

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 12– 2019

Volumen Ordinario - diciembre

ISSN 2340-860X

Cadernos de Dereito Actual
Nº 12. Ordinario - diciembre - 2019

EQUIPO EDITORIAL

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

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

Secretario Adjunto: Fábio da Silva Veiga. *Universidad de Almería*

COMITÉ CIENTÍFICO

Rubén Miranda Gonçalves, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Fábio da Silva Veiga**, *Universidade de Vigo*, **Consuelo Ferreiro Regueiro**, *Universidad 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 Javeriana de Bogotá (Colombia)*, **Érica Guerra da Silva**, *Universidade Federal Rural do Río de Janeiro (Brasil)*, **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, *Universidade Federal Rural do Río de Janeiro (Brasil)*, **Thiago Oliveira Moreira**, *Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)*, **Alessandra Silveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Douglas Predo Mateus**, *Universidade Católica de Santos (Brasil)*, **Arlen José Silva de Souza**, *Universidade Federal de Rondônia - Escola da Magistratura de Rondônia, (Brasil)*, **Guilherme Augusto Souza Godoy**, *Universidade do Porto (Portugal)*, **Domenico d'Orsogna**, *Universidad de Sassari (Italia)*, **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 Iochama**, *(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 Stepien Zalucka** *(University of Rzeszów, Polonia)*. **María Camacho Zegarra** *(Universidad ESAN, Perú)*. **Antonio-Carlos Pereira Menaut** *(Universidad de Santiago de Compostela, España)*. **José Ignacio Martínez Estay** *(Universidad de los Andes, Chile)*. **Valter Moura do Carmo** *(Universidade de Marília, Brasil)*, **Hadassah Santana** *(Universidade Católica de Brasília, Brasil)*. **Letícia Mirelli Faleiro Bueno** *(Universidade de Itaúna, Brasil)*. **Eduardo Leite** *(Instituto*

Latino Americano das Nações Unidas, Brasil). Ana Maria Davila Lopes (Universidade de Fortaleza, Brasil). Oscar Coronado Rincón (Universidad de Sonora, México). Erick Urbina Lovón (Universidad de Lima, Perú). Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de San Marcos, Perú).

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción.

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

SUMARIO

Artículos de investigación

- Adjudication on principles of equity in the proceedings before the arbitral tribunal in the Polish law compared to other legal systems
Karol Ryszkowski 09
- The protection of intangible values of humanity and its impacts on the development of new international law
Fernanda Tonetto & Sidney Guerra 20
- The side effects of the collaborative economy model in Europe: the self-employed workers
Álvaro San Martín Rodríguez 40
- Un análisis crítico de las normas sobre transparencia en los reglamentos de arbitraje internacional: La CCI, el CIADI y la CNUDMI.
Nayiber Febles Pozo 57
- Jurisdição internacional exclusiva e multiplicidade de jurisdições: um contraste entre o direito brasileiro e o direito da união europeia nos efeitos patrimoniais dos casais internacionais
Marc Antoni Deitos 96
- Desafíos, acciones y amenazas de la globalización: ¿quiénes son los responsables?
Jaime Alberto Ángel Álvarez 136
- Desafios da repartição dos benefícios decorrentes dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético no Brasil e na Espanha
Voltaire de Freitas Michel 153
- El amparo constitucional. Herramienta catalizadora de la función judicial en la nueva Constitución cubana
Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez 194
- Um itinerário jusfilosófico da “diferença” e suas repercussões no campo do direito
André Leonardo Copetti Santos & Douglas Cesar Lucas 227
- Direito ao desenvolvimento e organismos geneticamente modificados (OGMs): impactos do agronegócio brasileiro
Estefânia N. Da Silva Lino, Carlos A. Diniz & Fernanda Peres Soratto 241

Atuação do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça para o accountability do Poder Judiciário Zelia Pierdoná, José Carlos Francisco & Patrícia da Silva	261
Democracia, laicidade e intolerância religiosa como desafio aos direitos humanos na contemporaneidade brasileira Celso Gabatz	275
A indisponibilidade dos créditos tributários no Processo Especial de Revitalização Patrícia Santos & Maria João Machado	289
As potencialidades da arbitragem em contratos relacionados ao agronegócio no centro-oeste brasileiro Paulo A. Rodrigues Martins & Rildo Mourão Ferreira	304
Quanto vale a existência do trabalhador brasileiro? Um estudo sobre dano existência à luz do novo art. 223-G, §1º, da CLT Arthur P. Basan & Gabriel O. de Aguiar Borges	327
Protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado: especial referencia al tráfico ilícito de bienes culturales Inés González Piñeiro	339
Estado e diversidade lingüística Anxo García Ferreira	351
Responsabilidade civil no caso das mortes em presídios amazonenses em maio de 2019 Renato Horta Rezende	381
Instrumentos normativos internacionais de combate à corrupção e crimes correlatos no Brasil Marco A. F. Filho, Patricie B. Zanon & Thamara D. C. Medeiros	400
El pago de pensión alimenticia retroactiva, supuestos de procedencia y aplicación en el derecho mexicano. Pablo Alfonso Aguilar Calderón	414
Enriquecimento sem causa e dissolução da união de facto. Algumas notas à luz do Direito português Diana Isabel Silva Leiras	430
Los derechos de la víctima en la Ley 4/2015, de 27 de abril. Origen, alcance y contenido más relevante Javier García González	443

Adjudication on principles of equity in the proceedings before the arbitral tribunal in the Polish law compared to other legal systems

Karol Ryszkowski¹

Cracow University of Economics

Summary: 1. Preliminary remarks. 2. Determination of the concept and the essence of the adjudication on principles of equity. 3. Historical outline of the adjudication on principles of equity. 4. The adjudication on principles of equity prior to the amendment of the Polish Civil Procedure Code. 5. The adjudication on principles of equity in light of the revised Code of Civil Procedure. 6. Conclusion. 7. Bibliography.

Abstract: Every lawyer knows Latin maxim “Summum ius summa iniuria”. You can pass an arbitral award that is consistent with the law, but it is unfair. This article aims to attempt to define the institution of adjudicating on the basis of equity in arbitration proceedings. Moreover, it presents the historical outline of this situation in the world, and in Poland, as well as assessment of the current concepts concerning this matter in the Polish Civil Procedure Code.

Keywords: material and procedural public policy, arbitration, equity, arbitral tribunal, fairness, arbitral rules, contract law.

1. Preliminary remarks

In the international practice, there are two forms of solving the disputes subjected to the jurisdiction of arbitral tribunals, namely arbitration under international law or national law, or to adjudicate on principles of equity. In the latter case, it is believed that the parties have granted special powers to the arbitrators to ignore law, and to resolve the dispute on the basis of extralegal criteria².

2. Determination of the concept and the essence of the adjudication on principles of equity

The determination of the concept and the essence of the adjudication on principles of equity is a complicated task. It should start from the first demarcation,

¹ Has a postdoctoral degree in Banking Law at the Faculty of Law and Administration at the Jagiellonian University, under the auspices of the President of the Narodowy Bank Polski. PhD in Legal Studies – the field of Private business law granted by the Resolution of the Council of the Faculty of Law and Administration at the Jagiellonian University of March 26, 2018 on the basis of the doctoral dissertation entitled The procedural public policy clause in the Polish commercial arbitration law in relation to other legal systems (C.H. Beck, Warsaw 2019), supervisor Professor Andrzej Szumański, Ph.D., full professor of the Jagiellonian University. From 1st October 2018 to the present time Assistant professor at the Faculty of Finance and Law, Cracow University of Economics. Lawyer at the civil law notary office for many years. Emails: karol.ryszkowski@uek.krakow.pl ; ryszkowskikarol@gmail.com

² GRABOWSKA, K., (ed.) OLSZEWSKI, J., *Sądy polubowne i mediacja*, Warszawa, 2008, p. 262.

Recibido: 14/09/2019

Aceptado: 15/10/2019

the distinction of the adjudication on principles of equity from related legal institutions³.

The main distinction lies in contrast to adjudicate on principles of equity with general clauses which refer, *inter alia*, to the concept of equity. They are the part of the legal system, there are specific provisions under which facts are subjected to the legal appraisal. The adjudication on principles of equity is not the same as a reference, within the legal system and in accordance with it, to good faith, justice, and finally to principles of equity. The adjudication on principles of equity consists in resolving the dispute in accordance with the directives of equity and justice independently, and sometimes contrary to the regulations in force⁴.

An application of general principles of law and international autonomous merchant law, is also not the same as the adjudication on principles of equity. Merchant law (*lex mercatoria*) is included in the supranational, or the transnational norms, whose scope and content are difficult to determine⁵.

This is due to the richness of the sources of merchant law. *Lex mercatoria* in the narrow sense (strict) includes common law, and is one of the parts of international trade law⁶. In this view from the scope of the *lex mercatoria* are disabled any standards, resulting from a law-making activities of the states, and the international organizations. In the broad sense merchant law (isolated in doctrine) includes, also the acts of international legislation. In addition, out of this division will also remain conventional provisions created by international organizations, the so-called soft law⁷.

The adjudication on principles of equity is right of the arbitrators to dispense with any legal standards, both those resulting from normal commercial practice, and statutory law. The adjudication on principles of equity in a particular case may depend on the outcome of the dispute on the basis of general principles of law, and international trade law, if it leads to the appropriate result⁸.

In turn judgments based on the *legis mercatoria* are generally consistent with principles of equity, and they intend to ensure a balance between the parties of the relationship. They arise, however, from the usages governing trading or uniform norms of law. Solutions based on *legis mercatoria* must not, however, allow the use of equity as the criterion⁹.

A different view on this issue combines principles of equity with the standards of *legis mercatoria*. According to it, the authority of the arbitrator to adjudicate on principles of equity is equivalent to the obligation to take into account general principles of law, and practice of the international trade¹⁰.

The arbitration based on principles of equity, also requires distinction from the other proceedings aimed at achieving an amicable settlement of the dispute, in particular conciliation and mediation. The jurisdictional nature of arbitration on principles of equity is the criterion for distinguishing it from the above ways of resolving disputes. The arbitral tribunal is obliged to respect fundamental principles of the process. It performs a judicial function, even though the authorization to use as a basis for adjudication extralegal criteria. In turn, mediation procedures are only

3 MIŚKO, T., "Arbitraż handlowy a orzekanie na zasadach słuszności, Arbitraż i mediacja jako instrumenty wspierania przedsiębiorczości - Materiały z międzynarodowej konferencji naukowej zorganizowanej przez Zakład Prawa Handlowego i Gospodarczego Wydziału Prawa Uniwersytetu Rzeszowskiego w Rzeszowie w dniach 22-23 września 2006 roku", *Ius et Administratio, Zeszyt specjalny 2006*", p. 129.

4 LIZER-KLATKA, A., "Pojęcie orzekania na zasadach słuszności w międzynarodowym arbitrażu handlowym", *Państwo i Prawo*, 2000, No.1, p. 61.

