-de-trabalho-escravo/>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

²² WINTER DE CARVALHO, D. *Gestão jurídica ambiental*, RT, São Paulo, 2017.

²³ WINTER DE CARVALHO, D. *Gestão jurídica ambiental*, RT, São Paulo, 2017.

²⁴ UOL NOTÍCIAS. IBGE: Agricultura é maior responsável por desmatamento de florestas no país. <<https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2015/09/25/fronteiras-agricolas-sao-maiores-responsaveis-por-desmatamento-diz-ibge.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁵ BURANELLO, R. *Manual do direito do agronegócio*, Saraiva, São Paulo, 2013.

A mecanização no campo também contribui para a poluição atmosférica. O óleo diesel é um combustível fóssil que prejudica a qualidade do ar, mantendo relação direta com o chamado efeito estufa²⁶.

O efeito estufa, por sua vez, tem levado ao crescente aquecimento global, acarretando as mais diversas alterações climáticas, expressas na forma de desastres, como fortes chuvas com inundações, capazes de atingir, de forma altamente significativa, as populações mais vulneráveis, inclusive, os pequenos produtores e camponeses que vivem nessas regiões e que se dedicam à agricultura familiar. Além disso, a retirada da mata ciliar para fins de plantio produz, como consequência, o assoreamento dos rios e a erosão dos seus leitos, criando oportunidade para a ocorrência de grandes alagamentos na época das chuvas fortes²⁷.

A pecuária, por seu turno, também é uma atividade que mantém relação direta com o efeito estufa. As emissões de gases pelo gado (gás metano) estão ligadas à fermentação durante o processo de digestão dos animais, bem como ao próprio tratamento do esterco. Segundo estudos, o metano foi responsável por 16% das emissões de gases de efeito estufa no ano de 2015²⁸.

Veja-se, então, que não há como desgarrar as atividades do agronegócio, assim como nenhuma outra atividade humana na contemporaneidade, dos riscos inerentes ao meio ambiente. É neste cenário que a ação humana contribui, inexoravelmente, para a ocorrência de diferentes formas de desastres ambientais, intimamente relacionados ao grau de vulnerabilidade de uma sociedade.

Verchick²⁹ explica que, atualmente, os desastres são entendidos como um fenômeno social, na medida em que os danos decorrentes de eventos catastróficos em uma determinada comunidade, são influenciados por características diversas, como classe social, raça, localização geográfica e até sexo. Portanto, considerando o risco dos desastres em uma dimensão social, torna-se imprescindível a atuação do Direito e da Política na gestão deste risco, de forma a gerenciar a vulnerabilidade social.

Assim, pontua-se a necessidade da crescente e contínua atuação do Estado na fiscalização das leis que regem estas atividades, de forma a prevenir e a reduzir os impactos lesivos das práticas agropecuárias, que podem acarretar desastres, inclusive por meio de políticas públicas voltadas ao setor, que não devem sucumbir aos interesses puramente mercadológicos, deixando de lado o ser humano. Mesmo porque, atualmente, já se percebe um esforço neste sentido, por meio do emprego de novas tecnologias que sejam menos lesivas ao meio ambiente, tanto no âmbito das práticas agrícolas como nas pecuárias. É justamente neste contexto que se faz necessária a contextualização do agronegócio a partir do conceito de Estado de Direito Ambiental.

²⁶ MUNDO EDUCAÇÃO. *Impactos da produção agrícola*. Disponível em: <<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/impactos-producao-agricola.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁷ MUNDO EDUCAÇÃO. *Impactos da produção agrícola*. Disponível em: <<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/impactos-producao-agricola.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁸ UOL NOTÍCIAS. *Emissões de gases estufa por gado são 11% maiores que o estimado anteriormente*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2017/09/29/emissoes-de-gases-estufa-por-gado-sao-11-maiores-que-o-estimado-anteriormente.htm>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

²⁹ R. M. VERCHICK, R. “(In)justiça dos desastres: a geografia da capacidade humana”, em VV.AA. (Farber, D., Winter de Carvalho, D. coords.), *Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas*, Prismas, Curitiba, 2017, p. 59-111.

4ª GRONEGÓCIO, ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE

Para compreender a relação entre agronegócio, Estado de Direito Ambiental e sustentabilidade, deve-se, preliminarmente, tratar sobre os conceitos de Estado de Direito Ambiental e de sustentabilidade.

O Estado de Direito Ambiental é o Estado Democrático de Direito comprometido com a sustentabilidade ambiental, em decorrência da chamada sociedade de risco, ou seja, emerge como uma reação da política à produção dos riscos ambientais. Em outras palavras, é o Estado que deve atuar a partir de uma democracia também sustentada, no cenário do que ele denomina solidariedade intergeracional fundada na alteração das estruturas políticas com vistas ao aumento da discussão pública, no que diz respeito às decisões que envolvem o meio ambiente. É o Estado Democrático Ambiental³⁰.

O autor ainda explica que o Estado Democrático Ambiental busca a vedação de quaisquer discriminações de cunho ambiental, que possam advir de decisões, seleções, práticas administrativas ou ações referentes à tutela do meio ambiental ou à transformação do território, que venham a causar prejuízos a grupos social ou geograficamente vulneráveis³¹.

No que se refere à sustentabilidade, muito se fala sobre ela. Que o agronegócio precisa fundar-se em práticas sustentáveis. Tais colocações acabam sendo direcionadas, na maioria das vezes, puramente para a sustentabilidade ambiental. Contudo, o termo tem acepção bem mais ampla, possui múltiplas vertentes às quais o Estado deve atentar-se enquanto detentor do papel de proteção dos direitos fundamentais, dentre eles: o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a alimentação saudável e o direito ao desenvolvimento.

Neste contexto, Sachs³² ensina as diversas concepções de sustentabilidade que o Estado deve observar para orientar suas ações:

Sustentabilidade social, por meio da distribuição de uma renda justa, patamar de homogeneidade social razoável, emprego pleno e/ou autônomo com vida decente, igualdade no acesso aos recursos e serviços sociais. **Sustentabilidade cultural** com capacidade de autonomia para elaboração de um projeto nacional integrado e endógeno (em oposição a cópias servís dos modelos alienígenas), mudança no interior da continuidade (equilíbrio entre respeito à tradição e inovação), autoconfiança combinada com a abertura para o mundo. **Sustentabilidade ambiental**, respeitar e realçar a capacidade de autodepuração dos ecossistemas naturais. **Sustentabilidade econômica**, desenvolvimento econômico intersetorial equilibrado, segurança alimentar, capacidade de modernização contínua. Dos instrumentos de produção, razoável nível de pesquisa científica e tecnológica e inserção soberana na economia internacional. **Sustentabilidade política**, democracia definida em termos de apropriação universal dos Direitos Humanos, desenvolvimento da capacidade do Estado de implementar o projeto nacional em parceria com todos os empreendedores, um nível razoável de coesão social. **Sustentabilidade da política internacional**, eficácia do sistema de prevenção de guerra da ONU, na garantia da paz e na promoção da cooperação internacional. Pacote de desenvolvimento firmado em regras baseadas em igualdade. Controle institucional efetivo do sistema internacional financeiro e de negócios, controle

³⁰ WINTER DE CARVALHO, D. *Gestão jurídica ambiental*, RT, São Paulo, 2017.

³¹ WINTER DE CARVALHO, D. *Gestão jurídica ambiental*, RT, São Paulo, 2017.

³² SACHS, I. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, Garamond, Rio de Janeiro, 2002, p. 85-87.

institucional efetivo da aplicação do princípio da precaução do meio ambiente.

Acrescente-se, ainda, acerca da sustentabilidade ambiental, considerando que é um dos focos deste estudo, o entendimento de Canotilho³³, segundo o qual tal conceito deve impor:

(1) que a taxa de consumo de recursos renováveis não pode ser maior que a sua taxa de regeneração; (2) que os recursos não renováveis devem ser utilizados em termos de poupança ecologicamente racional, de forma que as futuras gerações possam também, futuramente, dispor destes (princípio da eficiência, princípio da substituição tecnológica, etc.); (3) que os volumes de poluição não possam ultrapassar quantitativa e qualitativamente a capacidade de regeneração dos meios físicos e ambientais; (4) que a medida temporal das "agressões" humanas esteja numa relação equilibrada com o processo de renovação temporal; (5) que as ingerências "nucleares" na natureza devem primeiro evitar-se e, a título subsidiário, compensar-se e restituir-se.

Note-se, assim, que para que o Estado atue efetivamente na proteção dos direitos fundamentais estará "adstrito a uma série de normatizações, fatores internacionais, variáveis múltiplas nas relações entre pobres e ricos, concepções do progresso, pressões das grandes empresas, o que dificulta e obstrui, muitas vezes, os objetivos daquilo a que se propõe como meta" ³⁴. Em tal seara, emerge como fator participação da sociedade civil enquanto instrumento de ruptura de posturas hegemônicas nas práticas do agronegócio.

O agronegócio, sendo processado a partir da reflexão sobre os mecanismos de produção, em que a economia caminhe junto com a ecologia e a sustentabilidade social, pode e deve ser executado. Há de se ressaltar que diversas empresas agrícolas têm atuado na produção limpa, sustentável, a exemplo das empresas agrícolas de café de Cornélio Procópio e de açúcar de Sertãozinho. Dessa forma, ganham dinheiro, selos internacionais, incentivos que se convertem em benefícios para as próprias empresas. Por outro lado, existem outras, em Santa Catarina, que atuam voltadas para o comércio exterior, sem sustentabilidade alguma, contaminando o solo e as águas com dejetos suínos³⁵.

Desta forma, ainda no entender de Maniglia³⁶, "o agronegócio é vilão quando seu modelo é de destruição ambiental e humana. Com políticas públicas atuantes, pode-se convertê-lo em outro papel, desde que não concentre terras, nem gere desigualdades".

Portanto, é necessário refletir sobre a criação de políticas públicas que contemplem mudanças e incentivos ao meio rural, que possam criar oportunidades a todos os atores do campo. É possível que todos os envolvidos no processo possam se beneficiar com uma política agrícola garantidora de direitos a toda a população rural. Desta forma, é possível reduzir o grau de vulnerabilidade econômica e geográfica destas pessoas.

³³ GOMES CANOTILHO, J.J. "O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional", *Revista de Estudos Politécnicos/Polytechnical Studies Review*, 13, 2010, p. 9.

³⁴ MANIGLIA, E. *As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar*, Cultura Acadêmica, São Paulo, 2009, p. 122.

³⁵ MANIGLIA, E. *As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar*, Cultura Acadêmica, São Paulo, 2009, p. 122.

³⁶ MANIGLIA, E. *As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar*, Cultura Acadêmica, São Paulo, 2009, p. 189.

5 DESENVOLVIMENTO E DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NA PERSPECTIVA DAS CAPACIDADES HUMANAS

Não há como olvidar que o agronegócio tem desempenhado importante papel para o desenvolvimento econômico brasileiro. Contudo, o fato é que não se pode pensar em desenvolvimento apenas aferindo lucros. Isso porque o termo desenvolvimento vai além do aspecto econômico, tal conceito envolve um conteúdo bem mais amplo do que possa parecer.

Desenvolvimento, segundo Sen³⁷, se coaduna com a expansão das liberdades substantivas. Para o autor, o desenvolvimento denota um processo de expansão das liberdades que os sujeitos desfrutam. A expansão das liberdades humanas é vista, de maneira concomitante, como o fim primordial (ou papel constitutivo) e como o principal meio do desenvolvimento (ou papel instrumental).

A função constitutiva, diz respeito à importância da chamada liberdade substantiva para o engrandecimento da vida. As liberdades substantivas incluem diversas capacidades, como a de evitar privações como a fome e mortalidade prematura, ou educação, saúde, alimentação equilibrada etc. Paralelamente, a eficácia da liberdade em seu papel instrumental apresenta-se na inter-relação entre diferentes tipos de liberdade, o que significa que um tipo de liberdade pode contribuir para liberdades de outros tipos: liberdades políticas; facilidades econômicas; oportunidades sociais; garantias de transparência pública; segurança protetora. Em suma, o desenvolvimento é o processo de expansão das liberdades humanas, que se dá pelo alinhamento da função constitutiva e a instrumental da liberdade³⁸.

Aprofundando-se um pouco mais na teoria de Amartya Sen, vale pontuar que esta se encontra fundada na ideia de desenvolvimento como liberdade, a partir do que ele chama de capacidades e funcionamentos- *capability approach*, ou, ainda, teoria das capacidades humanas. Os funcionamentos (cujo conceito possui suas raízes na obra de Aristóteles) designam as diversas coisas que os indivíduos podem considerar como valioso ter ou fazer (ser nutrido, livre de doenças evitáveis, atividades, respeito próprio etc.). As capacidades, por sua vez, são as liberdades substantivas de realizar combinações de funcionamentos, ou seja, liberdades para ter estilos de vida diferentes³⁹.

Importante colocar outros aspectos da teoria de Sen⁴⁰ que se alinham com a *capability approach* e com a proposta do presente estudo, que é a de pontuar formas de se ampliar o agronegócio no Brasil, nos parâmetros de sustentabilidade e de forma condizente com o desenvolvimento social e ao direito ao desenvolvimento.

Entre eles, o conceito de discussão pública de Sen⁴¹, com vistas ao ajuste e à correção do comportamento no que tange ao que foi acordado com as instituições sociais. Este é um elemento que se entrelaça com a noção de imaginação

³⁷ SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 2010.

³⁸ SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 2010.

³⁹ SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 2010.

⁴⁰ SEN, A. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes, Companhia das Letras, São Paulo, 2011.

⁴¹ SEN, A. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes, Companhia das Letras, São Paulo, 2011.

institucional/experimentalismo democrático de Unger⁴², cuja crença é a de que para se criar futuros alternativos para a sociedade, deve-se ser capaz de imaginá-los e discuti-los, a partir da prática do debate público, numa democracia. Neste contexto, tanto Unger como Sen defendem o papel ativo da sociedade civil no processo, devidamente alinhada à ideia de gestão local, instrumento de aproximação dos sujeitos sociais às políticas públicas.

Visualizando alternativas para o fortalecimento da sociedade civil, Unger⁴³ propõe a sua organização com fundamento em vizinhança, trabalho ou preocupações e responsabilidades compartilhadas, bem como a criação de normas e redes de vida em grupo fora do Estado, paralelas ao Estado e inteiramente livres de influência estatal.

O autor aponta, também, o essencial papel do Direito na construção de novos paradigmas, unindo as condições de progresso material e emancipação individual. Imagina a reflexão jurídica como o fio condutor dessa proposta, desde que desgarrada do que ele chama de fetichismo institucional, ou seja, na crença em concepções institucionais abstratas como uma expressão institucional única, natural e necessária⁴⁴.

É justamente nesta esfera que precisa ser repensado o agronegócio no Brasil. As ideias de Sen e de Unger podem vir a sensibilizar as práticas do agronegócio, na medida em que convergem para a importância do estabelecimento de políticas públicas no setor que possam satisfazer tanto os grandes produtores como a agricultura familiar. Ainda há de se acrescentar que o conceito de responsabilidade do poder efetivo é aspecto relevante no processo de estabelecimento de políticas públicas nos diversos setores da vida e, no caso em tela, no setor agropecuário. Consiste no argumento de que “se alguém tem o poder de fazer a diferença na redução da injustiça no mundo, então há um forte e fundamentado argumento para que faça exatamente isso”⁴⁵.

Em outras palavras, quando se tem consciência dessa responsabilidade em virtude do poder efetivo, é possível ajudar na promoção da liberdade de todos em uma sociedade. Ressalte-se que tal argumento distancia-se da noção de benefício mútuo, característico do contratualismo e, sem dúvidas, pode vir a ser um fator de reflexão com o intuito de sensibilizar as redes de agronegócio no Brasil, de forma a que desenvolvam suas atividades de maneira sustentável, com respeito às normas trabalhistas e de forma a conviver, inclusive, com a agricultura familiar. Desta forma, o direito ao desenvolvimento poderá se tornar efetivo.

A propósito do direito ao desenvolvimento, Peixinho e Ferraro⁴⁶ explicam que se trata de um direito de terceira dimensão, uma categoria de direito de solidariedade, que foi firmado na década de 1960 e positivado na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas de 1986, sendo confirmado na Conferência de Viena sobre Direitos Humanos de 1993. Trata-se de um direito

⁴² MANGABEIRA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp, Boitempo, São Paulo, 2004.

⁴³ MANGABEIRA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp, Boitempo, São Paulo, 2004..

⁴⁴ MANGABEIRA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp, Boitempo, São Paulo, 2004.

⁴⁵ SEN, A. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes, Companhia das Letras, São Paulo, 2011., p. 305.

⁴⁶ MESSIAS PEIXINHO, M., ANDRADE FERRARO, S. “Direito ao desenvolvimento como direito fundamental”, *XXIV Congresso do CONPEDI*. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

fundamental inalienável, que, inclusive, constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecido no artigo 3º da Constituição Federal.

O direito ao desenvolvimento cabe a todos os brasileiros, indistintamente. Sejam grandes ou médios e pequenos produtores, sejam empresários das redes do agronegócio ou camponeses da agricultura familiar. É preceito que se coaduna com a luta contra a injustiça no campo, na luta pela superação da vulnerabilidade social e geográfica. A propósito disso, Verchick⁴⁷ ensina que a desigualdade torna-se injustiça quando passa a ser fonte da vulnerabilidade social. E complementa esta ideia quando pontua que a liberdade humana requer resiliência. E que o compromisso com a resiliência requer identificar os lugares onde a vulnerabilidade social existe e aperfeiçoar as capacidades da vida real de todas as pessoas que vivem em tais locais.

Este papel de construção da resiliência em todos os setores da vida humana cabe a toda a sociedade, ao Estado e ao Direito.

6 O PAPEL DO ESTADO E DO DIREITO NO PROCESSO DE ALINHAMENTO ENTRE AS PRÁTICAS SUSTENTÁVEIS, O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO SETOR DO AGRONEGÓCIO

O Direito é elemento fulcral para propiciar o alinhamento entre sustentabilidade, direito ao desenvolvimento e a definição das políticas públicas direcionadas às práticas do agronegócio, de forma que este venha a se desenvolver em um patamar de respeito aos direitos fundamentais.

O papel do Direito deve ser repensado a partir de uma perspectiva contra hegemônica, diferente dos atuais moldes em que atua – como instrumento de opressão. A realidade brasileira, já tão desgastada pela miséria e pela desigualdade, já não tem mais como se submeter a um Direito hegemônico, distante da realidade social de seu povo.

Leonel Júnior⁴⁸ acredita que o Direito deve ser usado em defesa dos povos e que o enfrentamento à política agrária dirigida ao agronegócio é tarefa do jurista comprometido com seu povo, de forma a conceber um projeto social que leve em conta o potencial humano e não as vontades do mercado. Nesta mesma linha de pensamento, Maniglia⁴⁹ alerta que é preciso lembrar que “as novas concepções sobre o papel do Estado e das normas jurídicas no mundo contemporâneo são fundamentais para a realização do bem comum”.

Vale acrescentar que:

O direito como agente de justiça social deve ser o grande impulsionador da formação da cidadania. A cidadania passa pelo ser pessoa – ninguém pode ser cidadão sem ser pessoa. O político e o jurídico têm um pré-requisito existencial. A cidadania acresce o ser pessoa, projeta no político, no comunitário, no social e no jurídico a

⁴⁷ R. M. VERCHICK, R. “(In)justiça dos desastres: a geografia da capacidade humana”, em VV.AA. (Farber, D., Winter de Carvalho, D. coords.), *Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas*, Prismas, Curitiba, 2017, p. 59-111.

⁴⁸ LEONEL JÚNIOR, G. *Direito à agroecologia: a viabilidade e os entraves de uma prática agrícola sustentável*. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2016.

⁴⁹ MANIGLIA, E. *As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar*, Cultura Acadêmica, São Paulo, 2009, , p. 117.

condição de ser pessoa. Não há como florescer a cidadania se não se realizam as condições de humanismo existencial⁵⁰.

Herkenhoff⁵¹ prossegue em suas pontuações, afirmando que no mundo muitos não podem ser pessoas, ao contrário, são párias na escala social, na medida em que:

[...] estão à margem de qualquer direito, à margem do alimento que a terra produz, à margem do trabalho e do emprego, à margem do mercado, à margem da participação política, à margem da cultura, à margem da fraternidade, à margem do passado, do presente e do futuro, à margem da história, à margem da esperança. Essa é a face negativa da cidadania, criada por modelo socioeconômico de cunho internacional que revela a fome e a miséria dos povos.

Reforçando a necessidade de se repensar o papel do Direito neste contexto, Santos⁵² pontua que cabe ao Direito o papel de gestão reconstrutiva dos excessos e dos défices advindos da modernidade ocidental. Trata-se da crise paradigmática inerente ao Direito, que se coloca entre regulação e emancipação.

O Estado brasileiro, portanto, precisa revestir-se de responsabilidade para com a parcela da população pária, assumindo para si a obrigação moral de preservar a liberdade das atuais e das próximas gerações, em alinhamento com o ideário das capacidades humanas. Deve fazer uso do Direito em uma perspectiva contra hegemônica, de forma a atender, de fato, às necessidades sociais. No cenário do agronegócio, tal postura é essencial. A riqueza é deveras importante para um povo, mas não deve sobrepujar a pessoa. Sucumbir aos benefícios puramente mercadológicos é desconsiderar o ser humano como o fim maior de toda a atuação do Estado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O agronegócio é, inegavelmente, fator de essencial importância para o crescimento econômico do País. Como todo ramo de atividade na contemporaneidade, emerge no cenário da sociedade de risco, acarretando efeitos lesivos, tanto de cunho social como ambiental: desigualdade/vulnerabilidade, empobrecimento no campo, desmatamento, assoreamento de rios, erosão do solo, contaminação da água, emissão de gases tipo estufa, contribuindo para a ocorrência de eventos climáticos, como secas e inundações.

Contudo, o agronegócio, desde que implantado e desenvolvido de forma sustentável e voltado à preservação dos direitos humanos, em alinhamento com a ideia de Estado de Direito Ambiental, há de ser valorizado na proporção de sua expressividade para o desenvolvimento. Mas, não é razoável imaginar o desenvolvimento somente no cenário econômico, com o enriquecimento de poucos e o empobrecimento de muitos. Há de se propor ações sérias no sentido de se entrelaçar as práticas do agronegócio com o real sentido do desenvolvimento nas esferas social, política, cultural e mesmo individual, e do próprio direito ao desenvolvimento na condição de inalienabilidade. Somente desta forma há de se falar em desenvolvimento e sustentabilidade em suas acepções mais amplas.

⁵⁰ HERKENHOFF, João Baptista. *Para onde vai o direito?*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, p.88.

⁵¹ BAPTISTA HERKENHOFF, J. *Para onde vai o direito?*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, p. 89.

⁵² DE SOUSA SANTOS, B. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4. Ed, Cortez, São Paulo, 2002.

O governo brasileiro tem deixado aquém tais preceitos ao apoiar as políticas públicas no setor agrícola em atendimento a permutas de cunho político, valorizando mais os aspectos econômicos do que os humanos. Dessa forma, tem permitido lesões ao meio ambiente por meio de leis permissivas e não tem investido na concretização dos direitos das pessoas do campo, que vivem em contexto de extrema pobreza.

Neste cenário, emerge a importância da teoria das capacidades humanas – *capability approach* – de Amartya Sen, no sentido de que esta ética filosófica possa servir de base para a atuação do Estado e do Direito, no sentido de se adotar políticas e legislações que, efetivamente, criem oportunidades para que as pessoas usufruam de sua liberdade substantiva. Neste contexto, emerge um aspecto essencial do ideário de Sen, que é a chamada responsabilidade do poder efetivo, ou seja, há de se pensar na responsabilidade que cada ser humano tem como detentor da oportunidade de implantar as ações que possam trazer melhoras para os outros. Somente desta forma, se poderá construir a necessária resiliência em prol da mitigação das vulnerabilidades sociais.

Assim, deve atuar o Estado brasileiro na criação de políticas públicas no setor do agronegócio de forma ética e responsável, com vistas a propiciar o desenvolvimento sustentável em todas as suas esferas e de forma que tanto os grandes produtores da rede como os pequenos produtores e os camponeses possam ter acesso a uma vida digna no que concerne a trabalho, alimentação, saúde e ambiente ecologicamente equilibrado. O fator econômico não pode preponderar sobre o humano. A fiscalização das leis de proteção ao meio ambiente é outro aspecto de relevância neste processo, de forma a garantir que os danos ambientais causados pelo agronegócio possam ser, ao máximo possível, prevenidos e progressivamente mitigados, a partir da devida análise dos riscos envolvidos. Mesmo porque as práticas agropecuárias constituem, inclusive, fatores antropogênicos que contribuem para a ocorrência de desastres ambientais.

O papel do Direito nesse processo é imprescindível. É preciso haver uma reflexão no âmbito da Ciência Jurídica e compreender que ação do jurista vai além do uso que lhe direciona o Estado. Há de se romper com a atuação hegemônica em termos de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento. Isso cabe tanto ao Estado como ao Direito. Somente assim pode-se pensar, de fato, em justiça social no âmbito econômico e, em específico, das práticas do agronegócio.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 1.283, de 18 de dezembro de 1950*. Dispõe sobre a inspeção industrial e sanitária dos produtos de origem animal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1283.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 7.889, de 23 de novembro de 1989*. Dispõe sobre inspeção sanitária e industrial dos produtos de origem animal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7889.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 9.013, de 29 de março de 2017*. Regulamenta a Lei nº 1.283, de 18 de dezembro de 1950, e a Lei nº 7.889, de 23 de novembro de 1989, que dispõem sobre a inspeção industrial e sanitária de produtos de origem animal. Disponível em:

- <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9013.htm>. Acesso em 20 ago. 2018.
- BURANELLO, R. *Manual do direito do agronegócio*, Saraiva, São Paulo, 2013.
- CONJUR. *Em decisão inédita, Corte Interamericana condena Brasil por trabalho escravo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-17/brasil-condenado-corte-interamericana-trabalho-escravo>>. Acesso em 17 ago. 2018.
- CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. *Resolução n. 3545 de 29 de fevereiro de 2008*. Altera o MCR 2-1 para estabelecer exigência de documentação comprobatória de regularidade ambiental e outras condicionantes, para fins de financiamento agropecuário no Bioma Amazônia. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2008/pdf/res_3545_v1_o.pdf>. Acesso em 27 ago. 2018.
- DE SOUSA SANTOS, B. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4. Ed, Cortez, São Paulo, 2002.
- G1.GLOBO.COM. *Projeto de lei quer mudar legislação dos agrotóxicos no Brasil*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/natureza/noticia/projeto-de-lei-quer-mudar-legislacao-dos-agrotoxicos-no-brasil-entenda.ghtml>>. Acesso em 30 set. 2018.
- GOMES CANOTILHO, J.J. "O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional", *Revista de Estudos Politécnicos/Polytechnical Studies Review*, 13, 2010, p. 9.
- BAPTISTA HERKENHOFF, J. *Para onde vai o direito?*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.
- LEONEL JÚNIOR, G. *Direito à agroecologia: a viabilidade e os entraves de uma prática agrícola sustentável*, Editora Prismas, Curitiba, 2016.
- MANGABEIRA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp, Boitempo, São Paulo, 2004.
- MANIGLIA, E. *As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar*, Cultura Acadêmica, São Paulo, 2009.
- MESSIAS PEIXINHO, M., ANDRADE FERRARO, S. "Direito ao desenvolvimento como direito fundamental", *XXIV Congresso do CONPEDI*. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.
- MUNDO EDUCAÇÃO. *Impactos da produção agrícola*. Disponível em: <<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/impactos-producao-agricola.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- O GLOBO. *De olho em 211 votos do agronegócio, Temer ameaça política ambiental: bancada ruralista representa 41% dos parlamentares da Câmara*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/de-olho-em-211-votos-do-agronegocio-temer-ameaca-politica-ambiental-21621738>>. Acesso em 23 jul. 2018.
- R. M. VERCHICK, R. "(In)justiça dos desastres: a geografia da capacidade humana", em VV.AA. (Farber, D., Winter de Carvalho, D. coords.), *Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas*, Prismas, Curitiba, 2017, p. 59-111.
- SACHS, I. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, Garamond, Rio de Janeiro, 2002, p. 85-87.

- SEN, A. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes, Companhia das Letras, São Paulo, 2011.
- SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 2010.
- ULHOA COELHO, F. "Prefácio", em VV.AA. (Renato Buranelo), *Manual do direito do agronegócio*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 16.
- UOL NOTÍCIAS. *Emissões de gases estufa por gado são 11% maiores que o estimado anteriormente*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2017/09/29/emissoes-de-gases-estufa-por-gado-sao-11-maiores-que-o-estimado-anteriormente.htm>>. Acesso em: 24 ago. 2018.
- UOL NOTÍCIAS. *IBGE: Agricultura é maior responsável por desmatamento de florestas no país*. <<https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2015/09/25/fronteiras-agricolas-sao-maiores-responsaveis-por-desmatamento-diz-ibge.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- VEJA. *Após denúncia, governo publica 'lista suja' de trabalho escravo: publicação da lista estava suspensa desde 2014 por decisão judicial*. <<http://veja.abril.com.br/economia/apos-denuncia-governo-publica-lista-suja-de-trabalho-escravo/>>. Acesso em: 01 jul. 2017.
- WINTER DE CARVALHO, D. *Gestão jurídica ambiental*, RT, São Paulo, 2017.

OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA NA CONCESSÃO DO INDULTO PENAL NO BRASIL E A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEU CONTROLE

THE LIMITS OF DISCRETIONARITY OF THE REPUBLIC PRESIDENT IN THE CONCESSION OF THE CRIMINAL PARDON IN BRAZIL AND THE POSSIBILITY OF ACTING FROM SUPREME FEDERAL COURT IN HIS CONTROL

¹**Luís Fernando Centurião Argondizo**

(UNIPAR/UESPAR)

²**Celso Hiroshi Iocohama**

(UNIPAR)

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Previsão Constitucional do Indulto Penal Presidencial – 3. Princípios Constitucionais do Direito Administrativo – 3.1 Princípio da Legalidade – 3.2 Princípio da Impessoalidade – 3.3 Princípio da Moralidade – 3.4 Princípio da Publicidade – 3.5 Princípio da Eficiência – 3.6 Princípio da Supremacia do Interesse Público – 4. Atos Administrativos Discricionários – 5. Atos Administrativos Vinculados – 6. Princípio da Moralidade x Discricionariedade do Administrador Público – 7. O Indulto Penal Presidencial de 2017 e suas Polêmicas – 8. Função Fiscalizadora e Limitadora do STF – 9. Decisão Cautelar na ADI 5.874 – 10. Conclusões – 11. Referências.

Resumo: Apresenta-se no presente os princípios constitucionais que primam o Direito Administrativo, destacando a necessidade de obediência destes quando da expedição de ato administrativo discricionário, em especial do decreto presidencial que concede indulto penal de natal. Ainda, restará demonstrado a possibilidade de atuação do Judiciário para controle da discricionariedade na prática do ato pelo Presidente da República, fato que compete ao Supremo Tribunal Federal, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, por meio de análise aos fins ideais dos atos, ainda observar as limitações de atuação do tribunal, que não podem adentrar ao mérito do ato analisado, bem como, verificar a finalidade do ato, que não pode ser manipulado com intenção de legitimar ato obscuro a discricionariedade oponível ao ato.

Palavras-chave: Indulto penal; Discricionariedade Presidente da República; Controle Jurisdicional dos Atos Públicos; Limitação dos Poderes.

Abstract: Presented in this constitutional principles that press the administrative law, highlighting the need for obedience of these when shipment of discretionary administrative act, in particular the presidential decree granting criminal pardon of christmas. Even, will be left the possibility of the performance demonstrated the

¹ Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR, Professor dos Projetos de Especialização da Universidade Paranaense – UNIPAR, Professor dos Cursos de Graduação da UESPAR. e-mail: lf_centuriao@hotmail.com

² Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Doutor em Educação pela USP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito Processual e da Cidadania, na Universidade Paranaense - UNIPAR. e-mail: celso@prof.unipar.br

judiciary for control of discretion in practice of the Act by the President, a fact that compete for the Supreme Court, through the direct action of unconstitutionality, for analysis purposes ideals of the acts, still observe the limitations of practice of the Court, that may not enter the merits of Act analyzed, as well as, verify the purpose of the Act, which cannot be handled with intention to the legitimization of the discricionarity to such an obscure opposable act.

Key-words: Criminal pardon, President discricionarity, Jurisdictional control of public acts; Limitation of powers.

1 INTRODUÇÃO

A incursão intentada no presente estudo se faz necessária por conta da grande polêmica lançada ao cotidiano social, com a expedição do Decreto 9.246/2017, que concedeu indulto natalino e comutação de penas e outras providências, publicado no Diário Oficial da União em 22 (vinte e dois) de dezembro de 2017.

Nota particular sobre o fato e sua análise se faz necessária quanto a imperiosidade em delimitar o tempo da realização do presente estudo que fora ultimado na primeira quinzena do mês de janeiro de 2018, refletindo, assim, a realidade dos fatos até aquele momento.

Percorrerá a exposição no que concerne os princípios constitucionais oponíveis ao direito administrativo, com breve elencar individualizado de cada um, permeando as particularidades principais para confrontação a expedição do indulto penal presidencial.

Em consequência, se expõem os critérios de discricionariedade que podem ser utilizados pelo Presidente da República, tanto para delegação da legitimidade para confecção do comando normativo, ainda, nas obrigações vinculativas principiológicas que se impõe ao feito.

Por fim, expressar a possibilidade de atuação do Poder Judiciário quanto a análise dos atos administrativos discricionários, em análise que limite a atuação deste poder e as consequências desta.

De modo especial no trato já dado ao Decreto 9.246/2017, que se encontra sob questionamento judicial por conta do ajuizamento da ADI 5.874/DF, proposta pela Procuradoria Geral da União, onde restará exposto os questionamentos, respostas e embasamento jurídico social utilizado pela Ministra Carmen Lúcia para justificação de sua conduta no conduzir do feito.

2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO INDULTO PENAL PRESIDENCIAL

Em que pese a existência de previsão e de trato do assunto em legislação diversa da Constituição Federal, a saber a Lei de Execuções Penais, o Código de Processo Penal e o Código Penal, estes tratam tanto da previsão legal, quanto a forma de pedido e o procedimento para sua concessão do indulto, o que não é o tema de nossa abordagem.

Posto isso, é necessário submergir a questão com olhos fincados no prisma constitucional, já que o nosso estudo calça-se na previsão constitucional, na forma, nos efeitos e nas limitações que recaem ao Presidente da República ao editar o decreto regulador do indulto.