5 *Ibid.*, p. 61-62.

6 BŁASZCZAK, Ł. LUDWIK, M., *Sądownictwo Polubowne (Arbitraż)*, Warszawa, 2007, p. 186.

7 FUCHS, B., *Lex mercatoria w międzynarodowym obrocie handlowym*, Kraków, 2000, p. 56-57.

8 LIZER-KLATKA, A., *op. cit.*, p. 62.

9 MIŚKO, T., *op. cit.*, p. 129.

10 FUCHS, B., *op. cit.*, p. 141-142.

proposing the compromise solution to the parties to the dispute, and are not intended to give the judgment¹¹.

In practice of the international trade, there are two determining arbitrations based on the principles of equity - *amiable composition* and *ex aequo et bono* (*arbitrage en équit *)¹². These institutions are often in the practice of the international trade arbitration identified and denoted as principles of equity. The Polish doctrine on the basis of this view represents, among others KAMIŃSKI, I. C.¹³.

However, you should agree with the view rendering distinction between the two institutions¹⁴, as there is no cogent counter-arguments for such a standpoint. According to it there are two separate ways of understanding equity as a basis for jurisdiction and as the scope of the arbitrators' authority¹⁵.

The arbitrators authorized to decide *ex aequo et bono* (according to law and justice), appraise in the light of equity *via* subjective criteria. This appraisal has to fit in the conception of a just settlement of the dispute. They have more freedom in the skipping of law in the name of equity than the *amiable composition*. They are only required to comply with the public policy of the State, or with supranational public order. According to most authors the authority to adjudicate on principles of equity cannot lead to exclusion, or modification of the agreement binding the parties, and that is the distinction from *amiable composition*. The adjudication on principles of equity requires the arbitrators to seek just, and fair settlement of the dispute, whilst in the case of *amiable composition* the arbitrators does not need to use this possibility¹⁶. *Amiable composition* applies provisions, while retaining the right to depart from them, if their application would lead to an unjust resolution¹⁷. Institution *l'amiable composition* seems to be adequate to resolve legal disputes arising from long-term contracts, especially those in which the parties are not adversaries process, but they want to save the existing relationships and future bond acts and operations¹⁸. In judicial practice, both variants of the adjudication on principles of equity are very similar each other¹⁹.

National legislations dealing with *amiable composition* take three basic forms.

The first group includes countries, similar to French legislation, in which the *amiable composition* is an exception to arbitration based on the law²⁰.

The another group assumes that the parties must expressly authorize the arbitrator to rule based on the provisions of the law. This group provides a presumption of *amiable composition*. Decision may be based on the law only at the express request of the parties²¹.

A last, large group of countries (including Germany and the USA), does not distinguish between forms of arbitration, therefore their legislations do not know the law presumption of substantive grounds for jurisdiction²².

11 LIZER-KLATKA, A., *op. cit.*, p. 63.

12 *Ibid.*

13 RYSZKOWSKI, K., "Orzekanie na zasadach susznoci w postępowaniu przed sadem arbitrazowym - summum ius summa iniuria?", *ADR. Arbitraz i Mediacja*, 2011, No.1(13), p. 58.

14 In Polish doctrine this view is represented, *inter alia*, by LIZER-KLATKA, A. and WACH, A.

15 LIZER-KLATKA, A., *op. cit.*, p. 64.

16 *Ibid.*

17 MAZUR, D., "Prawo wlciwe w midzynarodowym arbitrazu handlowym", *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, 2003, No.1, p. 146.

18 WACH, A., *Alternatywne formy rozwiazywania sporów sportowych*, Warszawa, 2005, p. 208.

19 ERECIŃSKI, T., WEITZ, K., *Sad Arbitrazowy*, Warszawa, 2008, p. 326.

20 KAMIŃSKI, I. C., "Zasady susznoci jako podstawa orzekania w obrocie cywilnym i handlowym", *Pastwo i Prawo*, 1993, No.4, p. 47.

21 RYSZKOWSKI, K., *Orzekanie...*, p. 55.

22 KAMIŃSKI, I. C., *op. cit.*, p. 47.

Another representative of the doctrine considers that the adjudication on principles of equity is mainly the supply of the arbitrators in a certain margin of discretion that goes beyond the legislation. The parties should, therefore precisely define the scope of discretion in the arbitration agreement²³.

3. Historical outline of the adjudication on principles of equity

Since the beginning, the settlement of civil disputes remains the domain of state courts, but they have never had complete monopoly on the administration of justice in this matter. In many legal cultures were found quite early that the rigor and the formalism of rules of law may result in a particular factual situations for the issue of unfair and unjust judgments and consequently to antagonize the existing legal relationships and facts between the parties²⁴.

So the search for alternative legal structures to mitigate the rigor of formal and rigid laws has long lasted. In the ancient Rome it had been up to *praetors* to support, supplement, and improve standards of civil law (*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*). That there had developed two forms referring to principles of equity and justice, alternative for the fast developing arbitration. It had been accepted a distinction between *arbitratum boni viri* and *arbitratum ex compromisso*²⁵.

The first of them initially alluded in its construction to conciliation, but later took the form of the classic arbitrage²⁶. First the arbitrator was obliged to issue mandatory binding judgment²⁷, however, was not limited by law. Referring to the widely understood rules of equity the arbitrator, taking into account changing circumstances, or other valid reasons, had been able to shape the existing legal bond²⁸.

In the second form, concerning only contracts *strictae iuris*, the arbitrator derived the power to rule directly from the arbitration agreement. Such a decision did not induce any legal effect unless accepted as collateral, the obligation to pay a penalty by the party in the event of default of the arbitration award²⁹.

In turn, in the Far East, where the social order and theoretical thought are dominated by the ideal of harmony, reference was made to conciliation in order to provide an antidote to the defects of judicial adjudication, also by the arbitrator³⁰.

In the medieval Europe, Roman Catholic Church in order to transfer the idea of conciliation and love your neighbor on the grounds of law, had revived and expanded the scope of Roman *arbitratum boni viri*. It was then when the function of the arbitrator freely adjudicating on principles of equity began to work³¹. During this period, canonists identified the notion of *arbitrator* with self-created *amicabilis compositor*. It defined the person whose task was to lead to the reconciliation of the parties based on religious grounds, without initiating legal proceedings³².

French revolutionary legislator praised his rationalist enlightenment conceptions of law, therefore he had been convinced of the need for the existence of one law. In the Napoleonic Code, only the two canceled contracts referred to arbitration of "good faith" - *l'amicable composition*³³ (French equivalent of the Latin

23 MAZUR, D., *op. cit.*, p. 146.

24 WACH, A., "L'amicable composition jako samodzielna forma rozwiązywania sporów prawnych", *"Radca Prawny"*, 2004, No.6, p. 120.

25 WACH, A., *L'amicable...*, p. 120.

26 MIŚKO, T., *op. cit.*, p. 130.

27 WACH, A., *L'amicable...*, p. 121.

28 MIŚKO, T., *op. cit.*, p. 130.

29 *Ibid.*

30 WACH, A., *Alternatywne...*, p. 203.

31 WACH, A., *L'amicable...*, p. 121.

32 MIŚKO, T., *op. cit.*, p. 131.

33 *Ibid.*

term *amicabilis compositor* - "friendly conciliator"³⁴, while Polish interwar development of this term has been translated as "friendly dealer"³⁵). *Amiable composition* was also marginally treated in the Code of Civil Procedure of 1804. Its role was confined to the exception to the arbitration panel pursuant to the provisions of law³⁶.

In Italy, analyzed institution was known as *amichevole companimento*, which treated for centuries as a "good child" of arbitration. Although the authors of the Code of Civil Procedure of 1942 had appealed also to Roman *arbitratum boni viri*, however, it was replaced by structure arbitrage-free (*arbitrato libero*). It is true that in this construction the arbitrators were not obliged by law, however, they did not adjudicate, but formulated only an opinion³⁷.

In turn, for the lawyers of the common law *amiable composition* is not the kind of arbitration, but an attempt of conciliation, or a variant of transaction (the compromise). English law still does not allow to adjudicate on principles of equity³⁸.

Anglo-Saxon opinion underestimates, however, the modern development opportunities and pedigree of this institution. This development is made on the basis of arbitration law, and in France on the grounds of the civil litigation as well³⁹.

It should be noted that it is the lack of a clear boundary between *l'amiable composition*, and the ability to adjudicate on principles of equity is a fundamental problem to differentiate and popularize this institution⁴⁰.

Such a distinction does not contain Article VII 2. of the European Convention on International Commercial Arbitration⁴¹, pursuant to which the arbitrators shall act as *amiables compositeurs*, if the parties so decide, and if they may do so under the law applicable to the arbitration.

Nowadays regulations provide basis for such a distinction. It is essential in this respect of Article 28. (3) the Model UNCITRAL Law on International Commercial Arbitration. It follows that, if the parties expressly authorize the arbitral tribunal may rule on *ex aequo et bono*, or as *amiable l'composition*. The word "or" may be interpreted as an attempt to identify the difference between these two institutions⁴².

Because I support the idea of the delimitation between the adjudication on principles of equity, and *amiable composition*, I will add yet another argument providing of this possibility. It follows from Article 35 2. of the UNCITRAL Arbitration Rules, which also shows that expressly authorized by the parties, the arbitral tribunal may decide a case *ex aequo et bono* "or" as *l'amiable composition*⁴³.

Currently adjudicate on principles of equity has been accepted in countries that have adopted the UNCITRAL Model Law and in the European Union, apart the United Kingdom⁴⁴.

34 WACH, A., *L'amiable...*, p. 121.

35 KURATOWSKI, R., *Sądownictwo polubowne*, Warszawa, 1932, p. 146-147.

36 MIŚKO, T., *op. cit.*, p. 131.

37 WACH, A., *L'amiable...*, p. 121.

38 *Ibid.*

39 *Ibid.*

40 WACH, A., *op. cit.*, p. 121.

41 BŁASZCZAK, Ł., LUDWIK, M., *op. cit.*, p. 185.

42 WACH, A., *op. cit.*, p. 121-122.

43 JAKUBOWSKI, J. and WIŚNIEWSKI, A. W. in a publication "Regulamin arbitrażowy UNCITRAL", "Problemy Prawne Handlu Zagranicznego", 1979, t. 3, s. 35, about the first version of the UNCITRAL Arbitration Rules, beside expression *ex aequo et bono* wrote in the brackets - it means on principles of equity.

44 MAZUR, D., *op. cit.*, p. 146.

4. The adjudication on principles of equity prior to the amendment of the Polish Civil Procedure Code

In the content of the Polish Civil Procedure Code (the Civil Procedure Code) in the version prior to the amendment of 28 July 2005, the legislator did not comment directly on the possibility of the adjudication on principles of equity. Although it was common position for using the *amiable composition* in arbitration proceedings⁴⁵.

It should also be mentioned the notion of minority who refused the arbitral tribunal power to adjudicate on principles of equity due to the lack of clear concepts in the Civil Procedure Code⁴⁶, and the duty to submit by the arbitral tribunal the requirements posed by the other authorities of the state, including the need to implement the postulate of the rule of law⁴⁷.

Under the arbitration tribunal's jurisdiction may be subjected cases of civil nature, and the rule of civil party autonomy resulted in the entitlement to indicate the base of jurisdiction of the arbitral tribunal⁴⁸. A justification for this possibility in the literature can be divided into three groups⁴⁹.

Most authors convey the opportunity to adjudicate on principles of equity with former Article 711. § 3. of the Civil Procedure Code, and Article 712. § 1. point 4) of the Civil Procedure Code. The first of the above-mentioned provisions concerned the refusal by the general court decision on an enforceability of an arbitration award if the content of his failing to fulfill its judgment the rule of law, or principles of community coexistence. And the latter regulated the opportunity to request an annulment of an arbitration award in the event of similar premises⁵⁰.

The first of the proponents of this concept⁵¹ believed that it can be assumed that the arbitrators, in the absence of detailed regulation in the arbitration clause, may also use principles of equity, if the judgment issued by them will not violate applicable in Poland principles of community coexistence, and the rule of law.

According to another representative of Polish doctrine⁵² of the wording of the listed Articles, according to Polish law, the arbitrators may decide as *amiables compositeurs* if released judgment will not violate principles of community coexistence, or the rule of law in Poland⁵³.

This group may include also the view⁵⁴ according to which the lack of a clear order to apply the substantive law of the arbitration clause allowed arbitrators to judge on the basis of general principles of honesty, and fair trading practices⁵⁵.

In turn, in the practice above-mentioned opinion was based on Article 705. of the former Code of Civil Procedure. The Court of Appeal in Szczecin in its judgment of 23 April 2008, I Aca 204/07 concerning, *inter alia*, rights of the defense, stated that this Article relates only to the conduct of proceedings and it is assumed that arbitrators are not bound by the legislation and can be guided by principles of equity resolving the dispute - on condition that the released judgment will not violate the applicable rules of law, or of community coexistence.

45 In Polish doctrine this view is represented, *inter alia*, by DALKA, S., KAMIŃSKI, I. C. AND LIZER-KLATKA, A.

46 MOREK, R., *Mediacja i arbitraż (art. 1831 - 18315, 1154-1217 KPC). Komentarz*, Warszawa, 2006, p. 231.

47 BALLADA, P., "Zagadnienie obowiązku stosowania prawa materialnego w postępowaniu przed sądem polubownym", *"Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny"*, 2000, No.1, p. 90.

48 SOBKOWSKI, J., "Stosowanie prawa materialnego w sądownictwie polubownym według kodeksu postępowania cywilnego i regulaminów Kolegium Arbitrów przy Polskiej Izbie Handlu Zagranicznego", *"Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny"*, 1980, No.3, p. 69.

49 MIŚKO, T., *op. cit.*, p. 134.

50 *Ibid.*, p. 135.

51 DALKA, S.

52 ERECIŃSKI, T.

53 BALLADA, P., *op. cit.*, p. 95.

54 Represented by POTRZOBOWSKI, K. i ŻYWICKI. W.

55 MOREK, R., *op. cit.*, p. 232.

Thus it will not be in conflict with the public policy clause⁵⁶.

The second group of justifications was based on the former Article 705. of the Civil Procedure Code, which gave the parties the power to determine the course of proceedings. Hence the basis for the choice between the laws and principles of equity was derived⁵⁷. The pertinent objection, however, was raised that this provision referred to the procedure and not the substantive basis for the adjudication⁵⁸.

Article 705. of the former Code of Civil Procedure provided that the parties may determine the same until the initiation of the investigation procedure, which should be used in the course of the examination of the case, however if have not done so, the arbitral tribunal shall apply such procedures as it deems appropriate. The arbitral tribunal is not bound by the rules of civil procedure, but it cannot abandon a comprehensive explanation of the circumstances necessary to resolve the case.

The third group based its claims on the former Article 699. § 1. of the Civil Procedure Code, which permits the possibility of becoming an arbitrator by any person, not necessarily a lawyer. So it was hard to require from such a person knowledge of law and its proper use. Therefore, the legislator acquiesced in this case to base a decision of non-legal rules, including the principle of equity⁵⁹.

This view is supported by the Supreme **Court** of the Republic of **Poland** judgment of 28 April 2000, II CKN 267/00. In this judgment, the Supreme Court expressed the view that the lack of binding arbitral tribunal by rules of substantive law comes before all the fact that entrust settle the case to arbitrators often occurs because of their expertise knowledge, which is more important for the parties than the knowledge of substantive norms of the specific legislation.

Former Article 699. § 1. of the Civil Procedure Code stated that:

§ 1. An arbitrator may be any natural person with full legal capacity, benefiting fully civil rights, and honor civil rights.

§ 2. The arbitrator can not be a judge of the state.

The lesson here is that, if we accept as accurate the argument of the first group, it must be recognized that principles of the rule of law, and principles of community coexistence was the only limitation to the arbitrator adjudicating on principles of equity⁶⁰, and thus the public policy clause.

5. The adjudication on principles of equity in light of the revised Code of Civil Procedure

The amendment to the Civil Procedure Code, enacted by the Sejm of the Republic of Poland of 28 July 2005, added the Part Five entitled "The arbitration court (arbitration)", while removing the Book Three - "The arbitral tribunal" in the Part One of the Civil Procedure Code. It entered into force on 17 October 2005⁶¹. You should share the view that the present regulation, dispels any doctrinal doubts associated with the possibility of applying principles of equity in the arbitration⁶². As one of the representatives of the doctrine noticed Article 1194. of the Civil Procedure Code removes the loophole by typing in the international mainstream, which includes

⁵⁶ RYSZKOWSKI, K., *Klauzula procesowego porządku publicznego w arbitrażu handlowym w prawie polskim na tle innych systemów prawnych*, Warszawa, 2019, p. 272.

⁵⁷ SOBKOWSKI, J., p. 69.

⁵⁸ MIŚKO, T., *op. cit.*, p. 135.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*, p. 136.

⁶¹ BIELARCZYK, P., "Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie sądownictwa polubownego", *Dodatek specjalny do „Monitora Prawniczego”*, 2005, No.22, p. 1.

⁶² MIŚKO, T., *op. cit.*, p. 136.

representative German Code of Civil Procedure, ZPO63. This Article was formed as a result of the impact of the UNCITRAL Model Law⁶⁴, referring to it but only partially⁶⁵. Paragraph. 1. of this Article *expressis verbis* provides that, if the parties expressly authorize the arbitral tribunal it may rule on general principles of law, or equity. This Article however does not enter the distinction between the adjudication *ex aequo et bono*, and as *l'amiable composition*, which is stated in the UNCITRAL Arbitration Rules, and in the UNCITRAL Model Law. The lack of this distinction in Polish legislation speaks for admissibility of the adjudication on principles of equity in both versions⁶⁶, as *amiabiles compositeurs*, or *ex aequo et bono*.

In any case, the arbitral tribunal shall, however, take into consideration **the established usages**, which are **applicable to the transaction**, and the provisions of the contract⁶⁷.

According to Article 1194. § 2. of the Code of Civil Procedure the court of arbitration is obliged in any case to take into account the provisions of the contract, and the usages applicable to the transaction. The arbitral tribunal shall only consider (take into account) and not obligatory apply, the relevant commercial usages. In this case, if considerations of equity require it, the arbitral tribunal may omit these usages⁶⁸. The usages referred to are also described as *lex mercatoria*⁶⁹ and another author refers in this respect to Article 56., 65. and Article 354. of Polish Code Civil⁷⁰. Also this solution refers to the UNCITRAL Model Law, in which has won the concept of obligation the arbitrators to comply with international trade usages in each case, regardless empowered them to rule on principles of equity⁷¹ (see Article 28. (3) of the Model UNCITRAL Law on International Commercial Arbitration)⁷².

Adjudicating on principles of equity should take into account the particular circumstances of the present case, as well as to treat each case individually⁷³. Arbitrators are required to conduct evidence, and to analyze a collected material⁷⁴.

Another author, in turn, assumes that the legislator ordering take into account of the provisions of this agreement do not apply to the plane of facts, but on legal basis of decision⁷⁵.

I agree with the first view. In support of this claim should be put forward the inseparable connection of principles of equity with the totality of circumstances of the case, and the fact that this view sets a base to a resolution of the dispute⁷⁶.

Decisions based on *legis mercatoriae* result from the usages governing trade, or uniform norms. Solutions based on *legis mercatoriae* may not, however, allow the use of equity as a criterion⁷⁷. It must therefore share the view, according to which the obligation to take into account the established commercial practices, when adjudicating on principles of equity may raise doubts⁷⁸.

You should also share the view of the justness of consent in a clear form. Such a consent must be delivered after careful thinking, and with full knowledge of the

63 PAZDAN, J., "Czy można wyłączyć umowę spod prawa?", "Państwo i Prawo", 2005, No.10, p. 17.

64 *Ibid.*, p. 15.

65 ERECIŃSKI, T., WEITZ, K., *op. cit.*, p. 323.

66 *Ibid.*, p. 326.

67 FALKIEWICZ, K., KWAŚNICKI, R. L., "Arbitraż i mediacja w świetle najnowszej nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego", "Przegląd Prawa Handlowego", 2005, No.11, p. 35.

68 ERECIŃSKI, T., WEITZ, K., *op. cit.*, p. 327.

69 BŁASZCZAK, Ł. LUDWIK, M., *op. cit.*, p. 186.

70 MOREK, R., *op. cit.*, p. 231.

71 GRABOWSKA, K., *op. cit.*, p. 263.

72 RYSZKOWSKI, K., *Orzekanie...*, p. 60.

73 *Ibid.*, p. 264.

74 MOREK, R., *op. cit.*, p. 232.

75 ULIASZ, M., *Kodeks postępowania cywilnego - Komentarz*, Warszawa, 2008, p. 1585.

76 ZIELIŃSKI, A., (ed.) ZIELIŃSKI, A., *Kodeks Postępowania Cywilnego. Komentarz*, Warszawa, 2008, p. 1673.

77 MIŚKO, T., *op. cit.*, p. 129.

78 ERECIŃSKI, T., WEITZ, K., *op. cit.*, p. 328.

adjudication on principles of equity⁷⁹. Only with such a clear disposal of the parties the arbitral tribunal shall be exempt from the obligation to apply the substantive law⁸⁰.

The parties providing that a judgment may be issued unjust, may authorize the arbitral tribunal to rule in isolation from the norms of substantive law, not only in an arbitration clause, but also in later statements. A part of the doctrine assumes that *per analogiam* to the Section 1051 (3) second sentence of ZPO, the parties can empower the arbitral tribunal to rule according to principles of equity, or general principles of law at any time until the judgment⁸¹, despite the fact that in Polish law there is no clear legal rule on the matter⁸².