A previsão é expressa no artigo 84, inciso XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde se destaca a privatividade do Presidente da República para conceder indulto e comutar penas, urge destacar que todas as previsões contidas no artigo em comento tratam de assuntos de competência privativa do Presidente da República, porém restringe-se nosso debruçar analítico ao inciso ora invocado.

Vale ressaltar lição de José Miguel Garcia Medina³, que algumas das atribuições lançadas no texto em destaque podem ser delegadas pelo Presidente da República, desde que observados as condições e possibilidade elencadas no parágrafo único, do mesmo dispositivo, onde pondera-se a possibilidade de delegação em favor dos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, nos limites de suas delegações.

Cabe ainda, reflexão quando a atuação dos atores delegados para elaboração das matrizes reguladoras do indulto natalino, estes atuariam como se fossem as mãos do Presidente da República.

Porém, independente de que tal atuação se faça como uma extensão das mãos presidenciais, estes devem observar o regramento quando a sua conduta pessoal no que concerne as regras impostas pelo direito administrativo, que serão analisadas em melhor intensidade posteriormente.

Ademais, ainda, necessário observar que por mais que o instituto do indulto penal tenha previsão constitucional, bem como nas leis específicas do Direito Penal pátrios, não se observa em momento algum uma vinculação de obrigatoriedade para concessão da benesse, sendo este um ato discricionário do Presidente da República, sendo editado ao tempo que seu emissor julgar pertinente, ou seja, não existindo uma data específica para sua expedição, ou mesmo uma obrigação legislativa para sua concessão.

A discricionariedade dos atos administrativos por seus agentes é fator determinante para a boa gestão do executivo, pois assim, possibilita-se o melhor determinar dos atos, conforme a realidade social vivida pela sociedade no momento de sua expedição, sem olvidar a necessidade de observância dos princípios aplicáveis ao direito constitucional e administrativo.

Tem-se inequívoco com o breve exposto a previsão constitucional para a concessão do indulto penal, pela pessoa do Presidente da República, ou por agente por ele designado, desde que respeitadas as prerrogativas legais explícitas na Carta Constitucional, ao observar tal previsão tem-se a certeza que quando da emissão do decreto de indulto penal pelo Presidente da República inexistirá qualquer possibilidade de supressão de poderes, em que se cogite a necessidade de tramitação do tema ou matéria junto ao legislativo, evidenciada a essência constitucional, pessoal e discricionária do Presidente da República em ser o ator ativo para confecção do ato.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo é regido por princípios, como todo ramo do direito, cabe observar que alguns destes princípios são comuns e atingem de modo direto tanto o direito administrativo, como os demais ramos do direito, porém, não se pode deixar de observar a essência principiológica deste ramo.

³ MEDINA, J.M.G. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 328.

Assim, em lição de José Cretella Júnior:

Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência⁴.

Com isso, nota-se que a raiz principiológica cabível ao direito administrativo, se dá com preceitos basilares que visam resguardar a essência principal deste ramo, que visa de modo direito o bem estar social e a prevalência dos direitos sociais e coletivos.

Os princípios basilares do Direito Administrativo, podem ser evidenciados em cinco princípios que decorrem expressamente do texto constitucional, quais sejam, princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, sendo que estes estão descritos de forma expressa no artigo 37, da Constituição Federal de 1988.

Ainda, vale observar o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, conforme destaca Maia Sylvia Zanella Di Pietro⁵, que pode ser observado seja em ramificações, ou mesmo, de forma indúbil nos princípios acima invocados, bem como, deve ser condão primordial no conduzir do gestor público e nos ditames de aplicação do direito administrativo, estando segregado no artigo 111, da Carta Constitucional de 1988, através da Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998.

Posta a necessidade basilar dos princípios e demonstrada de forma sintética a razão de ser destes, volta-se a análise individualizada de cada um dos princípios alhures evidenciados, pois possuem condão especial e sincrético no desenvolvimento dos atos relacionados ao direito administrativo.

3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade transmite em sua leitura, sua essência, afinal através de um simples correr de olhos pelos verbetes que compõe o termo, se extrai a necessidade de observância a legalidade quando da conduta e expedição de atos do gestor público, de modo especial do Presidente da República, no caso em análise.

Porém, tal leitura é simplória e evidente, pois a observância das leis é algo que se espera de todo cidadão, sendo feito necessário para qualquer agente ocupante de cargo público.

Hely Lopes Meirelles, leciona que:

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo de acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelo agente público.⁶

⁴ CRETILLA JÚNIOR, J. "Os cânones do direito administrativo". *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, p. 5-52, jan./mar. 1988, p.7.

⁵ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

⁶ MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

Ou em lição mais sintética trazida por Alexandre Mazza⁷, “não se pode desvincular o agente público da obrigação legal que lhe é imposta”, ou seja, a administração pública só pode praticar as condutas autorizadas ou prevista em lei, sendo impossível ao agente público praticar ato não previsto no ordenamento jurídico pátrio.

O princípio da legalidade se subdivide em algumas ramificações internas, porém sem perder a essência do entendimento global e básico exposto no conceito central do tema, que pode ser lido, ainda no artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988, onde desobriga-se de cumprimento a todo e qualquer cidadão de ato não previsto em lei.

Nota-se que a vontade do agente público é secundária a execução do ato, não prevalecendo o desejo de pactuar ou de gerir por sua autonomia de vontade, como ocorre em uma relação de particulares, e que será melhor exposto quando do debate acerca do princípio da primazia do interesse público.

Com isso, conforme destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸, não pode a Administração Pública, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, sem a existência prévia de legislação que a condicione ou permita, estando a vontade do agente vinculada ao ato pretérito que lhe preveja.

Ante o exposto resta inequívoco que o princípio da legalidade é fundamento que faz exigência ao agente público de previsão legal que permita a realização do ato por este praticado.

O que no nosso caso resta evidente a previsão constitucional que possibilidade ao Presidente da República a concessão do indulto penal, com isso, temos comprovado o respeito ao princípio da legalidade quando da expedição de Decreto Presidencial que verse sobre o tema.

3.2 Princípio da Impessoalidade

No tocante ao princípio da impessoalidade, este é revestido com o condão da marcada imparcialidade necessária para o bem gerir os atos da administração pública, que não comportam comportamentos discriminatórios ou prejudiciais ao bom trâmite dos atos da administração, seja pela possibilidade de favorecimento pessoal tanto ao gestor quanto ao destinatário do ato.

Como letra legal ao princípio invocado pode-se observar a previsão do artigo 2º, parágrafo único, III da Lei 9.784/99, que versa sobre a necessidade de observância critérios de objetividade, voltando na busca do interesse público, vedando-se a promoção pessoal de agentes ou autoridades.

Hely Lopes Meireles sintetiza que o princípio da impessoalidade reflete o princípio da finalidade, quando assevera que:

[...] o qual se impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma do Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal⁹.

⁷ MAZZA, A. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92.

⁸ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 102.

⁹ MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89-90.

Do conceito exposto alhures resta sentenciado que ao se observar a imposição da finalidade do ato, previsto no ordenamento, restaria garantida a observância do princípio da impessoalidade.

Porém, importante não olvidar a lição de José Afonso da Silva¹⁰, onde aponta:

Os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal.

Com isso notamos que a impessoalidade transcende a atuação do agente público e chega ao órgão que emana o ato, já que o órgão é a representação do Estado junto ao ato praticado, pois ao verificar o ato o cidadão entende que este adveio do Poder Público e não do pseudo poder pessoal do agente público.

O alerta acima é evidenciado por Mazza, quando assevera que a ação do agente é imputada ao Estado, haja vista a responsabilidade destes atos recaírem sobre o Estado e não sobre o agente público que o assinou, vale ressaltar a existência da possibilidade de regresso do Estado frente ao agente, fato que se faz neste momento apenas para rememorar a possibilidade.

Cabe ainda observar quando da interpretação do princípio da impessoalidade que este não se confunde com o princípio da isonomia, consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, conforme lição de Lucia Valle Figueiredo¹¹, que nos esclarece:

É possível haver tratamento igual a determinado grupo (que estaria satisfazendo o princípio da igualdade); porém, se ditado por conveniências pessoais do grupo e/ou do administrador, está infringindo a impessoalidade.

Por derradeiro, importante lembrança a imposição legal de alguns impedimentos e suspeições que versam para a preservação efetiva do princípio em comento, estão estes impedimentos listados nos artigos 18 a 21, da Lei 9.784/99 e vem ao encontro da efetivação da impessoalidade de confirmação da moralidade administrativa, evitando uma possível parcialidade da autoridade administrativa.

Nota-se, então que o princípio da impessoalidade transcende a pessoa do agente público e atinge a pessoa do Estado, que através tem sua vontade emanada através do ato praticado não pela pessoa do agente, mas sim pelo órgão que lhe representa.

Assim, tem-se a clareza de que o princípio da imparcialidade é extensivo em sua aplicação, não se limitando ao emissores ou praticantes do ato, mas sim a toda a Administração Pública, pois se assim não fosse deixaria margem a interpretações rasas e tendenciosas junto aos órgãos estatais, de modo que a pessoa que deve agir com impessoalidade é o Estado e não apenas a figura representativa que ocupa determinado cargo/função quando da prática de determinado ato.

¹⁰ SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 647.

¹¹ FIGUEIREDO, L. V. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros 1995, p. 63

3.3 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade em primeiro momento nos remete a um pensamento em termos arcaicos de retidão, hombridade e saber conviver social. Afinal, esta advém do sabe popular que nos impôs de forma afirmativa um desenvolvimento cultural que era sedimentado na moral e nos bons costumes das épocas.

Porém, não podemos fincar entendimento nesta seara já que o objetivado no presente está correlacionado com a moralidade administrativa, Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹² destaca que a moralidade em comento advém da legitimidade política do agente público, consubstanciada com a finalidade do ato praticado, ou seja, em sendo o agente emissor legítimo e com a finalidade adequada do ato, ter-se-ia a observância do princípio da moralidade.

Ainda cabe reflexão quanto a lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo¹³ o ato administrativo praticado com ausência de observância ao princípio da moralidade tal não deve ser considerado válido, transcendendo a necessidade de verificação de oportunidade e conveniência, sendo por consequência considerado e devendo ser declarada um ato nulo.

Com isso, temos comprovado que se impõe ao agente público, o uso irrestrito dos preceitos éticos, consubstanciados com a plena observância da conveniência, oportunidade e justiça como guia de sua conduta.

Sendo válida a assertiva de José dos Santos Carvalho Filho¹⁴ “que somente quando os administradores estiverem realmente imbuídos de espírito público é que o princípio será efetivamente respeitado”, já que tal princípio tem vínculo sensível com o entendimento de bom administrador, que se destaca não apenas pelo saber e cumprir as leis, mas também pelo observar aos princípios basilares da função e da administração pública.

No que concerne à análise do princípio *in voga* quanto a sua interpretação e aplicabilidade junto ao Decreto 9.246/2017, será tratado em tópico próprio mais adiante.

Em observando estes preceitos, restará o ato administrativo revestido de moralidade, garantindo-lhe lisura, validade e aplicabilidade de modo satisfatório a população que será a recebedora do ato.

3.4 Princípio da Publicidade

A Constituição Federal de 1988, possui duas previsões necessárias ao comento do princípio nesta abordado, em primeiro momento carece de reflexão o ditado no art. 5º, LX, que assevera a possibilidade de privação ou restrição da informação, quando os atos processuais, e nesta seara poder-se-ia realizar uma interpretação extensiva vinculado este entendimento aos atos administrativos, quando estes afrontarem ou lesarem a defesa da intimidade ou o interesse social no caso/ato em comento.

¹² MOREIRA NETO, D. de F. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 179-180.

¹³ ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 254.

¹⁴ CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 74

Já o segundo dispositivo preceitua a exigência da ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo que a lei determinar, a saber do contido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, conforme ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵.

Outro feito de suma importância quando em debate sobre o princípio da publicidade é que esta tem sensível ligação com a eficácia da norma administrativa, da lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo¹⁶, a publicidade não está vinculada a validade do ato, mas sim a sua eficácia, pois sem a publicidade este não tem vigência possível.

Além da imperiosidade da publicidade para os feitos alhures evidenciados José dos Santos Carvalho Filho¹⁷ destaca ainda, que advém do princípio da publicidade o direito de petição, que é caracterizado pela possibilidade do cidadão postular frente aos órgãos administrativos, também, as certidões, que devem ser expedidas pelos órgãos administrativos, contendo a verdade dos fatos que lhe integram.

Como forma de obedecer o art. 37, §3º, II da Constituição que consagra o acesso a informação do cidadão aos bancos de dados oficiais, com observância as limitações do sigilo oponente previsto em lei e os dados que concernem a vida privada do administrador.

Vê-se com isso que o Órgão Administrativo possui responsabilidade gritante quando a publicidade de seus feitos, não bastando a simples publicação legal das leis, decretos ou portarias, mas também, deve estar à disposição do cidadão para esclarecer-lhe quanto a suas solicitações.

Importante não olvidar que as solicitações realizadas pelos cidadãos também devem observar as limitações legais, bom como, necessária observância dos prazos para resposta pelo órgão competente.

Com isso, tem-se latente, que o princípio da publicidade não se esgota quando da publicação dos atos administrativos para a população, sempre subsistindo ao administrador público a obrigação de fornecer as informações pleiteadas pelos Administrados, ressalvadas as limitações legais, criando assim, um ambiente de transparência administrativa que corrobora a boa condução que a administração pública exige e necessita.

3.5 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência insta consagrado na Carta Constitucional, através da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que a inseriu no *caput* do artigo 37. Existindo previsão, ainda, junto ao artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/99, que versa sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Hely Lopes Meirelles, traz a eficiência com uma das obrigações da Administração Pública, quando a define como:

O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já

¹⁵ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109.

¹⁶ ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 217.

¹⁷ CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 79.

não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.¹⁸

Pode-se extrair deste princípio que o administrador público tem em si o dever da boa administração, já que este encontra respaldo descritivo em dois aspectos, conforme destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹, pois reputa observância ao modo de atuação do agente público, o qual deve entregar a população seu melhor, tanto em desempenho, quanto em resultados, e ainda, no modo organizacional, que deve ser gerido de forma a melhor estruturar e disciplinar a Administração Pública, com vistas a alcançar os melhores resultados.

Matheus Carvalho, sintetiza o princípio ainda com outros elementos, observemos:

Eficiência é produzir bem, com qualidade e com menos gastos. [...] Buscam-se sempre melhores resultados práticos e menos desperdício, nas atividades estatais, uma vez que toda coletividade se beneficia disso²⁰.

Ante as pontuações expostas, resta evidente que a eficiência que trata o princípio deve ter entendimento *lato*, não sendo possível suscitar apenas a eficiência pessoal, sem observar os custos e reflexos desta eficiência pontual, que por mais que ocorra pode contaminar todo o processo trazendo um resultado ineficiente para a população.

Vale ressaltar que o princípio da eficiência, não se limita aos serviços públicos que são prestados diretamente pelo Estado para com a coletividade, urge destacar a lição de José dos Santos Carvalho Filho²¹ que destaca que os efeitos do princípio da eficiência atingem as pessoas federativas, as concessionárias de serviço público, as autarquias, enfim, todas as atividades que possuam ligação direta ou indireta com a Administração Pública.

Extrai-se da leitura que o princípio da eficiência contém forte ligação com os demais princípios já analisados anteriormente, sem deixar claro de ponderar que cada um deles possui sua importância no processo administrativo.

Porém, pode-se observar que este possui íntimo com o princípio da moralidade, já que impossível obter resultado eficiente de manifestação que desrespeite a moralidade administrativa, já que ter-se-ia destaque conduta inaceitável do agente público.

No que concerne à aplicação do princípio em análise junto ao Decreto 9.246/2017, resta evidente que ocorre possível latência de afronta deste junto ao contido no Decreto em debate, já que o entendimento de perdão exacerbado, onde se permite um pensamento de abrandamento demasiado da pena, o que não vai ao encontro com a satisfação e as necessidades da sociedade.

¹⁸ MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 102.

¹⁹ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, 84.

²⁰ CARVALHO, M. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 78.

²¹ CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 84.

Por fim, cabe observar que a o princípio da eficiência, não se confunde com a eficácia nem como a efetividade, pois a primeira transmite sentido vinculado ao modo que se processa o desempenho da atividade administrativa, sendo vinculado a conduta dos agentes, enquanto a segundo é voltado para os resultados obtidos com as ações administrativas.

3.6 Princípio da Supremacia do Interesse Público

Após observar os princípios antecedentes, visualizando sua previsão constitucional, finda-se o breve percorrer sobre os princípios que norteiam o direito administrativo é chegada o momento de debruçarmo-nos em atenção ao princípio da supremacia do interesse público.

Matheus Carvalho²² ressalta que a “atuação do administrador não visa ao interesse do indivíduo, mas do grupo social em sua totalidade, e se assim não ocorrer, a conduta estatal sofrerá de Desvio de Finalidade, o que não está amparado pelo direito.”

Do breve entender extrai-se que a condução da Administração Pública sendo calçada na busca constante de benesses coletivas, sendo possível, inclusive, a ação do Estado frente ao particular obrigando, ou mesmo, suprimindo direitos em face dos direitos da coletividade.

Nas lição de José dos Santos Carvalho Filho²³ o princípio da supremacia do interesse público rompe com o individualismo exacerbado que se alastra pela sociedade em prol do *Welfare State* (Estado de bem-estar), voltando atenção aos interesse públicos/coletivos.

Em que pese o exposto, não pode-se entender que o indivíduo passa a ser descartável perante a sociedade, ao contrário, este é integrante fundamental para a formação social.

Porém, não pode-se conceber uma sociedade formada por milhares de milhões de vontades autônomas, com contentamento amplo. Afinal, a cada ato ter-se-ia milhares de pessoas descontentes com os atos administrativos praticados, sendo-os motivados na busca da satisfação do interesse particular do administrador ou de alguém que este prese.

A essência do indulto penal presidencial vai ao encontro da humanização da pena, que atende ao interesse público, afinal, a imposição de penas cruéis e penosas não coadunam com um Estado de bem estar social, que é um dos ideias da República Federativa do Brasil, porém abrandar penas de forma abrupta como a lançada no Decreto 9.246/2017, torna o cumprimento de pena aquém do exigido pelo interesse público, pois lança condão de impunidade frente a pessoas condenadas por afrontas legais praticadas em detrimento da sociedade.

Sendo imperioso o destaque que para a realização dos atos pelos administrador público, este não pode apenas justificar pelo princípio da supremacia do interesse público, nota-se que a realização de qualquer dos atos possíveis de serem praticados pelo agente público, estes devem observar e atender a integralidade dos princípios debatidos, sob pena de restar o ato viciado por

²² CARVALHO, M. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 62.

²³ CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 86.

desrespeito a qualquer deles, causando, com isso, transtornos e prejuízos a coletividade.

4 ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

A discricionariedade do ato administrativo, não pode ser confundida com a vontade livre e plena do administrador público, caso o fosse, estaríamos diante de uma possibilidade de permitir ao administrador a realização de atos baseados exclusivamente em sua vontade, situação que não é aceitável no direito hodierno.

É certo que a prática do ato discricionário propicia ao administrador público certo grau de liberdade para que este decida, qual a melhor maneira de que se atinja o interesse público, analisando pormenorizadamente o caso concreto que lhe é posto, leciona Alexandre Mazza²⁴.

Quando da realização de um ato discricionário cabe ao administrador público se revestir de cautela, afinal, o ato a ser praticado deve estar em plena conformidade com o fim legal que este busca alcançar, já que a lei determinada explicita ou implicitamente os ditames de conduta e as finalidades da Administração Pública.

José dos Santos Carvalho Filho²⁵ leciona que a não observância do alhures evidenciado eiva o ato de ilegalidade, gerando afronta insanável frente ao princípio da legalidade que insta consagrado no artigo 37 da Constituição Federal de 1998.

Na mesma seara de alerta quanto a necessidade de observância plena dos princípios matrizes do direito administrativo, quando da expedição de atos discricionários pelos administradores Públicos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁶ ressalta que "A ilicitude se caracterizará então pelo *desvio moral* imprimido à reta ação da Administração, [...] sempre que, em qualquer delas, o ato visar a *finalidades* divorciadas das que o agente deveria atender."

Diante do breve exposto em que pese a conceituação de atos discricionário trazido por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo²⁷, "são aqueles que a administração pode praticar com certa liberdade de escolha, nos termos e limites da lei, quanto ao seu conteúdo, seu modo de realização, sua oportunidade e sua conveniência administrativas."

O conceito alhures exposto reafirma a condição de submissão do agente público aos princípios do direito administrativo, ainda, destaca que a moderação desta discricionariedade, fato que em hipótese alguma deve ser desconsiderada, haja vista a primazia da Lei e do interesse público frente aos interesses particulares do administrador, ou mesmo de integrantes da sociedade em detrimento dos demais.

As possibilidades administrativas também devem ser levadas em conta quando da expedição de ato administrativo discricionário, fato que é destacado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸ "E a atuação é discricionária quando a

²⁴ MAZZA, A. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 257.

²⁵ CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 201.

²⁶ MOREIRA NETO, D. de F. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 319

²⁷ ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 527.

²⁸ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 221.

Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.”

O comentário acima exposto versa sobre o poder discricionário do administrador público, porém, este mesmo poder é utilizado quando da expedição de ato discricionário, ou seja, vale-se dos mesmos preceitos em ambas as situações.

Vale ressaltar ainda, quanto as previsões legislativas que expressam conceitos jurídicos indeterminados, com isso, restar-se-ia o agente público impedido de realizar atos que possam garantir o bem comum, haja vista, a falta de previsão legal, que empunharia ao administrador a impossibilidade de ação frente a imposição de obediência ao princípio da legalidade.

Porém, quando da ocorrência de situação similar a narrada preceitua Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015, p. 486) que:

[...] há discricionariedade, ou possibilidade de atuação discricionária do agente público, na aplicação das leis que utilizam conceitos indeterminados - tais como "boa-fé", "conduta escandalosa", "moralidade pública" -, quando, no caso concreto, o agente se depara com situações em que não existe possibilidade de afirmar, com certeza, a ocorrência ou não do enquadramento do fato no conteúdo da norma. Nessas situações, a administração, dentre as possibilidades de atuação juridicamente legítimas, determinará a mais oportuna e conveniente, tendo em vista o interesse público; o Poder Judiciário não pode substituir a administração nesse juízo de valor (porque se trata de um juízo de mérito administrativo).²⁹

Cabendo exclusivamente ao agente administrativo a escolha dentre as opções possíveis para o melhor solucionar da situação fática vivenciada no momento em que se impõe a decisão, levando-se em conta os preceitos da conveniência e da oportunidade administrativas, pois respeitadas estas, em tese, ter-se-á decisão que albergue a adequada proteção e respeito ao interesse público, bem como, aos preceitos legais expostos na lei de caráter indeterminado.

A discricionariedade do ato deve observar a existência de um juízo de conveniência prévio, destacando-se a oportunidade em seu objeto ou no motivo da realização do ato, que é determinado como mérito do ato praticado.

Em caso de não observância destes preceitos incorrerá o agente administrativo em ato arbitrário, pois por arbitrário seria o ato praticado fora dos padrões de legalidade, bem como transcendendo os limites de competência para expedição do ato, situações que ensejariam afronta latente a legislação.

Urge evidenciar que a otimização da conduta do agente administrativo gera como consequência uma otimização de seus atos, diante disso vale destacar lição de Celso Antonio Bandeira de Melo³⁰, que assevera que a “discricionariedade existe,

²⁹ ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 486.

³⁰ MELO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 430.

por definição, *única e tão somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima*, isto é daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicada.”

Com o breve analisado nota-se que a possibilidade de atuação discricionária advém exclusivamente para possibilitar ao agente administrativo uma melhor condução dos atos que lhe cabem, sem a fuga da legalidade, da legitimidade e dos demais princípios que norteiam o direito administrativo, em situações pontuais que permitam atuação nos moldes vistos, também as situações que possuam interpretação legal ampla ou indefinida.

Ainda, a discricionariedade possibilita um agir mais célere ao administrador, que muitas vezes necessita tomar decisões imediatas na busca do bem social, tendo ainda, a particularidade da desnecessidade de motivação para alguns atos, facultando-a ao administrador quando da expedição do ato.

Confirma-se que a possibilidade do agir discricionário do administrador público, no caso especial do ato administrativo discricionário é tentativa de otimizar e garantir ao coletividade uma ação ativa do administrador, possibilitando respostas eficientes e adequadas as situações que lhe caibam.

Como forma de ultimar o comentário do tópico vale ressaltar que os atos discricionários são oponíveis ao controle judiciário, com as limitações impostas pela legislação, sendo este assunto tratado em momento posterior em tópico específico.

5 ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS

Como base de ponderação, necessário se faz, mesmo que brevemente pontuar algumas características no que concerne aos atos administrativos vinculados, evidenciando, assim, as diferenças deste frete aos atos administrativos discricionários, sendo-os antagônicos.

Os atos vinculados, surgem do poder vinculado que segundo lição de Hely Lopes Meirelles³¹, “o poder vinculado ou regrado é aquele que estabelece único comportamento possível a ser tomado pelo administrador diante de casos concretos, sem nenhuma liberdade para juízo de conveniência e oportunidade.”

Da leitura sobre o poder vinculado nota-se a ausência de liberdade do administrador público pois este fica adstrito exclusivamente as permissões legais, sendo vedada qualquer possibilidade de emissão de juízo de valor para emissão do ato, em lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, observa-se a conceituação aos atos vinculados, também, as imposições objetivas que o administrador está adstrito ao deparar-se com situação que imperiosamente necessita da intervenção por meio deste tipo de ato, vejamos:

[...] os que a administração pratica sem margem alguma de liberdade de decisão, pois a lei previamente determinou o único possível a ser obrigatoriamente adotado sempre que se configure a situação objetiva descrita na lei. Não cabe ao agente público apreciar oportunidade e conveniência administrativas quando à edição do ato; uma vez atendidas

³¹ MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 96-97.

as condições legais, o ato tem que ser praticado, invariavelmente.³²

Na mesma senda assevera Celso Antonio Bandeira de Melo³³ para a necessidade de objetividade absoluta entre o previsto legal e o fático enfrentado pelo administrador, não cabendo a Administração interferência derivada de qualquer tipo de apreciação subjetiva, situação que vincula obrigatoriamente a expedição do ato previsto em lei.

Ainda, vale observar que o ato vinculado, possui condão de conceder direitos a terceiros, fato que incorre quando da expedição de atos discricionários, pois cumpridos determinados requisitos que esteja estipulados por lei, impõe-se ao administrador a concessão de direitos aos particulares.

Diante do breve comentário inegavelmente mostra-se que o ato vinculado impõe limitação de vontade, subjetividade, conveniência ou oportunidade ao administrador público, impondo-se a ele a tomada de decisão ou expedição de ato único possível, previsto em lei.

Vale observar que a vinculação em comentário se faz necessária para maior segurança jurídico administrativa, pois a possibilidade de tomada de decisões amplas de modo discricionário poderia ensejar a não expedição de atos que hodiernamente são de condão obrigatório, conseqüentemente a possíveis prejuízos sociais coletivos.

6 PRINCÍPIO DA MORALIDADE X DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Tema de grande repercussão na atual conjuntura política nacional, diz respeito à aplicação da moralidade administrativa quando da expedição de atos discricionários pelos administradores públicos, de modo especial aos agentes políticos.

Latente é o saber quando a delicada situação vivida pelos entes públicos no país nos últimos anos, condição que se reafirma a cada novo escândalo ou desenrolar das páginas investigativas das diversas operações deflagradas em todo país frente a ações fraudulentas, que geram prejuízos imensuráveis aos cofres públicos, conseqüentemente a população em geral.

Diante de fatos como estes, a população anseia pelo surgimento de uma política digna e justa, composta por pessoas que observem os limites legais e principiológicos, de modo especial no que concerne ao ponto de debate ao princípio da moralidade, observando as possibilidades de expedição de atos discricionários que visem a otimização dos atos que permeiam a gestão pública de modo eficaz, respeitando-se os méritos e cobrando-se os deméritos advindos dos atos administrativos.

Viu-se anteriormente que a moralidade exigida do administrador público transcende o conceito vago geral tido pela grande massa populacional, sendo necessária uma interpretação ampla do princípio para obtenção de sua essência junto ao direito administrativo.

³² ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 484-485.

³³ MELO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 424.

Mister destacar elemento fundamental para a concepção da moralidade administrativa, que é a legitimidade política para a expedição do ato, no que concerne a proposta do trabalho, vê-se que a figura legitimada para expedição do decreto que concede o indulto é o Presidente da República, ou seja, tem-se observada a legitimidade política do ato quando este é expedido pelo Chefe do Poder Executivo, ou por Autoridade Administrativa por ele delegado nos termos da previsão constitucional.

Já em observar-se a finalidade do ato este deve ser adequado as previsões legislativas, no que concerne ao ponto de debate, que é a expedição de indulto presidencial penal, este possui finalidade explícita e prevista nos diplomas penais, não sendo um legislar avulso do Presidente da República, sendo em tese consubstanciado sem a necessidade de verificação da oportunidade ou da conveniência do ato, pois respeita-se a previsão legal, quando de sua expedição, garantindo-se a observância ao princípio da moralidade.

Anseio que provém dos corredores sociais trazem que esta moralidade seja observada, além dos preceitos alhures lançados, pois necessita se confrontar o teor da expedição presidencial, frente as condições de discricionariedade oponível a sua condição de agente público, pois a não observância plena dos preceitos ensejaria em expedição de ato nulo.

A fuga dos guias morais para a expedição de conduta discricionária vicia o ato trazendo prejuízos a grande massa populacional, fugindo, assim, das características básicas da Administração Pública, que devem versar exclusivamente pelo bem comum e social pleno, pois esta é obrigação do administrador público.

Alerta-se, então para a necessidade de observância pelo administrador público em especial ao princípio da moralidade quando da expedição de atos discricionários possíveis, bem como, a imperiosidade de que este mesmo administrador não fuja das previsões legais para a condução de suas atividades administrativas, pois a expedição do ato é a exteriorização de pensamento do ente administrativo.

Fato que não se pode aceitar quando da discricionariedade lese frontalmente os preceitos morais, que podem englobar de modo sintético os demais princípios do direito administrativo, pois através da lesão moral podemos englobar situações que firam a legalidade, a impessoalidade, a eficiência e a supremacia do interesse público.

Assim, exige-se uma atuação pacífica e adstrita as previsões legais e principiológicas que se impõe a atuação de todo e qualquer agente administrativo Público, este é vinculado a tais condicionamentos, mesmo quando da expedição de atos discricionários.

7 O INDULTO PENAL PRESIDENCIAL DE 2017 E SUAS POLÊMICAS

Como já exposto em momento oportuno o indulto penal presidencial, possui previsão legal, bem como, condiciona sua expedição a conveniência administrativa, não existindo uma vinculação de realização do ato, sendo possível ao Presidente da República sua expedição em qualquer momento que julgue oportuno para tal.

Ocorre que tradicionalmente é expedido pelo Presidente da República em meados de dezembro de cada ano, o indulto penal de natal como é conhecido, sendo este decreto aguardado por toda comunidade carcerária e jurídica, pois estes

aguardam o conteúdo que regulará a aplicação individual do concedido através do indulto.

Dando sequência a tradição o Presidente da República, Michel Temer, expediu em 21 (vinte e um) de dezembro de 2017, o decreto n.º 9.246, que concede o indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências.

Inobstante a concretização do decreto tradicional, ocorre de modo especial grande alvoroço no meio jurídico quando da publicidade do ato, que fora publicado no Diário Oficial da União em 22 (vinte e dois) de dezembro de 2017.

Tanto que no dia 27 (vinte e sete) de dezembro de 2017, segundo dia útil subsequente a publicação do decreto, a Procuradoria Geral da União, através de sua procuradora chefe, peticionou ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, que fora distribuída sob número 5874, onde requereu-se a cautelarmente a suspensão dos efeitos do inc. I do art. 1º; do inc. I do §1º do art. 2º, e dos arts. 8º, 10 e 11 do Decreto n. 9.246, de 21.12.2017, com julgamento final confirmando-se a inconstitucionalidade dos mesmos pontos pleiteados em pedido cautelar.

Deferido o pedido cautelar pela Presidente do Supremo Tribunal de Justiça em 28 (vinte e oito) de dezembro de 2017, surtindo seus efeitos suspensivos até o momento da análise e elaboração do presente, sendo que a decisão cautelar será analisada adequadamente em momento futuro.

A indignação ministerial, reflete entendimento social, que aduz a amplitude demasiada do decreto que concede o indulto natalino em 2017, pois a concessão, em tese fere a separação dos poderes, fere a liberdade dos magistrados, quando da individualização da pena e induz uma proteção ineficiente do Estado para com seus membros, sendo o exposto pelo Procurador da República Deltan Dallagnol³⁴, em seu artigo: Um indulto sob medida para estancar a sangria, publicado no dia 24 (vinte e quatro) de dezembro junto ao portal UOL, refletindo o sentimento dos demais procuradores, que já no mês de novembro de 2017, alertavam para a possibilidade do alcance dos reflexos do indulto a pelo menos 37 (trinta e sete) condenados na Lava Jato, sendo todos condenados por crimes de corrupção.

Aduz, ainda, que a insegurança jurídica restará sedimentada junto à sociedade, pois propiciará uma interpretação de que a impunidade e a insegurança sobrepõem-se a discricionariedade do ato praticado pelo Presidente da República, sendo o ato tratado como arbitrário e de consequências desproporcionais, nas palavras da Procuradoria Geral da União.

Razão de grande crítica concentra-se na proporcionalidade de pena cumprida para habilitar o condenado ao gozo do decreto, pois demonstra que nos dois últimos decretos o avanço, em tese, desproporcional para a obtenção do indulto, haja vista a necessidade de cumprimento de 1/3 (um terço) da pena nos decretos expedidos entre os anos de 1999 a 2015, tendo sensível modificação nos dois últimos anos, quando modificou-se a necessidade para 1/4 (um quarto) no ano de 2016 e 1/5 (um quinto) no decreto em comento.

Com análise fria das exigências lançadas no decreto em análise, nota-se que a exigência de cumprimento de pena para recebimento da benesse do indulto penal de natal, mostra a necessidade de cumprimento de pena em patamar mínimo

³⁴³⁴ DALLAGNOL, D. M. "Artigo: Um indulto sob medida para estancar a sangria". *Portal UOL*. De 24/12/2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/24/um-indulto-sob-medida-para-estancar-a-sangria.htm>. Acessado em: 26/12/2017.

de 20% (vinte por cento), cumulado com a dispensa do ressarcimento dos significativos danos causados ao patrimônio público e à sociedade e do pagamento das multas estabelecidas nas condenações.

Grande discordância, social lançada quando da análise do decreto em comento é a ausência de cunho humanitário quando da concessão do indulto para condenados em crimes contra o patrimônio público, com visão direcionada aos envolvidos nos escândalos de corrupção que vem se multiplicando no cotidiano nacional nos últimos anos, em todas as ramificações políticas possíveis, atingindo desde as masmorras as torres palacianas do poder, como se observa da pesquisa realizada junto ao portal UOL, onde mais de 93% (noventa e três por cento) dos mais de 23.000 (vinte e três mil) participantes, em números extraídos no dia 28 (vinte e oito) de dezembro de 2017, externam sua discordância com os termos do decreto presidencial.

A ira evidenciada possui razão pois o indulto penal presidencial possui condão primordial de impulsionar condições de cumprimento de pena mais humanitárias, tendo sua origem no império romano e sendo utilizado também nos tempos medievais, como forma de libertar prisioneiros de penas corporais e desumanas, conforme leciona Rogério Grecco³⁵.

Diante de tantas polêmicas resta inequívoco que a sociedade não se calaria, a saber do risco ventilado pela Procuradoria Geral da União quanto as condenações advindas da Operação Lava Jato, uma das operações judiciais mais eficazes da história do direito penal, no concernente aos crimes cometidos contra o patrimônio público. Afinal, possibilita-se a aplicação do indulto para o perdão de condenação no valor pecuniário de qualquer natureza.

Com o exposto nota-se que o indulto penal presidencial, concedido através do Decreto 9.246/2017, possui diversos pontos de possível incongruência com os ditames aceitáveis para aplicação plena da discricionariedade do Presidente da República o que enseja a manifestação da Procuradoria Geral da União através do ajuizamento da ADI 5874 que ataca os pontos alhures expostos de forma sintetizada.

8 FUNÇÃO FISCALIZADORA E LIMITADORA DO STF

As competências do Supremo Tribunal Federal estão consagradas no artigo 102 da Constituição Federal de 1.988, no que concerne ao analisado no presente destaca-se o inciso I, alínea a, pois nela versa a competência para apreciação de Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, que é o caso do Decreto 9.246/2017.

No que concerne a possibilidade de revisão judicial dos atos discricionários ao agente público, restringe-se a atuação do judiciário no tocante a analisar os aspectos da legalidade do ato, não se possibilitando a análise da oportunidade, conveniência ou mérito do ato, já que estes expressam necessariamente a vontade do administrador.

³⁵ GRECO, R. *Curso direito penal: parte geral*. 4. ed. Niterói: Editora Impetus, 2004, v. 1, p. 781.

Conforme lição de Matheus Carvalho³⁶, "Sempre que o Poder Judiciário atua no controle de legalidade do ato, não haverá invasão do mérito administrativo, desde que o conceito de mérito fique entendido e respeitado na decisão judicial."

Portanto, compete ao Supremo no tocante a análise do Decreto 9.246/2017, analisar as possíveis inconformidades do texto frente a Constituição Federal, com isso, vale o destacar que se fará necessário, o confrontamento deste com os princípios que regem o direito administrativo, alhures evidenciados, já que estes possuem matriz originária de nossa Carta Constitucional vigente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁷, ressalta que além da necessidade de verificação frente a legalidade necessária para expedição do ato, se faz necessário que o judiciário ao apreciar um ato administrativo discricionário, observe se este não ultrapassou o limite da discricionariedade, sendo que em caso positivo, incumbe ao Judiciário invalidar o ato, pois este encontrar-se-ia viciado por ter o agente público ultrapassado tal limite, o que de forma extensiva fere o princípio da legalidade, pois este atuou além das perspectivas legais possíveis.

No que concerne à análise do Decreto 9.246/2017, este incumbe análise quanto a possível supressão de poderes, já que o Presidente da República, pode ter ultrapassado os limites discricionários e legislado, mesmo que indiretamente em matéria penal, fato que não lhe é legítimo e que confirmaria um abuso de poder.

Importante destaque, ao fato dado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸, que assevera em sua lição a possibilidade de que o Judiciário decrete a nulidade do ato, pois este seria realizado em divergência ao interesse público, definido em lei, consubstanciado com a supressão de poderes realizada pelo Chefe do Executivo.

Vale observar, ainda, o posicionamento de Antonio Escosteguy Castro³⁹, onde este pontua a necessidade de atuação do Poder Judiciário, em sua essência política:

O Poder Judiciário é um autêntico *órgão de poder político* na exata medida em que, no exercício da sua atividade típica, a jurisdição, são proferidas decisões com caráter valorativo em face de alternativas fáticas. O ato de julgar não é meramente técnico, nem se resume na aplicação da lei. É antes disso a produção de Direito. Ao julgar, o juiz cria uma nova norma, específica para o caso concreto. Assim, toda decisão jurídica é também uma decisão política

Da análise do trecho exposto, extrai-se a necessidade de respeito a atuação do Judiciário, quando da análise dos atos governamentais, pois quando da análise e consequente julgamento do que se põe a mesa da jurisdição busca-se a otimização dos atos em detrimento do interesse social e da proteção dos institutos constitucionais que são base para expedição dos mandamentos administrativos.

Incumbe, ainda, ao STF análise quanto a moralidade do ato praticado, pois este possui caráter autônomo dos demais princípios constitucionais que permeiam a Administração Pública, sendo oponível ao regime jurídico-administrativo coerência

³⁶ CARVALHO, M. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 124.

³⁷ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 229.

³⁸ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 229.

³⁹ CASTRO, A. E. "A necessidade de controle social sobre o Poder Judiciário". *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, vol. XX, n. 55, set./dez. 1991, pp. 157-161.

plena na condução dos rumos e expedição de comandos que emanam da Administração para a população, em destaque de Vladimir da Rocha França⁴⁰.

Ademais, a análise pelo Judiciário possui papel de fundamental importância frente aos possíveis atos eivados de arbitrariedades que podem ser cometidos pelo administrador público em fuga latente de obediência aos ditames principiológicos que devem permear sua conduta, em destaque final de Di Pietro⁴¹.

Nota-se com o breve debate que o STF possui papel fundamental na proteção dos direitos da coletividade, incumbindo a ele a análise dos atos administrativos, buscando aperfeiçoá-los entregando a sociedade uma legislação que respeite plenamente a Carta Maior da nação.

Também, resta evidente que a conduta do judiciário quando desta análise não se contamina de supressão de autonomia ou, mesmo, na análise de mérito quando da expedição de ato discricionário, mas tão somente busca analisar se o ato em análise fora concebido dentro das necessidades legais e principiológicas, bem como, se este respeita a primazia do interesse social que deve ser norte na condução do administrador público, ainda, em especial no caso da análise do Decreto 9.246/2017, se este possui o caráter humanitário necessário para sua expedição.

9 DECISÃO CAUTELAR NA ADI 5.874

Em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, impõe-se ao STF julgar o que lhe é posto pelos postulantes respeitadas as prerrogativas mínimas para incursão jurisdicional.

O presente estudo limita-se a analisar o deferimento de medida cautelar pleiteada junto a ADI 5.874, onde a PGR elenca possíveis inconstitucionalidades contidas no Decreto 9.246/2017.

A decisão coube a Ministra Cármen Lúcia, então presidente da Corte, pois a propositura da demanda ocorrera em tempo de recesso forense, bem como, este encontra amparo de apreciação junto ao artigo 13 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pois o aguardar pelo trâmite normal da demanda na corte poderia ensejar em prejuízo irreparável ou de difícil reparação vez que o fora sorteado eletronicamente e remetido posterior ao despacho cautelar ao Eminentíssimo Ministro Roberto Barroso, que dará continuidade ao feito quando do retorno do recesso.

Destarte, a frase inicial lançada pela Ministra Carmen Lúcia, quando da apreciação do mérito do pedido cautelar, onde assevera categoricamente que:

Indulto não é nem pode ser instrumento de impunidade. É providência garantidora, num sistema constitucional e legal em que a execução da pena definida aos condenados seja a regra, possa-se, em situações específicas, excepcionais e não demolidoras do processo penal, permitir-se a extinção da pena pela superveniência de medida humanitária.
[...]

⁴⁰ FRANÇA, V. da R. "Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos", *Revista dos Tribunais*, vol. 774/2000, abr/2000, pp. 108-125.

⁴¹ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 231

Indulto não é prêmio ao criminoso nem tolerância ao crime. Nem pode ser ato de benemerência ou complacência com o delito, mas perdão ao que, tendo-o praticado e por ele respondido em parte, pode voltar a reconciliar-se com a ordem jurídica posta.

Aponta a Ministra que a confecção do decreto que enseja a concessão indulto penal deve submeter-se restritamente as previsões legais existentes e oponíveis a confecção do ato, não podendo o administrador público, utilizar-se da discricionariedade para avançar em seara que ultrapasse os limites objetivos e subjetivos da emissão do ato.

Ainda, ao levar-se em consideração a essência de sua emissão do mandamento que concede o indulto, pois este deve ser revestido de caráter humanitário, afastando do apenado condições penosas de cumprimento de pena, ou de penas que caracterizem sofrimento além dos suportados pelo condenado, numa forma de demonstrar e oportunizar a este a reinserção social.

Na sequência da leitura tem o *decisum* expressa concordância com a lição de Di Prieto que fora alhures exposta, quando assevera que em não se observando a finalidade juridicamente estabelecida ao indulto, este se caracteriza em arbítrio, ferindo de morte sua existência e sustentabilidade na seara jurídica pátria.

Firme refletir é posto quando da exasperação da possibilidade de que se pratique um enfraquecimento sistêmico e contínuo das instituições que primam pelo cumprimento da lei em nosso país, afinal, ao aceitar-se que a partir de um decreto que usa de maquiagem humanitária, vem sistemicamente criando cultura de descriminalização de condutas, de modo especial nos dois últimos anos, quando a expedição do decreto de indulto natalino traz abrandamento das penas impostas em definições jurídicas justas, adequadas e de plena consonância com os diplomas legais de nosso país, além do consagrado a mais de década nos decretos pretéritos.

Ademais, em análise contínua do comando cautelar extrai-se possível desvio de finalidade quando da expedição do Decreto 9.246/2017, afinal, este deveria revestir-se de caráter humanitário, ressoando na sociedade lição de que a justiça não pode se confundir com vingança.

Porém, aceitar o perdão quanto as imposições pecuniárias de devolução de numerário público e multas, oriundas de crimes praticados contra o patrimônio público, em nada possuem caráter humanitário, ao contrário se impõe uma forma de prêmio ao agente público que fora flagrado em conduta diversa do aceitável para a função pública e que tenha lesado indeterminado grupo de pessoas, através da obtenção de vantagens pessoais.

Ainda, no que concerne a qualquer comentário polêmico quanto à possibilidade de ação do Pretório Excelso frente a ato discricionário praticado pelo Presidente da República, vale relembrar o julgamento de medida liminar em Mandado de Segurança n. 34.070, quando o Ministro Gilmar Mendes, quando suspendeu a nomeação de ministro de Estado pelo Presidente da República, por desvio de finalidade, feito que pode ser abarcado pelo presente Decreto.

Por fim, vale análise ao princípio da proteção insuficiente da tutela, que teria aplicação propulsão através da descriminalização latente que ocorreria com a aplicação irrestrita de controle jurisdicional do comando exarado no Decreto 9.247/2017.

Aduz a Ministra Carmen Lúcia, que a possível ausência de proporcionalidade expostos no Decreto, possuem condição de alavancar junto à

sociedade a condição de suposta impunidade e omissão do Estado frente aos crimes praticados pelos beneficiados do comando presidencial, já que este possui tratamento brando a situações abominadas pela sociedade.

Ainda, necessário observar que o conteúdo do Decreto 9.247/2017 gera afronta a jurisprudência pacífica da Suprema Corte, que entende que a imposição de pena pecuniária, multa ou imposição de valor aplicado por outra causa, não se consubstancia em imposição desumana ou que possibilite tratamento vinculado a possível benignidade, pois o recolher destes valores são convertidos para a sociedade, aplicando-se a supremacia do interesse público quando da necessidade de arrecadação destes valores.

Em tratamento extensivo, vale destacar que a Corte Mor de nosso país entende que para obtenção de progressão de regime ou de qualquer benefício carcerário diverso do indulto, se faz necessário o adimplemento da obrigação pecuniária imposta na condenação, salvo motivo justificado.

Ultimando sua decisão a Ministra Carmen Lúcia, destaca a comparativo com os decretos de indulto editados nos últimos anos e expõe, o já comentado anteriormente, onde se observa um latente favorecimento a determinados grupos e crimes, o que poderia se concluir como uma espécie de política criminal, o que é vedado em nosso ordenamento, gerando lesão a diversos princípios constitucionais basilares a conduta do agente Administrativo.

Com o exposto, a Ministra e atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia, determinou a suspensão os efeitos do inc. I do art. 1º; do inc. I do § 1º do art. 2º, e dos arts. 8º, 10 e 11 do Decreto n. 9.246, de 21.12.2017, feito que gera seus efeitos até o momento da ultimação do presente.

10 CONCLUSÕES

Vê-se que os princípios constitucionais que regem o Direito Administrativo, com as características individualizadas de cada um, possuem caráter vinculativo entre seu conteúdo e a conduta do agente público que pratica qualquer ato em razão de sua função pública.

A possibilidade de expedição de ato acobertado pela discricionariedade não é condição para fuga das matrizes do direito administrativo, sendo necessária a observância destes preceitos pelo agente público quando da sua atuação em razão de sua função.

O ato discricionário possui possibilidade de atuação com certa margem de liberdade pelo agente público, pois incumbe a ele observar a conveniência e necessidade do ato, mas não o isenta de agir em conformidade com as exigências da sociedade.

Bem como, nota-se além da possibilidade, a necessidade de intervenção do Poder Judiciário no controle de comandos, como o analisado no presente, que possuem possíveis afrontas constitucionais, necessitando de uma atuação firme do Supremo Tribunal Federal, em razão da necessidade da proteção dos interesses sociais que prevalecem as intenções pessoais ou políticas que podem ser exprimidas do Decreto 9.246/2017.

O Judiciário é baluarte da justiça e da moral em nosso país, cabendo a este Poder atuação massiva na intenção de conter abusos e desvios de finalidade que possam ser expressos nos comandos governamentais.

Tal atuação é notada inquestionavelmente na decisão da Ministra Carmem Lúcia, quando defere a cautelar em ADI de nº 5.874/DF, onde suspende a os efeitos de parte do Decreto 9.246/2017, que concede o indulto penal, até que se julgue o mérito do pedido pelo trâmite normal da Corte, a atuação da Ministra é digna de aplauso social, pois busca assegurar a sociedade o respeito das instituições constitucionais quando da expressão de comandos governamentais.

Por fim, destaca-se a atuação jurisdicional como forma de garantir voz e vez a sociedade, não se omitindo quando invocada, sempre na busca de entregar resposta adequada, célere e justa aos feitos que se apresentam a sua análise, como feito junto ao Decreto 9.246/2017.

11 REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- BRANDT, R.; MACEDO, F.; AFONSO, J.; VASSALLO, L. "Procuradores querem barrar "perdão" de Natal para 37 condenados da Lava Jato". *Estadão Conteúdo* de 10.11.2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/11/10/procuradores-querem-barrar-indulto-de-natal-para-37-condenados-da-lava-jato.htm>. Acessado em: 28.12.2017.
- BRASIL. "Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008". Brasília: *Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas*, 2016.
- _____. "Lei nº 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal". *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 1 fev. 1999.
- BITTENCOURT, M. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Forum Editora, 2011.
- CARVALHO, M. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- CASTRO, A. E. "A necessidade de controle social sobre o Poder Judiciário". *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, vol. XX, n. 55, set./dez. 1991, pp. 157-161.
- CRETELLA JÚNIOR, J. "Os cânones do direito administrativo". *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, p. 5-52, jan./mar. 1988.
- DALLAGNOL, D. M. "Artigo: Um indulto sob medida para estancar a sangria". *Portal UOL*. De 24/12/2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/24/um-indulto-sob-medida-para-estancar-a-sangria.htm>. Acessado em: 26/12/2017.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FIGUEIREDO, L. V. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros 1995.

FRANÇA, V. da R. "Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos", *Revista dos Tribunais*, vol. 774/2000, abr/2000, pp. 108-125.

GRECO, R. *Curso direito penal: parte geral*. 4. ed. Niterói: Editora Impetus, 2004, v. 1.

MARCHAO, T. "PGR pede ao STF suspensão imediata de indulto de Natal concedido por Temer". *Portal UOL*. De 27/12/2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/27/pgr-entra-com-acao-contra-indulto-de-natal-concedido-de-temer.htm>. Acessado em: 28/12/2017.

MAZZA, A. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEDINA, J.M.G. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, D. de F. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Provas obtidas por cooperação internacional no combate às organizações criminosas: procedimento, formas e a receptividade no processo penal brasileiro

Evidence obtained by international cooperation in combating criminal organizations: procedure, forms and receptivity in the Brazilian criminal process

Arício Vieira da Silva¹
Carolina Merida²

Universidade de Rio Verde, Goiás (Brasil)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Crime organizado no mundo e no Brasil. 3. Legislação brasileira sobre organizações criminosas. 4. Convenção de Palermo no Combate ao Crime Organizado. 5. Sistema processual penal brasileiro. 6. Processo penal e direito fundamentais. 7. Meios de prova no processo penal. 8. Da cooperação internacional no processo penal. 8.1. Modalidades tradicionais de cooperação em matéria penal. 8.1.1. Extradicação. 8.1.2. Carta rogatória. 8.1.3. Carta rogatória executória. 8.1.4. Homologação de sentença penal estrangeira. 8.1.5. Transferência de presos ou condenados. 9. Considerações finais. Referências.

Resumo: O escopo deste estudo consiste na análise do instituto da Cooperação Jurídica Internacional em matéria processual penal, tendo em vista o crescimento da utilização desse instrumento como meio de dismantlar as organizações criminosas. Esse mecanismo importante no combate ao crime organizado (tanto nacional, quanto transnacional), só começou a ganhar atenção da doutrina e da jurisprudência nos últimos anos, em especial a partir das primeiras ações desenvolvidas em cooperação internacional da chamada "Operação Lava Jato". A finalidade desse novo meio de produção de provas é agilizar a prestação jurisdicional, haja vista que o auxílio direto possibilita o encaminhamento, pelo Estado requerente, de um pedido de assistência jurídica a ser cumprido, pelo Estado requerido, nos termos de sua legislação interna. A preocupação que se têm consiste em analisar se a legislação interna do país estrangeiro não viola direitos e garantias fundamentais estampadas e asseguradas ao acusado no sistema de produção de provas permitidas no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, de caráter exploratório e pautada no método qualitativo, alicerçada na leitura e análise de diversas obras sobre a temática, tais como artigos, teses, revistas especializadas no Direito, dentre outras fontes.

Palavras-chave: Cooperação Penal Internacional; Crime Organizado; Provas no Processo Penal; Direitos Fundamentais; Devido Processo Legal.

Abstract: The scope of this study consists of the analysis of the Institute of International Criminal Jurisdiction in criminal procedural matters, in view of the growth of the use of

¹ Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC de Goiás (2010). Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde Goiás (UniRV). Advogado.

² Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC de Goiás (2014). Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde Goiás (UniRV). Procuradora do Município de Rio Verde.

this instrument as a mean of dismantling criminal organizations. This important mechanism in the fight against organized crime (both national and transnational), has only begun to gain attention from doctrine and jurisprudence in recent years, especially by the first actions carried out in international cooperation called Operation Lava Jet. The purpose of this new means of producing evidence is to expedite judicial proceedings, direct aid makes it possible for the requesting State to refer a request for legal assistance to be served by the requested State in accordance with its domestic law. The concern is to analyze whether the domestic legislation of the foreign country does not violate fundamental rights and guarantees stamped and guaranteed to the accused in the system of production of evidence allowed in the Brazilian legal system. It is a bibliographical research, exploratory and based on the qualitative method, based on the reading and analysis of several works on the subject, such as articles, theses, specialized journals in Law, among other sources.

Keywords: International Criminal Cooperation; Organized crime; Evidence in Criminal Procedure; Fundamental rights; Due Process of Law.

1 Introdução

Pretende-se, por meio deste estudo, demonstrar o caminho percorrido na cooperação internacional de provas no combate às organizações criminosas, tema que tem causado grandes discussões jurídicas nos últimos anos com a edição da Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Ainda se pretende demonstrar o procedimento, formas e a receptividade das referidas provas no processo penal brasileiro.

O Estado brasileiro tem enfrentado uma árdua tarefa no combate ao crime organizado, grupos que se tornam cada vez mais ousados, violentos, bem armados e estruturados, exigindo do Estado mecanismos jurídicos mais eficazes na investigação, na coleta de dados e na obtenção de provas robustas capazes de comprovar até mesmo a existência da organização criminosa e obter provas dos ilícitos penais por ela praticados.

As organizações criminosas que têm atuação em todo o planeta movimentam quantias financeiras de cifras astronômicas. Com a intensificação do processo de globalização no final do século XX e início do século XXI, estreitou-se a interconexão internacional, proporcionando uma estruturação ampla, ousada e moderna da criminalidade.

No estudo das organizações criminosas verifica-se que cada país tem um submundo, mas na economia global de hoje, um território global paralelo de gangues surgiu onde as organizações criminosas transnacionais controlam mais poder econômico do que alguns Estados-Nação.

O enfrentamento jurídico do desmantelamento ou enfraquecimento das organizações criminosas no Brasil e no mundo tem sido um dos grandes desafios dos legisladores e aplicadores do Direito na atualidade. O ordenamento jurídico tem enfrentado dificuldades na edição de normas eficazes para combater o crime organizado, pois se trata de um fenômeno contemporâneo, que vem preocupando a muitos países do mundo, em virtude dos grandes malefícios causados à tranquilidade pública, à ordem econômica e à paz social.

O sistema jurídico brasileiro tem como alicerce o texto da Constituição Federal de 1988, em que princípios e normas são ditados para a efetivação do Estado Democrático de Direito, sobretudo, no que se refere à privação da liberdade individual, por decorrer

necessariamente do direito à vida e da própria dignidade humana, amplamente consagrados no texto constitucional e em tratados internacionais.

Portanto, na efetivação das ações legais no combate à criminalidade há que se compreender e observar o respeito às garantias fundamentais para se chegar a uma punição, admitindo-se a sua validade somente quando ao longo do caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas através do *due process of law* (devido processo legal).

O direito ao devido processo legal vem consagrado pela Constituição Federal no art. 5º, LIV e LV. Este estabelece que ninguém deva ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, com garantia a qualquer acusado em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

No afã do combate efetivo, eficaz e célere das organizações criminosas há que se observar as garantias constitucionais sob pena da anulação das provas obtidas, bem como a observância das convenções internacionais, sobretudo a Convenção de Palermo, Itália, introduzida no sistema jurídico brasileiro com força de lei, a partir da promulgação do ajuste internacional, feito por meio do Decreto n.º 5.015, de 2004.

Tal fato porque, a função constitucional do processo o define como instrumento a serviço da realização do projeto democrático. Na interpretação de Lopes Júnior³, nesse viés insere-se a finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual e da defesa de direitos sociais e patrimoniais. Assim, quando o Estado-Juiz chama o cidadão em uma ação penal ou civil, que decidirá sobre a sua liberdade ou sobre direitos patrimoniais e sociais, deve proporcionar-lhe, de forma leal, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.

Desta forma, o presente trabalho visa contribuir para uma nova percepção das autoridades, dos estudiosos e estudantes do direito e dos segmentos organizados da sociedade sobre as questões de natureza jurídica no que se refere ao sistema de cooperação internacional de provas adotadas pelo Estado brasileiro em especial no combate às organizações criminosas.

2. Crime organizado no mundo e no Brasil

Difícil do ponto de vista histórico encontrar a origem das organizações criminosas no mundo. Quando se fala em "organizações criminosas", logo se reporta à "máfia", palavra que traduzida para a língua portuguesa significa: organização criminosa cujas atividades estão submetidas a uma direção de membros que sempre ocorre de forma oculta e que repousa numa estratégia de infiltração da sociedade civil e das instituições. Os membros são chamados *mafiosos* (no singular: mafioso). As organizações criminosas, diversamente das instituições legalizadas, não deixam seus registros formalizados, ou seja, não há registros em atas e produção de documentos de suas atividades. Dos registros históricos de estudos dessas organizações, a Máfia Italiana, a Yakusa japonesa e as Tríades chinesas foram os primeiros grupos criminosos estruturados no mundo.

Fazendo referência à origem do crime organizado, comenta Southwell⁴ que, embora as origens das primeiras "seitas" das quais surgiram grupos italianos do crime organizado possam remontar a centenas de anos atrás, a ligação direta entre elas e a Camorra, a 'Ndranghet e as famílias criminosas da máfia siciliana remonta provavelmente a não antes de 1810. No Brasil, os primeiros registros se denotam dos movimentos dos

³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 9.

cangaceiros na região nordeste, como enfrentamento ao Coronelismo que vigorava no final do século XIX e no começo do Século XX.

Virgulino Ferreira da Silva, conhecido como Lampião (1897-1938), foi o grande líder dos cangaceiros que em comitiva viajava pelo semiárido nordestino saqueando fazendas dos coronéis, vilas e pequenas cidades, apossando-se das riquezas, utilizando para tais crimes violentos, ameaças e sequestros de pessoas importantes, visando à extorsão para obtenção de recursos para sustentar seu bando. Através da postura que tinham os jagunços e capangas dos grandes fazendeiros no Sertão Nordestino, o que ficou conhecido com cangaço. Havia uma organização hierarquicamente organizada em que os cangaceiros agiam com o apoio dos grandes fazendeiros, e também de policiais corruptos, que lhes forneciam munições e armamentos⁵.

A companheira de Lampião chamava-se Maria Déia Neném - "Maria Bonita". Além desses dois, ficaram registrados na história também: Jesuíno Brilhante, Sinhô Pereira, Antônio Silvino, Corisco, Chico Pereira, dentre outros. No período compreendido entre 1922 e 1926, Pernambuco, Alagoas e, com menor frequência, a Paraíba, se tornaram áreas de atuação de Lampião, numa rotina de crimes exaustivamente repetidas. O cangaço deixava de ser um problema sertanejo localizado, para se tornar estadual. Naquela época depreende-se que já havia organização no bando de lampião.

Segundo Olivierri⁶ a atuação desses grupos deixa evidências de que já existia certa sistemática das organizações criminosas, ainda que diferente das táticas das organizações atuais, mas semelhante no que tange ao aspecto de respeito à hierarquia, característica que faz crer que o cangaço era uma forma de crime organizado. Apesar da organização, eles não arriscavam penetrar nas cidades de porte médio e metrópoles. Tinham por atividade o saque a vilas, fazendas e pequenas cidades, a extorsão de dinheiro mediante ameaças de ataques e pilhagem, ou o sequestro de pessoas importantes.

Na década de 60, o mais provável é que com a proibição do "jogo do bicho", eclodiu um movimento organizado, fato que resultou na primeira infração organizada do país. Segundo Silva⁷, o "jogo do bicho" foi idealizado pelo Barão de Drumond com o objetivo de salvar os animais do Jardim Zoológico do Rio de Janeiro. Todavia, a ideia ganhou o apreço popular e logo passou a ser gerenciada por grupos organizados mediante a corrupção de policiais e políticos.

Ainda quanto ao surgimento dos movimentos organizados no Brasil, faz-se mister destacar o ambiente dos estabelecimentos prisionais nas décadas de 70 e 80. Neste caso, como também nos outros citados, há muitas controversas, mas o que chama atenção é a existência, ou não, do grupo criminoso denominado "Comando Vermelho", naquela década, bem como a intenção de movimentos organizados, dentro das prisões, em contribuir para a formação de grupos criminosos.

Hodiernamente, existem diversos grupos criminosos no Brasil que ganham destaque pela sua atuação, a maioria deles comandados de dentro dos presídios. Entre os principais estão: o Comando Vermelho, o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Terceiro Comando que posteriormente passa a ser definido como A.D.A (Amigos dos Amigos).

⁴ SOUTHWELL, David. *A história do crime organizado*. São Paulo: Escala, 2013. p.11.

⁵ SILVA, Márcio Alberto Gomes. *Organizações criminosas: uma análise jurídica e pragmática da Lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁶ OLIVIERI, Antônio Carlos. *O cangaço*. São Paulo: Ática, 1995.

⁷ SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.805/13*. São Paulo, Atlas, 2014.

Silva⁸ assevera que são características das organizações criminosas: a) poder econômico (a criminalidade organizada almeja o lucro e atua nos negócios ilícitos mais rentáveis – tráfico de drogas, de seres humanos, de animais, dentre outros); b) alto poder de corrupção (para funcionar e maximizar lucros, as organizações criminosas se infiltram e corrompem servidores públicos de todos os Poderes e escalões); c) necessidade de legalizar o lucro obtido ilicitamente (o dinheiro captado ilicitamente é transmutado em ativos lícitos por meio de operações de lavagem de capitais); d) alto poder de intimidação (violência extremada, com o fito de garantir que membros da organização e pessoas que dela não participam, mas sabem de sua existência nada falem às autoridades); e) conexões locais e internacionais (os grupos criminosos se comunicam cada vez mais, para garantir tentáculos e atuação em outras regiões e países); f) estrutura piramidal (a hierarquia rígida e a divisão de tarefas são marcas da criminalidade organizada).

Verifica-se que, de Lampião aos dias atuais, a sociedade brasileira assistiu, atônita, ao crescimento assustador da violência nos grandes centros urbanos. A criminalidade, que antes era atabalhoada e essencialmente individual, evoluiu e passou a ser cada vez mais organizada. A prática dos delitos que se realizavam, na maioria das vezes, por grupos fortemente armados, foi substituída em grande parte por criminosos do “colarinho branco”, em um esquema fortíssimo de corrupção de políticos e agentes públicos, que associados a empresários de grande porte, se uniram para apropriar-se do patrimônio público.

3. Legislação Brasileira sobre Organizações Criminosas

Foi a partir do surgimento de notícias sobre casos de tráficos de pessoas e de drogas, como também de execuções, lavagem de dinheiro e corrupções, cometidos por grupos de pessoas, nitidamente organizados de forma hierárquica em uma estrutura ordenada, com divisão de tarefas e a finalidade de obter vantagens de qualquer natureza, que o legislador foi forçado a criar uma Lei, de forma rápida, com o objetivo de denominar esses grupos criminosos. Assim foi criada a Lei n.º 9.034/1995, posteriormente revogada pela Lei 12.850/2013, que foi bastante omissa em muitos pontos, pois não trouxe um conceito de crime organizado, não definiu os dispositivos de investigação, tais como: ação controlada, formas de infiltração, delação premiada⁹.

Ante a essas omissões, os juristas utilizavam como definição de organizações criminosas o conceito adotado na Convenção de Palermo sobre a criminalidade transnacional (posteriormente ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto nº 5.015/2004), que definia grupo criminoso como sendo, um grupo de três ou mais pessoas, organizado, que existisse há algum tempo e que atuasse com o propósito de cometer uma ou mais infrações penais e que tivesse a intenção de obterem, direta ou indiretamente, uma vantagem econômica ou outro benefício material¹⁰.

A partir de então, STJ (HC 77.771-SP) e STF (HC 96.007) passaram a utilizar o conceito adotado pela Convenção de Palermo, para se referir às organizações criminosas.

Porém, tal atitude dos tribunais superiores foi bastante questionada pelos juristas, que alegavam que “definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*)”, pois nenhum documento internacional que trate de definir crimes e cominar penas pode ser fonte normativa

⁸ SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.805/13*. São Paulo, Atlas, 2014.

⁹ MASSON, C.; MARÇAL, V. *Crime organizado*. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹⁰ SILVA, Márcio Alberto Gomes. *Organizações criminosas: uma análise jurídica e pragmática da Lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

direta, aplicada ao Direito interno brasileiro. E ressaltou ainda que o tratado de Palermo não tinha nenhum valor normativo que fosse suficiente para conceituar e delimitar as organizações criminosas.

Esses questionamentos obrigaram o legislador a criar uma nova lei, com o objetivo de regulamentar as formas de criminalidade. A Lei 12.694/12 foi criada às pressas, a fim de atender o clamor social. Com o citado diploma legal, criou-se um colegiado para julgamento de crimes praticados por grupos criminosos, criando-se também um conceito para organizações criminosas, pela primeira vez no Brasil. Entretanto, esta Lei foi omissa quanto às formas de investigação, continuando estas sendo vagamente definidas pela lei anterior.

Pouco tempo depois, em 2 de agosto de 2013, foi criada a Lei 12.850, que ficou conhecida como Lei das Organizações Criminosas. Aludida lei revogou expressamente a Lei 9.034/95 e parte conceitual da Lei 12.694/12, pois esta última definia o colegiado para julgamento, o que não veio definido na nova lei¹¹.

Deste modo, com a nova de 2013, as organizações criminosas foram tratadas como "*novatio legis*" incriminadora, tendo a paz pública como bem jurídico tutelado, mas não teve caráter retroativo, não alcançando assim os fatos esgotados antes da vigência da nova ordem legal.

Silva¹² afirma que mais recentemente, surgiu a Lei 12.850/13, que definiu organizações criminosas e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal (além de alterar o código penal e revogar a Lei 9.034/95).

Para Gomes¹³ afirma que num outro nível, temos a criminalidade do colarinho branco (*white collar crime*), que é a criminalidade sem vítima, sem sangue, mas pela qual todos pagam, com grande alcance e dano social, sempre com o objetivo de vantagem financeira (material direta ou indireta). Aqui não é a violência que é difusa, mas, sim, o público alvo, pois é um crime que atinge toda a coletividade de uma maneira geral: não se trata de um crime sem vítima, mas crime sem vítima específica. Visualizamos sua presença na lavagem de dinheiro, sonegação fiscal e previdenciária e crimes contra o sistema financeiro.

Para ocorrer a repressão eficaz do crime organizado é importante o uso proativo da inteligência policial e uma legislação produzida com a finalidade de promover o controle de suas atividades, destacando-se: a) a utilização de operações veladas de inteligência realizadas em longo prazo por profissionais de elite; b) o uso ativo da observação eletrônica, especialmente regulada em legislação própria para o controle do crime organizado; c) a implantação de programas de proteção a testemunhas e d) a utilização de instrumentos jurídicos de expropriação de bens em casos envolvendo o crime organizado.