6. Conclusion

A main objection in relation to the validity of the adjudication on principles of equity is the inability to resolve the predictability of arbitration court⁸³.

Although the judgment of the arbitration tribunal on grounds of equity may be less predictable for the parties than that of the court, it often will be more equitable than the judgment under the same law. Regulations due to their nature are created in order to extend to the greatest number of legal relations, and therefore they are not always ideally suited to the specific facts, and to the law⁸⁴.

The argument above can also be used as a justification for both the existence, and the next function of the another legal institution, namely the public policy clause.

You can pass a sentence that is consistent with the law, but it is unfair. The conclusion drawn from the maxim "*Summum ius summa iniuria*" supports the principle, which states that not everything permitted is fair (*Non omne quod licet honestum est*)⁸⁵. In this case, a similar function is performed by the public policy, but already at an earlier stage of the arbitration, because the parties must take it into account when drafting the arbitration clause, or the arbitration agreement⁸⁶.

The arbitrators, in turn, must take it into account in the course of arbitration proceedings, and thus in a phase in which the rule may be based on principles of equity, and in addition the court under the control exercised.

There is a view according to which the arbitrators may use their special powers only in the event of unusually complex facts⁸⁷. This is, *inter alia*, when obtaining evidence would entail incurring excessive, and unjustified costs⁸⁸.

Article 1194. § 1. of the Code of Civil Procedure as amended does not contain such a reservation, and the consent of the parties must be carefully thought out and clear⁸⁹.

I agree with the opinion that to date has preserved the interwar notion⁹⁰, according to which the arbitrators must be advised to the least deviates from the norms enshrined by law; it is in the interest of the general law, besides that, it flows from the presumption that the written law is the best norm regulating the relations

79 PAZDAN, J., *op. cit.*, p. 17.

80 ULIASZ, M., *op. cit.*, p. 1585.

81 MOREK, R., *op. cit.*, p. 232.

82 BŁASZCZAK, Ł. LUDWIK, M., *op. cit.*, p. 185.

83 ERECIŃSKI, T., WEITZ, K., *op. cit.*, p. 327.

84 RYSZKOWSKI, K., *Orzekanie...*, p. 61-62.

85 *Ibid.*, p. 62.

86 BÖCKSTIEGEL, K. H., "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", "*IBA Journal of Dispute Resolution*", 2008,

http://www.arbitration-icca.org/media/0/12277202358270/bckstiegel_public_policy...iba_unconference_2008.pdf, 26.10.2014, p. 2.

87 ERECIŃSKI, T., WEITZ, K., *op. cit.*, p. 327.

88 LIZER-KLATKA, A., *op. cit.*, p. 68.

89 PAZDAN, J., *op. cit.*, p. 17.

90 MOREK, R., *cit.*, p. 233.

between people. Without a compelling reason you do not need to depart from the use of generally applicable legal standards in arbitration, even if the parties gave in the direction of far-reaching powers to the arbitrators. Therefore, all arbitration experts advise the use of the substantive law by arbitrators in their decisions⁹¹.

I treat the opinion of the interwar representative of Polish doctrine as a kind of interpretive to Article 1194. of the Code of Civil Procedure, and as a directive to the arbitration court adjudicating on the basis of equity. In addition the arbitral tribunal should always have regard to the public policy.

Bibliography:

- BALLADA, P., "Zagadnienie obowiązku stosowania prawa materialnego w postępowaniu przed sądem polubownym", *"Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny"*, 2000, No.1,
- BIELARCZYK, P., "Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie sądownictwa polubownego", *Dodatek specjalny do „Monitora Prawniczego”*, 2005,
- BŁASZCZAK, Ł. LUDWIK, M., *Sądownictwo Polubowne (Arbitraż)*, Warszawa, 2007,
- BŁASZCZAK, Ł., *Wyrok sądu polubownego w postępowaniu cywilnym*, Warszawa, 2010,
- BÖCKSTIEGEL, K. H., "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", *"IBA Journal of Dispute Resolution"*, 2008, http://www.arbitration-icca.org/media/0/12277202358270/bckstiegel_public_policy...iba_unconference_2008.pdf, 26.10.2014,
- ERECIŃSKI, T. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część czwarta. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część piąta. Sąd polubowny (arbitrażowy). Tom 5*, Warszawa, 2009,
- ERECIŃSKI, T., WEITZ, K., *Sąd Arbitrażowy*, Warszawa, 2008,
- FALKIEWICZ, K., KWAŚNICKI, R. L., "Arbitraż i mediacja w świetle najnowszej nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego", *"Przegląd Prawa Handlowego"*, 2005, No.11,
- FUCHS, B., *Lex mercatoria w międzynarodowym obrocie handlowym*, Kraków, 2000,
- JAKUBOWSKI, J. and WIŚNIEWSKI, A. W. , "Regulamin arbitrażowy UNCITRAL", *"Problemy Prawne Handlu Zagranicznego"*, 1979, t. 3,
- KAMIŃSKI, I. C., "Zasady słuszności jako podstawa orzekania w obrocie cywilnym i handlowym", *"Państwo i Prawo"*, 1993, No.4,
- KURATOWSKI, R., *Sądownictwo polubowne*, Warszawa, 1932,
- LIZER-KLATKA, A., "Pojęcie orzekania na zasadach słuszności w międzynarodowym arbitrażu handlowym", *"Państwo i Prawo"*, 2000, No.1,
- MAZUR, D., "Prawo właściwe w międzynarodowym arbitrażu handlowym", *"Kwartalnik Prawa Prywatnego"*, 2003, No.1,
- MIŚKO, T., "Arbitraż handlowy a orzekanie na zasadach słuszności, Arbitraż i mediacja jako instrumenty wspierania przedsiębiorczości - Materiały z międzynarodowej konferencji naukowej zorganizowanej przez Zakład Prawa Handlowego i Gospodarczego Wydziału Prawa Uniwersytetu Rzeszowskiego w Rzeszowie w dniach 22-23 września 2006 roku", *"Ius et Administratio, Zeszyt specjalny 2006"*,
- MOREK, R., *Mediacja i arbitraż (art. 1831 - 18315, 1154-1217 KPC). Komentarz*, Warszawa, 2006,
- OLSZEWSKI, J., *Sądy polubowne i mediacja*, Warszawa, 2008,
- PAZDAN, J., "Czy można wyłączyć umowę spod prawa?", *"Państwo i Prawo"*, 2005, No.10,
- RYSZKOWSKI, K., "Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 7.5.2009 r. - Problem zdatności arbitrażowej sporów ze stosunku spółki", *"ADR. Arbitraż i Mediacja"*, 2011, No.3(15),

91 KURATOWSKI, R., *op. cit.*, p. 142.

- RYSZKOWSKI, K., "Klauzula porządku publicznego jako klauzula generalna w arbitrażu handlowym w prawie polskim", *"Przegląd Prawa Handlowego"*, 2014, No.3,
- RYSZKOWSKI, K., "Klauzula porządku publicznego w postępowaniu przed sądem polubownym a zdatność arbitrażowa", *"ADR. Arbitraż i Mediacja"*, 2013, No.1(21),
- RYSZKOWSKI, K., *Klauzula procesowego porządku publicznego w arbitrażu handlowym w prawie polskim na tle innych systemów prawnych*, Warszawa, 2019,
- RYSZKOWSKI, K., "Orzekanie na zasadach słuszności w postępowaniu przed sądem arbitrażowym - summum ius summa iniuria?", *"ADR. Arbitraż i Mediacja"*, 2011, No.1(13),
- RYSZKOWSKI, K., "Problem formy uchwały o powołaniu pełnomocnika w trybie art. 210 § 1 KSH", PINIOR, P., RELIDZYŃSKI, P., WYRZYKOWSKI, W., ZIELIŃSKA, E., ŻABA, M. (ed.), *Prawo handlowe. Między teorią, praktyką a orzecznictwem. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Januszowi A. Strzępcze*, Warszawa, 2019,
- RYSZKOWSKI, K., "Problem *small claims* w arbitrażu handlowym w prawie polskim", ŹAROVA, Ľ., FLEJSZAR, R., HANIK-POSPOLITAK R. (ed.), *Maloznačnìspori : evropejskij ta ukraïns'kij docvidvirišennâ / - Kijów: VD "Dakor"*, 2018,
- RYSZKOWSKI, K., *Zakres kognicji sądu polubownego (zdatność arbitrażowa) w prawie polskim na tle innych systemów prawnych*, not published Magister thesis at Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University, Kraków, 2010,
- RYSZKOWSKI, K., PROKOCCI, P., "Losy prawa rzymskiego na Wschodzie od śmierci Justyniana Wielkiego do upadku Cesarstwa Bizantyjskiego", <http://www.edukacjaprawnicza.pl/artykuly/artykul/a/pokaz/c/artykul/art/los-y-prawa-rzymskiego-na-wschodzie-od-smierci-justyniana-wielkiego-do-upadku-cesarstwa-bizantyjskiego.html>, 24.6.2013,
- SOBKOWSKI, J., "Stosowanie prawa materialnego w sądownictwie polubownym według kodeksu postępowania cywilnego i regulaminów Kolegium Arbitrów przy Polskiej Izbie Handlu Zagranicznego", *"Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny"*, 1980, No.3,
- SZUMAŃSKI, A., (ed.), *System Prawa Handlowego, Arbitraż Handlowy, Tom 8*, Warszawa, 2015,
- ULIASZ, M., *Kodeks postępowania cywilnego - Komentarz*, Warszawa, 2008,
- WACH, A., *Alternatywne formy rozwiązywania sporów sportowych*, Warszawa, 2005,
- WACH, A., "L'amiable composition jako samodzielna forma rozwiązywania sporów prawnych", *"Radca Prawny"*, 2004, No.6,
- ZIELIŃSKI, A., (ed.) ZIELIŃSKI, A., *Kodeks Postępowania Cywilnego. Komentarz*, Warszawa, 2008.

The protection of intangible values of humanity and its impacts on the development of new international law

Fernanda Tonetto¹

Sidney Guerra²

Université Paris II Panthéon-Assas – France

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Summary: 1. Introduction; 2. The new international law and the identification of universal human values founded by the UDHR; 3. A new international law? 4. Final considerations. 5. Bibliography.