4. Convenção de Palermo no Combate ao Crime Organizado

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, estabelece que no âmbito das relações internacionais vigora o princípio da mais ampla cooperação com os demais países, além do respeito à prevalência dos direitos humanos e da não intervenção em

¹¹ MASSON, C.; MARÇAL, V. *Crime organizado*. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹² SILVA, Márcio Alberto Gomes. *Organizações criminosas: uma análise jurídica e pragmática da Lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹³ GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da convenção de palermo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

assuntos dos Estados soberanos. Como preleciona Milton¹⁴, em virtude do princípio da legalidade, é necessário que a cooperação internacional em matéria penal esteja previamente disciplinada em lei, ou como ocorre atualmente, em tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e com força de lei.

Nesse passo, Denise Neves Abade¹⁵ alerta que: “a prática brasileira opta pelo voluntarismo. O Brasil só está obrigado na temática de cooperação jurídica internacional nos termos dos tratados firmados, pautados pela Constituição e pelas leis internas”.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), que foi inserida formalmente no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, serviu para disciplinar as ações legais e as políticas institucionais de combate ao crime organizado praticados na maioria dos países celebrantes desse Tratado Internacional. Inicialmente, foram 147 países signatários desse tratado sob a égide das Nações Unidas, incluindo os pertencentes ao Mercosul¹⁶.

A Convenção institui diversos mecanismos de cooperação internacional e define vários conceitos, com vistas a dificultar a atividade das organizações criminosas. Regula, de forma especial, o enfrentamento ao delito de lavagem de dinheiro, que constitui objetivo global para a manutenção da segurança internacional, uma vez que é uma das medidas mais eficientes para desestimular o crime organizado.

Indiscutivelmente, esse é o principal mecanismo multilateral existente, no cenário internacional, atinente a crimes de grande complexidade, cometidos por organizações criminosas com área de abrangência global.

5. Sistema processual penal brasileiro

No processo penal brasileiro, que se utiliza de um sistema acusatório dentro de um processo democrático, com alicerce no texto constitucional, a preservação das garantias fundamentais devem ser vistas como medida de primeira necessidade. Há um mito em confronto com as garantias fundamentais na confecção mais real possível do processo penal, buscando reproduzir de forma fiel o fato típico no combate à criminalidade, chegando-se a invocar a busca pela “verdade real”.

Lopes Júnior¹⁷ afirma que, considerando que ainda (sub)existem autores e atores judiciários que sustentam a mitológica “verdade real” para justificar suas práticas autoritárias, e muitos que acreditam “resolver o problema” partindo para a verdade processual/formal, é bastante complicado fazê-los compreender que o problema está na “verdade” e não no adjetivo que a ela se une (Carnelutti). O eterno debate entre “verdade possível x verdade inalcançável” arrasta-se sem solução e nenhum avanço relevante gera para o processo penal. É preciso pensar um processo liberto do peso da “verdade” (como explicaremos ao tratar da prova penal), em que a decisão penal é construída em contraditório, dentro das regras do jogo, demarcada pela prova lícitamente produzida. A “verdade” é contingencial e não fundante. Mas isso é outra grande revolução que se deve operar no senso comum teórico.

¹⁴ MILTON, Fornazari Junior. *Cooperação Jurídica Internacional: auxílio direto em matéria penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017.

¹⁵ ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

¹⁶ MARQUES, Silvio; MORAIS, Adriana Ribeiro Soares de. *Noções sobre cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Ed. Associação Paulista do Ministério Público, 2009, p. 37.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório*. Boletim – publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Rio de Janeiro, a. 21, n. 251, p. 5-6, out. 2013.

Pari passu, o autor¹⁸ assinala a completa superação das discussões acerca de sistemas processuais na doutrina alienígena, pois também lá fora já é lugar pacífico a superação das premissas que fundavam tais discussões. Atualmente, o problema sobre o qual se debruçam é a eficácia ou ineficácia do sistema de garantias da Constituição e também das convenções internacionais de direitos humanos.

6. Processo penal e direitos fundamentais

O sistema de direitos e garantias fundamentais previsto na Constituição de 1988, como anotam Mendes e Branco¹⁹, não pode ter sua eficácia esvaziada pela ação legislativa, daí a necessária proteção ao seu núcleo essencial, o que pode ser visto na vedação contida no texto constitucional de qualquer manifestação do poder constituinte derivado de reforma tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, §4º, IV)²⁰.

Asserto-a que um sistema processual penal democrático deve ser comprometido com a máxima eficácia do sistema de garantias consagrado na Constituição, norteado pelo amor ao contraditório. Assim, Lopes Júnior²¹ afirma que o sistema processual penal democrático impõe a máxima eficácia das garantias constitucionais e está calcado no “amor ao contraditório”.

É aquele que, partindo da Constituição, cria as condições de possibilidade para a máxima eficácia do sistema de garantias fundamentais, estando fundado no contraditório efetivo, para assegurar o tratamento igualitário entre as partes, permitir a ampla defesa, afastar o juiz-ator e o ativismo judicial para garantir a imparcialidade. No modelo fundado na democraticidade, há um fortalecimento do “indivíduo”, um fortalecimento das partes processuais. A decisão, na linha de Fazzalari²², é “construída em contraditório”, não sendo mais a jurisdição o centro da estrutura processual e tampouco o “poder” jurisdicional se legitima por si só.

O fortalecimento do indivíduo deve ser imantado para todo o sistema processual democrático, prestigiando a participação daqueles que serão atingidos pelo provimento jurisdicional na sua construção, consoante a busca de uma democracia substancial. Daí a importância da participação ativa dos sujeitos processuais na produção das provas legalmente permitidas no direito pátrio.

7. Meios de prova no processo penal

O procedimento de introdução de fontes de prova nos autos do processo criminal é chamado de meios de prova. O professor Lima²³ aclara o assunto, lecionando serem os meios de prova os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Dizem respeito, portanto, a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípuo é a fixação de dados probatórios no processo. Enquanto as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais, os meios de prova somente existem no processo.

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório*. Boletim – publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Rio de Janeiro, a. 21, n. 251, p. 5-6, out. 2013.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988.

²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório*. Boletim – publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Rio de Janeiro, a. 21, n. 251, p. 5-6, out. 2013.

²² *Apud* LOPES JÚNIOR, Aury. *(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório*. Boletim – publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Rio de Janeiro, a. 21, n. 251, p. 5-6, out. 2013.

²³ LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2016.

Portanto, pode-se dizer que o meio de prova é a forma (procedimento) pelo qual a fonte de prova (real ou pessoal) será transferida para os autos do processo penal.

Aprofundando sobre o tema, Lima²⁴ ensina que os meios de prova podem ser lícitos ou ilícitos. Somente os primeiros podem ser admitidos pelo magistrado, dispondo o art. 157 do Código de Processo Penal brasileiro que são inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devendo ser desentranhadas do processo.²⁵

Nesse ponto, vale transcrever o magistério do professor Rangel²⁶, que anota que a prova ilícita é violadora do direito material. Seja porque a norma proíbe aquele tipo de prova (tortura, por exemplo), seja porque permite, mas desde que se cumpra com o que a norma exige (mandado de busca e apreensão para ingressar no domicílio). A prova ilegítima é aquela que é proibida pelo direito processual (i.e. depoimento do padre contra sua vontade). A prova irregular é aquela que é colhida com desrespeito às formalidades legais existentes, não obstante ser permitida por lei (expedição de mandado sem o fim da diligência; depoimento de testemunha-parente sem advertência de que não está compromissada a dizer a verdade).

Sendo assim, toda e qualquer prova que se buscar trazer para o inquérito policial ou ação penal, independentemente do local de sua produção (território nacional ou estrangeiro), deve rigorosamente seguir os ditames constitucionais.

Aqui é fundamental destacar a necessidade do tratamento paritário dos sujeitos processuais no processo penal, nesse sentido é o artigo 8º do Pacto de San José da Costa Rica, que trata das garantias judiciais que foram acolhidas no texto constitucional, buscando a proteção da norma internacional. Segundo Mossim²⁷, o princípio da igualdade é o cerne, o arcabouço do direito como forma de expressão da sua democracia, que sempre deve presidir as relações entre as pessoas, principalmente quando se encontram em litígio. Não se pode absolutamente afirmar a existência de qualquer que seja o direito se ele não se encontrar amparado pela isonomia. Não existe direito sem igualdade de tratamento, sem paridade.

8. Da Cooperação Internacional no Processo Penal

Acerca da cooperação internacional em matéria penal, verifica-se que cada vez mais se tem utilizado desse instrumento no combate ao crime organizado, principalmente na repatriação de valores nos crimes contra o sistema financeiro, em especial na sonegação fiscal e lavagem de dinheiro. Os paraísos fiscais, até então intocáveis e invioláveis, passaram a ser colaboradores no combate a esses tipos penais em todo o planeta.

A cooperação jurídica internacional em matéria penal compreende a extradição e toda a produção e formalização de atos jurídicos em um território sob a jurisdição de outro país, chamado de Estado ou País requerido, diverso daquele onde se pretende que o ato produza seus efeitos, ou seja, o Estado ou País requerente.

Em matéria de direito processual internacional, vigora o princípio de que os atos judiciais são regidos pela *lex fori*, devendo o judiciário brasileiro promover os atos processuais aqui realizados conforme a lei brasileira, e admitir como válidos os atos processuais realizados no estrangeiro, de acordo com as leis daquela jurisdição.

²⁴ LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2016.

²⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

²⁶ RANGEL, P. C. *Direito processual penal*. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁷ MOSSIM, Heráclito Antonio. *Garantias fundamentais na área criminal*. Barueri: Manole, 2014.

Vergueiro²⁸ afirma, mais modernamente, que um dos elementos essenciais para aferição de eventual ofensa à ordem pública reside no respeito aos Direitos Humanos, sendo este certamente, na seara penal, o principal elemento de conexão a ser observado no momento de efetivar-se o reconhecimento, ou o repúdio, a determinado pedido de cooperação jurídica internacional.

A concretização do ato de solidariedade entre as partes:

[...] é realizada entre Estados soberanos, por meio de normas de Direito Internacional, na maioria das vezes por tratados internacionais, ou, ainda, por cortesia e costume internacional (amparados no princípio da reciprocidade), tendo, ainda, como fundamento as normas positivadas nas constituições e/ou leis locais dos Estados cooperantes.²⁹

Tal fato porque, em que pese o texto Constitucional de 1988 aponte, em seu artigo 4º, IX “a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”³⁰ como um dos princípios que devem reger as relações internacionais da República Federativa do Brasil, “o Estado brasileiro não possui uma legislação específica sobre cooperação jurídica internacional, de forma que os dispositivos legais que tratam da cooperação internacional encontram-se fragmentados, sobretudo em textos de tratados internacionais firmados pelo Brasil”.³¹

8.1. Modalidades tradicionais de cooperação em matéria penal

Do ponto de vista do Direito Brasileiro, a relação com jurisdições dos diversos Estados se dá, historicamente, pela extradição, carta rogatória, homologação de sentença penal estrangeira e o novo procedimento de transferência de presos ou condenados.

8.1.1. Extradição

O mais antigo e tradicional desses instrumentos é a extradição, o qual pode ser considerado o de natureza mais gravosa, por envolver diretamente a liberdade do indivíduo.

No âmbito do Direito, o termo Extradição designa um procedimento que permite a um Estado, de acordo com um tratado internacional e com uma lei, livrar-se do autor ou indiciado do cometimento de crimes comuns (por exemplo não militares ou não políticos) refugiado no seu território, entregando-o ao Estado requerente (geralmente aquele em cujo território os crimes foram cometidos) para que neste último seja julgado ou cumpra a pena que já lhe tenha sido aplicada. De acordo com o Direito no Brasil e em Portugal, e que se repete na maioria dos países, a extradição não é aplicável a nacionais.

A extradição está prevista na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LI. É cabível somente ao brasileiro naturalizado, nunca ao brasileiro nato, sendo possível em duas situações: (i) quando o crime comum for praticado antes da naturalização ou (ii) em caso de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, desde que comprovado o envolvimento, não importando o momento da prática do crime. Vale lembrar que o estrangeiro não poderá ser extraditado em caso de crime político ou de opinião (art. 5º, inc. LII, CF)³².

²⁸ VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. *Direito processual internacional*. São Paulo: Atlas 2013.

²⁹ MILTON, Fornazari Junior. *Cooperação Jurídica Internacional: Auxílio Direto em Matéria Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017.

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

³¹ ANSELMO, Marcio Adriano. *Lavagem de dinheiro e cooperação internacional*. São Paulo, Saraiva, 2013.

³² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

O artigo 102, inciso I, alínea "g" da Lei Fundamental, bem como o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, também disciplinam sobre o tema.

A extradição ativa, ou seja, quando o Brasil é o Estado requerente, é apresentada diretamente pelo Poder Executivo da União ao Estado Requerido, observadas as cláusulas de tratado que eventualmente o Brasil tiver firmado com o Estado requerido, ou, na falta delas, os princípios da cortesia e da reciprocidade.

A extradição passiva, na qual o Brasil figura como Estado requerido, rege-se também por tratados internacionais assinados pelo Brasil e, interinamente pelos artigos 5º e 102 da Constituição Federal³³:

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:

[...]

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - Processar e julgar, originariamente:

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

Dentre os requisitos para recebimento e procedimento de pedido de extradição, estão as exigências de: a) existência de tratado ou promessa de reciprocidade; b) que o Brasil não seja competente, ainda que de maneira concorrente com o Estado estrangeiro, para julgar o crime praticado pelo extraditando; c) que o fato incriminado no estrangeiro também seja considerado crime no Brasil (princípio da dupla incriminação ou da dupla tipicidade) e apenado aqui com pena superior a um ano de prisão; d) que haja sentença penal transitada em julgado, ou mandado de prisão, expedidos no Estado requerente por autoridade competente; e) que o crime não tenha prescrito, de acordo com normas brasileiras e do Estado requerente; f) que o fato não constitua crime político; e g) que o extraditando não seja submetido a julgamento por juízo ou tribunal de exceção.

A lei também estabelece como condição à concessão da extradição, a formalização de compromisso do Estado requerente no sentido de: a) não prender ou processar o extraditando por outros fatos anteriores ao pedido; b) realizar a detração penal, isto é, computar no cálculo da pena a ser cumprida no exterior, o tempo de prisão no Brasil em razão do pedido de extradição; c) comutar em pena privativa de liberdade a eventual aplicação de pena corporal ou pena de morte.

Ao solicitar a extradição, ou até mesmo em momento anterior, o Estado requerente poderá solicitar a prisão cautelar do extraditando, para fins de extradição, que será promovida pelo Ministério das Relações Exteriores, ou pelo Ministério da Justiça, quando previsto em tratado.

Na hipótese de apresentação do pedido ao Ministério da Justiça, este poderá ser encaminhado para a Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL), a fim de agilizar sua tramitação.

³³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Trata-se de hipótese de prisão cautelar autônoma, diversa das hipóteses gerais e dos requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal³⁴, tendo sido recepcionada pela Constituição Federal.

Em razão da inexistência de prazo para o término do processo de extradição no Supremo Tribunal Federal, uma vez iniciado, não há possibilidade de soltura do extraditando por excesso de prazo.

Não obstante, em relação à iniciativa do processo de extradição, há previsão legal de soltura do extraditando, caso decorram mais de noventa dias entre a prisão e a formalização do pedido de extradição, pelo Estado estrangeiro ao Brasil.

O prazo pode ser maior ou menor, caso haja previsão específica em tratado firmado entre Brasil e o Estado estrangeiro, em virtude da aplicação do princípio da especialidade no conflito aparente de normas.

Após o julgamento pelo Supremo, se deferida a medida, o extraditando será entregue ao Estado requerente.

Cabe destacar, ainda, que no julgamento de extradição n. 1.085 ("Caso Cesare Battisti") o Supremo Tribunal Federal entendeu que a decisão do Presidente da República que nega a extradição fundada em dispositivo de tratado internacional, não viola a decisão anterior do próprio tribunal deferindo a medida³⁵.

Em síntese, tendo em vista que se trata de tolhimento ao direito de ir, vir e permanecer do indivíduo, conforme já mencionado, a extradição é considerada o meio de cooperação mais gravoso.

8.1.2. Carta rogatória

A carta rogatória é o meio tradicional utilizado por um Estado soberano, por sua jurisdição, para solicitar que se produzam atos processuais em outro território soberano, visando a produção e coleta de provas ou de qualquer outro ato de instrução processual. A solicitação é sempre expedida por uma autoridade judicial à outra equivalente do país estrangeiro. Se destina à citação de réu ou investigado domiciliado no exterior (com endereço certo), a oitivas, intimações, perícias, entre outros.

Foi introduzida no ordenamento brasileiro pelo Aviso Ministerial n. 1, de 1847, juntamente com a extradição.

O primeiro tratado internacional sobre o tema foi celebrado com o Peru, e promulgado por meio do Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929.

Atualmente, o Brasil possui inúmeros tratados bilaterais celebrados com diversos países a respeito do intercâmbio de cartas rogatórias.

A carta rogatória ativa é expedida pelo juízo ou tribunal rogante no Brasil. Nesse caso, a carta é enviada diretamente ao Ministério da Justiça, no Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional (DRCI), o qual a remeterá ao país destinatário, cuidando dos trâmites necessários, nos termos dos tratados internacionais entre Brasil e o país rogado.³⁶

³⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

³⁵ MILTON, Fornazari Junior. *Cooperação Jurídica Internacional: Auxílio Direto Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

³⁶ Consoante dispõe o artigo 11, inciso VI, do Decreto 6.061/2007.

Na hipótese de não existir tratado entre o Brasil e o Estado requerido, a carta rogatória será enviada ao exterior pelo Ministério das Relações Exteriores.

De acordo com o artigo 222-A, do Código de Processo Penal, o juiz ao decidir acerca da expedição da carta rogatória, deverá verificar se as diligências pretendidas são imprescindíveis à construção do feito³⁷. Tal dispositivo tem como objetivo evitar o uso das cartas rogatórias como manobras protelatórias, prolongando desnecessariamente o inquérito policial ou o processo penal.

O artigo 386, do Código de Processo Penal³⁸, em coerência com o *mens legis* do dispositivo citado acima, dispõe que a prescrição penal ficará suspensa na hipótese de citação de réu localizado no exterior, por carta rogatória ativa, até o cumprimento da medida.

Já o trâmite da carta rogatória passiva é bem mais burocrático, pois o artigo 105, inciso I, alínea "i" da Constituição Federal, exige a concessão de *exequatur*, de competência do Superior Tribunal de Justiça³⁹.

Deferido o *exequatur*, a execução da carta rogatória segue para a Justiça Federal da 1ª instância, nos termos do artigo 109, inciso X, da Constituição Federal⁴⁰.

O trâmite das cartas rogatórias passivas deve obedecer ao disposto nos artigos 780 a 786, do Código de Processo Penal⁴¹ e nos artigos 216-O a 216-X, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

O juízo de delibação do Superior Tribunal de Justiça restringe-se ao exame dos requisitos legais de admissibilidade da carta rogatória, sem a análise do mérito da demanda, a não ser que este se confunda com requisitos de admissibilidade⁴².

Em regra, o juízo de delibação incidirá sobre o cumprimento das formalidades exigidas no Código de Processo Penal, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e no tratado internacional específico.

Além disso, o artigo 216-P do citado Regimento, determina que o STJ não concederá o *exequatur* na hipótese da carta rogatória veicular pedido que ofenda a soberania, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública.

A referida norma procedimental reflete a redação de normas processuais já existentes, como o artigo 781, do Código de Processo Penal⁴³ e o artigo 17 da Lei de

³⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

³⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

⁴² MILTON, Fornazari Junior. *Cooperação Jurídica Internacional: Auxílio Direto Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁴³ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴⁴, inovando, porém, ao elencar a ofensa à dignidade da pessoa humana como impeditivo da concessão do *exequatur*.

8.1.3. Carta rogatória executória

As cartas rogatórias executórias são aquelas por meio das quais se veiculam medidas cautelares com a prática de atos executórios ou de força, em especial sobre a pessoa ou o patrimônio do investigado ou acusado, a fim de produzir provas, ou de evitar que se desfaça do proveito obtido com o crime, garantindo, assim, o ressarcimento do Estado requerente ou das vítimas.

A maior parte dessas medidas, no âmbito do processo penal, envolve a quebra de sigilo bancário e o bloqueio de contas, a interceptação telefônica e a obtenção de dados cadastrais, dentre outras medidas de natureza cautelar.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) negava o *exequatur* às cartas rogatórias executórias oriundas do exterior, sob o fundamento de que se tratavam de atos de execução e que por isso, dependiam de uma prévia sentença judicial transitada em julgado no exterior.

Seguindo a lógica desse entendimento, a cooperação jurídica internacional, por meio da prática de atos executórios no Brasil, só poderia ocorrer com o procedimento de homologação de sentença estrangeira.

Esse procedimento transformou o Brasil em uma espécie de paraíso para criminosos internacionais ("*safe haven*"), pois o STF, como último órgão a dizer o Direito para a comunidade internacional, inviabilizava o sucesso de qualquer investigação criminal ou processo penal tramitando no exterior, além de gerar um clima internacional totalmente desfavorável ao Brasil, no âmbito da cooperação internacional.

De fato, ao negar a cooperação, o Brasil estava sujeito ao potencial dano de ver os seus pleitos cooperacionais também negados no Estado requerido, haja vista o princípio da reciprocidade.

Denise Neves Abade⁴⁵, com precisão e objetividade, ilustra bem a situação vivida:

A alternativa proposta pelo Supremo Tribunal Federal (decisão estrangeira transitada em julgado e homologação da mesma no Brasil) era claramente insuficiente, uma vez que há pedidos rogatórios em investigação ou mesmo de cunha cautelar, com contraditório diferido. Exigir sentença estrangeira, com situação do interessado para defesa e contraditório, significaria possibilitar, em geral, a adoção por parte do investigado de uma série de medidas para tornar inócuo o provimento judicial final (por exemplo, esvaziar suas contas correntes no Brasil).

Na década de 1990, o STF evoluiu para admitir a carta rogatória executória, desde que houvesse autorização expressa em tratado internacional.

Contudo, foi somente com a Emenda Constitucional 45/2004⁴⁶ e a edição da Resolução 9/2005 do STJ, que a questão foi corrigida, deixando de ser aplicável o

⁴⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

⁴⁵ ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁶ A aludida emenda constitucional, entre outras matérias, modificou a competência para o *exequatur* de cartas rogatórias, que passou a ser exercida pelo STJ, e não mais pelo STF.

Regimento Interno do STF, que dispunha sobre o processamento e julgamento das cartas rogatórias naquele tribunal.

O artigo 7º, *caput*, da Resolução 9/2005 do STJ, previu expressamente que as cartas rogatórias tivessem por objeto atos decisórios ou não decisórios, o que engloba os atos de força ou de execução. Referida redação foi mantida no artigo 216-O, § 1º, do Regimento Interno do STJ⁴⁷.

A ilustre professora Nadia de Araújo⁴⁸, ao analisar a norma do artigo 7º, *caput*, da Resolução 9/2005, atualmente reproduzida no artigo 216-O, § 1º do Regimento Interno do STJ, constatou que a regra permite a concessão de *exequatur* “às rogatórias que requeiram diligências em virtude de decisões interlocutórias ou até mesmo daquelas concedidas em caráter liminar, dispensando a sentença estrangeira com trânsito em julgado para que tais atos de cooperação possam ser atendidos”.

Desde então, o STJ tem admitido as cartas rogatórias executórias, se atendo apenas (e acertadamente) se a prática do ato executório no Brasil, em razão do seu conteúdo, fere ou não a ordem pública e/ou a soberania.

Em outras palavras, não há mais que se cogitar se a carta rogatória executória, por si só, ofende a ordem pública ou a soberania como entendia o STF no passado. O que importa é a análise do conteúdo do ato a ser praticado em território brasileiro, ou seja, se está o conteúdo do ato em consonância ou não com a ordem pública, com a soberania e agora também com a dignidade da pessoa humana.

8.1.4. Homologação de sentença penal estrangeira

Pelo princípio da territorialidade, a sentença penal a princípio, serve para produzir efeitos apenas dentro do território do país em que foi prolatada.

A fim de que possa a decisão judicial produzir efeitos em outro país, ou seja, ter efeitos extraterritoriais, faz-se necessária a instrumentalização de pedido de cooperação internacional, o que no Brasil se opera por meio da ação de homologação de sentença penal estrangeira a ser processada e julgada pelo STJ, nos termos do artigo 105, § 1º, alínea “i”, da Constituição Federal⁴⁹.

Assim como ocorreu com a carta rogatória, o julgamento da homologação de sentença penal estrangeira deixou de ser da competência originária do STF, passando ao STJ, a partir da Emenda Constitucional 45/2004.

Da mesma forma que na carta rogatória, o STJ efetua um juízo de delibação em relação à sentença estrangeira, quanto aos aspectos formais, não a admitindo nas hipóteses de ofensa à soberania ou à ordem pública.

No Brasil, admite-se a homologação de sentença penal estrangeira, desde a entrada em vigor do Código Penal, na década de 1940, limitada para efeitos cíveis e para a imposição de medidas de segurança.

⁴⁷ Em que pese a Emenda nº 18 de 17 de dezembro de 2014 tenha revogado expressamente a Resolução nº 9/2005-STJ, a redação de suas normas foram mantidas no contexto, agora nos artigos 216-A a 216-X do Regimento Interno do STJ.

⁴⁸ ARAÚJO, Nadia de. *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

A homologação de sentença penal é admitida quando a aplicação da lei brasileira produziria na espécie as mesmas consequências de acordo com o disposto no artigo 9º, *caput*, do Código Penal.⁵⁰ Assim, cabe a homologação da sentença penal estrangeira em duas hipóteses legais: a primeira para obrigar o condenado à reparação do dano, as restituições e a outros efeitos cíveis, nos termos do artigo 9º, inciso I, do Código Penal; e a segunda para impor medida de segurança aos inimputáveis (artigo 9º, inciso 2º, do Código Penal), devido à periculosidade que os condenados apresentem no meio social⁵¹.

Faz-se mister ressaltar, entretanto, que não se aplica o procedimento para a imposição de pena privativa de liberdade a brasileiro que tenha cometido crime no estrangeiro. Nessa hipótese, estando ele no Brasil e constituindo o fato crime tanto aqui, como no país em que ele o praticou, responderá a processo penal em território brasileiro e, em sendo condenado, cumprirá a pena no Brasil, sobre a égide da Lei de Execuções Penais⁵², nos termos do artigo 7º, inciso 2º, alínea "b", do Código Penal⁵³.

Contudo, cabe destacar a exceção a essa regra, diante da ratificação, pelo Brasil, do trato internacional conhecido como "Estatuto de Roma"⁵⁴, por meio do qual foi instituído o Tribunal Penal Internacional e imposto aos Países signatários a entrega de cidadão nacional para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional, nos crimes de sua competência.

Dessa maneira, passa a estar sujeito o nacional brasileiro ao instituto da entrega, nas hipóteses em que seja devida sua responsabilização criminal pela prática dos crimes definidos no referido tratado internacional.

Na hipótese da regra de processamento e julgamento no Brasil, eventual pena cumprida no exterior será considerada para fins de detração, conforme determina o artigo 8º do Código Penal⁵⁵.

Verifica-se que a detração da pena cumprida no exterior constitui uma exceção legal à necessidade de homologação de sentença estrangeira, pelo STJ, em relação a uma parcela dos efeitos da sentença.

Ademais, retornando às hipóteses de homologação de sentença penal estrangeira, conclui-se que, para gerar os efeitos cíveis acima mencionados, o Código Penal exige a propositura de ação de homologação da sentença penal estrangeira pela parte interessada, ou seja, por aquele que ostente interesse processual.

Para a imposição da medida de segurança, a lei exige apenas a existência de tratado de extradição com o Estado da qual partiu a sentença, ou, na falta deste, de requisição do Ministro da Justiça, não sendo exigida a reciprocidade para o reconhecimento de sentença penal estrangeira.

⁵⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 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: 20 out. 2018.

⁵¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 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: 20 out. 2018.

⁵² Lei Federal n. 7.210/84.

⁵³ BRASIL. Decreto-Lei n. 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: 20 out. 2018.

⁵⁴ Promulgado pelo Decreto n. 4.388/2002.

⁵⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 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: 20 out. 2018.

O processo da ação de homologação de sentença penal estrangeira é regido pelos artigos 780 a 782 e 787 a 790, do Código Interno do STJ (RISTJ).

São requisitos indispensáveis à homologação da sentença penal estrangeira: a) ter sido proferida pela autoridade judicial competente; b) terem sido as partes devidamente citadas ou a produção do efeito da revelia de acordo com a lei; c) trânsito em julgado da sentença; e d) estar autenticada pelo Cônsul Brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramento no Brasil⁵⁶.

A sentença penal estrangeira, todavia, produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo STJ, em algumas hipóteses previstas em lei, tanto em desfavor do réu, como em seu benefício. Nessa senda, de acordo com Júlio Fabbrini Mirabete⁵⁷:

Pode a sentença penal produzir efeitos no Brasil independentemente de qualquer condição, como se pode verificar no Código Penal nos institutos da reincidência (art. 63) e da detração (art.42), nas condições impostas a respeito da extraterritorialidade (art. 7º, §2º, “d” e “e”), etc. É ela considerada, nessas hipóteses como fato jurídico capaz de produzir efeitos jurídicos perante a lei brasileira. Basta para isso a prova documental idônea (certidão devidamente traduzida e autenticada) para que a sentença estrangeira produza os efeitos admitidos expressamente na lei brasileira.

Assim, verifica-se que cabe ao legislador identificar as hipóteses em que a sentença penal estrangeira dependerá ou não de homologação para produzir efeitos no Brasil.

Como se vê, não se trata de usurpação de competência do STJ, mas sim de hipóteses legais de eficácia de sentença estrangeira no Brasil, sem que haja necessidade da homologação perante a cúpula do Poder Judiciário.

De fato, não há que se confundir a competência do STJ para o julgamento da homologação com as hipóteses legais em que é cabível ou não a homologação para que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil.

Com efeito, fica a critério do legislador ordinário estabelecer as hipóteses de cabimento da ação de homologação da sentença estrangeira, sendo certo que a homologação de sentença penal estrangeira só será obrigatória (e dependerá de decisão do STJ) nas hipóteses em que o legislador optar.

8.1.5. Transferência de presos ou condenados

Trata-se de instituto humanitário inspirado na dignidade da pessoa humana, que tem como finalidade propiciar que o condenado cumpra a pena em seu país de origem ou de residência, embora tenha praticado o crime no exterior.

Além disso, na maioria das vezes, referida medida interessa sobremaneira ao Estado onde ele cometeu o crime, que fica desonerado de arcar com as despesas de custeio do cumprimento da pena do estrangeiro.

A legitimidade para a solicitação da transferência passiva no Brasil recai sobre o próprio preso ou condenado, ou qualquer pessoa ou autoridade que tenha conhecimento

⁵⁶ MILTON, Fornazari Junior. *Cooperação Jurídica Internacional: Auxílio Direto Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁵⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

do interesse da pessoa condenada em ser transferida, nos termos da Portaria n. 572, de 11 de maio de 2016, do Ministério da Justiça.

A transferência de presos, em cumprimento aos tratados internacionais em que o Brasil é parte, constitui matéria de atribuição do Poder Executivo da União, sendo desnecessária a homologação pelo STJ, haja vista possuir natureza executiva, e não jurisdicional, consoante entendimento já exarado pela própria Corte Superior.

O primeiro tratado assinado pelo Brasil em matéria de transferência de presos foi com o Canadá, tendo ingressado no ordenamento jurídico em 1998.

Atualmente o Brasil possui 13 tratados bilaterais dessa espécie em vigência: Angola, Argentina, Bolívia, Canadá, Chile, Espanha, Japão, Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, Reino dos Países Baixos, Reino Unido e Suriname.

Além desses acordos internacionais bilaterais, o Brasil está obrigado expressamente em três outros tratados multilaterais: a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior; a Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa; e o Acordo sobre transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul⁵⁸.

8.2. Cooperação internacional penal e os direitos fundamentais

Uma grande preocupação que se tem no que refere à produção das provas em cooperação internacional é que, em linhas gerais, ocorra a observância da viabilização e o equilíbrio da necessidade de uma ação rápida e eficaz, com as garantias fundamentais (asseguradas constitucionalmente e em tratados de direitos humanos). Essas garantias fundamentais estabelecidas na forma de princípios servem para fortalecer o Estado Constitucional e Humanitário de Direito.

Segundo Silvério Júnior⁵⁹ “no presente Estado de Bem-Estar Social não bastam bases de um direito que se tem positivado, mas as verdadeiras maneiras de se efetivar um direito que deseja ter”. Inegável dizer que um dos fundamentos do Estado brasileiro é a dignidade da pessoa humana. No Estado Democrático de Direito, todos os princípios, regras e valores que o regem devem se basear no respeito à pessoa humana.

O Direito Penal, por trabalhar diretamente com o *ius libertatis* das pessoas, deve se atentar às normas ditadas pelo Estado nesse confronto inevitável entre o *jus puniendi* e o *ius libertatis*, pois o objeto de sua aplicação é o ser humano, amparado por todas as prerrogativas constantes do texto legal constitucional, que elenca as garantias e direitos fundamentais.

A obra *Direito e Razão*, do Italiano Luigi Ferrajoli, é o berço do garantismo jurídico penal, baseada na premissa do respeito ao ser humano, afrontado com o direito que o Estado possui de atentar contra o direito à liberdade do indivíduo, utilizando determinadas formas de exercício arbitrário desse poder.

Sendo assim, Ferrajoli⁶⁰ afirma que o Estado de direito é sinônimo de garantismo: [...] um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições é caracterizado: (i) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força

⁵⁸ MILTON, Fornazari Junior. *Cooperação Jurídica Internacional: Auxílio Direto Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁵⁹ SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. *Opinio Delicti*. Curitiba: Juruá, 2004.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

do qual todo o poder público – legislativo judiciário e administrativo – está subordinado e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes; (ii) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos à liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais.

Ferrajoli⁶¹ aduz que, da palavra garantismo é, então, possível distinguir três significados diversos: modelo normativo de direito, teoria jurídica da validade e da efetividade da norma e filosofia política, que podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico.

Em relação ao direito penal, o garantismo determina um modelo normativo de direito com base estrita na legalidade, próprio do Estado de Direito, que pode ser entendido sob três planos: o epistemológico, que se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; o político, por sua vez, se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade; por fim, o jurídico, como sistema de vínculo impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Em relação aos direitos fundamentais, Ferrajoli⁶² os define como aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais (tais como o direito de crédito), os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a “todos” em igual medida, em razão da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão.