Abstract: Although international law has origins that go back to the old law of the people, it can be said that its modern facet, which places the individual at the center of its protection spectrum, is born in a later period. If the first roots of the new international law begin to emerge at the end of the 19th century, with the emergence of international humanitarian law, it can be stated, on the other hand, that the second post-war is a milestone for new paradigms of international law, especially because of the entry on stage of a new institution: humanity. This is the historical moment in which the United Nations protection system is inaugurated and a normative construction initiated with the Universal Declaration of Human Rights, from which emerges a whole jurisprudential construction coming from the International and Regional Courts. In this context, the following research aims to analyze the system of protection of human rights inaugurated by the creation of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights, as well as to extract from it the most important values belonging to the human community as a whole. To reach the proposed objective, the historical procedure method will be used, by an evolutionary analysis of conventional constructions and jurisprudential. The hypothetical-deductive method of approach will also be used, which is based on the hypothesis that humankind has absolute and universal values to be protected by this system.

Keywords: New international law, Universal Declaration of Human Rights, Universal values of humanity, International humanitarian law, International human rights law.

1. INTRODUCTION

From the historical context of the end of the 18th century, from which perpetual peace projects emerge, movements of the following century join, inspiring

¹ Doutora em Direito na Université Paris II Panthéon-Assas - France. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Brasil. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria – Brasil. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul nos Tribunais Superiores– Brasil.

²Pós-Doutor - Universidade de Coimbra; Pós-Doutor - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Associado (Universidade Federal do Rio de Janeiro). Professor do PPGD (Doutorado e Mestrado) em Direitos Humanos da FND/UFRJ e Direito Internacional da UERJ. Professor Titular da UNIGRANRIO e Professor Adjunto da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Advogado.

Recibido: 10/09/2019

Aceptado: 14/10/2019

the (re) birth of a people's right erected on bases that have the individuals and the links that they formed in the center of their protection, which will gain even greater strength with the arrival of international humanitarian law.

Although international law has origins that go back to the old law of the people, it can be said that its modern facet, which puts the individual in the center of its protection spectrum, is born later to this context. If the first roots of the new international law begin to emerge at the end of the 19th century, with the emergence of international humanitarian law, it can be said, on the other hand, that the second post-war is a milestone for new paradigms of international law. This is the historic moment in which the United Nations protection system is inaugurated and a whole new normative construction initiated by the Universal Declaration of Human Rights.

The Universal Declaration of Human Rights and the creation of the entire protection apparatus founded by the United Nations system are two pillars of the second post-war that give birth to a new international law³, which has as main arms the international human rights law and international criminal law.

This new system starts to develop from the adoption of a series of international conventions in inaugurate a kind of universal human society (opposed to the archaic model of sovereign States) which, as such, is based on the respect for the human being.

The doctrine of international law and, in particular, of international human rights law, begins to relate to other fields of law and embodies aspects of international criminal law, for example, which relates to the defense of a universal human society⁴ order and impregnate content into it. This notion applies perfectly to the construction of the concept of crime against humanity and the crime of genocide, since they are crimes that affect what is human in all human beings without exception - the irreducible human - and this common definition of humanity is precisely what international human rights law more easily disengage to identify. It does so both through international human rights conventions and through decisions from international jurisdictions that apply them, assisting on the task of identifying universal values, the so-called intangible values of humanity.

In this sense, this new international law starts to build a series of values to promote, having in the normative construction founded by the Universal Declaration of Human Rights a fundamental stone that allows it to identify human values to promote without any kind of relativization.

This identification happened both by force of the international conventional human rights law and by the construction of jurisprudence on the matter.

2. THE NEW INTERNATIONAL LAW AND THE IDENTIFICATION OF UNIVERSAL HUMAN VALUES FOUNDED BY THE UDHR

A new configuration of international law, which will allow the identification of the fundamental values of humanity, gains a great wealth of outlines from the great production of international conventions of human rights that begins to occur

³ "(...) traditional international law developed various doctrines and institutions that were designed to protect different groups of human beings: slaves, minorities, certain native populations, foreign nationals, victims of very massive violations, combatants, etc. That law and practice provided the conceptual and institutional underpinnings of contemporary international human rights law. The most important feature of that law is that it recognizes that individuals have rights as human beings and that these rights are protected by international law". In: BUERGENTHAL, T. *International Human Rights*. St. Paul, West Publishing Co., 1988, p. 16.

⁴ « [...] il y a une autre dimension des droits de l'Homme qui correspond à une définition fonctionnelle : ceux-ci sont aussi l'expression la plus directe du modèle de la Société humaine universelle, face au modèle de la Société des Etats souverains. "L'introduction des droits de l'Homme dans l'ordre juridique international signifie en effet que le droit international, comme le droit interne, devrait être fondé sur le respect de la liberté et de la dignité de l'être humain. Cela signifie aussi que le seul vrai sujet de droit est l'individu ». FROUVILLE, O. *Droit international pénal. Sources. Incriminations. Responsabilité*. Paris, Pédone, 2012, p. 8.

especially after the second postwar period, driven by the Universal Declaration of Human Rights, the creation of the United Nations and the emergence of regional systems for the protection of human rights.

The creation of the United Nations inaugurates what can be called the universal system of protection and, from its very first foundation, this building expresses what it considers as an essential value to protect: the preamble to the Charter of Saint Francis contains in its initial lines a declaration of faith in the fundamental rights of man and in the dignity and worth of the human being⁵, apparently erecting human dignity as the underlying basis of these fundamental rights.

The value of human dignity will be, from this point on, believed to be the touchstone of subsequent normative construction. Detailing the content of the Universal Declaration of Human Rights, the International Pact on Civil and Political Rights⁶ and the International Pact on Economic, Social and Cultural Rights recognize in their preamble the inherent dignity of all members of the human family and their equal and inalienable rights, understanding that this dignity constitutes the foundation of freedom, justice and peace in the world.

The first instrument, broadening the list of civil and political rights contained in the Declaration, as well as creating for the States a positive obligation to respect and promote them, enumerates rights that are not subject to such restrictions, which gives some indications about which of these rights have the connotation of absolute prerogatives, since they cannot be relativized in the area of domestic law.

These are the rights provided for in the Pact in its articles 6 (right to life), 7 (interdiction of torture and cruel, degrading or inhumane treatment), 8 (interdiction of slavery), 11 (interdiction of imprisonment for breach of contractual obligation), 15 (prohibition of being prosecuted for a fact that is not foreseen as a crime or that is not considered criminal in accordance with the principles recognized by the community of nations), 16 (right to recognition of legal personality for all persons) and 18 (right to freedom of thought, conscience and religion), according to the restrictive provision of article 4.

The impossibility of relativizing these rights seems to be linked to the value underlying them. When the preamble affirms that human dignity is the foundation of freedom, justice and peace, one can think that it is this value of dignity that is inherent to the impossibility that the rights attached to it are excepted.

Although the International Pact on Economic, Social and Cultural Rights does not create immediate obligations for the States to comply, but with the same goal of enforcing these rights, the Pact determines to the States the commitment to take measures to satisfy them, and that they should do so progressively, including through the adoption of legislative provisions.

The substratum of human dignity as the foundation of universal and absolute rights continues to serve as a catalyst for the normative construction subsequent to the creation of the United Nations and in texts such as the Universal Declaration of Human Rights of 1948.

Although the declaration does not have the value of an international treaty⁷, it is understood that its content is an attempt to express the main values of the

⁵ Preamble to the United Nations Charter, San Francisco, June 26, 1945.

⁶ Preamble to the International Covenant on Civil and Political Rights of December 16, 1966 and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of December 19, 1966.

⁷ "En la práctica de las Naciones Unidas, una declaración es un instrumento solemne, que se utiliza sólo en casos muy especiales, en cuestiones de grande y verdadera importancia y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de Estados posible. Así pues, son las declaraciones actos solemnes por las cuales representantes gubernamentales proclaman su adhesión y apoyo a principios generales que se juzgan como de gran valor y perdurabilidad, pero que no son adaptados con la formalidad ni con la fuerza vinculante de los tratados". VENTURA-ROBLES, M. "El valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos" en Cañado Trindade, A. (Org.), *The modern world of human rights – El mundo moderno de los derechos humanos: Essays in honour of Thomas Buergenthal/ Ensayos*

human community, bringing a body of principles and individual and collective prerogatives that raise it to the category of customary international law.

Symbolizing some of society's most dear values contemporaneously with its proclamation, as a model of what the international community and universal legal consciousness mean by more fundamental rights, the Universal Declaration of Human Rights gains normative force or legal value insofar as it serves to measure how much the States promote or disrespect the rights of the individuals that are under its care.

These rights are proclaimed in the form of two categories: on one side the civil and political rights and on the other one the economic, social and cultural rights.

As part of the first group we have the right to life, liberty, personal security, freedom of expression, religion, association and locomotion, to not be arbitrarily detained, the prohibition of slavery, torture, cruel, degrading, and inhuman treatments, as well as civil procedural rights such as the due process of law, the presumption of innocence and also political rights, like electing representatives and being eligible, for example.

As part of the second group we have the right to social assistance, to work, to an adequate standard of living, to education and access to culture.

There is, however, a difference between the fact that these rights are universal, which means that they are recognized by all human communities, and the fact that they are absolute, which would be the impossibility of imposing limitations on them. The declaration itself recognizes that many of them are relative, and thus allow the States, within certain limits that don't end up on its suppression, to impose regulations on them.

These rights should be analyzed in comparison with the rules of *jus cogens*, allowing one to investigate in which hypotheses these restrictions are not possible, to the point of actually attributing to it the character of universal and absolute rights.

Therefore, once again the value of dignity must serve as a value to check the nature of these rights, understanding them as absolute and universal rights when their limitation is in violation of human dignity. This analysis seems even more consistent if the violation of one of these rights, in violation of human dignity, characterizes a crime of genocide or a crime against humanity, insofar as these crimes aim at the protection of rights that do not allow limitation. This is the case, for example, of the impossibility of the exceptionalization of torture. The creation of exceptions to the right of all persons not to be tortured does not include national discretion. The prohibition of torture is a rule that belongs to the core of *jus cogens*.

This same tone that emerges from human dignity appears in the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 1965. It solidify in the form of an international treaty on equality of all races and creates a legal system guided by the principle of non-discrimination, in a way to prohibit any act of racial discrimination consisting in the distinction, exclusion, restriction or preference adopted for reasons of race, color, descent, national or ethnic origin.

The right to non-discrimination is also a consequence of the general postulate of the dignity of all human beings, proclaimed in previous texts, such as the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights⁸. It confirms the idea that human dignity serves as the underlying value of the protection of rights that are understood as universal and impassible for relativization.

The instrument consists in a source of negative and positive obligations for the States, insofar as it obliges them to practice non-discrimination through the interposition of their agents and to adapt their respective legal systems to make them compatible with the international law. This aspect seems to demonstrate a certain

en Honor de Thomas Buergenthal. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 257-258.

⁸ SUDRE, F. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris, Presses universitaires de France, 2016, p. 427.

supremacy of international law over domestic law in that where it legitimately protects a universal value, since it imposes for the States the obligation to carry out the conventionality control of their domestic law and takes from them a significant portion of the national margin of appreciation.

The International Convention on the Elimination and Suppression of the Crime of *Apartheid* from 1973, which establishes it as a crime against humanity, is under the same principle. The Convention defines it as racial segregation practices and policies that took place in southern Africa and create a parallel accountability system in the same way as the genocide convention. In this sense, it attributes responsibility both to the States and to the individuals, with provision, in relation to these ones, for universal competence.

Analyzing other international conventions that have similar intentions, elaborated following the creation of the United Nations, parallel to the value of human dignity, another value of a negative nature emerges, that is the one related to the human suffering.

The purpose of protecting human dignity, a positive value to be promoted in conjunction with the aim of preventing human suffering, a negative value to be interdicted, will be the touchstone of the normative construction orchestrated by the United Nations' universal system, composed not only of international conventions but also by the praxis of the organization that consists in the elaboration of a series of resolutions⁹.

The protection of these values seems to be clear, for example, in the text of the convention about the prevention and punishment of the crime of genocide from 1948, which had as a determining factor the extermination practices of Jews and national, ethnic and religious minorities during the II World War, and it was adopted from the construction created by Raphaël Lemkin¹⁰ and then from the work driven by Resolution 96 (I) of the General Assembly of December 11, 1946. The Resolution started by making explicit the concept of genocide and described it as the denial of the right to the existence of whole human groups, a refusal that affects human conscience, inflicts great losses to humanity, which is thus deprived of cultural contributions or other contributions of these groups and is contrary to the moral law, to the spirit and finality of the United Nations.

The General Assembly has classified genocide as a crime of international law that the civilized world condemns and for which its perpetrators, whoever they are (private persons, civil servants or statesmen), should be punished. It also invited member States to adopt legislative measures necessary to prevent and repress this crime, by instructing the Economic and Social Council to undertake the necessary studies to draft the convention.

Subsequently, the Resolution 260 (III) from December, 9th, 1948 of UN's General Assembly adopted the text of the convention and defined genocide as the act committed with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious affliction, by means of murder of members of the group, serious injury to the physical or mental integrity of members of the group, subjection of the group to conditions of existence capable of leading to physical or psychic destruction, birth impediment within the group or forced transfer of children from the group to another group.

The convention imposed on States an obligation to adopt the necessary legislative measures to ensure the application of the provisions contained therein and determined that States should provide for effective sanctions against those

⁹ CANÇADO TRINDADE, A. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2a. edição. Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 2017, p. 359.

¹⁰ Lemkin created the word genocide from the union of the Greek term *genos* (race) with the Latin term *caedere* (kill), which generates the suffix *cide*. The Polish jurist coined the term in response to Churchill when referring to the nameless crimes committed by the Nazis. In: *AXIS RULE IN OCCUPIED EUROPE*. Carnegie Endowment for International Peace: Washington D.C., 1944.

responsible for a crime of genocide by expressly stating that it can not be considered a political crime by national law¹¹ and that it is not subject to immunity¹².

The Convention also foresees two types of jurisdiction as a result of the practice of the crime of genocide: the International Court of Justice has jurisdiction to settle disputes between States, including the civil responsibility of the State, as well as the interpretation, application and execution of the Convention¹³; for personal accountability, which means criminal responsibility, the convention provides that the subjects will be held accountable before the competent courts of the territory of the State where the act was committed or before an international criminal Court¹⁴.

At the time when the convention's text was drafted, there was no International Criminal Court, since the two Courts created at that time (Nuremberg and Tokyo) were *ad hoc* Courts competent only to judge the events of World War II. That is why the convention's end was devoted to the provision of a study, to be carried out by the International Law Commission, on the matter of an international criminal jurisdiction. In any case, the text invokes the evolution of the international community and the growing need for an international judicial body to prosecute certain crimes under the law of nations.

Initially, it was thought that this International Law Commission, when doing this study, should consider the possibility of creating a criminal chamber in the International Court of Justice itself, which is known to have been a plan that was hampered by the Cold War, since a new international tribunal was only established after the massacres in the former Yugoslavia and Rwanda.

The protection of human dignity and the prohibition of human suffering are equally underlying in international conventions such as the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment and Punishment and the United Nations Convention for the Protection of All Persons against forced disappearances, published in 2006.

The prohibition of torture, based on the terms of the Convention, assumes a character of universal and absolute law as it declares that there is no circumstance, even of extreme exceptionality, that can justify its commission¹⁵.

In its Article 2, the Convention establishes a positive obligation for the States to adopt legislative, administrative and judicial measures to prevent all kinds of acts of torture in their respective territories, as well as the positive obligation of protection and prevention¹⁶. It also creates for the States, in addition, a specific

¹¹ Article 7 of the Convention for the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide, adopted by the United Nations General Assembly on December 9, 1948.

¹² Article 4 of the Convention for the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide, adopted by the United Nations General Assembly on December 9, 1948.

¹³ Article 9 of the Convention for the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide, adopted by the United Nations General Assembly on December 9, 1948.

¹⁴ Article 6 of the Convention for the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide, adopted by the United Nations General Assembly on December 9, 1948.

¹⁵ Article 2 of the Convention against Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of December 10, 1984.

¹⁶ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Slimani c. France. Requête n. 57671/00. Arrêt du 27 juillet 2004. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-66499"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 31 mar. 2019 ; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Riad et Idiab c. Belgique. Requêtes n. 29787/03 et 29810/03. Arrêt du 24 janvier 2008. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-84678"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 31 mar. 2019 ; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique. Requête n. 13178/03. Arrêt du 12 octobre 2006. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-77445"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 31 mar. 2019 ; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Popov c. France. Requêtes n. 39472/07 et 39474/07. Arrêt du 19 janvier 2012. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-108708"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 31 mar. 2019 ; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Placi v. Italy. Requête n. 48754/11. Arrêt du

negative obligation that consists in ensuring the prohibition of torture, which monitoring is entrusted to a supervisory system consisting of the requirement of reporting by States, the use of complaints and individual petitions¹⁷.

The same spirit of protection of human rights seems to have governed the elaboration of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance in 2006. It is an international human rights convention, the very title of which expressly refers to the objective of protection of the people - that is why we see no other path but the adoption of the doctrine of the dignity of the human being as a mark of international law of human rights and protection of humanity as a whole. The Convention is at the same time a source of criminal law born under the international law in the face of a major gap in domestic legal systems with regard to the criminalization of enforced disappearances. It is therefore the source of a downward movement that will progressively make this crime integrate the national rights¹⁸.

In addition, the Convention is the result of a joint codification effort by the United Nations and the Organization of American States.

In 1978, the UN was already concerned about the disappearance of people in all regions of the world and the excesses committed by the authorities allegedly responsible for their protection, as well as their awareness of the risk that such practices pose to life, freedom and security of the people and the anguish and sadness caused in the relatives of the disappeared persons¹⁹.

It is important to highlight the role of the Organization of American States in the construction of the notion of absolute prohibition of enforced disappearances, since it was through the regional system of inter-American protection that emerged the first Convention on the forced disappearance of persons, in 1994, expressly providing for the crime of forced disappearance.

Moreover, the Convention constitutes a source of positive obligations on the States related to the duty of incrimination: it promotes at the same time the mentioned downward movement of regional law towards the respective domestic rights, which gradually integrate them, in addition to an upward movement that inspired the elaboration of another convention at the international level.

Its origins date back to Resolution 666 (XIII - O/83) of the Organization of American States, which is based on the affirmation that the practice of forced disappearance of persons in America is an affront to hemispheric consciousness and constitutes a crime against humanity, understanding that will be based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, which on several

21 janvier 2014. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-140028"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 31 mar. 2019 ; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Hurtado c. Suisse. Requête n. 17549/90. Décision du 28/01/1994. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["17549/90"\],"display":\[2\],"languageisocode":\["FRE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-62425"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 31 mar. 2019 ; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Levinta c. Moldova. Requête n.17332/03. Arrêt du 16 décembre 2008. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-90304"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 31 mar. 2019.

¹⁷ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Pretty c/ Royaume-Uni, Requête n. 2346/02. Arrêt, Strasbourg, 25 avr. 2002, § 50. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-65003"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 3 avr. 2019.

¹⁸ MARTIN-CHENUT, K. "Le renforcement des obligations positives de nature pénale dans la jurisprudence interaméricaine : l'exemple des graves violations des droits de l'homme commises pendant les dictatures des pays du Cone-Sud", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 3, pp. 705-725.

¹⁹ NATIONS UNIES. Assemblée générale. Résolutions adoptées par l'Assemblée Générale au cours de la trente-troisième session. Résolution 33/173 : Personnes disparues. New York, 20 décembre 1978. Disponible sur : <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/33/173&Lang=F>. Access on: 4 apr. 2019.

occasions will use concepts of international criminal law, describing the practice of forced disappearance as a kind of crime against humanity²⁰.

This adoption symbolizes the extent to which a convergent movement takes place within the framework of regional protection systems, sometimes pushing the creation of international conventions, raising them from a regional level to a universal level – which is the case of the American Convention on the Forced Disappearance of Persons –, and other times confirming the normative system previously established by the United Nations.

In this sense, the three main regional systems of protection, European, American and African, deal with this same normative construction.

The European system of human rights protection established by the Council of Europe has in the European Convention on Human Rights its main normative instrument to guarantee rights, protecting both rights of an absolute nature and the ones of a relative nature.

Stopping into rights considered impassible for relativization, it is found that the Convention consecrates in its article 1 the right to non-discrimination, raising it to a general principle based on the equal dignity of all human beings; its article 3 establishes the imposition of an absolute prohibition on torture insofar as it declares that it is not subject to restrictions and derogations²¹; it also does so in its Article 4 in that it prohibits slavery (and not the forced labor).

In its turn, the Inter-American system for the protection of human rights was established by the Organization of American States, whose main instruments are the OAS Charter, the American Declaration of the Rights and Duties of Man, both adopted in 1948, and the American Convention on Human Rights Human Rights, or Pact of San José, adopted in 1969.

The American Declaration on the Rights and Duties of Man subsequently gave rise to the creation of the Inter-American Commission on Human Rights in 1959, which ensures the mandatory force of the declaration, since it is competent to ensure in practice respect for and promotion of rights and guarantees provided for therein.

Likewise, the American Convention contains a list of absolute rights, such as Article 5, which prohibits all forms of torture, cruel or degrading treatment or punishment, relating the prohibition directly to the right to physical integrity and expressly mentioning the duty of respect for the dignity of the human being. Slavery is also erected to the level of absolute prohibition in its Article 6. Unlike the European Convention, the American Convention expressly provides protection against honor and recognition of the dignity of the human person, without exception²².

The African human rights system, established by the Organization of African Unity, has in the African Charter on Human and Peoples' Rights its main instrument of conventional law in the matter of the protection and promotion of human rights at the regional level, proclaiming rights of both nature individual and collective, and also

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 29 de julio de 1988. Available on: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Access on: 4 apr. 2019 ; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de septiembre de 2006. Available on: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>. Access on: 4 apr. 2019.