Em observância ao garantismo, como doutrina apta à verificação dos direitos e garantias fundamentais atrelados à Constituição Federal, antes se faz necessário entender como ocorre essa estreita relação com o respeito da dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, de forma que o Estado Democrático de Direito só estará, de fato, legitimado quando suas ações possibilitarem o respeito às normas constitucionais, atentando-se não apenas à democracia formal, mas também à democracia material de seus atos.

De maneira sucinta, Ferrajoli⁶³ destaca os dez axiomas do garantismo penal: (a) *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime); (b) *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei); (c) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade); (d) *Nulla necessitas sine iniuria* (não há necessidade ofensa ao bem jurídico); (e) *Nulla iniuria sine actione* (não há ofensa ao bem jurídico sem conduta); (f) *Nulla actio sine culpa* (não há conduta penalmente relevante sem culpa, ou seja, sem dolo ou culpa); (g) *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo criminal); (h) *Nullum iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação; *nemo iudex sine actore*); (i) *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas); (j) *Nulla probatio sine defensione* (não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa).

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

De acordo com o modelo penal garantista, não se admite nenhuma aplicação de pena sem que tenha sido cometido um fato previsto legalmente como crime, de necessária proibição e punição, gerador de efeitos danosos a terceiros, caracterizado pela exterioridade e materialidade da ação, pela imputabilidade e culpabilidade do autor e, além disso, comprovado empiricamente por acusação diante de um juiz imparcial, em processo público realizado em contraditório, mediante procedimentos estabelecidos em lei.

O garantismo penal se constitui em um importante instrumento de limitação do Estado Penal, ao permitir a efetivação das garantias constitucionais para proteger os direitos fundamentais, com a perspectiva formação da norma adequada ao caso concreto, e a consagração do Estado Democrático de Direito por meio do controle jurisdicional, respeitando sempre o princípio da Dignidade da Pessoa Humana no âmbito do Direito Penal.

Uma vez reconhecido, o princípio universal da proteção e preservação da dignidade da pessoa humana, conquistado a duras penas por homens e mulheres que deram as suas vidas para que, nos dias de hoje, a pessoa humana tenha uma proteção capaz de garantir-lhe uma vida com o mínimo de dignidade e respeito aos seus direitos.

9. Considerações finais

A cooperação jurídica penal internacional é imprescindível para o combate à criminalidade organizada internacional, em um contexto contemporâneo permeado pela globalização, multiplicação de fatos transnacionais e fluidez de fronteiras estatais.

Para combater a criminalidade organizada, não basta que o Estado utilize unicamente uma política criminal repressiva, com privação de direitos, visando apenas punir com maior severidade, a exemplo do que ocorreu na década de 90, com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), que não acabou, tampouco reduziu, os crimes por ela abrangidos.

O enfrentamento das organizações criminosas, cada dia mais avança em direção a um direito penal especial. A criminalidade organizada, por suas características peculiares, exige o emprego de meios especiais de investigação ou de obtenção de provas na sua apuração.

A utilização da cooperação penal internacional é uma tendência flagrante com o crescimento do número de tratados internacionais que contemplam a matéria, o que demonstra que o combate ao crime não se limita a um território, como se tem notado em nossa sociedade global.

Por outro lado, não podem ser ignorados os preceitos constitucionais em matéria de direito penal, sendo imprescindível amoldar a cooperação internacional aos princípios fortemente atrelados aos direitos e garantias fundamentais estampados na Carta Magna de 1988.

Tarefa árdua, mas da qual não se pode afastar, conclui-se ser essencial que a legislação brasileira referente à sistemática da cooperação internacional em matéria penal, quer quanto ao fornecimento, quer no que diz respeito à produção de provas a serem utilizadas no combate ao crime organizado, seja modificada, a fim de assegurar a aplicação das garantias fundamentais do texto constitucional, com ênfase no devido processo legal, demonstrando que há o pleno respeito aos princípios constitucionais e processuais garantidores da lealdade processual, buscando-se a efetivação do direito com um processo que seja o mais justo possível.

REFERÊNCIAS

- ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ANSELMO, Marcio Adriano. *Lavagem de dinheiro e cooperação internacional*. São Paulo, Saraiva, 2013.
- ARAÚJO, Nadia de. *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 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: 20 out. 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010)*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm >. Acesso em: 20 out. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. *Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2004/decreto-5015-12-marco-2004-531207-publicacaooriginal-13007-pe.html>>. Acesso em: 29 out. 2018.
- BRASIL. Lei n.º 12.694, de 24 de julho de 2012. *Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; 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, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm>. Acesso em: 29 out. 2018.
- BRASIL. Lei n. 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: 29 out. 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da convenção de palermo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

- LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2016.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório*. Boletim – publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Rio de Janeiro, a. 21, n. 251, p. 5-6, out. 2013.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MARQUES, Silvio; MORAIS, Adriana Ribeiro Soares de. *Noções sobre cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Ed. Associação Paulista do Ministério Público, 2009.
- MASSON, C.; MARÇAL, V. *Crime organizado*. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MILTON, Fornazari Junior. *Cooperação Jurídica Internacional: Auxílio Direto em Matéria Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MOSSIM, Heráclito Antonio. *Garantias fundamentais na área criminal*. Barueri: Manole, 2014.
- OLIVIERI, Antônio Carlos. *O cangaço*. São Paulo: Ática, 1995.
- RANGEL, P. C. *Direito processual penal*. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.805/13*. São Paulo, Atlas, 2014.
- SILVA, Márcio Alberto Gomes. *Organizações criminosas: uma análise jurídica e pragmática da Lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. *Opinio Delicti*. Curitiba: Juruá, 2004.
- SOUTHWELL, David. *A história do crime organizado*. São Paulo: Escala, 2013.
- VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. *Direito processual internacional*. São Paulo: Atlas, 2013.

A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO ELEMENTO VIOLADOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

CORRUPTION IN PUBLIC ADMINISTRATION AS A VIOLATOR OF FUNDAMENTAL RIGHTS

SILVA GUERRA, S.C.¹

UFRJ/UNIGRANRIO/MACKENZIE-RJ

MORAES GRANDE GUERRA, C.C.²

UFF/FIOCRUZ

SÚMARIO: Resumo 1. Introdução - 2. Breves considerações sobre Administração Pública - 3. Os princípios constitucionais que regem a atividade administrativa - 4. A corrupção na Administração Pública - 5. À guisa de conclusão inacabada: a corrupção na Administração pública como elemento violador aos direitos fundamentais. - 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: Impende salientar que o termo corrupção além de amplo apresenta-se também de maneira complexa para as ciências sociais, pois algumas discussões são produzidas num plano abstrato. Apesar de sua abstração, os efeitos e resultados da mesma afetam a todos de um determinado contexto social. No Brasil, construções como o "jeitinho brasileiro" acabam por legitimar e criar terreno fértil para práticas corruptivas, especialmente no âmbito da Administração Pública, que por vezes geram violações sistemáticas aos direitos fundamentais. Ações concretas anticorrupção e o desenvolvimento de políticas públicas devem ser fomentadas e realizadas para que sejam efetivados os direitos insculpidos na Carta de 1988.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Administração Pública; Corrupção

Abstract: The term corruption, besides being broad, also presents itself in a complex way for the social sciences, since some discussions are produced on an abstract plane. Despite its abstraction, the effects and results of it affect everyone in a given social context. In Brazil, constructions such as the "Brazilian way" end up legitimizing and creating fertile ground for corruptive practices, especially in the Public Administration, which sometimes generate systematic violations of fundamental rights. Concrete anticorruption actions and the development of public policies must be fostered and carried out in order to realize the rights enshrined in the 1988 Constitution.

Key words: Fundamental Rights; Public Administration; Corruption

¹ Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Titular da Universidade do Grande Rio. Professor Adjunto da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Presidente do Instituto Brasileiro Pacificador (IBP). Advogado. Contato: sidneyguerra@terra.com.br

² Mestrando em Direito Constitucional (PPGDC/ UFF). Pós Graduado em Direitos Humanos e Saúde (FIOCRUZ). Advogado e Bacharelado em Sociologia (UFF). Contato: caio.guerra@terra.com.br

1. Introdução

A Constituição alberga as opções políticas fundamentais de uma comunidade, portanto sujeita-se às variações temporais e espaciais identificadoras, em cada caso, do povo e da época histórica que visa regular. Ela, como estatuto jurídico do político, define os princípios políticos constitucionalmente estruturantes, estipula a configuração e disposição organizacional do Estado e do governo, estabelece as atribuições e competências constitucionais dos órgãos de direção política, e determina os princípios, formas e processos fundamentais da formação da vontade política e das tomadas de decisões pelos órgãos político-constitucionais.

No que tange ao funcionamento da Administração Pública, o legislador constituinte foi claro ao erigir ao patamar de princípios constitucionais que regem a atividade administrativa a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, conforme prescreve o artigo 37 caput.

Indubitavelmente que a Administração Pública dispõe de farto arcabouço legislativo, que deveria ser suficientemente hábil para pautar as ações do gestor público na condução do ente estatal. Apesar disso, o que se verifica na prática é que as regras e os princípios norteadores da Administração Pública são aviltados com muita frequência em razão de procedimentos realizados por gestores públicos ao arrepio da lei.

Os atos de corrupção praticados nos entes da federação brasileira, em todos os níveis, produzem severos prejuízos para os administrados, sendo certo que a não prestação de diversos serviços tem gerado enorme déficit para a concretização de direitos fundamentais.

Infelizmente o noticiário brasileiro tem sido “bombardeado” com notícias de corrupção que envolvem gestores estatais que ao desviarem os recursos públicos acabam por não atender as demandas da sociedade brasileira no que tange à prestação de vários direitos, como por exemplo, saúde, educação, segurança etc.

O presente estudo se propõe a tratar do grave e terrível tema que produz prejuízos indivisíveis para a sociedade brasileira que versa sobre “A corrupção na Administração Pública como elemento violador de direitos fundamentais”, utilizando-se de dois casos que aconteceram no Estado do Rio de Janeiro (infelizmente há milhares que poderiam ser utilizados neste estudo, a começar pelos atos de corrupção e seus resultados nefastos que foram descobertos pela Operação Lava Jato), onde evidenciam-se desvios de recursos públicos que deveriam ser utilizados na prestação de serviços eficientes, como por exemplo em prol do direito social à saúde. O tema, por si só, implica a elaboração de um verdadeiro “tratado”³ sobre a matéria e enseja reflexões sobre Administração Pública, corrupção, Direitos Fundamentais.

³ Neste artigo não se tem pretensão de alargar a discussão ora apresentada até em razão do espaço e proposta ora apresentada. Todavia, o presente estudo tem seu escopo alargado, enquanto projeto de pesquisa, cujos resultados serão melhores aportados quando da

2. Breves considerações sobre Administração Pública

A Administração Pública consiste em um conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado ou seus delegados, sob o regime de Direito Público, com o objetivo fim de atender as necessidades concretas da coletividade, ou seja, é todo o aparelhamento do Estado para a prestação dos serviços públicos, para a gestão dos bens públicos e interesses comuns da sociedade.

Corroborando esse entendimento, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, conceitua a "Administração Pública como atividades preponderantemente executórias, definidas em lei como funções do Estado, responsável pela gestão de recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação de interesses especificamente definidos como públicos."⁴

Nesse contexto, evidencia-se que a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais e constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos subordinados e dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a Administração Pública compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa que as executa.⁵

Deste modo, partindo-se do conceito amplo acima apresentado é possível extrair que de todas as funções desempenhadas pelo Estado⁶ a função administrativa é a mais ampla haja vista que é por meio dela que o Estado cuida da gestão de seus interesses, bem como de toda coletividade. Complementando o asserto, evidencia-se que a Administração Pública em sentido estrito compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, apenas função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política.⁷

Zanella Di Pietro afirma que a Administração designa o conjunto de serviços e entidades incumbidos de concretizar as atividades administrativas e caracteriza-se pela execução das decisões políticas e legislativas emanadas pelo Poder Público, isto é, "a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo."⁸

conclusão do mesmo.

⁴ MOREIRA NETO, D. F. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 125.

⁵ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

⁶ A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil é composta por três Poderes políticos instituídos pela Constituição Federal de 1988, são eles: o Executivo, Legislativo e o Judiciário. Os Poderes são "harmônicos e independentes, como apregoa o art. 2º da Carta vigente. A tripartição de Poderes abrange também os Estados-membros, mas nos Municípios vigora a bipartição de Poderes, porque em sua estrutura orgânica se apresentam apenas o Executivo e o Legislativo. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 446)

⁷ Idem.

⁸ DI PIETRO, M. S. Za., op. cit., p. 50.

Na mesma toada, José dos Santos Carvalho Filho⁹ ratifica as concepções assinaladas e enfatiza que a expressão Administração Pública admite mais de um sentido para sua fiel compreensão, que pode ser dividido em sentido objetivo e subjetivo, onde o sentido objetivo exprimirá “a ideia de atividade, tarefa, ação, enfim a própria função administrativa, constituindo-se como o alvo que o governo quer alcançar”¹⁰; enquanto o “sentido subjetivo, ao contrário, indica o universo de órgãos e pessoas que desempenham a mesma função.”¹¹

Impende assinalar que Administração Pública, em sentido objetivo, possui algumas importantes características quanto a sua atividade, finalidade e regime jurídico, pois é uma atividade concreta e imediata, com finalidade de executar a vontade do Estado, sob um regime, predominantemente, de direito público, embora possa submeter-se ao direito privado, ou parcialmente público, realizada em prol dos interesses coletivos.¹²

Uma vez apresentada os contornos gerais da Administração Pública, bem como os principais objetivos da atividade administrativa, torna-se essencial, para melhor percepção didática deste estudo, apresentar algumas ideias sobre os princípios constitucionais que regem a atividade administrativa.

3. Os princípios constitucionais que regem a atividade administrativa

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 37, elencou os princípios que regem a atividade administrativa¹³. Tal fato é relevante, pois os princípios administrativos são axiomas e postulados que norteiam o *modus operandi* de toda a Administração Pública.

Com efeito, atualmente não há dúvidas de que a estrutura normativa é composta por princípios¹⁴ e regras jurídicas.¹⁵ Os princípios, que são mais

⁹ CARVALHO FILHO, J. S. op. cit., p. 447.

¹⁰ Idem.

¹¹ Ibidem.

¹² DI PIETRO, M. S. Z., op. cit., p. 57.

¹³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte(...)

¹⁴ Sobre princípios, colhe-se a manifestação de BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*, 7. ed. Brasília: UNB, 1996, pp. 158-159: “Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?”.

¹⁵ GUERRA, S. *Estado e direitos humanos em tempos de crise*. Curitiba: Instituto Memória, 2018, capítulo I.

genéricos e abstratos do que as regras, não estão subsumidos a uma situação de fato, possuindo uma dimensão de peso ou importância. Para sua aplicação, não importa que os princípios estejam previstos no texto constitucional ou não.

O conceito de princípios foi elaborado por Josef Esser, em 1956. Para esse autor os princípios, ao contrário das normas (regras), não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos (critérios para justificação de uma ordem). Ademais, segundo o critério de *fundamento de validade*, adotado por Wolff-Bachof e Forsthoff, os princípios seriam diferentes das regras por serem dedutíveis objetivamente do princípio do Estado de Direito, da ideia de direito ou do princípio da justiça. Eles funcionariam como fundamentos jurídicos para as decisões.¹⁶

Nessa linha, Karl Larenz define os princípios como sendo normas jurídicas que não possuem uma situação fática determinada. Segundo ele, princípios "enquanto 'ideias jurídicas materiais' são manifestações especiais da ideia de direito, tal como esta se apresenta no seu grau de evolução histórica, alguns deles estão expressamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal, da sua cadeia de sentido, por via de uma 'analogia geral' ou do retorno à *ratio legis*; alguns foram 'descobertos' e declarados pela primeira vez pela doutrina ou pela jurisprudência, as mais das vezes atendendo a casos determinados, não solucionáveis de outro modo, e que logo se impuseram na 'consciência jurídica geral', graças à força de convicção a eles inerente. Decisiva permanece a sua referência de sentido à ideia de Direito".¹⁷

Em apertada síntese, pode-se afirmar que os princípios "são normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida".¹⁸

Assim, evidencia-se que o princípio da legalidade orienta todos os atos da Administração Pública e apresenta-se como fator decisivo para garantia do Estado do Direito, pois vincula os atos emanados pela atividade administrativa às determinantes existentes na lei. Deste modo, "toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita".¹⁹

Parafraseando o entendimento esposado por Celso Antonio Bandeira de Melo, "o princípio implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades administrativas"²⁰, dentro dos ditames legais pré-estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Depreende-se que todos os atos emanados da atividade administrativa estatal deverão obedecer aos ditames trazidos pela Carta Magna brasileira, a fim de evitar vícios posteriores e eventual nulidade de seus atos,

¹⁶ ÁVILA, H. B. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade." *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p.151-179, jan./mar. 1999.

¹⁷ LARENZ, K. *Metodologia na ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 577.

¹⁸ ÁVILA, H. B., op. cit. p.167.

¹⁹ CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de direito administrativo*. 25. Ed. São Paulo: 2016, p.19.

²⁰ MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 20.

gerando transtornos não só para própria Administração como para seus servidores e administrados.

Contudo, não se pode olvidar que a busca pela legalidade dos atos exarados pelo Poder Público deve estar em equilíbrio com a busca pela máxima eficiência de seus atos, em observância ao princípio da eficiência, igualmente arraigado no texto constitucional. Isto porque a Administração Pública deve se afastar cada vez mais da caracterização de uma "entidade burocrática que se insere no contexto de total submissão ao texto legal e à excessiva fixação de regras para o alcance do objetivo pretendido, o que muitas vezes, acaba por enfatizar os meios em detrimento de um resultado mais eficiente."²¹

Por isso é que tem-se apresentado como o modelo mais adequado o que consagra a Administração Pública gerencial²² que "caracteriza-se pela existência de formas modernas de gestão pública, modificando critérios de aplicação do controle de serviços públicos, as relações estabelecidas entre o Poder Público e seus servidores e alterando, também, a própria atuação da Administração, que passa a enfatizar a eficiência, a qualidade e a efetiva concretização do regime democrático."²³

²¹ COELHO, D. . "Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 37 n. 147 jul./ set. 2000. Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/622/r147-20.pdf?. Acesso em: 22 de jun de 2015.

²² Segundo PEREIRA, L. C. B. *Administração pública gerencial: estratégia e estrutura para um novo Estado*. Brasília: MARE/ENAP, 1996: A administração pública gerencial emergiu "na segunda metade do século XX, como resposta à crise do Estado; como modo de enfrentar a crise fiscal; como estratégia para reduzir custos e tornar mais eficiente a administração dos imensos serviços que cabem ao Estado; e como um instrumento para proteger o patrimônio público contra os interesses do rent-seeking ou da corrupção aberta. Mais especificamente, desde os anos 60 ou, pelo menos, desde o início da década dos 70, crescia uma insatisfação, amplamente disseminada, em relação à administração pública burocrática. Algumas características básicas definem a administração pública gerencial. É orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de um grau real ainda que limitado de confiança; como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; o instrumento mediante o qual se faz o controle sobre os órgãos descentralizados é o contrato de gestão. O autor, complementa ainda que a administração pública gerencial assume que se deve combater o nepotismo e a corrupção, mas que, para isto, não são necessários procedimentos rígidos. Podem ter sido necessários quando dominavam os valores patrimonialistas; mas não o são hoje, quando já existe uma rejeição universal a que se confundam os patrimônios público e privado. Por outro lado, emergiram novas modalidades de apropriação da res publica pelo setor privado, que não podem ser evitadas pelo recurso aos métodos burocráticos. Rent-seeking é quase sempre um modo mais sutil e sofisticado de privatizar o Estado e exige que se usem novas contra-estratégias. A administração gerencial — a descentralização, a delegação de autoridade e de responsabilidade ao gestor público, o rígido controle sobre o desempenho, aferido mediante indicadores acordados e definidos por contrato — além de ser uma forma muito mais eficiente para gerir o Estado, envolve estratégias muito mais efetivas na luta contra as novas modalidades de privatização do Estado."

²³ COELHO, D. M. "Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 37 n. 147 jul./ set. 2000. Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/622/r147-20.pdf?. Acesso em: 22 de jun de 2015.

Não por acaso que o princípio da eficiência, introduzido expressamente na Carta Magna brasileira pela Emenda Constitucional nº 19/98, está intimamente atrelado a ideia da prestação de um serviço público de qualidade e eficiente, que atenda as demandas sociais da coletividade com o menor custo possível para o erário, ou seja, "o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios e dinheiro público."²⁴

Hely Lopes Meirelles assevera que o princípio da eficiência é dever da Administração Pública e que este "é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros."²⁵

Note-se que o referido autor afirma que a expectativa é que a função administrativa não seja exercida apenas com legalidade, ou seja, a atividade estatal deve ser desempenhada pela soma dos princípios da legalidade, da eficiência, bem como dos demais previstos no ordenamento jurídico, a fim de auferir resultados que correspondam à boa administração, produzindo ganhos satisfatórios em prol do bem comum.

Ressalte-se, ainda, que a concepção de que a boa administração consiste em compilar os denominados princípios constitucionais norteadores e adequar todos os atos emanados pela Administração Pública à estes, consolidando-se cada vez mais ao cenário jurídico brasileiro, tanto que alicerçado nos ensinamentos de Diogo de Figueiredo, ao afirmar que "a Administração despe-se das galas do poder para apresentar-se como uma função, que as novas tendências reclamam ser desempenhadas não apenas com observância da legalidade – uma administração eficaz – mas com atendimento da legitimidade e da moralidade – uma administração eficiente e efetiva, numa palavra – uma boa administração – erigida a dever do Estado e direito dos administrados."²⁶

Assim, de acordo com Diogo Figueiredo, os atos da Administração devem respeitar o princípio da legalidade, sem desprezar o princípio da moralidade, evidenciados no artigo 37 da Constituição Federal, vez que, normalmente, estão interligados.

Na mesma toada, José dos Santos Carvalho Filho assevera que "embora o conteúdo da moralidade seja diverso do da legalidade, o fato é que aquele está normalmente associado a este. Em algumas ocasiões, a imoralidade consistirá na ofensa direta à lei e aí violará, *ipso facto*, o princípio da legalidade."²⁷

O princípio da moralidade consiste em impor ao administrador público o atendimento aos preceitos éticos regentes da função administrativa na realização de suas condutas, tendo em vista que a falta deste pode prejudicar a

²⁴ CARVALHO FILHO, J. S., op. cit., p. 29.

²⁵ MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.102.

²⁶ MOREIRA NETO, D. F. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 145.

²⁷ CARVALHO FILHO, J. S. op. cit., p. 21.

administração. Nesse sentido, é essencial que a moralidade administrativa²⁸ esteja presente em todos os atos da administração pública, vez que o administrador além de obedecer à estrita legalidade, deverá respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, reverberando mais uma vez o entendimento de que a união dos princípios constitucionais desembocam numa máquina pública eficiente, efetiva e eficaz²⁹.

Não se pode olvidar que os princípios da impessoalidade e da publicidade, igualmente introduzidos no texto constitucional brasileiro, possuem o claro propósito de consolidar as diretrizes basilares necessárias para uma gestão pública de excelência no cenário brasileiro.

José do Santos Carvalho Filho afirma que o princípio da impessoalidade trata-se de "uma faceta do princípio da isonomia"³⁰ e isto impõe ao administrador o dever de atuar sempre de forma impessoal, dispensando aos administrados tratamento igualitário a todos que se encontrem em idêntica situação jurídica, vez que todos devem ser tratados de acordo com os ditames legais (legalidade) em observância ao disposto no art. 5º da Constituição Federal.

Por fim, tem-se o princípio da publicidade que determina que todos os atos da Administração devem ter ampla divulgação entre os administrados para que estes tenham "possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos"³¹, conforme preconiza o texto constitucional citado alhures.

Assim, a publicidade, como princípio da Administração Pública abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos, como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes.³²

²⁸ Segundo MEIRELLES, H. L. op. cit., p. 104, a moralidade administrativa difere-se amplamente da moralidade comum, pois *"ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa."*

²⁹ Neste sentido, CARVALHO FILHO, J. S. op. cit., p. 18 afirma que a eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade: *"A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, a eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração, o sentido é tipicamente instrumental. Já a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas, sobleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia e efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade. Até mesmo é possível admitir que condutas eficientes e eficazes acabem por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despidas de efetividade."*

³⁰ Idem, p.20.

³¹ CARVALHO FILHO, J. S. op. cit. p. 25.

³² MEIRELLES, H. L. op. cit., p.274.

Note-se que o objetivo do princípio da publicidade é tornar notório os atos exarados pela Administração Pública, a fim de dar conhecimento aos seus administrados e não permitir que atos eivados de ilegalidade prosperem.

Sem embargo, os atos da corrupção na Administração Pública decorrem pela inobservância dos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, onde os agentes públicos adotam práticas fraudulentas para auferirem recursos que deveriam ser destinados para o bem da própria coletividade.

4. A corrupção na Administração Pública

O termo corrupção parece que está impregnado no consciente da sociedade brasileira. Um dos temas mais recorrentes, quando da elaboração de um quadro desenvolvido por uma emissora de televisão³³, por ocasião das eleições de 2018, onde as pessoas gravam um vídeo com o "Brasil que eu quero" trata exatamente sobre a corrupção.

A população brasileira tem sido "bombardeada" por diversas notícias negativas, seja no campo político, econômico, social, cultural, desportivo etc. Num olhar menos atento poderia ser suscitado o seguinte comentário: essas notícias se apresentam em várias outras partes do globo. Isso é verdade. Todavia, evidencia-se que muitos dos problemas que alcançam os diversos setores no Brasil decorrem de atos de corrupção. Ao que parece, a corrupção está impregnada na consciência de muitos brasileiros, seja na esfera pública ou na privada, cujos efeitos são extremamente nocivos, em todos os níveis e campos, é verdade, mas que alcançam resultados ainda mais significativos quando praticados no âmbito da Administração Pública que acaba por não atender as demandas dos administrados, em especial, dos direitos fundamentais de cunho social.

Antes de assinalar aspectos relativos ao tema indicado, para efeito de melhor contextualização da matéria, imperioso expandir algumas inflexões sobre corrupção³⁴.

Heloisa Starling, valendo-se da origem grega da palavra, acentua que corrupção aponta para dois movimentos: algo que se quebra em um vínculo; e algo que se degrada no momento de ruptura cujos consequências são bastante consideráveis:

³³ Disponível em <https://g1.globo.com/vc-no-g1/noticia/que-brasil-voce-quer-para-o-futuro-saiba-como-enviar-o-seu-video.ghtml>

³⁴ O termo corrupção pode ser apresentado e trabalhado em vários contextos e realidades. Neste estudo cujo enfoque principal é a corrupção na Administração Pública, o enfoque estará voltado precipuamente para a matéria. Não obstante, a título ilustrativo, pode se apresentar corrupção como o efeito ou ato de corromper alguém ou algo, com a finalidade de obter vantagens em relação aos outros por meios considerados ilegais ou ilícitos. Etimologicamente, o termo "corrupção" surgiu a partir do latim *corruptus*, que significa o "ato de quebrar aos pedaços", ou seja, decompor e deteriorar algo.

A ação de corromper pode ser entendida também como o resultado de subornar, dando dinheiro ou presentes para alguém em troca de benefícios especiais de interesse próprio. A corrupção é um meio ilegal de se conseguir algo, sendo considerada grave crime em alguns países. Normalmente, a prática da corrupção está relacionada com a baixa instrução política da sociedade, que muitas vezes compactua com os sistemas corruptos. Disponível em <https://www.significados.com.br/corruptao/>. Acesso em 27/04/18.

"De um lado, quebra-se o princípio da confiança, o elo que permite ao cidadão associar-se para interferir na vida de seu país. De outro, degrada-se o sentido do público. Por conta disso, nas ditaduras, a corrupção tem funcionalidade: serve para garantir a dissipação da vida pública. Nas democracias – e diante da República – seu efeito é outro: serve para dissolver os princípios políticos que sustentam as condições para o exercício da virtude do cidadão."³⁵

Maurício Abdalla³⁶ afirma que a corrupção não é um desvio na política que possa ser corrigido pelo lado moral, mas forma essencial e necessária de funcionamento do Estado no capitalismo e destaca o efeito que a corrupção pode produzir numa democracia:

"Nas democracias burguesas a instituição da representação adquiriu um fim em si mesma. Ao invés de se escolher representantes para servirem como meio para o exercício do poder de toda a sociedade, a democracia se diluiu na escolha de representantes, não são os cidadãos que exercem a soberania, mas uma aristocracia com o nome de democracia. Nesse modelo de sistema político, os setores sociais que conseguem controlar os representantes eleitos são os que realmente detêm a soberania. Uma vez que esse controle é exercido geralmente por quem tem mais dinheiro."³⁷

Norberto Bobbio, também sobre este tema tormentoso, teve oportunidade de se manifestar ao assentar que a corrupção se apresenta como:

"Fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensas. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura do Estado. Podemos encontrar três tipos de corrupção: a prática de recompensa para mudar em seu favor o sentir de um funcionário público, o nepotismo que é a concessão de empregos ou contratos públicos, baseando não no mérito, mas sim na parentela e o peculato para desvio ou apropriação e destinação de fundos públicos ao uso privado."³⁸

Com efeito, partindo-se da ideia acima esposada evidencia-se que a corrupção na sociedade brasileira está, de certo modo, também vinculada ao funcionamento do modelo implementado no território nacional por grupos estruturalmente e historicamente detentores de poder. No Brasil, como já apontava Raymundo Faoro, sempre teve associação, e até mesmo confusão, entre capital público e privado. Surgiu assim uma combinação do que era estatal com o que era privado, obedecendo este às diretrizes daquele, com compensações de seu estímulo e proteção. Estabeleceram-se, assim, grupos intimamente conectados no tecido público, em um "jogo" de trocas de vantagens em que grupos políticos se fortaleceram, fato esse que gerou uma disparidade de relações de poder em que

³⁵STARLING, H. M. M. "Ditadura Militar". In: AVRITZER, Leonardo (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p.259

³⁶ABDALLA, M. Disponível em: <<http://diplomatie.org.br/capitalismo-e-politica-a-corruptao-primeira-parte/>> Acesso em 13/11/2017

³⁷ABDALLA, M. Disponível em: <<http://diplomatie.org.br/capitalismo-e-politica-a-corruptao-primeira-parte/>> Acessado: 13/11/2017

³⁸BOBBIO, N. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2ª ed. 1986, p.198

fomentou-se a formação do patronato político brasileiro viciado em poder. Neste sentido enfatizou:

“Entre o Estado e o particular, na exploração dos tributos e dos monopólios, se fixa, densa e ávida, impiedosa e insaciável, uma camada de exploradores, alimentada pela Coroa (...) Dos redondos contratos sobrarão muito pra corrupção (...) Os próprios cargos públicos do Brasil, reservados a premiar serviços e colocar a nobreza ociosa, passaram a ser vendidos, a partir do século XVIII (...) A burguesia, fechado o caminho da revolução industrial no país, se converte em apêndice da nobreza, apêndice que seus rendimentos e se assenhoreia de privilégios.”³⁹

Com isso, para entender algumas discussões propostas sobre a corrupção no contexto brasileiro, torna-se interessante assinalar o que ficou caracterizado como o “jeitinho brasileiro”. Alguns estudiosos⁴⁰ tiveram a oportunidade de construir e discutir, numa perspectiva social-histórica, como surgiu esse traço marcante da formação da personalidade do caráter nacional.⁴¹

Nesta esteira, Luis Barroso enfatiza que “em sua essência, o jeitinho envolve uma pessoalização das relações, para o fim de criar regras particulares para si, flexibilizando ou quebrando normas sociais ou legais que deveriam se aplicar a todos. Embutido no jeitinho, normalmente estará a tentativa de criar um vínculo afetivo ou emocional com o interlocutor”⁴² (grifos nossos).

Note-se que o tal “jeitinho” se engendra dentro da “confusão” feita entre a esfera pública com a privada, no sentido de que há uma pessoalização das relações que sempre beneficiam o interlocutor, pois o mesmo acaba por criar regras que se tornam benéficas para si e que em situações cotidianas acarretam em atos de corrupção, como por exemplo, o pagamento de suborno para funcionários públicos com o intuito de que seu processo administrativo seja mais célere.

Evidencia-se que corrupção também se manifesta em razão de comportamentos corruptivos praticados por indivíduos que não compõem a estrutura político-administrativa, ou seja, que não são agentes públicos, mas que se valem da corrupção instalada nos diversos setores e que igualmente adotam práticas corruptivas ao pagar, por exemplo, suborno para obtenção de tratamento médico-hospitalar ou qualquer outra ação que venha a ser praticada pelo Estado.

A corrupção pode ainda se manifestar, de forma indireta, quando autoridades públicas permitem por meio de suborno, por exemplo, que sejam comercializados e depositados resíduos tóxicos, sem a cautela devida, em áreas de

³⁹ FAORO, R. *Os Donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 11.ed. São Paulo: Globo, 1997, p.233,234.

⁴⁰ HOLLANDA, S. B. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1991. DA MATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997; e O jeitinho brasileiro. Entrevista ao Blog Mania de história <https://maniadehistoria.wordpress.com/o-jeitinho-brasileiro/> Acesso em 29/04/2018.

⁴¹ Neste estudo não se tem a pretensão de alargar a ideia e construções teóricas sobre o “jeitinho brasileiro”, contudo torna-se fundamental que a “cultura” do “jeitinho brasileiro” está intimamente ligada a práticas de corrupção, que foi sendo, infelizmente, “construída” ao longo do tempo no Estado brasileiro.

⁴² BARROSO, L. R. “Ensaio sobre o Jeitinho brasileiro”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>, Acessado: 29/04/18

grande densidade demográfica e que potencialmente produz significativos prejuízos para as pessoas do entorno (como por exemplo danos à saúde).

Tal situação é definida por Renato Janine Ribeiro⁴³ como "corrupção cultural" pois, segundo ele, "expressa uma cultura forte em nosso país, que é a busca do privilégio pessoal somada a uma relação com o outro permeada pelo favor. É, sim, antirrepublicana. Dissolve ou impede a criação de laços importantes." Apresenta também a ideia da "corrupção organizada", a qual "organiza-se sob a forma de complô para pilhar os cofres públicos e mal deixa rastros."⁴⁴

Não se pode olvidar que a "corrupção cultural" é visível para qualquer pessoa. Suas pegadas são evidentes, diferentemente da "corrupção organizada, a qual quem a integra não aparece, a não ser depois de investigações demoradas, que requerem talentos aprimorados da polícia, de auditores de crimes financeiros ou mesmo de jornalistas especializados, importando assim um grande impasse social/institucional gerado por modalidades da própria corrupção.

Indubitavelmente que o combate deve ser feito a esses dois tipos de corrupção pois, conforme acentua Ribeiro, "a corrupção enquanto cultura nos desmoraliza como povo. Ela nos torna "blasé". Faz-nos perder o empenho em cultivar valores éticos. Porque a república é o regime por excelência da ética na política: aquele que educa as pessoas para que prefiram o bem geral à vantagem individual. Daí a importância dos exemplos, altamente pedagógicos."⁴⁵

Independentemente do tipo de corrupção que venha a ser praticado, o certo é que seus efeitos são nefastos, e no âmbito da Administração Pública, evidencia-se que para a ocorrência de corrupção é necessário que o agente público esteja no desempenho de uma determinada função e que se preste a atender interesses particulares ou de terceiros que destoam de suas funções típicas e do respectivo órgão ao qual presta serviços.

Em alentado estudo sobre a matéria, Rogério Léa⁴⁶ acentua que quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipofuncionamento material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar

⁴³ RIBEIRO, R. Ja. "Corrupção cultural ou organizada?" Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2806200909.htm>> Acessado: 10/10/2017.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Ibidem

⁴⁶ LEA, R. G. "Os efeitos deletérios da corrupção em face dos Direitos humanos e fundamentais". *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014.

em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas.

Sem embargo, os interesses movidos por uma “pseudo” democracia vinculada aos discursos dos idealistas da época pós ditadura, foram plasmados (em parte) na Carta Magna hoje vigente. Contudo, observa-se que a concretização de alguns dispositivos previstos na norma fundamental não ocorre por inúmeras razões, sendo ao nosso sentir, principalmente em razão da corrupção sistêmica na Administração Pública.

Para corroborar o acima indicado serão apresentados dois casos que aconteceram nos municípios do Rio de Janeiro e Duque de Caxias, ambos no Estado do Rio de Janeiro, que identificam atos de corrupção na Administração Pública que impactaram diretamente na concretização de direitos sociais.

4.1. Operação Cadeia Velha – RJ

A operação denominada “Cadeia Velha” foi deflagrada no dia 14 de novembro de 2017 e envolveu agentes do Ministério Público e cerca de 150 policiais federais, por ordem do Desembargador Federal Abel Gomes, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2), relator da força-tarefa da Operação Lava Jato no Rio de Janeiro.

Segundo o Ministério Público Federal e a Polícia Federal, a contabilidade paralela da Fetranspor⁴⁷ chegou a movimentar entre 2010 e 2016 cerca de R\$ 350 milhões em propinas. Documentos entregues pelo delator da operação apontam o envolvimento de agentes públicos do Legislativo e do Executivo⁴⁸, sendo que dois dos principais parlamentares do Estado do Rio de Janeiro⁴⁹ estão entre os principais beneficiários das propinas e teriam recebido valores de R\$ 49,96 milhões e R\$ 38,62 milhões da Fetranspor.

A partir desta operação, pode ser evidenciada a prática de vários delitos, inclusive o crime de corrupção, sendo certo que a corrupção organizada (estruturada), onde há uma tentativa de se encobrir com maior precisão os rastros

⁴⁷ Fetranspor é a Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro, que congrega dez sindicatos de empresas de ônibus que atuam no transporte urbano, interurbano e de turismo e fretamento. Tem por objetivo a representação das empresas de ônibus diante da sociedade e esferas governamentais, incentivar sindicatos e empresas do sistema ao aprimoramento contínuo dos serviços e manter intercâmbio com outras entidades da sociedade civil, visando a dar sua contribuição para o desenvolvimento do

Estado. Disponível: https://pt.wikipedia.org/wiki/Federa%C3%A7%C3%A3o_das_Empresas_de_Transportes_de_Passageiros_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro Acesso: 09/10/2017.

⁴⁸ Segundo os investigadores, o esquema criminoso contava com a participação de agentes públicos dos poderes Executivo e do Legislativo (inclusive do Tribunal de Contas do Estado - TCE) e de grandes empresários da construção civil e do setor de transporte do estado. REDAÇÃO, Carta Capital. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/politica/alcrj-manda-soltar-picciani-e-deputados-presos-na-operacao-cadeia-velha> > Acesso: 18/11/2017.

⁴⁹ Os parlamentares (sendo dois ex-presidentes da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro) foram indiciados na Operação Cadeia Velha, deflagrada na terça-feira 14 pelo Ministério Público Federal (MPF) e a Polícia Federal (PF). A operação investiga o uso dos cargos públicos para corrupção, lavagem de dinheiro e evasão de divisas, em combinação com as empresas de ônibus.

dos crimes praticados, esteve bem caracterizada a partir da participação de agentes públicos dos poderes Executivo e Legislativo, inclusive do primeiro escalão.

O esquema criminoso investigado pela Operação Cadeia Velha levou o estado do Rio de Janeiro a deixar de arrecadar R\$ 183 bilhões em tributos no período de cinco anos. Nesse sentido, o delegado de Polícia Federal Alexandre Ramagem Rodrigues afirmou que:

"O conluio criminoso se traduzia em excessivos benefícios fiscais em favor de determinadas empresas e empreiteiras, que levaram a que o estado deixasse de arrecadar em um período de cinco anos mais de R\$ 183 bilhões, ocasionando o atual colapso nas finanças do estado - com este efeito avassalador que essa corrupção sistêmica causou à Administração Pública." ⁵⁰

Indubitavelmente que os prejuízos para os cidadãos são enormes, ficando evidente que os interesses espúrios, alavancados por práticas e atos de corrupção, acabaram por se sobrepor ao interesse da própria coletividade. Não por acaso é que a frota de ônibus do Rio de Janeiro encontra-se em péssimas condições de uso, o que gera prejuízos não apenas em relação à circulação e a segurança, mas também em relação a outros direitos fundamentais, como por exemplo a própria saúde, ao terem que se submeter a um transporte coletivo em dias muito quentes, especialmente no forte verão carioca, que acaba por produzir prejuízos para muitos, especialmente idosos e crianças.

De fato, as cifras milionárias ofertadas por empresários de empresas de ônibus a agentes estatais do legislativo e do executivo decorrentes de atos de corrupção, se fossem devidamente investidas no aumento das frotas de ônibus, na instalação de aparelhos de ar-condicionado nos veículos e na própria prestação de um serviço de transporte de qualidade, atenderia, neste particular, ao mandamento constitucional em relação a esta matéria, fato que não ocorreu e infelizmente ainda não acontece.

4.2. Praça 51 em Xerém - Duque de Caxias - RJ

O atual prefeito de Duque de Caxias Washington Reis e outras cinco pessoas participaram de um esquema de fraudes em licitação para a construção de uma praça no bairro de Xerém, no mesmo município. Apesar dos fatos graves ocorridos na primeira gestão do referido Prefeito (2005-2008), que culminaram inclusive com sua condenação, o mesmo foi reeleito para o cargo nas eleições passadas para o período de 2017 a 2020.

A robusta sentença condenatória, de 54 páginas, de lavra do Juiz Paulo Cabana, da 2 Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias, que versa sobre o pagamento de um milhão de reais pagos para a Praça 51, em Xerém, cuja obra jamais saiu do papel, versa, em síntese, sobre irregularidades no serviço de urbanização da referida Praça.

⁵⁰ OLIVEIRA, N. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-11/pf-investiga-desvios-de-r-183-bilhoes-em-tributos-na-operacao-cadeia-velha>>. Acesso: 16/11/2017

As condutas ímprobas atribuídas ao Prefeito encontram-se descritas em fls. 17 e 18, especialmente a assinatura de contrato que restou descumprido (078/2008); e a edição de vários atos que geraram danos ao erário do Município.

O autor da ação⁵¹ formulou os seguintes pedidos: a) decretação da indisponibilidade dos bens do réu, em sede cautelar; b) ressarcimento do dano experimentado pelo erário; c) decretação da perda da função pública que o réu estiver exercendo; d) suspensão dos direitos políticos do réu; e) pagamento de multa civil correspondente a duas vezes o valor do dano; f) compensação por dano moral coletivos.”

O Ministério Público atribuiu ao réu (atual prefeito de Duque de Caxias) as seguintes condutas ímprobas: a) mentor de estrutura hierárquica montada para a prática de fraudes a licitações; b) aquisição do imóvel onde seria construída a praça através de “laranja”; c) determinação da construção de praça de grande porte em local inadequado em vista da densidade demográfica; d) determinação de alteração do prazo do contrato para utilização de verbas oriundas de royalties de petróleo.

Sem embargo, a não realização das obras da praça 51 em Xerém e o desvio de dinheiro público que deveria ser destinado para aquela atividade, conforme estabelece a sentença condenatória, viola frontalmente a previsão constitucional estampada na Carta Magna, em especial, o direito social ao lazer.

5. À guisa de conclusão inacabada: a corrupção na Administração pública como elemento violador aos direitos fundamentais.

O Estado brasileiro tem sido cada vez mais demandado para enfrentar os reclamos de uma sociedade ávida por justiça social. Compete a ele (Estado) produzir comandos normativos pertinentes e desenvolver políticas públicas para enfrentar as mazelas sociais, bem como promover a dignidade da pessoa humana, em observância ao dispositivo constitucional que preceitua, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III da Constituição de 1988).

Infortunadamente, o amparo às pessoas para que tenham condições de vida digna é descumprido por ações que reduzam, em termos de acesso, ao bem jurídico tutelado pelo mínimo existencial, como também pela omissão de concretização de uma previsão normativa ou mesmo pela falta de edição de um ato normativo que viabilize o alcance de um *status* jurídico favorável ao indivíduo.

Políticas públicas instituídas para conferir ao ser humano tratamento digno além de apresentarem falhas funcionais e estruturais, igualmente não se concretizam, em várias situações, por falta de interesse político e atos de corrupção.

Ademais, as práticas de inclusão social (políticas governamentais) que normalmente são de competência ou atribuição a serem executadas pela

⁵¹ Conforme o processo n. 0023971.29.2012.8.19.0021. Autores Município de Duque de Caxias e outro. Réus Washington Reis e outros. 2 Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias – RJ.

Administração Pública (Poder Executivo), não são atingidas ou adiadas porque em muitos casos são desviadas dos seus objetivos e também por falta de recursos financeiros, muitos deles carreados para agentes públicos em razão de atos de corrupção.

O paternalismo e assistencialismo, com alguma frequência, permeiam o Estado e a sociedade brasileira, pois o acesso à alimentação, moradia, saúde, educação, cultura, lazer, entre outros, ainda não são reconhecidos plenamente como direitos fundamentais. Ao contrário, é comum que os direitos sociais sejam confundidos como favor político, caridade ou privilégio de certas pessoas em detrimento de outras. Daí resulta imperioso que omissões perante direitos fundamentais, das quais afastam a aplicabilidade e o respeito aos direitos sociais, sejam rebatidas.

Os dois casos apresentados neste estudo demonstram como muitas relações são produzidas no âmbito da Administração Pública e corroboram a ideia de que atos de corrupção praticados acabam por impedir na concretização de direitos fundamentais, muito especialmente os denominados de segunda dimensão⁵².

Indubitavelmente que a corrupção produzida por agentes públicos, no âmbito da Administração Pública, repercute de maneira severa para a não realização de políticas públicas em prol dos direitos sociais, na medida em que o dinheiro dos cofres do Estado, que deveria ser utilizado para esta finalidade, acaba por ser carreado para os “bolsos” de gestores que adotam sistematicamente atos que estão em dissonância com as regras e princípios constitucionais que regem a atividade administrativa.

Além do pronunciamento a ser realizado pela comunidade científica, ações a serem deflagradas por parte dos cidadãos e do Ministério Público devem ocorrer, em face do combate à corrupção, de forma a provocar o Poder Judiciário, com a finalidade de garantir a não violação de direitos elementares e a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Medidas concretas anticorrupção, além do desenvolvimento de políticas públicas devem ser fomentadas e concretizadas para que sejam efetivados

⁵² GUERRA, S. *Direitos humanos: curso elementar*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 71/72: “Os direitos de segunda geração correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais que resultam da superação do individualismo possessivo decorrente das transformações econômicas e sociais ocorridas no final do século XIX e início do século XX, especialmente pela crise das relações sociais decorrentes dos modos liberais de produção, acelerada pelas novas formas trazidas pela Revolução Industrial. Assim, os direitos sociais seriam aqueles necessários à participação plena na vida da sociedade, incluindo o direito à educação, a instituir e manter a família, à proteção à maternidade e à infância, ao lazer e à saúde etc. Os direitos econômicos destinam-se a garantir um padrão mínimo de vida e segurança material, de modo que cada pessoa desenvolva suas potencialidades. Os direitos culturais dizem respeito ao resgate, estímulo e preservação das formas de reprodução cultural das comunidades, bem como à participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias.”

valores substanciais e inafastáveis às pessoas em consonância com os princípios e objetivos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

Definitivamente é chegado o momento de todos os atores sociais se engajarem no combate ao “câncer” da corrupção no âmbito da Administração Pública e no respeito e concretização dos direitos fundamentais na República Federativa do Brasil.

6. Referências bibliográficas

- ABDALLA, M. Disponível em: <<http://diplomatie.org.br/capitalismo-e-politica-a-corrupcao-primeira-parte/>> Acesso em 13/11/2017.
- ÁVILA, H. B. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p.151-179, jan./mar. 1999.
- BARROSO, L. R. *Ensaio sobre o Jeitinho brasileiro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>. Acesso em 29/04/18.
- BEZERRA, M. O. “Corrupção e produção do Estado”. *Repocs*, v. 14, n27, jan/jun. 2017.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*, 7. ed. Brasília: UNB, 1996.
- CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- COELHO, D. M. *Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 37 n. 147 jul./ set. 2000. Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/622/r147-20.pdf?. Acesso em: 22 de jun de 2017.
- DA MATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FAORO, R. *Os Donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 11.ed. São Paulo: Globo, 1997.
- GONÇALVES, M. D. A. P. *Ética na Administração Pública: algumas considerações*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9538:
- GUERRA, S. *Direitos humanos: curso elementar*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GUERRA, S. *Estado e direitos humanos em tempos de crise*. Curitiba: Instituto Memória, 2018.
- GUERRA, S. *Supersalários na Administração Pública Municipal*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
- HOLLANDA, S. B. . *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1991.
- LARENZ, K. *Metodologia na ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LEA, R. G. Os efeitos deletérios da corrupção em face dos Direitos humanos e fundamentais. *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*. Santa cruz do Sul: EDUNISC, 2014
- MARTINS JÚNIOR, W. P. *Proibidade Administrativa*. 2ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MOREIRA NETO, D. F. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

DA POLICRISE DOS ESTADOS CONTEMPORÂNEOS AO DESAFIO DE MANTER A ESPERANÇA

FROM THE POLYCRISIS OF CONTEMPORARY STATES TO THE CHALLENGE OF KEEPING HOPE

Celito De Bona¹

UNIOESTE – Universidade Estadual do Oeste do Paraná

Eduardo Costa Coelho Leal²

Universidade do Federal de Santa Catarina

Sumário: 1. Introdução; 2. Características Gerais do Estado Moderno; 3. As Mazelas da Modernidade; 4. As Promessas (Não Cumpridas) do Estado Democrático de Direito; 5. Uma Manhã Nublada, Um Horizonte Cinzento; 6. Considerações Finais; Referências.

Resumo: Este trabalho tem como escopo refletir sobre o futuro jurídico-político constituído na modernidade em tempos hiperbólicos, iniciando pela análise dos elementos gerais e comuns dos Estados Modernos, desde sua origem histórica e sua íntima relação com o capitalismo enquanto sistema econômico, passando pelas promessas não cumpridas dos Estados Democráticos de Direito, justamente pela ainda não independência econômica do sistema capitalista. Não se nega que há uma tentativa de rompimento "umbilical" e isto ocorrerá, mais cedo ou mais tarde, com a possibilidade de adoção de um novo sistema econômico, ainda em gestação, mas que já se tem sinais de sua transição, que ocorre lenta, mas gradualmente. Esta ruptura, contudo, não poderá ser apenas local, mas impõe-se que ocorra globalmente, pois seus sintomas são internacionais e as soluções para a policrise já se apresentam, bastando apenas que seus pontos de ligação aconteçam. Talvez esta seja a nova função político-jurídica, em tempos que se recusam a se tornar sem esperança. Eis o desafio: superar esta incógnita.

Palavras-chaves: Altermodernidade; Direito; Esperança; Estado; Policrise.

Abstract: This work aims to reflect on the legal-political future constituted in the modernity in hyperbolic times, beginning with the analysis of the general and common elements of Modern States, from its historical origin and its intimate relationship with capitalism as an economic system, democratic states of law, precisely because of the economic independence of the capitalist system. It is not denied that there is an attempt to break "umbilical" and this will happen, sooner or later, with the possibility of adopting a new economic system, still in gestation, but already has signs of its transition, which occurs slowly, but gradually. This rupture, however, can not be only local, but it must occur globally, because its symptoms are international and the solutions for the polycrisis already present themselves, simply by having their points of attachment happen. Perhaps this is the new political-juridical function, in times that refuse to become hopeless. Here's the challenge: to overcome this mystery.

¹ Doutorando em Direito Público, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual e Londrina – UEL; professor da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. E-mail para contato: celitodebona@hotmail.com

² Mestre em Direito de Estado pela Universidade do Federal de Santa Catarina – UFSC. Advogado. E-mail para contato: e.costacoelhoal@gmail.com

Keywords: Altermodernity; Right; Hope; State; Polycrisis.

1 INTRODUÇÃO

O Estado e a Sociedade contemporânea vêm sofrendo inúmeras transformações dos mais variados matizes, sejam eles econômicos, sociais, tecnológicos, ambientais, educacionais, entre outros. Nem sempre as respostas políticas e jurídicas apresentam as soluções desejáveis para a promoção de um bem-estar da maioria da população com um mínimo de condições básicas convencionadas em âmbito internacional, pelos mais diversos organismos, como ONU, UNESCO, OIT, etc – ou delimitadas em planos internos, como agendas programáticas definidas em planos plurianuais ou documentos jurídico-normativos equivalentes, quando existentes. Inúmeros autores e estudiosos já investiga(ram) estes fenômenos e ainda não existe consenso para o rumo que a própria humanidade está tomando e a divergência e multiplicidade de expectativas ou frustrações são tão variadas quanto seus objetos de estudo e análise.

Outras vezes, as respostas não podem (ou não devem) ser encontradas, como se verá, pois isto geraria uma certa liberdade para muitos, o que contrariaria os interesses de manutenção da sociedade em como se encontra, pelos mais escusos e nefastos motivos, muitas vezes sem compromisso com os valores de justiça social, solidariedade humana e/ou responsabilidade ambiental.

Este texto não apresenta soluções para tantos problemas e é despretensioso em o fazer. O propósito é apenas refletir sobre o papel do Direito em tempos atuais e se há futuro para uma forma jurídico-política constituída na modernidade em tempos hiperbólicos ou nada cartesianos.

Para tanto, o fará em quatro partes ou momentos. No primeiro se abordará as características gerais e comuns dos Estados moderno-contemporâneos,³ fazendo, inclusive, um breve esboço histórico, demonstrando como seus fundamentos teóricos ainda preponderam. Num segundo momento, se analisará o advento da modernidade e algumas de suas reações, especialmente as internas, no combate ao sistema econômico propulsor, o capitalismo, e a reação que busca não apenas combatê-la, mas também apresentar alguma alternativa de superação, denominada de *altermodernidade*.

Já na sequência, serão percorridas superficialmente as promessas não cumpridas do Estado Democrático de Direito e como a crise de representação assombra a democracia e, finalmente, na última parte, um convite ou proposta de desafio: não perder a esperança.

³ Por Estado moderno-contemporâneo se busca indicar aqueles que se encontram de alguma forma dentro de uma adequada ou aproximada evolução jurídico-institucional ancorada nos princípios sociais e econômicos racionais, com um ordenamento jurídico organizado e um mínimo de segurança e certeza jurídica, sem que a economia seja a de subsistência para a maioria da população, tendo-se como base os dados estatísticos da economia via Produto Interno Bruto (PIB) e Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Entende-se que a maioria dos países podem estar compreendidos nesta concepção, com raríssimas exceções, como aqueles que obviamente não atingiram tais patamares, por estarem ainda envolvidos em conflitos internos, catástrofes climáticas, com economias precárias e que ainda dependem de ajuda humanitária para atender as necessidades básicas da população, como o acesso a alimentos e água. Segundo relatório de 2017 da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), 37 países no mundo se encontravam nesta situação, sendo 29 no continente africano. Alguns deles são Burundi, Camarões, Chade, Congo, Coreia do Norte, Djibuti, Eritreia, Guiné, Haiti, Lesoto, Libéria, Líbia, Madagascar, Malauí, Mali, Mauritânia, Moçambique, Myanmar, Níger, Paquistão, Serra Leoa, Sudão, Suazilândia, Uganda e Zimbábue. Disponível em <https://nacoesunidas.org/fao-37-paises-precisam-de-ajuda-externa-para-alimentar-populacao/>, acesso em 15 jul 2018.

Neste trabalho foi utilizado um método hermenêutico-fenomenológico, pois se busca a compreensão histórica dos institutos analisados e de uma compreensão geral do fenômeno na busca de conclusões e proposições. Neste sentido, para a pesquisa se utilizaram de meios bibliográficos, além das reflexões dos autores ao longo de suas pesquisas docentes na graduação e pós-graduação.

2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO ESTADO MODERNO

Desde o surgimento e desenvolvimento da era moderna,⁴ algumas características comuns podem ser observadas, em que pesem inúmeras divergências surgidas em cada Estado. A começar pela base econômico-social que se desenvolve com o capitalismo, substituindo o feudalismo e, cujos atores principais, representados especialmente pela nova classe burguesa, advém de uma classe excluída do antigo sistema. Ao apoiar, num primeiro momento, a formação e consolidação do Estado Absolutista (que tomou o poder dos então senhores feudais) e, num segundo momento, ao visar a consolidação e hegemonia de seus próprios interesses, foram os grandes responsáveis pela queda deste mesmo absolutismo e consolidação de um sistema republicano-democrático.

Já o Estado, que começou a ser exaltado pelos primeiros pensadores, como Nicolau Machiavel e Thomas Hobbes, e depois começou a ser limitado por outros, como Jean-Jacques Rousseau e Montesquieu, se torna "[...] uma típica instância social nascida de causas íntimas com o capitalismo",⁵ como dantes mencionado, pela sua íntima relação com a classe burguesa, ante a proliferação das teorias contratualistas, em voga, à época.

Este Estado, que adotara em forma escalonada os contornos de Estado de Direito, tem como alicerce a filosofia do *individualismo*, que "implica uma reflexão específica sobre as relações da sociedade e do Estado com o interesse privado burguês"⁶ e também consolida a sua finalidade em torno do *lucro de suas atividades*, na proteção da *propriedade individual*, privada,⁷ enfim, nos fundamentos de uma realidade marcada por um sistema de produção que encontra justamente no Direito o instrumento necessário para a proteção e consolidação de seus interesses.

A justificativa é plausível. Não olvidando o sistema econômico feudal, em que os burgueses detinham tão somente "autorização" dos senhores para atuarem em suas terras, produzindo bens e serviços, conforme suas atividades fossem se desenvolvendo com maior requinte, presteza e profissionalismo, também foi sendo necessário mecanismos para a garantia de que suas posses não fossem tolhidas. Os frutos do trabalho individual deveriam permanecer com eles, e não com os senhores feudais que historicamente exigiam a "propina" para a sua própria proteção. Os mecanismos garantidores desta liberdade de atuação, exposta no advento do individualismo alicerçado na racionalidade de seus afazeres, cuja

⁴ Não se adota um marco histórico exato, mas uma série de transformações sociais, políticas e filosóficas desde, aproximadamente, o século XVI.

⁵ MASCARO, A. L. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 134.

⁶ Idem.

⁷ Tanto os conceitos de propriedade privada ou pública são desenvolvidos, até mesmo com a sua vinculação ao Estado republicano, que apresenta seus primeiros passos. "A propriedade, considerada intrínseca ao pensamento e à ação humanos, serve como ideia reguladora do Estado constitucional e do império da lei. Não se trata realmente de uma fundamentação histórica, mas de uma obrigação ética, uma forma constitutiva da ordem moral. O conceito de indivíduo não é definido pelo *ser*, mas pelo *ter*; em outras palavras, no lugar de uma "profunda" unidade metafísica e transcendental, remete a uma entidade 'superficial' dotada de propriedades ou posses, hoje cada vez mais definida em termos 'patrimoniais', como acionista. De fato, através do conceito do individual, a figura transcendente da legitimação da propriedade é integrada ao formalismo transcendental da legalidade. A exceção, caberia dizer, é incluída na constituição." (HARDT e NEGRI, 2016, p. 21).

consequência seria o lucro, o valor social de sua produção, que se transformaria em propriedade, necessitava ser expressos de algum modo. A resposta para tais exigências se dá com o desenvolvimento da concepção do Direito com feições modernas.

Este Direito, portanto, apresenta algumas características, como a *segurança* e a *certeza jurídicas*, para que estes interesses burgueses prevaleçam, inclusive frente à atuação do próprio Estado, e também a própria *dignidade humana* e os postulados liberais. Instrumentos como o contrato se desenvolvem em torno desta proteção, principalmente com o delineamento da liberdade e autonomia de vontade, o que será significativo para a evolução das relações mercantis e de trabalho. A *sanção estatal* surge, assim, como um meio de fazer valer o disposto contratualmente, numa regulamentação das funções estatais, à disposição de uma sociedade marcadamente muito mais dinâmica e aberta às novas conquistas empresariais e de expansão de fronteiras e áreas de atuação. Tais características, obviamente, surgem paulatina e generalizadamente nos mais variados Estados, conforme vão evoluindo seus sistemas jurídicos.

Surge, a partir da estabilização de suas conquistas, uma nova forma de atuação econômico-social, que gera uma constante tensão entre Estado e classe burguesa, com inegáveis transformações sociais. Esta burguesia começa a cada vez mais dominar os meios de produção e de capital, que cada vez toma maior importância nas relações sociais, alterando a própria atuação do capitalismo em várias vertentes e formas de atuação, culminando no que doravante denominar-se-á “mercado”. Este, desde seu surgimento, evolução e expansão, possui um *modus operandi* característico, que é a exploração de um espaço de atuação, seja oferecendo os mais diversificados produtos ou serviços, mas sempre visando a obtenção de lucro. Quanto mais a sociedade se desenvolve, mais a diversificação de sua atuação aumenta. Assim, a mencionada tensão (agora) entre o mercado e o Estado está em saber quem é subserviente a quem. E, obviamente, esta exploração, inclusive da mão-de-obra, surge criando uma grandiosa massa de excluídos (considerando como reserva de recursos humanos) e inúmeros conflitos sociais surgem, com os Estados passando a adotar, a partir da primeira metade do século XX ou a forma liberal ou social de direito. Alguns Estados buscaram conciliar estas concepções ideológicas propondo o Estado Democrático de Direito (que será objeto de análise do tópico n. 4, *infra*). Eis uma apertada síntese do desenvolvimento da proteção jurídica dada à classe burguesa pelos Estados Modernos, conforme estes se desenvolviam.⁸

3 AS MAZELAS DA MODERNIDADE

Se por um lado a modernidade trouxe um avanço em vários sentidos, como a necessidade de uma racionalidade em contraposição à fé cega do período medieval, em termos religiosos, filosóficos e científicos, além de uma evolução da concepção de Estado, algumas mazelas também surgiram. Jean-Jacques Rousseau foi um dos primeiros críticos da Modernidade, detectando algumas mazelas consequenciais. Se ao mesmo tempo a modernidade queria livrar o homem das “trevas” da religião, da tradição e do costume, que não o permitiam pensar por si mesmo, também poderia colocá-lo sob os auspícios de algo pior, subjugando-o. Referindo-se ao pensamento do pensador contratualista francês, Wayne Morrison questiona:

De que modo nossas instituições modernas emergentes exprimem a verdade da condição natural do ser humano? A “fuga” à dominação

⁸ Para um aprofundamento da questão acerca de relações desta forma, nada razoáveis (em verdade, promíscuas), entre Estado e Sociedade, vide a noção de patrimonialismo, em Raymundo Faoro (in *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo, Editora Globo, 2008).

da religião, da tradição do costume e da “ordenação natural”, em favor da modernidade, deixa a humanidade mais livre ou a transforma, simplesmente, em servos de um novo senhor? A liberdade permite que nos tornemos plenamente humanos – no sentido de realizarmos nossos próprios fins e desejos, em oposição àqueles que nos são impostos pela natureza? Se seguirmos os projetos de nossa “auto-afirmação”, estaremos nos engajando em um comportamento mais plenamente “humano”, em oposição à obediência aos impulsos de nossa natureza, não importa quão satisfatórios sejam estes últimos?⁹

Rousseau, no *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, entende que, ao aderir ao contrato social, o homem abriu mão de sua liberdade encontrada em estado inicial de natureza em troca da segurança e da propriedade privada. O grande mal que afligiu a sociedade inicia aí, pois floresce a vaidade e a inveja, com o sentimento de ganância sobrepondo-se. Com um espírito de competição entre os homens instaura-se um “estado de guerra”. Para a pacificação social, os mais poderosos conclamam os mais fracos para um pacto, ao qual aderem facilmente. Com muita facilidade todos concordam com tal contrato, e o Direito e as leis são instituídos. Deste contrato espúrio é que nasce a ordem política e jurídica, portanto. A degradação da humanidade, na perspectiva rousseauiana, assume ares cada vez maiores a partir de então.

Qual a razão de se viver em uma sociedade “da-lei-e-da-ordem” na qual somos livres para acumular propriedades e celebrar contratos, certos de nosso direito de fazê-los cumprir, se nossa humanidade se degrada nesse empenho e se fragmenta devido a lutas e condições internas? [...] A mensagem de Rousseau para nós pode muito bem ter sido simples: cuidado com todas as teorias sociais que pretendem fazer com que a modernidade pareça natural.¹⁰

As críticas à modernidade também são encontradas em outros autores de séculos anteriores ao nosso, como Max Webber, Friedrich Nietzsche e Karl Marx, e em muitos autores contemporâneos, destacando-se Charles Taylor, Zygmunt Bauman, Antônio Negri e Michael Hardt, apenas para citar alguns mais próximos, e muitos outros poderiam ser citados.

Apenas para citar o entendimento de Charles Taylor, no primeiro capítulo de sua obra *A Ética da Autenticidade*, o autor aborda sobre os três mal estares da modernidade em sua concepção. Inicia com o próprio *individualismo*, que, para ele, é a possibilidade por si mesmo das escolhas do próprio modo de vida, que foi considerado uma conquista, como já dito no tópico anterior, eis que muitas pessoas não podiam fazer estas escolhas no passado, pois sujeitas a determinadas condições de vida por ocasião de sua classe social, e que dificilmente as pessoas de hoje estariam dispostas a abrir mão. “O lado sombrio do individualismo é o centrar-se em si mesmo, que tanto nivela quanto restringe nossa vida, tornando-a mais pobre em significado e menos preocupada com os outros ou com a sociedade”.¹¹

Na sequência, aborda o segundo aspecto, que é a *razão instrumental*, que é o “tipo de racionalidade em que nos baseamos ao calcular a aplicação mais econômica dos meios para determinado fim. Eficiência máxima, a melhor relação custo-benefício, é sua medida de sucesso” (TAYLOR, 2011, p. 14). Seu lado

⁹ MORRISON, W. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 185.

¹⁰ Idem, p. 193

¹¹ TAYLOR, C. *A ética da autenticidade*. Tradução: Talyta Carvalho. São Paulo: Realizações, 2011, p. 14.

negativo é o de transformar pessoas em instrumentos para se atingir determinados fins, geralmente vinculados a uma maior produção técnica.

No último aspecto, a *alienação da esfera pública e a consequente perda do controle político*, é abordado a consequência dos primeiros aspectos no âmbito politizado, em que se tem uma perda de liberdade com uma ingerência por parte do Estado, num grande poder tutelar estatal. Mencionando Alexis de Tocqueville, chama a atenção para o risco de se perder o controle político sobre nosso destino, algo que se poderia exercer em comum como cidadãos, ou seja, nossa "liberdade política". O que está ameaçada é a dignidade dos cidadãos enquanto tais.

Estes são, portanto, os três mal-estares abordados no livro. "O primeiro medo é sobre o que poderíamos chamar de perda do significado, o enfraquecimento dos horizontes morais. O segundo diz respeito ao eclipse dos propósitos diante da disseminação da razão instrumental. E o terceiro é sobre a perda da liberdade".¹² Não se nega que Charles Taylor faz uma precisa identificação dos aspectos consequenciais da modernidade no indivíduo, que terão influências, de maior ou menor maneira, na própria sociedade, em âmbito coletivo.

Neste sentido, um dos aspectos da Modernidade, como visto, foi a adoção do capitalismo como sistema econômico. Este, tendo o lucro como finalidade, e interligado com outra das características modernas, qual seja, a propriedade, que adquire os mais variados contornos e possibilidades, molda uma concepção de Estado, que adota, como forma de governo, a República, justamente visando a proteção da propriedade, seja ela pública ou privada.

Na atividade empresarial capitalista, no entanto, em que se formam relações de exclusão social necessariamente, não é espantoso se deparar com uma grande massa de trabalhadores na qual, herdeiros de uma miséria material, apenas possuem sua força de trabalho como moeda de troca no sistema. Esta multidão de pessoas sem um patrimônio mínimo existencial são uma grande parcela da população de vários países em desenvolvimento e uma consequência nefasta da própria modernidade.¹³

Esta consequência social da modernidade – a pobreza e a miséria, em proporções de verdadeiro holocausto social – gera as mais variadas reações. Algumas delas foram os movimentos de anticapitalismo, atuando nos moldes modernos surgem, como o socialismo, que utilizou técnicas modernas para rivalizar economicamente com o capitalismo, principalmente durante a guerra fria, pós-segunda grande guerra mundial.

Outras reações às consequências da modernidade, foram identificadas por correntes capitalistas que buscavam a sua correção ética, impondo limites para a atuação do mercado, visando o aprimoramento das relações humanas e várias propostas surgiram, tanto por Estados nacionais, organizações privadas e blocos internacionais, identificados com a Social Democracia. Alternativas de bases keynesianas ou mesmo com programas de renda mínima de cidadania, como os

¹² Idem, p. 19.