²¹ SUDRE, F. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris, Presses universitaires de France, 2016, p. 479.

²² Article 1 - 1. 1. Everyone has the right to respect for his honor and the recognition of his dignity. AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. San Jose, Costa Rica, November 22, 1969. Available on: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Access on: 14 apr. 2019.

being a source of positive obligations to the States insofar as it establishes the duty to adopt legislative measures in order to give effect to the stated prerogatives²³.

The Charter expressly refers to dignity as an essential objective of achieving the aspirations of the African peoples and to the need for international protection of the fundamental rights of the human being²⁴, bringing the right to equality before the law as an absolute right, which can be interpreted as a right to non-discrimination²⁵, the right to life and physical integrity²⁶, as well as the right to dignity and to the prohibition of slavery, of human trafficking, of torture and cruel, inhuman or degrading treatment²⁷.

The African Charter still innovates by erecting what it calls the rights of the peoples, proclaiming their equal dignity, their right to self-determination, their right to respect for their identity and freedom, and the equal enjoyment of the common patrimony of humanity, as well as the right to peace, this last one in parallel with the Charter of the United Nations.

3. A NEW INTERNATIONAL LAW?

The question that arises at the beginning of the twenty-first century is whether the Universal Declaration of Human Rights and, with it, the whole system of universal protection of human rights erected by the United Nations, inaugurated a new phase of international law.

At first, it seems that a first change that took place was effectively placing the individual in the position of subject of rights and duties, at the same time that international law began to legally protect a new entity, now nominated humanity. This apprehension of humanity by international law may have produced a double-dimension phenomenon: on the one hand, the judicialization of the concept of humanity is transforming of the concept itself - from a philosophical and metaphysical concept to a legal concept; on the other hand, international law begins to undergo a process of humanization brought about by the breaking of some of its bases inherited from the pillar of the conception of State sovereignty - from a classic international law to a new international law.

The changes in the concept of humanity and the very conception of international law are the work of all these social events contemporary to the process, which now demand the protection of the human being on the international scene and the imposition of limits on the reason of the State. The atrocities that marked the end of the nineteenth century and the first half of the twentieth century have finally awakened "the universal legal consciousness of the need to re-conceptualize the very foundations of the international legal order"²⁸.

This international law arises from a body of principles and customs and is gradually transformed into a conventional legal order, finding an unprecedented development triggered by the Universal Declaration of Human Rights.

Although the conventional construction centralized by the UN does not have protecting human rights as its only goal, since it has also been responsible to deal with matters relating to international peace and security, as the protection of human

²³ Article 1 of the African Charter on Human and Peoples' Rights of 28 June 1981. AFRICAN CHARTER ON HUMAN RIGHTS AND PEOPLE. Nairobi, 1981.

²⁴ Preamble to the African Charter on Human and Peoples' Rights of June 28, 1981. AFRICAN CHARTER OF HUMAN RIGHTS AND PEOPLE. Nairobi, 1981.

²⁵ Article 3 of the African Charter on Human and Peoples' Rights of 28 June 1981. AFRICAN CHARTER ON HUMAN RIGHTS AND PEOPLE. Nairobi, 1981.

²⁶ In its Article 4, unlike the European and American Conventions, the African Charter makes no relativization of the right to life.

²⁷ Article 5 of the African Charter on Human and Peoples' Rights of 28 June 1981. AFRICAN CHARTER ON HUMAN RIGHTS AND PEOPLE. Nairobi, 1981.

²⁸ CANÇADO TRINDADE, A. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 111.

rights is not the sole object of protection of some regional systems, together with it followed a whole jurisprudential construction that gave hierarchical primacy to what can be called intangible human values, from which equally universal and absolute rights flow.

On the entire construction created by the jurisprudence on the matter of interpreting and enforcing the international human rights law there is a certain convergence of understanding and even a reciprocal influence on the part of one Court over another, and it is not uncommon to find the intersection of decisions that can be understood as a true dialogue between the Courts, both between the Courts of Human Rights among themselves, as well as from those with the International Criminal Courts, and also with the Constitutional Courts.

All this jurisprudential construction in the field of human rights is developed in two main lines that intersect, being the universal system of protection coordinated by the United Nations on one hand and, on the other hand, the regional systems of protection born from the institution of international organizations such as the Council of Europe, the Organization of American States and the African Union.

The jurisprudential construction based on the universal system of protection of the United Nations finds its pillar in the International Court of Justice, whose contentious jurisdiction can be exercised on the States in three different hypotheses: by the acceptance of the States involved in the case of the existence of a specific dispute in the matter of international law; by the determination of an international treaty stating the Court to be competent to settle the dispute (as is the case with the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide); or by the application of the optional clause, in which the States issue a unilateral declaration accepting the jurisdiction of the Court, being applicable to all States that do so, and is therefore called a reciprocity clause.

Consolidated the jurisdiction of the Court, its decision has the consequence of creating an obligation on the States concerned to observe it, only being possible to review the decision in case of the discovery of a new decisive fact and that at the time of the decision was unknown, as predict Articles 59 to 61 of its statute²⁹.

In regard to the protection of the values of humanity, there were numerous occasions when the International Court of Justice was called to manifest. It is specially important its understanding about *jus cogens* and State's obligations deriving from international law, as well as the changes of understanding which have taken place over time, notably as to the nature of international law. In this last aspect, it seems to have been an advance that starts from a voluntarist conception of international law and flows into a teleological vision focused on the protective purpose.

The jurisprudence of the International Court of Justice will serve as basis for the delimitation of the concept of *erga omnes* obligations that reach the entire international community. These are different from obligations under international

²⁹ Article 59. La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Article 60. L'arrêt est définitif et sans recours. En cas de contestation sur le sens et la portée de l'arrêt, il appartient à la Cour de l'interpréter, à la demande de toute partie. Article 61. La révision de l'arrêt ne peut être éventuellement demandée à la Cour qu'en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et de la partie qui demande la révision, sans qu'il y ait, de sa part, faute à l'ignorer. La procédure de révision s'ouvre par un arrêt de la Cour constatant expressément l'existence du fait nouveau, lui reconnaissant les caractères qui donnent ouverture à la révision, et déclarant de ce chef la demande recevable. La Cour peut subordonner l'ouverture de la procédure en révision à l'exécution préalable de l'arrêt. La demande en révision devra être formée au plus tard dans le délai de six mois après la découverte du fait nouveau. Aucune demande de révision ne pourra être formée après l'expiration d'un délai de dix ans à dater de l'arrêt. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Statut de la Cour International de Justice. Disponible sur : <<http://www.un.org/fr/documents/icjstatute/pdf/icjstatute.pdf>>. Accès : 15 mai. 2019.

treaties whose purpose is the creation of obligations limited to signatory States. In this sense, the Court will have to distinguish between what are principles of international law with mandatory application, as they arise from *jus cogens*, from those that are not. At the occasion of the trial of the Barcelona Traction, Light and Power Company case between Belgium and Spain³⁰, the Court distinguished between the obligations of States related to the international community as a whole and those born for the States within the framework of diplomatic protection.

Regarding the obligations arising from the norms of *jus cogens*, with *erga omnes* reach, the Court's decision refers to acts of aggression, genocide and the rules concerning the fundamental rights of the human person. Such standards include protection against slavery and racial discrimination, which would be integrated into an international law that it characterizes as being of a universal or semi-universal character. It thus declares *jus cogens*, or *peremptory rules*, as an autonomous source of rights, which go beyond mere conventional law, once they are international standards of vital importance to the entire international community.

This jurisprudence will serve as a parameter for international criminal jurisdictions, especially in what regards the inclusion of the prohibition of torture, enforced disappearances and genocide as norms arising from *jus cogens*, of an absolute nature and therefore impassible for relativization by national States.

The body of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide was expanded by the jurisprudence of the International Court of Justice, initially by the Advisory Opinion of May 28th, 1951 (reservations to the Genocide Convention³¹), in which treaty law was analyzed in depth, especially in the matter of the possibility for States to make reservations to the text of multilateral international conventions.

Also, the Court understands that the right to make reservations can not jeopardize the superior purposes of the Convention, in which it states that the basic principles of the Convention are those recognized by civilized nations as obliging States, even those States which are outside of the conventional link³².

The Court recognized as a principle that any multilateral agreement is the result of a freely stipulated agreement on clauses and that it is therefore not for the contractors to destroy or compromise, through unilateral decisions or particular agreements, what is the purpose and reason of being of the convention. However, it is not prohibited for the parties to have reservations, which will depend on their nature. In this aspect, the Court has relativized the concept of the absolute integrity of multilateral conventions, in order to preserve the principles of humanity that rule a convention for the rights of nations.

The reserves should therefore not misconstrue the purpose of a multilateral convention. In the case of the genocide convention, the United Nations' intention to suppress a crime of the law of nations should be taken in consideration. This crime implies the denial of the right to the existence of certain entire human groups, inflicting great losses on humanity. The Court thus recognized principles that are at

³⁰ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Belgique c. Espagne). Recueil des Arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Deuxième phase. Arrêt du 5 février 1970. §§ 33-34. Disponible sur : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-FR.pdf>>. Accès : 20 avr. 2019.

³¹ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Avis Consultatif du 28 Mai 1951. Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide. Layde : Société D'Éditions A. W. Sijhoff, 1951. Disponible sur : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf>>.

³¹ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Avis Consultatif du 28 Mai 1951. Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide. Layde : Société D'Éditions A. W. Sijhoff, 1951. Disponible sur : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf>>.

³² COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Avis Consultatif du 28 Mai 1951. Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide. Layde : Société D'Éditions A. W. Sijhoff, 1951. Di Disponible sur : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf>>.

the basis of the Convention, and that are recognized by civilized nations and that compel States even outside the conventional link. In addition, it attributed a universal character both to the condemnation of genocide and to the cooperation necessary to liberate mankind from a scourge that it called hateful.

As for the purposes of the convention, the ICJ has emphasized its human and civilizing character, which aims to safeguard the existence of human groups and to confirm elementary moral principles. For that reason, the States that are part of the Convention do not have their own interests but only a common interest, which is to preserve the higher ends and the reason to be of the Convention. That understanding demonstrates that in certain matters there would be a consensus of the international community on the interest of protection arising from the essential character of some norms for the international legal order³³ or the fundamental interests of the international community³⁴.

Subsequently, during the trial of the armed activities in Congo, the obligation *erga omnes* of States with regard to the prevention and repression of genocide was recalled by the International Court of Justice³⁵.

In matters closely related to the fact that certain norms belong to the nucleus of *jus cogens*, the International Court of Justice faces a number of occasions to express its opinion on their effect on imposing obligations on States.