¹³ Guy Standing (in *O precariado: a nova classe perigosa*. Tradução: Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica, 2016) utiliza a terminologia "precariado", utilizando a combinação do adjetivo "precário" e do substantivo "proletariado" para designar uma nova classe de pessoas que levam uma vida à margem da proteção sócio-jurídica laboral, e que cada vez aumenta mais, gerando insegurança e vulnerabilidade em todos os sentidos. Sem uma ação efetiva de seu direcionamento, podem seus membros se deixar influenciar por quem ocupe algum papel de liderança na defesa de seus interesses, inclusive adotando a possível direção a um extremismo político.

Programas Fome Zero e Bolsa Família, implantadas pelo governo brasileiro no início do século XXI são alguns exemplos.

Para além disso, entretanto, surgiram também reações não apenas anticapitalistas, no interior da modernidade, cujo foco de atuação não conseguiria encontrar outro resultado senão o fracasso. Mas também existem reações antimodernas. Michael Hardt e Antônio Negri identificam formas de resistência à modernidade em pelo menos três sentidos:

Primeiro, ela não é uma tentativa de preservar o pré-moderno ou o não moderno das forças em expansão da modernidade, e sim uma luta pela liberdade no interior da relação de poder da modernidade. Segundo, a antimodernidade não é geograficamente externa à modernidade, mas coextensiva com ela. O território europeu não pode ser identificado com a modernidade e o mundo colonial, com a antimodernidade. E assim como as partes subordinadas do mundo são igualmente modernas, assim também a modernidade perpassa a história do mundo dominante, em rebeliões de escravos, revoltas camponesas, resistências proletárias e todos os movimentos de libertação. Finalmente, a antimodernidade não é temporalmente externa à modernidade, no sentido de que não se manifesta simplesmente após o exercício do poder moderno, como uma reação. Na verdade, a antimodernidade é anterior, no sentido de que a relação de poder na modernidade só pode ser exercida sobre sujeitos livres que expressam essa liberdade através da resistência à hierarquia e à dominação. A modernidade precisa reagir para conter estas forças de libertação.¹⁴

E a reação de quem detém o domínio das forças da modernidade, ou seja, da capacidade de gestão empresarial, de domínio do poder apresentado pelo capital e pelas forças de produção, em seus mais diversos níveis, é a tentativa da manutenção desta opressão econômica, sendo necessário a utilização dos mais variados instrumentos, como a mídia, a criação de necessidades artificiais, a religião, a educação e também o Direito, visando a formação de uma concepção hegemônica culturalmente, ao se adotar a terminologia gramsciana, de modo inverso.

Em vez de antimodernidade, Hardt e Negri preferem a utilização da terminologia *altermodernidade*,¹⁵ propondo alternativas à modernidade, e não apenas criticando-a ou opondo resistências de qualquer forma.

Altermodernidade tem uma relação diagonal com modernidade. Assinala o conflito com as hierarquias da modernidade da mesma forma que as da antimodernidade, mas orienta as formas de resistência mais claramente para um terreno autônomo. [...] com a expressão *altermodernidade* pretendemos indicar um rompimento decisivo com a modernidade e a relação de poder que a define, pois em nossa concepção, *altermodernidade* surge das tradições da antimodernidade – mas também se afasta da modernidade, estendendo-se além a oposição de resistência.¹⁶

Neste sentido, uma exigência libertadora não seria a luta de classes dos trabalhadores contra seus empregadores, por melhores condições de trabalho ou salários, em que se afirmam na condição do que são, de acordo com o sistema que

¹⁴ HARDT, M. NEGRI, A. *Bem Estar Comum*. Tradução: Clovis Marques. São Paulo: Record, 2016, p. 121/2.

¹⁵ “A mudança terminológica sugere uma linha diagonal que escapa do jogo limitador de opostos – globalização e antiglobalização – e desloca a ênfase da resistência para a alternativa.” (HARDT e NEGRI, 2016, p. 122).

¹⁶ Idem, p. 123.

lhes é imposto, mas a de se tornarem quem eles realmente queiram ser, da forma como queiram ser, não numa sociedade competitiva, mas colaboradora e cooperadora entre todos.¹⁷ É a transformação do novo ser humano em primados e postulados mais éticos e solidários. E ali se encontra, ainda que utopicamente, o amor, a partir de uma concepção spinoziana, como uma das forças desta compreensão ou concepção de altermodernidade.

Outros dos elementos centrais da proposta destes autores é a constatação de que a multidão (composta basicamente pelos excluídos do sistema) caracteriza as lutas sociais nas sociedades modernas e irão de encontro à república de propriedade, na preservação do comum, ou seja, de determinados bens que não estão sujeitos à propriedade, quer pública ou privada, mas que são de uso por todos, apenas pelo fato de serem humanos. Contudo, esta multidão também é composta não por um amontoado de pessoas tão somente, mas de singularidades, ou seja, seres humanos com sentimentos, talentos, histórias, vivências, experiências, projetos, futuros, valores, simpatias, virtudes e também vícios morais, sempre em construção, na busca por um sentido, dispostas à felicidade e à liberdade, como iguais que são apenas em número.

E é por ocasião do conjunto ou coletivo destas singularidades que a multidão se torna uma constante metamorfose, mistura e movimento. Por não poder ser controlada se encontra ali sua força, na visão dos autores, mas também devemos acrescentar que sua ausência de organização e direcionamento coordenado por ser sua maior fraqueza, pois combatem uma força coesa, alinhavada com instrumentos organizacionais cuja capacidade de resposta pode ser mais eficiente no controle da multidão.

4 AS PROMESSAS (NÃO CUMPRIDAS) DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Apesar da queda de uma das formas do socialismo,¹⁸ representado simbolicamente pelo fim da União Soviética e pela queda do muro de Berlim, no início da década de 90 do século passado, inegável é a afirmação de que sua adoção por vários países significou uma resposta às mazelas sociais contraídas pelos Estados capitalista-liberais de Direito.

O embate democrático culminou pela adoção do Estado Democrático de Direito que, apesar da prevalência de um Estado de modelo liberal (por ainda possuir uma defesa intransigente de direitos humanos e fundamentais, como a propriedade, direito de herança, segurança jurídica, liberdade em todas as suas modalidades, etc.), possuiria algumas limitações (como a função social da propriedade e uma liberdade com responsabilidade e não absoluta), outorgando à classe trabalhadora e à população de uma forma geral, uma série de direitos sociais universais, como o acesso à saúde, educação e segurança, de forma ampla e gratuita, custeada pelo Estado, que intervinha sempre que necessário na economia para garantir condições igualitárias ou de diminuição de desigualdades e de pobreza, protegendo também grupos marginalizados no processo de modernização, como indígenas e outros atores considerados hipossuficientes e vulneráveis. Também neste processo, uma especial proteção se deu aos consumidores, eis que é o consumo de bens e serviços que sustentam a própria sociedade e o Estado por meio da arrecadação tributária incidente sobre toda a cadeia produtiva e

¹⁷ Isto pode ser considerado como associado à uma postura “salvacional”, do próprio modelo remanescente de estado possível e/ou necessário.

¹⁸ Embora alguns países como Cuba, Coreia do Norte e China ainda mantenham aproximações teóricas com o socialismo real, ainda que de dinâmicas diferentes, interagindo de uma forma peculiar com o sistema capitalista, por exemplo, com uma abertura internacional na China, um recente processo de abertura internacional na Cuba pós-Fidel, e ainda a forma fechada na Coreia do Norte.

consumerista, sem abandonar o sistema capitalista, portanto, com vistas a uma política de inclusão social pelo consumo.

Historicamente, o mercado sempre necessitou de determinados espaços e setores de atuação e exploração para se manter e garantir a capacidade arrecadatória dos Estados. Ugo Mattei e Laura Nader¹⁹ apresentam as raízes europeias de uma verdadeira pilhagem colonial, quando os países europeus exploravam as riquezas de suas colônias, até o desenvolvimento de uma nova forma de pilhagem que se dá pela exploração de novos mercados contemporâneos em países subdesenvolvidos e em países em desenvolvimento. Para os autores, quando esta pilhagem se esgota, é necessário a abertura de novos nichos para serem explorados (ou pilhados), ainda que este mercado seja o mesmo, mas em áreas diferentes. Novas necessidades são criadas a cada dia para a consecução deste intento e, quando não há, se busca explorar aquilo considerado como bem comum, como a água.²⁰ A partir do momento que os serviços de captação e fornecimento de água, e também sua coleta e tratamento de esgoto, deixam de ser um serviço controlado pelo Estado e passam a ser privatizados, inclusive com a proibição de perfuração de poços artesianos por qualquer do povo sem a devida autorização (vide, neste sentido, Lei 9.433/97, art. 49, V), se tem a privatização daquilo então considerado um bem comum. Noutras palavras, o acesso a bem considerado comum e universal a todo gênero humano, se torna restrito a quem pode pagar a uma empresa privada.²¹ e ²² Observe-se que na linguagem dos economistas, sempre que algo não é explorado economicamente, a terminologia utilizada é a de "mercado perdido". Hardt e Negri, já citados alhures, invertem esta terminologia quando detectam que um *bem comum* foi inserido na exploração do mercado, ou seja, apropriado economicamente ou transformado em objeto e propriedade, atribuindo-lhe o termo "bem comum perdido".

Contudo, este mesmo consumo, que se tornou a mola propulsora do capitalismo e do próprio Estado, moldando a forma e estilo de vida a que Zygmunt Bauman e outros autores como Edgar Morin e Gilles Lipovetski denominam de *consumismo* (ou hiperconsumismo para este último autor), também se tornou uma das maiores fontes de degradação do planeta e da própria humanidade. Isto porque, de um lado, gera um passivo ambiental, tanto decorrente da industrialização, ou seja, a própria "criação do produto", com a obtenção de matéria prima, como do seu descarte, com a produção de lixo, com o descarte das embalagens e rótulos, pois ainda a humanidade, em especial os países subdesenvolvidos e os em desenvolvimento, ainda não adotam uma política pública de reciclagem. De outro lado, o vazio existencial suportado pela maioria da população, aliado ao modo e estilo de vida exigido pelo sistema capitalista faz com que problemas físicos e psíquicos da população apareçam, exigindo cada vez mais dispêndios públicos para o subsídio de um sistema de saúde. Torna-se, então, um ciclo vicioso em que os detentores do poder hegemônico da modernidade utilizam para não permitir que a multidão se torne livre.

¹⁹ MATTEI, U.; NADER, L. *Pilhagem – Quando o Estado de Direito é ilegal*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

²⁰ Notícia veiculada pela Rede Brasil Atual: Privatização da Cedae põe em risco acesso à água como direito humano. Visualizado em <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2017/02/privatizacao-da-cedae-poe-em-risco-o-acesso-a-agua-como-direito-humano>, acesso em 23/04/2017.

²¹ MORIN, E.; VIVERET, P. *Como viver em tempo de crise*. Tradução: Clovis Marques. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 117-126.

²² Outro exemplo que pode ser citado é o projeto de lei português (não aprovado) em que se buscava tributar em 20% a mais os imóveis que fossem melhor iluminados pelo sol. Vide reportagem de Javier Martin para o Jornal El País. 'Imposto sobre o sol': portugueses pagarão mais tributos por sua casa se for bem iluminada. Visualizado em <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/18/internacional/1479466797_084080.html>, Publicado em 18/11/2016. Acesso em 28/04/2017

Não obstante a isso, se vislumbra que os setores econômicos que sustentam (precariamente) o PIB - Produto Interno Bruto - brasileiro tem como a principal atividade o agronegócio, que vem superando a cada ano sua produção e (nem sempre) lucratividade, garantindo com certa estabilidade um superávit na balança comercial do setor. Além da exigência da produção de alimentos para sustentar uma população mundial (também um novo direito, qual seja, segurança alimentar)²³, que tem previsão de crescimento até 2.050, chegando a quase dez bilhões de pessoas,²⁴ e garantir geração de riqueza econômica, se constata que a expansão das áreas de cultivo é a grande responsável pela devastação de nossas florestas e a origem de conflitos sociais no campo, especialmente entre os interesses do latifúndio e da mineração predatória que colidem ora com uma exigência de reforma agrária, ora com a política indigenista e exigência de desenvolvimento sustentável.²⁵ Da mesma forma, esta mesma expansão territorial agrícola coincide com o aumento do uso de pesticidas, que colabora com o aumento dos problemas de saúde da população. Um resumo deste caos sócio-econômico e ambiental é observado na seguinte passagem, que embora distante cronologicamente ainda é recorrente:

Nosso Produto Interno Bruto agora ultrapassa 800 bilhões de dólares por ano. Mas nesse PIB estão embutidos a poluição do ar, os comerciais de cigarros e as ambulâncias para limpar nossas carnificinas. Ele inclui fechaduras especiais para nossas portas e prisões para as pessoas que as arrombam. Inclui a destruição de nossas sequoias e a perda de nossas maravilhas naturais em acumulações caóticas de lucro. Inclui as bombas napalm e as ogivas nucleares e os veículos blindados da polícia para combater os tumultos em nossas cidades. Inclui [...] os programas de televisão que estimulam a violência com a finalidade de vender brinquedos a nossas crianças. Entretanto, o PIB não garante a saúde de nossas crianças, a qualidade de sua educação ou a alegria de suas brincadeiras. Não inclui a beleza de nossa poesia ou a solidez de nossos casamentos, a inteligência de nossos debates públicos ou a integridade das autoridades de nosso governo. Ele não mensura nosso talento ou nossa coragem, nossa sabedoria ou nosso aprendizado, nossa compaixão ou nossa devoção a nosso país. Ele tem a ver com tudo, em suma, exceto com aquilo que faz com que a vida valha a pena. E ele pode nos dizer tudo sobre os Estados

²³ O direito à segurança alimentar está contemplado no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Outros dispositivos do Direito Internacional a definem e ampliam, como o artigo 11 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Comentário Geral nº 12 da ONU. No ordenamento jurídico pátrio, em nível constitucional, em 2010 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 64, que inclui a alimentação no artigo 6º da Constituição Federal, sendo resultante de amplo processo de mobilização de toda a sociedade civil organizada.

²⁴ De acordo com relatório divulgado pela ONU ainda em 2013. Visualizado em <https://nacoesunidas.org/populacao-mundial-deve-atingir-96-bilhoes-em-2050-diz-novo-relatorio-da-onu/>, publicado em 13.06.2013 e acessado em 07.08.2017.

²⁵ De certa forma, discutir a questão ambiental a partir do conceito de "sustentabilidade ambiental" pode ser considerado um equívoco, segundo alguns, eis que a natureza é sustentável por si mesma e a vida, em sentido *lato*, é mais robusta do que se imagina. O que se denomina de caos climático é a natureza buscando um novo equilíbrio. Por isto, a discussão precisa estar fundamentada e enraizada num conceito de "sustentabilidade social", pois é justamente o modelo social insustentável que se constrói ao longo da história humana que está influenciando a natureza no sentido da busca de um novo equilíbrio. E, ao contrário da natureza, que vai encontrar este novo equilíbrio por si mesma, nossa sociedade não vai se tornar sustentável sem que os indivíduos que a compõem ajam para isso. Em resumo, não existe insustentabilidade ambiental no sentido *lato*, mas apenas no sentido estrito.

Unidos, exceto o motivo pelo qual temos orgulho de ser americanos.²⁶

Contudo, alterar o modo de vida gera um impacto direto na forma de estrutura do próprio capitalismo e na consequente sustentação do Estado. Por exemplo, estimular a produção de energia solar diminui o lucro das empresas que fornecem energia (hidre)elétrica e, conseqüentemente, o Estado deixa de arrecadar tributos que incidem sobre ela. Ao limitar a atuação as empresas, por uma exigência ambiental ou adotar práticas de desenvolvimento do bem-estar do trabalhador há diminuição do lucro empresarial e poder de competitividade frente o mercado externo, o que também gera impactos na arrecadação. E diminuir arrecadação tributária exige menor atuação do próprio Estado. As promessas de bem-estar social, portanto, não poderão ser satisfeitas.

Mas os problemas não são assim de tão simples compreensão. A complexidade é imensa. Esta dependência sistêmica entre Estado e capitalismo parece estar alheia à compreensão da grande massa da população, que é quem detém o poder de escolha política no regime democrático adotado pelo Brasil. Inevitavelmente se está diante de um problema de representação, tão bem representado na música *Rep*, de Gilberto Gil: "O povo sabe o que quer, mas o povo também quer o que não sabe". De fato, em termos populares, todos querem almoço, mas não há almoço grátis.

Não se nega que o país se encontra em crise econômica que, de acordo com o site www.pt.tradingeconomics.com,²⁷ a taxa de crescimento anual do PIB é de -2,50% (dois ponto cinco por cento negativos), embora o governo insista em afirmar o contrário.²⁸ Sobre a crise econômica mundial atual, Zygmunt Bauman é categórico em afirmar que é diferente de todas já experimentadas pelo capitalismo. Segundo ele,

[...] os países afetados pela crise estão endividados demais e não tem vigor, talvez nem sequer os instrumentos, para investir. Tudo o que podem fazer são cortes aleatórios, os quais têm o efeito de exacerbar a recessão, em vez de mitigar seu impacto sobre os cidadãos".²⁹

E como os países não possuem mais condições de socorrer as empresas, sem comprometer sua saúde fiscal (e o Brasil também se enquadra neste contexto, com algumas peculiaridades, como a questão da corrupção e da instabilidade política), uma das possibilidades encontradas é a concessão de benesses ao setor empresarial em detrimento dos interesses da classe trabalhadora, para limitar a atuação desta exposição dentro da modernidade.³⁰ Isto tudo, sob pretexto de uma *capa de discurso pela empregabilidade*. De outro lado, países que não apresentam condições economicamente híidas ou sadias, segundo a ótica capitalista, não recebem investimentos especulativos dos grandes agentes internacionais.

²⁶ Robert F. Kennedy, "Remarks at the University of Kansas, 18 de março de 1968, *apud* SANDEL, M. J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 324.

²⁷ Acesso em 24 de abril de 2017.

²⁸ Vide notícia oficial do Palácio do Planalto, em que o Ministro da Fazenda, Henrique Meirelles afirma que o PIB voltou a crescer no primeiro trimestre, mas sem comprovação de sua alegação. http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/03/ministro-ve-primeiros-sinais-de-crescimento-da-economia-brasileira/33304770395_e6b4d1d959_z.jpg/view

²⁹ BAUMAN, Z.; BORDONI, C. *Estado de Crise*. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 10.

³⁰ David Harvey teve recente publicação de livro traduzida para a língua portuguesa, em que apresenta 17 contradições do capitalismo e uma perspectiva de um futuro revolucionário para a humanidade, cujos dados encontram-se nas referências deste trabalho.

[...] As empresas privadas não têm interesse em investir capital em países que estejam passando por dificuldades sérias, em parte por causa do arrocho no crédito bancário, mas especialmente em função de retornos econômicos inconsistentes, resultante da redução de consumo.³¹

José Luiz Bolzan de Moraes³² vai muito mais a fundo e apresenta múltiplas facetas da crise que atinge os Estados modernos e contemporâneos, tendo-se a impressão de que não haveria saída para a crise ou de que ela seja permanente. Contudo, em sendo assim, não se poderia utilizar o termo *crise*, mas transformação ou metamorfose dos mesmos. Em sua análise, poderiam ser as crises em âmbito: i) *conceitual* (com uma reformulação do poder soberano, considerando as influências econômicas e internacionais); ii) *estrutural* (cujo principal aspecto é o caráter financeiro-arrecadatório, cujas demandas sociais são infinitamente maiores do que a capacidade de arrecadação financeira); iii) *institucional* (em que o avanço da ideologia neoliberal promove uma verdadeira “desconstitucionalização” na prática, ou acarretando, no mínimo, um desrespeito ou desprestígio da programática constitucional, ante a impossibilidade de efetivo atendimento por parte do Estado); iv) *funcional* (ao se deparar com uma judicialização da política ou politização do Judiciário, numa extrapolação ou desvio das funções dos poderes institucionais, também se percebendo que o Legislativo obedece cada vez mais à *lex mercatória*; o Executivo assume funções assistencialistas tanto a quem precisa como a quem não necessita; o Judiciário incentiva com insistência a prática de fórmulas alternativas de resolução de conflitos); e v) *político* (onde se constata a falibilidade da democracia representativa, ao se deparar com uma participação política popular ineficiente ou sem resultados, o descompromisso dos representantes com seu eleitorado, mas compromissado com interesses econômicos de seus financiadores de campanha, o que gera uma apatia política, exigindo novas fórmulas político-democráticas).

A par disso, não se pode negar também que estejam todas elas interconectadas e que, se ainda se insistir na terminologia “crise”, uma vez superada uma delas, reflexos nas demais podem ocorrer, agravando ou minorando seus efeitos, ou podendo suscitar outras, sem mencionar que a crise pode afetar apenas determinadas pessoas, e não outras. Assim, pergunta-se: crise *para quem*?

Após este breve panorama da crise do Estado Democrático de Direito, e muito mais se poderia abordar, é possível afirmar que nenhuma solução pode ser encontrada isolada e unilateralmente, pois os problemas se deparam em nível local e internacional, como a mencionada questão ambiental e a própria tendência migratória, gerada pelos dois extremos fundamentalistas: a miséria e o terror.

Tem-se, portanto, uma ideia de *policrise*, muito bem aventada por Edgar Morin, para quem “o conjunto dessas múltiplas crises interdependentes e interferentes é provocado, a exemplo da Trindade Cristã, por uma mundialização simultaneamente una e tripla: globalização, ocidentalização e desenvolvimento”.³³ Sua obra *A Via para o futuro da humanidade* é um convite à reflexão das múltiplas nuances da sociedade contemporânea, intoxicada pelo modo consumista e irresponsável de cuidado e zelo do planeta. Para este autor, é preciso menos *desenvolvimento* (da forma como o concebemos) e mais *envolvimento* com o outro

³¹ Bauman e Bordoni, *op. cit.*, p. 12.

³² BOLZAN DE MORAIS, J. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 (Coleção Estado e Constituição).

³³ MORIN, E. *A Via para o futuro da humanidade*. Tradução: Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 27.

e com a natureza, numa mudança de postura comportamental, baseada na solidariedade e cuidado.

5 UMA MANHÃ NUBLADA, UM HORIZONTE CINZENTO

Também refletindo sobre os problemas da sociedade em tempos contemporâneos, Juan Ramón Capella defende que

As alternativas gerais parecem reduzir-se a duas. De uma parte, a barbarização. Uma nova barbárie. O pioramento geral de todas as condições de vida de todos em todas as partes, ainda que minorias de oligarquias se entrincherem em ambientes exclusivos rodeadas de seus guardas pretorianos. A partir do ponto de vista do *nomos*, a barbarização conduz a uma tirania integral, bifronte como Jano: benévola ou exterminadora segundo o rincão da Terra ao qual sucessivamente lhe toque. Ou ainda uma democratização social real, intensiva ou extensiva, que impusera contratendências desconfiando ao mesmo tempo de qualquer mecanismo de ajuste.³⁴

Na opinião do pensador espanhol, a primeira alternativa parecia ganhar terreno, mas mesmo antes da primavera árabe, concluía que:

A falsidade dos “sistemas democráticos” publicitados pelo [hemisfério] “norte” – onde a liberdade e a dignidade se ajoelham ante o dinheiro – reforça inclusive o *tabu*: aí o auge do fundamentalismo. No “norte” mesmo são poucos os que questionam o *nomos* básico das metrópoles: o que ordena render culto ao lucro e ao dinheiro; o *nomos* que dá de antemão uma resposta à pergunta individual acerca do sentido que é possível dar à própria vida; o estupefaciente individual que substitui à invenção de finalidades coletivas.³⁵

Outrossim, resta ainda a indagação: *há futuro para uma forma jurídico-política constituída na modernidade em tempos hiperbólicos?* Noutras palavras, poderia haver uma contribuição da Política e do Direito, em tempos contemporâneos, ante os mais variados desafios exigidos ao menos no estágio em que a humanidade se encontra, no interior da modernidade ou por meio de sua superação?

A posição acima descrita por Juan Ramón Capella parece insuficiente, trágica, pessimista. O ideal seria analisar ainda outras posições. Uma delas, mais otimista e convidativa a uma *nova ética* é encampada pelo saudoso professor Luis Alberto Warat:

La ética de la modernidad hizo agua. Necesitamos de nuevos sentidos éticos. Ellos sólo podrán venir de significados que construyam otra perspectiva de la realidad. Perspectiva, esta, que podría venir del devenir de la subjetividad, del género y de la ciudadanía. El amor como condición de sentido de la realidad (el principio de realidad freudiano como aceptación de la alteridade). Si el hombre permanece igual no existe ninguna respuesta ecológica sustentable. Los riesgos ecológicos son consecuencia del estilo de vida. El deseo tiene que tener otras respuestas. Ideas, que quiero transmitir como um registro de la esperanza. Estoy consciente que el hombre común tiene pocas defensas contra la manipulación y los órganos de poder. Somos como terminales de

³⁴ CAPELLA, J. *Fruto proibido*. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Tradução de Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 287.

³⁵ Idem, p. 287-8.

*múltiples redes. Com todo, la perdida de la esperanza culmina en depresión y enfermedad.*³⁶

Seguindo a perspectiva desafiadora do estimado professor Warat e citando Mireille Delmas-Marty,³⁷ José Luiz Bolzan de Moraes compartilha a ideia da necessidade de “reencontrar um equilíbrio, a partir de ‘princípios reguladores’ – dignidade humana, solidariedade planetária, precaução/antecipação e pluralismo ordenado -, que permitam que se ajuste a tensão por mais improvável que pareçam estas aproximações”.³⁸

Destarte, “[...] não se pode pretender sobrevalorizar um em detrimento do outro, pois a cada situação desse tipo ter-se-ia, como consequência, resultados trágicos. Ao contrário, a busca de uma limitação recíproca demanda que, repita-se, como navegadores e/ou pilotos se restabeleça o equilíbrio” (idem). Tal posicionamento nos lembra, e muito, a posição de Edgar Morin, citada anteriormente. Vem ao encontro também com Patrick Viveret que, argutamente, nos alerta para a “necessidade [incessante] de encontrar um princípio de esperança” (2013, p. 31) e de que não estamos diante do fim *do* mundo, mas no fim *de um* mundo. Para isso, o autor francês revisita o pensamento de Antônio Gramsci, ao lembrar que “[...] uma crise ocorre no momento em que o velho mundo custa a desaparecer; em que o novo mundo custa a nascer, e neste claro-escuro, dizia, podem surgir monstros” (idem, p. 33)

E é nesta toada, neste *parto* demorado do *novo mundo*, em que ainda não sabe qual é, mas se tem as possibilidades de sua faceta, bastando analisar os fatos que o Direito encontra o seu desafio. Na continuidade, Bolzan de Moraes, ao enfrentar a problemática da composição equilibrada dos princípios reguladores, nos adverte:

Contudo, para que se possa fazer esta composição é preciso, desde logo, o reconhecimento de que as fórmulas tradicionais do Direito, como pensado nos últimos séculos, não conseguem dar respostas adequadas e suficientes. Não se pode mais pensá-lo a partir de esquemas conceituais assentados em pressupostos de estabilidade, quando vivemos na *instabilidade*, de hierarquia, quando o que se tem é a *interatividade*, em um contexto de interdependências e diversidade de atores, o que dá origem a *formas complexas* de normatividade.³⁹

Pode-se concluir, a partir desta exposição e de seu sistema dominante, o positivismo jurídico, em suas mais variadas formas, exige um posicionamento político eficaz como fonte de Direito e visando, num primeiro momento, contendo a atuação do modo de operar do capitalismo, limitando sua atuação especificamente em algumas áreas, como a ambiental, de modo a proibir determinada exploração, como a do *fracking* para exploração de gás de xisto, e estimular a produção de energias consideradas um passivo ambiental, a exemplo do chorume⁴⁰ ou dos dejetos de suínos.⁴¹

³⁶ WARAT, L. *Por quien cantan las sirenas*. Informe sobre Eco-ciudadania, Género y Derecho – Incidencias del barroco en el pensamiento jurídico. Florianópolis/Joaçaba: UNOESC/CPGD-UFSC, 1996, p. 96-7.

³⁷ DELMAS-MARTY, M. *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Paris: Seuil. 2016.

³⁸ BOLZAN DE MORAIS, J. REPE&C 34 – Trump e o pot au noir.... *Empório do Direito*. Visualizado em <http://emporiiododireito.com.br/repec-34-trump-e-o-pot-au-noir/>, publicado em 10/04/2017, acesso em 23/04/2017.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Lixo pode virar energia limpa e reduzir impacto ambiental. É a transformação de um passivo em um ativo ambiental. É mister que haja vontade política em direcionar a atuação das empresas privadas e públicas para este objetivo, por meio de incentivos e subsídios.

Este posicionamento vem de encontro com o que defende Edgar Morin (já citado), em que para ele são necessárias quatro vias para a mudança de mundo, a que ele denomina de *metamorfose*. A primeira é justamente uma mudança de políticas para a humanidade, que se dá de forma global e local. A segunda, uma reforma do pensamento e da educação, envolvendo uma democracia cognitiva e comunicacional. De outra banda, são exigidas reformas da sociedade, com ênfase na mudança das áreas de medicina e saúde, cidade e *habitat*, agricultura e zonas rurais, alimentação, consumo e trabalho. E, finalmente, reformas de vida, envolvendo questões sobre moral, família, condição feminina, adolescência, velhice e envelhecimento, e o enfrentamento da morte. Mas todas estas transformações passam por uma nova postura política, que tem como principal instrumento o Direito, não apenas numa concepção dogmática, mas também, e principalmente, zetética, na expressão cunhada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior.⁴²

Edgar Morin entende que as soluções para esta policrise, em todos os setores já se apresentam, como o advento de uma filosofia comunitária, que nega o absolutismo do socialismo, mas também exige limites ao capitalismo. Também pondera que, assim como o cristianismo, o budismo e o islamismo (as grandes religiões contemporâneas) surgiram da base da sociedade, pelos marginalizados. Segundo ele, o Império Romano ruiu pela sua base, dando lugar ao feudalismo que, por sua vez, deu espaço ao desenvolvimento do capitalismo, cujos atores eram os marginalizados de sua estrutura social, os artífices e artesãos.

Seu conselho é de que ouçamos o que ocorre à margem de nossa sociedade. Basta que queiramos ver estas transformações e implantar uma *nova ética para a humanidade*, que compreende enfrentar os interesses do mercado. E isto parece ser um caminho sem retorno. Trata-se de uma consequência gerada pelo próprio capitalismo, que possui um tempo para seu definimento (pois tudo tem um tempo para surgir, desenvolver e se extinguir ou se transformar em algo novo). Não se nega, entretanto, que haverá resistências. Como elas se darão já se pode ter uma ideia. Em alguns lugares, logicamente, com maior ou menor ênfase.

Além disso, é preciso lembrar que sempre a sociedade humana viveu em tempos de crise e as superou, com uma maior ou menor intensidade; ela sempre se transformou, sempre evoluiu. O medo (ou desespero) é por não se saber quais serão os rumos a serem tomados.

Dessa *policrise*, o que virá ainda não se sabe, mas há a certeza de que a humanidade está como numa manhã nublada, num horizonte cinzento. Tanto poderá chover, como poderá haver um restante de dia belo e ensolarado. E mesmo que chova, não há então um convite para se dançar na chuva, encontrando também ali beleza e a certeza de que ela também passará(!)?

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se analisar a História, percebe-se que o mundo sempre passou por transições mais ou menos radicais. Com a queda do Império Romano houve insegurança sobre o que viria depois. Da mesma forma, do feudalismo ao capitalismo, em âmbito de sistema econômico, e com as várias fases da própria Modernidade. Vive-se atualmente um momento de restrição da segurança jurídica

Visualizado em http://www.sergipetec.org.br/energia_noticias/808/Lixo-pode-virar-energia-limpa-e-reduzir-impacto-ambiental-.htm, acesso em 24/04/2017.

⁴¹ Biodigestores podem transformar dejetos suínos em energia, da mesma forma que o chorume. Visualizado em <http://www.mma.gov.br/informma/item/1869-biodigestores-vao-transformar-dejetos-de-suinos-em-energia>, acesso em 24/04/2017.

⁴² FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, decisão, dominação. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

(elemento este estruturante dos Estados Modernos) adquirida pela classe trabalhadora em vários países do mundo e se exige, ao mesmo tempo, a limitação da atuação do sistema capitalista em determinadas áreas. Para isso, deverá o Estado (ou terá condições ele de) tomar as rédeas da regulamentação da atuação dos agentes da sociedade, em especial do mercado, partindo de efetivas políticas públicas que venham ao interesse da própria sociedade presente e futura? É o Estado que deve ditar quais são as áreas em que o Mercado deve atuar, e não deixar que o Mercado escolha por si próprio? Estas respostas são difíceis de ser respondidas e se constituem num verdadeiro desafio que Estados democráticos devem enfrentar, principalmente ao separarem os interesses estampados pela *lex mercatória* nos ordenamentos jurídicos e suas relações governamentais, que colocam em cheque a própria democracia.

Tal tarefa não é fácil e deveras complexa, mas esta compreensão se torna instigante e motivadora. Tal qual um matemático que, ao se deparar com um problema, não para antes de resolvê-lo, devemos tomar idêntica postura ante o desafio de uma nova política para a humanidade: torná-la nosso propósito e nosso desafio.

No jardim da humanidade existem aqueles que prezam pela *estética da existência*, em que há prazer de estar com eles, pois cuidam uns dos outros, lhes fornecendo a sombra para os momentos de sol extenuante, ou lhes concedendo espaço, para que absorvam a luz, num necessário equilíbrio. Embelezam o jardim como um todo. Sua serventia é a de enaltecer a beleza dos primeiros e proporcionar que se desenvolvam. Estas pessoas despontam pelo valor da estética existencial, e seu poder se resume ali. Por outro lado, tem-se o oposto, num modelo legítimo de como “não-ser-com-o-outro”, em que a ambição pelo poder e pelo dinheiro, tem uma voz mais ativa e, infelizmente, adquirem a tarefa de representar a todos, sendo uma engrenagem, apenas, do sistema capitalista moderno.

Talvez precisemos de um novo pacto social, em que cada membro tenha o direito de viver com dignidade, com a responsabilidade de ajudar quem necessite, de acordo com sua capacidade de contribuição e a receber da sociedade o que lhe é necessário nos momentos de maior dificuldade.

Por mais utópico que isto pareça, é mais provável que isto se desenvolva na multidão, no sentido atribuído por Hardt e Negri, ou no *precariado*, no sentido atribuído por Standing, do que seu desenvolvimento natural dos incluídos no sistema capitalista.

Todavia, como salientou Edgar Morin, a humanidade já tem os meios e condições necessárias para superar esta policrise. Se torna necessário, entretanto, organizar e tecer pontos de ligações entre elas no arranjo da esfera político-jurídica. Eis o grande desafio.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Z. BORDONI, C. *Estado de Crise*. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BOLZAN DE MORAIS, J. L. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 (Coleção Estado e Constituição).
- _____. REPE&C 34 – Trump e o pot au noir.... *Empório do Direito*. Visualizado em <http://emporiiododireito.com.br/repec-34-trump-e-o-pot-au-noir/>, publicado em 10/04/2017, acesso em 23/04/2017.

- BORGES, H. Privatização da Cedae põe em risco acesso à água como direito humano. *The Intercept Brasil*. Visualizado em <https://theintercept.com/2017/02/17/privatizacao-da-companhia-de-saneamento-do-rj-poe-em-risco-o-acesso-a-agua-como-direito-humano/>, Publicado em 17/02/2017. Acesso em 23/04/2017.
- CAPELLA, J. R. *Fruto proibido*. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Tradução de Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- DELMAS-MARTY, M. *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Paris: Seuil. 2016.
- FAORO, R. Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro. 3ª Ed. São Paulo, Editora Globo, 2008.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, decisão, dominação. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GIL, G. Rep. Intérprete: Gilberto Gil. In: O Sol de Oslo. Rio de Janeiro: Biscoito Fino, 1998. 1 CD. Faixa 8.
- HARDT, M. NEGRI, A. *Bem Estar Comum*. Tradução: Clovis Marques. São Paulo: Record, 2016.
- HARVEY, D. *17 contradições e o fim do capitalismo*. Tradução: Rogério Bettoni. São Paulo: Boitempo, 2016.
- WARAT, L. A. *Por quien cantan las sirenas*. Informe sobre Eco-ciudadania, Género y Derecho – Incidencias del barroco en el pensamiento jurídico. Florianópolis/Joaçaba: UNOESC/CPGD-UFSC, 1996.
- LIPOVETSKY, G. *A Felicidade Paradoxal*. Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução: Maria Lucia Chamado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- MARTÍN, J. 'Imposto sobre o sol': portugueses pagarão mais tributos por sua casa se for bem iluminada. *Jornal El País*. Visualizado em http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/18/internacional/1479466797_084080.html. Publicado em 18/11/2016. Acesso em 28/04/2017
- MASCARO, A. L. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MATTEI, U.; NADER, L. *Pilhagem – Quando o Estado de Direito é ilegal*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- MORIN, E. *A Via para o futuro da humanidade*. Tradução: Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.
- MORIN, E.; VIVERET, P. *Como viver em tempo de crise*. Tradução: Clovis Marques. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.
- MORRISON, W. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ROUSSEAU, J.-J. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução: Laurent de Saes. Bauru: Edipro, 2015.
- SANDEL, M. J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- STANING, G. *O precariado: a nova classe perigosa*. Tradução: Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.
- TAYLOR, C. *A ética da autenticidade*. Tradução: Talyta Carvalho. São Paulo: Realizações, 2011 (Coleção Abertura Cultural).

LA DESTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO MATERIAL Y EL ESTADO ISLÁMICO

THE DESTRUCTION OF TANGIBLE HERITAGE AND THE ISLAMIC STATE

María Rúa Junquera¹

Instituto Europeo

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La protección del patrimônio cultural material. 3. El Estado Islámico y la protección del patrimonio. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Resumen. La protección de los bienes culturales en conflictos armados es una tarea compleja por la propia naturaleza del contexto bélico, pero fundamental para el resguardo de las culturas, las tradiciones y las identidades del mundo, que en último caso y como conjunto, conforman el género humano en su diversidad. El patrimonio material es aquel que tiene más posibilidades de sufrir ataques que impliquen su destrucción durante una contienda, y es por eso que existe un amplio corpus normativo vinculado al Derecho Internacional Humanitario que pretende limitar los daños causados, así como organizaciones específicas de protección del patrimonio como la UNESCO. Sin embargo, en conflictos asimétricos donde actores no estatales como el Estado Islámico representan a una de las partes beligerantes, dicha normativa internacional no es reconocida y el patrimonio sufre consecuencias, frecuentemente irreparables.

Palavras clave: patrimonio, protección, conflictos armados, Estado Islámico, Derecho Internacional Humanitario

Abstract: The protection of Cultural Heritage in armed conflicts is a complex task because of the own nature of the warfare context, but it is basic to protect cultures, traditions, and world identities, that in the latter case and as a collection, they conform the human beings in their diversity. The tangible heritage is the one that has more possibilities to suffer attacks that involve its destruction during the war, and it is because of that, that it exist a wide regulatory instruments associated with International Humanitarian Law which claims to limit caused damages, as well as specifics international organizations focus on heritage protection like UNESCO. However, in asymmetric conflicts where non-state actors like the Islamic State represent one of the belligerent in the warfare, this rules are not going to be recognized, and heritage frequently suffers irreversible damages.

Key-words: heritage, protection, armed conflicts, Islamic State, International Humanitarian Law.

1. INTRODUCCIÓN

¹ Máster en Estudios Internacionales, Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales en la Universidad de Santiago de Compostela. Licenciada en Periodismo (USC). En la actualidad está cursando el Máster en Unión Europea en el Instituto Europeo.

La destrucción del patrimonio material durante los conflictos armados ha sido una práctica habitual a lo largo del tiempo. Al final de las guerras Púnicas, Roma aniquiló Cartago eliminándola de la historia. Julio Cesar hizo lo propio con la primera gran destrucción de la biblioteca de Alejandría en el 48 a.C donde, siguiendo las palabras de Séneca, "quadraginta milia librorum Alexandriae arserunt"². No corrieron mejor suerte las sinagogas y los cementerios judíos durante la Segunda Guerra Mundial o el patrimonio material musulmán durante la guerra de Bosnia, donde los serbios no solo destruyeron la biblioteca de Sarajevo sino que también volaron edificios de gran interés cultural como la mezquita de Ferhadija en Banja Luka en 1993.

Desde siempre, una de las tácticas más comunes del enemigo en tiempo de guerra fue eliminar la identidad del adversario para anularlo y borrarlo de la faz de la tierra. Esto implica destruir el patrimonio que representa la cultura o identidad del contrincante para, una vez finalizada la guerra, negar la posibilidad de reconstruir su historia, su memoria, su sentimiento de pertenencia y las bases de su civilización. Es una manera de dejarlo sin referentes pasados sobre los que forjar el futuro, además de un castigo y una muestra de superioridad, poder y control humillante. El historiador Tom Holland afirmaba al respecto de la destrucción del patrimonio en Siria que "cuando las matanzas se detengan, la sangre se seque y los sirios traten de construir algo desde los escombros, necesitarán símbolos. Mutilar el pasado del país destruye también su futuro. No sólo están amenazadas piedras milenarias"³

La actualidad está plagada de ejemplos que atestiguan dicha práctica, pero tal vez los destrozos ocasionados por el Estado Islámico –junto con los combates y los bombardeos de las partes en conflicto- en Irak y Siria hayan sido los sucesos de mayor envergadura de los últimos años. La organización ha arrasado numerosos enclaves declarados por la Unesco como Patrimonio Cultural de la Humanidad como Nimrud -Irak-, Hatra o Alepo -Siria- además de haber destrozado, vendido o sustraído muchos otros bienes culturales de incalculable valor histórico y cultural de manera ilegal. En el cómputo están también incluidos los inscritos en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro elaborada por el Comité del Patrimonio Mundial, que tiene por objeto, según el organismo "movilizar todos los apoyos posibles para garantizar la salvaguardia de estos lugares, reconocidos por la comunidad internacional como de valor universal excepcional para la humanidad entera".

Sin embargo, la naturaleza asimétrica del conflicto entre actores estatales y no estatales, enmarcado según la categoría de William Lind⁴ en una "guerra de cuarta generación" o como "nuevas guerras" -concepto propuesto por Mary Kaldor⁵-, tiende a lo anormativo. Esto implica que, las normas internacionales de protección que rigen en tiempos de guerra -Derecho Internacional Humanitario- y que anteriormente servían de marco para el desarrollo bélico bajo el paradigma wetsfeliano⁶ de contiendas entre Estados, ahora no tienen validez puesto que no serán reconocidas por alguna de las partes, no sintiéndose interpeladas por ellas.

² El-Abbadi, M. y Mounir, O., *What happened to the ancient Library of Alexandria?*. Brill. Leiden-Boston, 2008, p. 56.

³ Altares, G., Mutilar el pasado de un país para destruir su futuro. El País. 18 de junio de 2015. Recuperado el 11 de marzo de 2018 de: https://elpais.com/internacional/2015/06/17/actualidad/1434539888_839783.html

⁴ Lind, S., Nightengale, K., Schmitt, J., Sutton, J. y Wilson, G., "The changing face of war: into the fourth generation". *Military review*. Vol. 69. Nº 10, 1989, pp. 2-11.

⁵ Kaldor, M., *New and old wars: organized violence in a global era*. Stanford University Press, 2001.

⁶ Bado, N. y Duran, M., "Las nuevas guerras: una propuesta metodológica para su análisis". Universidad de Granada. *Revista UNISCI*. Nº 38, 2015, p. 12.

Además, tal y como apunta Rod Thornton⁷ “the weak will use methods that lie outside the norm of warfare, methods that are radically different. It is this element of difference that lies at the heart of asymmetric approaches”.

Este contexto traducido en la responsabilidad de proteger el patrimonio material en conflictos armados se materializa, por un lado, en una completa inhibición de dichas obligaciones por parte de los actores no estatales -en este caso el Estado islámico- mostrando la diferencia de enfoque entre ambos contendientes, y por el otro, -teniendo en cuenta que Siria e Irak son firmantes de La Convención de La Haya para la protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado- en el más absoluto incumplimiento de la obligación de proteger, siendo incluso autores de ataques y bombardeos directos contra el propio patrimonio⁸. Estos hechos, no dejan de ser una evidencia más del resultado de “haber conformado Estados fallidos, surgidos de épocas postcoloniales por acuerdos entre viejas potencias europeas”⁹.

2. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL MATERIAL

2.1. Primera evolución normativa

Los conflictos armados y guerras son dos conceptos que han formado parte activa de la historia de la humanidad tanto desde un encaje individual como colectivo. Así, Leon Trosky afirmaba que “la guerra no es una aberración de la vida humana sino una parte integral de la historia de la civilización”¹⁰. Es por eso que, mantener la protección sobre el patrimonio en el contexto bélico resulta fundamental para garantizar la supervivencia de dichas civilizaciones. En palabras del arquitecto americano de origen chino, Ieog Ming Pei “el patrimonio de un país es por esencia su identidad cultural, ya sea grande o pequeño, majestuoso o sencillo, material o inmaterial. Debe ser conservado y tener un significado para las generaciones futuras”¹¹.

En concreto, el patrimonio material es aquel que tiene más posibilidades de sufrir ataques que impliquen su destrucción durante un conflicto armado debido a su naturaleza. En esta categoría entran bienes muebles e inmuebles y “es la herencia cultural de una comunidad o grupo humano que tiene un interés histórico, artístico, arqueológico etc”¹².

Históricamente en una contienda, los bienes que integraban el patrimonio cultural del pueblo vencido eran considerados por los vencedores como *ius predae*, incluyendo tanto la propiedad pública como privada y siendo considerados una recompensa de facto¹³. Como apunta Ureña Álvarez¹⁴ “los bienes del enemigo

⁷ Thornton, R., *Asymetric Warfare: threat and response in the 21st century*. Polity Press, 2007, p. 2.

⁸ Miranda Gonçalves, R., “La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado”. *Revista Jurídica da Presidência*. Vol 19. Nº 118, 2017, p.252-253.

⁹ Miranda Gonçalves, R., “La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado”. *Revista Jurídica da Presidência*. Vol 19. Nº 118, 2017, p. 253.

¹⁰ Aznar, F., *Entender la guerra en el siglo XXI*. Editorial Complutense. Madrid, 2011, p. 25.

¹¹ Ureña, R., “La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y paz”. *Cuadernos de estudios empresariales*. Nº 14, 2004, pp. 245-260.

¹² Miranda Gonçalves, R., “La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado”. *Revista Jurídica da Presidência*. Vol 19. Nº 118, 2017, p. 246.

¹³ Carducci, G., “L’ obligation de restitution des biens cultureles et des objets d’art en cas de conflit armé: droit coutumier et droit conventionnel avant el après la Convention de La Haye de 1954”. *RGDIP*, 2000, pp. 294-296.

¹⁴ Ureña, R., “La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y paz”. *Cuadernos de estudios empresariales*. Nº 14, 2004, 253.

pasaban a ser botín de guerra para el vencedor cuando no se destruían por actos vandálicos”.

Dicha práctica fue corregida con el tiempo limitándose en exclusiva a los bienes de carácter público, una vez definida la naturaleza estatal de los conflictos¹⁵. A partir del siglo XVII, diversos tratados de paz empiezan a incluir cláusulas referidas a la eliminación del *ius predae* y paralelamente, a la restitución de los bienes culturales de la potencia vencida¹⁶. Ejemplo de ello son el Tratado de Westfalia en 1648, que obligaba a restituir ciertos bienes privados entre los que se incluían archivos y documentos, el Tratado de Oliva en 1660 que hablaba expresamente de la Biblioteca Real polaca o el Tratado de Whitehall en 1662, que explicitaba la protección sobre las obras de la colección de los Estuardo¹⁷.

2.2. Hacia una protección de alcance general

La primera muestra de protección normativa de alcance general hacia los bienes culturales de tipo convencional y con carácter multilateral la encontramos, aunque de una manera tímida y poco precisa, en el artículo 27 y 56 del Reglamento relativo a los usos y costumbres de la guerra terrestre -IV Convención de la Haya de 1907- y en el artículo 5 del IV Convenio de la Haya. Su aplicación y cumplimiento quedaba sujeto al deseo de cada beligerante, además de ser imprescindible la existencia formal de una declaración de guerra para que dicha normativa tuviese efecto. La norma incluía además una responsabilidad penal individual para los sujetos protagonistas del secuestro o destrucción de los bienes culturales, y otra responsabilidad patrimonial del Estado en concepto de indemnización por los daños causados por el personal de sus fuerzas armadas¹⁸.

Tras la Primera Guerra Mundial, las potencias vencedoras incluyeron en los tratados de paz cláusulas relativas a los bienes culturales con mayor o menor alcance -Tratado de Versalles, Tratado de Saint-Germain, Tratado de Trianon o el Tratado de Riga¹⁹ pero no sería hasta el término de la II Guerra Mundial y después de observar los resultados devastadores para el patrimonio de la contienda cuando en 1954 se aprueba la Convención de la Haya sobre la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y sus dos Protocolos de 1954 y 1999. Cabe mencionar que algunos tratados de paz de la Segunda Guerra Mundial -Tratado de Paz con Bulgaria, Hungría o Italia- establecieron la obligación internacional de restitución de los bienes culturales que hubieran sido trasladados mediante violencia o coacción, con independencia de su naturaleza pública o privada.

La Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado firmado en la Haya 1954 es la “primera norma convencional que tiene por objeto específico la regulación de los bienes culturales”²⁰. Además, establece por primera vez en su artículo 1 qué se debe entender por bienes culturales y ofrece dos tipos de protección diferente: una general y la otra específica.

¹⁵ Frigo, M., (2001). *La circolazione internazionale dei Beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*. Milan: Giuffrè, 2001, p. 85.

¹⁶ Op. Cit. P. 85

¹⁷ Carducci, G., “L’obligation de restitution des biens culturels et des objets d’art en cas de conflit armé: droit coutumier et droit conventionnel avant et après la Convention de La Haye de 1954”. *RGDIP*, 2000, p. 301.

¹⁸ Frigo, M. Op. Cit. Pp. 90-91

¹⁹ Caamiña, C. (2004). LA protección internacional de los bienes culturales en tiempos de guerra. *International Law: Revista Colombiana de Derecho internacional*. N° 3, 2004, pp. 80-82.

²⁰ Caamiña, C. Op. Cit. P. 97.

La general será aplicada a todo tipo de bienes mientras que la específica, según el artículo 8 de la Convención se aplicará a “un número restringido de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, de centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de importancia muy grande”. Para poder gozar de dicha protección especial, los bienes culturales deben reunir una serie de requisitos muy específicos que implica que “sean muy pocos los bienes que merezcan esta protección especial”²¹.

Por su parte, el Protocolo de 1954 amplía la Convención de la Haya prohibiendo la exportación de bienes culturales de un territorio ocupado y exige su devolución al Estado del que fueron sustraídos (Miranda, 2017, p.249), y ya en 1999 el II Protocolo mejora dichos aspectos de la protección de bienes culturales en conflictos armados. En este caso, se añade “la implantación de la responsabilidad penal individual en caso de destrucción de bienes que revistan especial importancia”²² y amplía su vigencia de manera explícita a conflictos no internacionales.

Para terminar con el sistema de protección normativo del patrimonio en caso de conflicto armado hay que citar también los Protocolos Adicionales de las Convenciones de Ginebra de 1949, puesto que consideran crimen de guerra la destrucción de monumentos históricos, obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos.

2.2. Nuevos instrumentos legales

Para reforzar el sistema, en 1972 se adoptó por la UNESCO la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, herramienta esencial para poder preservar mejor la diversidad cultural debido al sistema de identificación y protección de los lugares inscritos en la listas del patrimonio mundial y que están reconocidos por su valor universal excepcional. En su artículo 1 dicha Convención define patrimonio cultural:

[...] los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia. Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia. Los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

Esta consideración será reforzada tras adopción del Estatuto de Roma de 1998 por el que se crea la Corte Penal Internacional y que en su artículo 8 declara su competencia para juzgar la destrucción internacional de los bienes culturales considerando crímenes de guerra “ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos siempre que no sean objetivos militares” .

²¹ Miranda Gonçalves, R., “La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado”. *Revista Jurídica da Presidência*. Vol 19. Nº 118, 2017, p. 248.

²² Miranda Gonçalves, R., “La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado”. *Revista Jurídica da Presidência*. Vol 19. Nº 118, 2017, p.249.

En cualquier caso, las medidas que desarrollan los Estados a la hora de proteger a nivel interno los bienes culturales en su territorio, y con independencia de que exista una normativa internacional, es fundamental. Esto involucra también al ejército como depositario de la protección de los bienes culturales.

3. EL ESTADO ISLÁMICO Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO

3.1. La relación entre el patrimonio y el Estado Islámico

"Oh Muslims, the remains that you see behind me are the idols of peoples of previous centuries, which were worshiped instead of Allah. The Assyrians, Akkadians, and others took for themselves gods of rain, of agriculture, and of war, and worshiped them along with Allah, and tried to appease them with all kinds of sacrifices. (...) The Prophet Muhammad shattered the idols with his own honorable hands, when he conquered Mecca. The Prophet Muhammad commanded us to shatter and destroy statues. This is what his companions did later on, when they conquered lands".

Con estas palabras, un combatiente del Estado Islámico justificaba en un vídeo la destrucción de obras de arte que el grupo terrorista había realizado en febrero de 2015 en el interior del Museo de Mosul en Irak y que posteriormente habría sido colgado en redes sociales, obteniendo un gran impacto mediático (Jones, 2015). De ellas se extrae, casi a modo de "revolución cultural", la justificación de terminar con todo vestigio cultural y patrimonial que pueda evocar la existencia de identidades, creencias, culturas o civilizaciones anteriores a la construcción de un califato basado en una interpretación salafista del islam y que el propio Estado Islámico reivindica como única señal de identidad posible sobre la que basar su potencial estado de nueva creación (Morales, Mejía y Galeana, 2017, p. 38-39).

Esta lógica, que responde como fin último a la destrucción del enemigo - y en el peor de los escenarios, a su eliminación- tiene mucho que ver con la célebre frase del teórico-militar prusiano Carl von Clausewitz cuando afirma que "la guerra es un acto de violencia que intenta obligar al enemigo a someterse a nuestra voluntad". De hecho, según Isaiah Berlin (2001) "las tribus odian a las tribus vecinas por las que se sienten amenazadas, y luego racionalizan sus miedos representándolas como perversas o inferiores, o absurdas o de alguna manera despreciable".

Es aquí cuando, una vez identificados los potenciales infieles y/o enemigos, se pone en marcha una maquinaria de eliminación de todo rasgo de pertenencia a "lo viejo o lo diferente". Esto señala directamente a la destrucción del patrimonio cultural y a los bienes patrimoniales como máxima forma de expresión de una identidad. Por tanto, la destrucción del patrimonio como elemento de un sistema de homogeneización es fundamental para negar la posibilidad de recurrir a una identidad, o en el supuesto escenario post conflicto, de volver al pasado para construir el futuro tal y como afirma la profesora Stephennie Mulder (Altare, 2015) : "la cultura es una parte esencial de nosotros como seres humanos. Parece difícil imaginar cómo, pero algún día acabará esta guerra y las personas sin historia, que se han quedado sin vestigios de su pasado, estarán doblemente traumatizadas. Algún día los iraquíes, los sirios y los yemeníes reconstruirán sus países y también reconstruirán su sentido de pertenencia. El patrimonio cultural es una de las formas más poderosas para entender quiénes somos como seres humanos".

Es por ello que garantizar la supervivencia del patrimonio material e inmaterial de las zonas en conflicto, es al mismo tiempo proteger el futuro de las civilizaciones y de la humanidad en su conjunto. Sólo aquellos que entienden la contienda como una guerra total -véanse autores como Ludendorff- donde la finalidad no es vencer la guerra sino eliminar al enemigo, emplean tácticas de aniquilación en todos los aspectos y ello engloba también el patrimonio. Así lo afirma el profesor De Rueda Roigé²³ refiriéndose a la actitud de Hitler en Polonia durante la II Guerra Mundial o a los bombardeos sobre Dubrovnik durante la guerra de los Balcanes por parte de la Armada Federal Yugoslava, a pesar de ser una ciudad inscrita en la Lista de Patrimonio mundial en 1980. Según De Rueda²⁴ "lo que en realidad se pretendía era eliminar las trazas culturales de determinadas etnias".

Sin embargo, en este caso concreto, no todos los destrozos que perpetró el Estado Islámico en Siria e Irak pretendían destruir la identidad del adversario. En este caso, tal y como apuntó el periodista experto en Islam Javier Marín "así como Mahoma destruyó todos los ídolos de piedra que se adoraban en la península arábiga, los radicales como el Estado Islámico creen que toda figura y cultura anterior al Islam representa la herejía y, por tanto, debe ser destruida. Pero hay un segundo componente -prosigue Martín- y es que el Estado islámico es consciente del impacto propagandístico que tiene en Occidente la destrucción del patrimonio histórico. Arrasar sitios arqueológicos es una forma de provocación a Occidente, pero también de reafirmación ante sus seguidores de la concepción del Islam que defienden"²⁵.

En este caso, además de utilizar la destrucción del patrimonio como estrategia propagandística basada en la táctica anarquista de "la propaganda por el hecho" (Avilés, 2012, p.227), el Estado Islámico llevó a cabo numerosos actos vandálicos que buscaban la destrucción por la destrucción, el saqueo y el expolio de bienes patrimoniales. Este último caso ha sido una constante a lo largo del territorio que ocupó la organización en Siria e Irak. Los insurgentes, al carecer de fuentes regulares de financiación, se apoderaban del patrimonio y posteriormente lo vendían en las redes mundiales de tráfico de obras de arte para seguir obteniendo recursos para la contienda o simplemente para adquirir un dinero extra. De hecho, en 2014 el Estado Islámico tenía el control de más de 4 mil sitios arqueológicos en Irak²⁶ y tomaba enclaves con gran importancia patrimonial y simbólico -véase el caso de Palmira- como centro de operaciones, al que reasignaron una nueva identidad.

3.1. Mecanismos de protección implementados

La Unesco intentó mitigar el creciente tráfico ilícito de bienes culturales muebles, realizando ya en 2013 una reunión de alto nivel sobre la salvaguardia del patrimonio en Siria, donde se aprobó el Plan de acción de la Unesco de medidas urgentes de salvaguarda y estrategias para después de la recuperación. Ello alentó al Consejo de Seguridad de NNUU a aprobar la Resolución 2199 en la que se condena la destrucción del patrimonio cultural y se adoptan medidas vinculantes para luchar contra el tráfico ilícito de antigüedades y objetos culturales procedentes

²³ De Rueda, FJ., *La protección internacional del patrimonio cultural en caso de conflicto armado*. Locus Amoenus. Universidad Autónoma de Barcelona, 1999, pp. 249-266. Recuperado el 18 de mayo de 2018 en <http://www.raco.cat/index.php/locus/article/viewFile/23481/23315>

²⁴ Ibidem, p. 52.

²⁵ Altares, op. Cit.

²⁶ Morales, M. E., Mejía, M. y Galena, A., "Terrorismo y patrimonio cultural: destrucción y recuperación de los Budas de Bamiyán y del sitio de Palmira", *Contexto*. Vol XI. Nº 15, 2017, pp. 37-52.

de Siria e Irak, pero sin contar con gran éxito debido a la dificultad de la comunidad internacional para desplegar acciones concretas para su control²⁷.

La principal dificultad para proceder a la protección del patrimonio material en Siria e Irak no depende de la existencia o no de un corpus normativo internacional que permita regular y controlar la situación. Dichas normas, como se ha mencionado con anterioridad, tienen largo recorrido y solo hay que implementarlas. El problema es la propia naturaleza del conflicto que imposibilita su desarrollo a efectos prácticos.

Por un lado, tras la desaparición del telón de acero y con él las ayudas que los estados periféricos recibían de las potencias y sobre las que reforzaban sus estructuras incluyendo el monopolio de la violencia legítima, se convirtieron en muchas ocasiones en Estados fallidos. La tipología de dichos conflictos es mayoritariamente intraestatal debido a un proceso de descomposición del Estado e incluye actores no estatales en la contienda. La violencia se fragmenta y diversifica reflejando la variedad de identidades, motivaciones e intereses que confluyen. Aquí emergen grupos insurgentes que luchan por la hegemonía del poder en base a nuevas estructuras como el Estado Islámico.

Los Estados se encuentran en una situación de total vulnerabilidad y se enfrentan a la imposibilidad de proteger el patrimonio debido a la escasez de recursos económicos y materiales de los que disponen y a sus prioridades a la hora de gestionar el territorio. En palabras de Joris D. Kila²⁸ "son países que a menudo están en desarrollo y necesitan centrarse en la economía, por la cual carecen de recursos para administrar convenientemente el patrimonio cultural". En otras ocasiones es simplemente una cuestión de desinterés político hacia el patrimonio por parte del Estado como en el caso de Libia con Gadafi²⁹.

Por otra parte, los mecanismos de protección existentes no se ajustan a la realidad de la contienda. Creados para resolver controversias entre Estados tras la Segunda Guerra Mundial, ahora no cuentan apenas con mecanismos de implementación y coacción ante actores no estatales que no los reconocen, y que además hacen de dicha asimetría su estrategia de lucha contra el enemigo.

Además, en este caso no ha sido el Estado Islámico el único actor que se ha encargado de destrozar, desvalijar y vender el patrimonio material de Siria e Irak. Sin ir más lejos, EEUU incumpliendo el segundo protocolo de 1999 que prohíbe exportar bienes culturales de territorios ocupados y garantizar su devolución, ha vaciado el museo de Bagdad (Miranda, 2017,p.252). Todos los actores presentes, en mayor o menor medida han sido autores de ataques contra el patrimonio, bien tengan naturaleza estatal o no. Esta situación se explica de acuerdo al enorme desinterés que los militares muestran por la protección de los bienes y la inclusión de dicha protección en el desarrollo de las operaciones. En muchos casos alegan además, carecer de órdenes directas de las autoridades gubernamentales para proceder³⁰.

Solo si existe una política de Estado en este sentido, en caso de conflicto armado, en la propia estrategia militar y las operaciones también estará incluida esta protección. Este punto es fundamental ya que "a menudo los militares son los

²⁷ *Ibidem*, p. 40.

²⁸ Kila, J. (2014). Protección de bienes culturales en conflictos armados. Recuperado el 17 de mayo de 2018 en: http://www.iemed.org/observatori/areesdanalisi/arxiu-adjunts/afkar/afkar-idees43/afkar43_Joris_Kila_cultura_conflicto_es.pdf.

²⁹ *Ibidem*, p. 68.

³⁰ Miranda Gonçalves, R., "La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado". *Revista Jurídica da Presidência*. Vol 19. Nº 118, 2017, p. 252.

primeros en llegar a la zona de conflicto y disponen de los recursos logísticos para actuar en situaciones de emergencia -cultural-” y de hecho “la protección de los bienes culturales es una responsabilidad que debería ser aplicada antes de empezar las operaciones armadas sobre el terreno”³¹.

A pesar de que Siria e Irak son estados miembros de la Convención y tienen la obligación de salvaguardar y respetar los bienes culturales, debido al estado de descomposición de sus instituciones, dichos mandatos no están entre sus prioridades. Desde fuera poco se puede hacer. La Unesco -como vimos anteriormente- está intentando terminar con el expolio y tráfico ilegal de bienes culturales que gracias a la globalización se ha convertido en un gran negocio. Sin embargo, resulta tremendamente difícil impedir a escala global que aquellos que demandan dichos bienes no lleguen a obtener los bienes, debido a la propia configuración de las redes de tráfico de arte como organizaciones criminales transnacionales³².

4. CONCLUSIONES

La destrucción del patrimonio material en conflictos armados ha sido una constante a lo largo de la historia. Además de la naturaleza violenta del propio contexto bélico, las motivaciones que han llevado a las partes beligerantes a ensañarse con los bienes culturales materiales responde a numerosas lógicas entre las que destacan el poder, el sometimiento y la aniquilación del adversario.

A partir del S.XVII comienza a surgir un corpus normativo para proteger el patrimonio durante los conflictos armados que se convierte en norma de alcance general en la IV Convención de la Haya de 1907. A partir de este momento, han sido numerosos los instrumentos desarrollados para otorgarle una protección especial al patrimonio durante los conflictos armados.

Sin embargo, con los llamados nuevos conflictos o guerras de cuarta generación, donde las partes beligerantes no son necesariamente actores estatales, el reconocimiento de la vigencia de los instrumentos internacionales de protección del patrimonio es ignorada. Los actores no estatales -como el Estado Islámico- al no tener una naturaleza estatal, no se sienten interpelados ni obligados por las normas internacionales y utilizan dicha asimetría para su propio beneficio. Esto puede ser destruyendo el patrimonio material de la civilización a combatir, sacando rédito económico con la venta ilegal de bienes o resignificando espacios.

En este contexto, es fundamental reforzar el compromiso de los Estados que forman parte de las Convenciones Internacionales para proteger el patrimonio. Esto está necesariamente vinculado a la cooperación internacional y multilateral entre Estados e instituciones, ya que para muchos Estados que están en guerra, la protección del patrimonio no es una prioridad estratégica ni económica.

5. BIBLIOGRAFÍA

Altares, G. (2015). Mutilar el pasado de un país para destruir su futuro. El País. 18 de junio de 2015. Recuperado el 11 de marzo de 2018 de: https://elpais.com/internacional/2015/06/17/actualidad/1434539888_839783.html

³¹ Miranda Gonçalves, R., “La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado”. *Revista Jurídica da Presidência*. Vol 19. Nº 118, 2017, p. 252.

³² Morales, M. E., Mejía, M. y Galena, A., “Terrorismo y patrimonio cultural: destrucción y recuperación de los Budas de Bamiyán y del sitio de Palmira”, *Contexto*. Vol XI. Nº 15, 2017, p. 41.

- Avilés, J. (2012). Terrorismo Anarquista y Terrorismo Yihadí: Un análisis Comparativo. Historia y Política. UNED. Nº 27. 227-249.
- Aznar, F. (2011). Entender la guerra en el siglo XXI. Editorial Complutense. Madrid.
- Bado, N. y Duran, M. (2015). Las nuevas guerras: una propuesta metodológica para su análisis. Universidad de Granada. Revista UNISCI. Nº 38.
- Berlín, I. (2001). Notas para una conferencia futura. Letras Libres. México.
- Caamiña, C. (2004). LA protección internacional de los bienes culturales en tiempos de guerra. International Law: Revista Colombiana de Derecho internacional. Nº 3. pp. 73-107.
- Jones, C. (2015). What ISIS Destroys, Why, and Why We Must Document It. Recuperado el 12 de marzo de 2018 de <https://hyperallergic.com/188455/what-isis-destroys-why-and-why-we-must-document-it/>
- De Rueda, FJ. (1999). La protección internacional del patrimonio cultural en caso de conflicto armado. Locus Amoenus. Universidad Autònoma de Barcelona. pp. 249-266. Recuperado el 18 de mayo de 2018 en <http://www.raco.cat/index.php/locus/article/viewFile/23481/23315>
- Kila, J. (2014). Protección de bienes culturales en conflictos armados. Recuperado el 17 de mayo de 2018 en: http://www.iemed.org/observatori/areesdanalisi/arxiu-adjunts/afkar/afkar-ideas43/afkar43_Joris_Kila_cultura_conflictos_es.pdf.
- El-Abbadi, M. y Mounir, O. (2008). What happened to the ancient Library of Alexandria?. Brill. Leiden-Boston.
- Carducci, G. (2000). L'obligation de restitution des biens cultureles et des objets d'art en cas de conflit armé: droit coutumier et droit conventionnel avant el après la Convention de La Haye de 1954. RGDIP.
- Kaldor, M. (2001). New and old wars: organized violence en a global era. Stanford University Press.
- Lind, S., Nightengale, K., Schmitt, J., Sutton, J, y Wilson, G. (1989). The changing face of war: into the fourth generation. Military review. Vol. 69. Nº10, pp. 2-11.
- Frigo, M., (2001). La circolazione internazionale dei Beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno. Milan: Giuffrè.
- Miranda, R. (2017). La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado. Revista Jurídica da Presidência. Vol 19. Nº 118.
- Morales, M. E., Mejía, M. y Galena, A (2017). Terrorismo y patrimonio cultural: destrucción y recuperación de los Budas de Bamiyán y del sitio de Palmira. Contexto. Vol XI. Nº 15. pp. 37-52.
- Rodrik, D. (2012). La paradoja de la globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial. Rustica.

Thornton, R. (2007). *Asymmetric Warfare: threat and response in the 21st century*. Polity Press.

Ureña, R. (2004). La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y paz. *Cuadernos de estudios empresariales*. Nº 14. pp. 245-260