The conception of the supremacy of international law in which it protects human beings from the practice of grave breaches, such as the practice of the crime of genocide, is also evidenced in the decision of the International Court of Justice in the case concerning armed activities in the territory Congo, which expressly states that the basic principles of the Convention are principles recognized by the civilized nations, which oblige the states even in the absence of any conventional link, due to the universal condemnation of genocide and to the cooperation that is necessary among all members of the international community, especially the States, in order to free humanity from such a hateful scourge. The decision adds that as a consequence of that postulate, the rights and obligations established in the Convention have *erga omnes* nature³⁶.

The absence of a voluntarist character of international law is evidenced in this decision, in the aspect that international law protects superior human values, with goals of preventing and repressing violations of rights that have these values as underlying. By noting that the basic principles of the Convention oblige States outside the conventional link, which are principles connected with the preservation of humanity against an odious practice such as genocide, the Court raises the material content of the Convention to the status of customary international law, possible to be enforced on the States regardless of their will.

The reason why the principles contained in conventions such as that of genocide compel States beyond any conventional link is further elaborated by the ICJ

³³ DIACONU, I. *Contribution à une étude sur les normes impératives en droit international (jus cogens)*. Bucarest, Impr. Institut international de Technologie et d'économie Apicole d'Apimondia, 1971, pp. 106-107.

³⁴ DANILENKO, G. *Law-Making in the International Community*. Dordrecht/ Boston/ London, Martinus Nijhoff, 1993, p. 234.

³⁵ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Affaire de des Activités Armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo C. Ouganda). Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Arrêt du 19 Décembre 2005. Disponible sur : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-FR.pdf>>. Accès : 23 avr. 2019.

³⁶ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Affaire de des Activités Armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c/ Rwanda). Nouvelle requête. 2002. Compétence de la Cour et Recevabilité de la Requête. Arrêt du 3 février 2006, § 64. Disponible sur : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-FR.pdf>>. Accès : 23 avr. 2019.

in the Bosnia-Herzegovina case against Serbia and Montenegro, in the case concerning the application of the Convention for the Prevention and the repression of the crime of genocide.

The decision states that, in order to determine the nature of the obligations imposed on the States, it is necessary to analyze the purposes of a convention, and in the case of the Genocide Convention, the crime it treats constitutes an offense against the law of nations, since it implies the denial of the right of existence to entire human groups, constituting a refusal that greatly disturbs human consciousness and inflicts losses on humanity. Consequently, according to the Court, this postulate has two consequences: the imposition of obligations upon States, regardless of their consent, endowed with the nature of impassive reservations, and the universal character of the condemnation of genocide arising from the human and civilizing purpose of the convention³⁷.

The Genocide Convention and its broad interpretation by the International Court of Justice will be of even greater value for the drafting of the statutes of international criminal jurisdictions, and the jurisprudence of such courts will on several occasions remind us of the seriousness of the offense.

Although the International Court of Justice has at times oscillated and taken restrictive positions on the extent of imperative norms³⁸ and the imposition of *erga omnes* obligations on some rights³⁹, on the other hand some bold positioning were decisive for the advancement of international law, which refers to the fight against impunity for serious and massive violations against the human community.

This is the case of the Belgium-Senegal decision on questions concerning the obligation to prosecute or extradite, which had the request for Senegal to extradite or to initiate criminal proceedings against former dictator Hissène Habré as a subject, which is anchored in the International Convention against Torture.

On the assumption that the prohibition of torture derives from customary international law as a peremptory norm, relying on a broad international practice on the legal opinion of States and appearing in numerous international instruments with a universal vocation, the Court decided in favor of forcing Senegal to prosecute for the practice of torture. But the decision also backed down in the sense that it understands that this obligation arises only after the ratification of the Convention by that country⁴⁰.

The final outcome of the decision was one of the milestones for the repression of crimes against humanity committed under torture, that is because the Court's understanding of the obligation to prosecute (or to extradite) was one of the factors which triggered the creation of the Extraordinary Chambers of Senegal that culminated in the condemnation of the former dictator to life imprisonment⁴¹.

³⁷ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie et Monténégro). Arrêt du 26 février 2007, §§161-162. Disponible sur : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-FR.pdf>>. Accès : 24 avr. 2019.

³⁸ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Affaire relative aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c/ Italie; Grèce intervenant). Arrêt du 3 février 2012. Disponible sur : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-FR.pdf>>. Accès : 24 avr. 2019.

³⁹ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Affaire relative au Timor Oriental. Portugal c/ Australie. Arrêt du 30 Juin 1995, §29. Disponible sur : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-FR.pdf>>. Accès : 27 avr. 2019.

⁴⁰ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader. Belgique c. Sénégal. Arrêt du 20 juillet 2012, §§ 99-105. Disponible sur : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-FR.pdf>>. Accès : 27 avr. 2019.

⁴¹ CHAMBRE AFRICAINE EXTRAORDINAIRE D'ASSISES. Ministère Public c/ Hissein Habré. Jugement rendu le 30 mai 2016. Disponible sur : <http://www.forumchambresafriaines.org/docs/JugementCAEd'Assises_Penal&Civil_.pdf>. Accès : 28 avr. 2019.

In any case, even though there have been setbacks in the historical course of its jurisprudential construction, the opinion of the International Court of Justice generally shows that respect for the most valued rights of human beings is a goal for the development of a right which gradually abandoned its classical postulates towards the construction of an international law more adapted to the needs of protection of universal values.

This protective profile is reflected in trials such as that of the before mentioned Nicaragua case against the United States of America⁴², in a tone that is repeated, for example, in the advisory opinion on the lawfulness of the threat or use of nuclear weapons⁴³, as well as the opinion consultative process related to the legal consequences of the construction of a wall in the Palestinian territory, with the Court reporting to the most fundamental obligations of humanitarian law and to the fact that elementary considerations of humanity are imposed on all States, whether or not they have ratified conventional instruments⁴⁴.

In these cases, the Court reiterated that the rules of humanitarian law has as its main goal the respect for the human person and that, in the face of elementary considerations of humanity, they impose on all States, creating on them imperative and *erga omnes* obligations, whether they have or not ratified conventional instruments, since they constitute intransigent principles of customary law. Decisions of this nature demonstrate a change in the focus of international law insofar as the interests of States are placed on a secondary level, and the center of attention is to safeguard human beings and humanity as a whole.

The obligations of States in breach of international human rights law were also demarcated by the International Court of Justice in the trial of the case of armed activities in the territory of Congo, moved by the Democratic Republic of Congo against Uganda⁴⁵. Among other facts, the Court considered the allegation of violation of international human rights law as well as international humanitarian law on that the grounds that Ugandan's armed forces had committed massive violations of human rights in Congolese territory, in order to bring the respondent State the legal consequences arising from the breach of its international obligations, including the obligation to make full reparation for the damages caused by an internationally wrongful act.

The Court had the opportunity to examine the claims of the claimant State that the Ugandan armed forces would have caused loss of life within the civilian population, committed acts of torture and other forms of inhumane treatment, also the destruction of villages and housing belonging to civilians and incitement of ethnic conflicts. The decision concludes by characterizing Uganda's international liability for its responsibility for violating international human rights law and humanitarian law. According to the Court, the non-compliance with international obligations results

⁴² COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique). Arrêt du 27 juin 1986. C.I.J. Recueil 1986, p. 114.

⁴³ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Licéité de la Menace ou de L'emploi D'armes Nucléaires. Avis Consultatif du 8 Juillet 1996, §79. Disponible sur : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-FR.pdf>>. Accès : 23 avr. 2019.

⁴⁴ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Conséquences Juridiques de L'édification d'un Mur dans Le Territoire Palestinien Occupé. Avis Consultatif du 9 Juillet 2004, §157. Disponible sur : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-FR.pdf>>. Accès : 30 avr. 2019.

⁴⁵ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Affaire des Activités Armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo C. Ouganda). Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Arrêt du 19 Décembre 2005. Disponible sur : <<http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10454.pdf>>. Accès : 23 avr. 2019.

come from the immense suffering of the Congolese population resulting from the atrocities committed during the conflict⁴⁶.

In all these constructions, the International Court of Justice made important contributions on issues such as the application of international treaties, the value of customary international law, and the general principles of international law, as well as the international responsibility of the State, thereby assisting in delimitating the existence and the outlines of certain fundamental norms of the international community⁴⁷.

The binding nature of certain principles deriving from international law and the obligation of States arising from their non-compliance will also be mentioned in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, especially in the reasoned opinions of Judge Antônio Augusto Cançado Trindade.

In the case of *Blake vs. Guatemala*, where the State was convicted for the crime of forced disappearance, Judge Cançado Trindade refers to the consecration of *erga omnes* obligations of protection as being a manifestation on the emergence of imperative norms of international law, which would also represent the overcoming of the own autonomy of the will of the State, that could not be evoked by the existence of norms of *jus cogens*. It is, according to the jurist, an evolution of the universal juridical conscience in benefit of all human beings⁴⁸.

In the same line of thought, in his reasoned opinion in the *Barrios Altos v. Peru* case, regarding the violation of the right to life, to physical integrity and the practice of forced disappearance that were, in this case, protected by an auto amnesty law, Judge Cançado Trindade states that such laws violate universally recognized non-derogable rights that fall within the scope of *jus cogens*. It also refers to the building of principles erected since the advent of the Martens Clause and its contribution to the construction of humanitarian principles, which should be used as a source of interpretation in order to prevent the existence of rules that are not created for the benefit of the whole human race, given the character of *jus cogens* which the clause contains, understanding, therefore, that auto amnesty laws, for example, are nothing more than an inadmissible affront to the legal conscience of humanity⁴⁹.

The reference to the practice of crimes against humanity as the most serious violations of rights that aim for the protection of universal values is reflected in many other decisions of the Inter-American Court of Human Rights.

In the case of *Goiburú*, which deals with the practice of forced disappearance in the context of Operation Condor⁵⁰, the Court recalls, through a reasoned vote of Judge Cançado Trindade, that the international legal system has gradually begun to criminalize serious human rights violations and that such norms have attained the highest rank in so far as they embody prohibitions of *jus cogens*, in order to prevent

⁴⁶ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Affaire des Activités Armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo C. Ouganda)*. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Arrêt du 19 Décembre 2005, §§ 206, 211, 220-221. Disponible sur : <<http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10454.pdf>>. Accès : 23 avr. 2019.

⁴⁷ CARREAU, D. MARRELLA, F. *Droit international*. Paris, Pédone, 2012, p. 690.

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Blake vs. Guatemala*. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 24 Enero 1998. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade. § 28. Disponible sur : <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Access on: 10 dec. 2018.

⁴⁹ “[...] en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas ‘leyes’ de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos Vs. Peru*. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 14 de março de 2001. Voto concurrente del juez A. A. Cançado trindade. §§ 10-11; §§ 22-29. Disponible sur : <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Access on: 30 apr. 2019.

⁵⁰ DINGES, J. *The Condor Years: How Pinochet and his allies brought terrorism to three continents*. New York, The New Press, 2004.

such kind of offenses from recurring. This process, which promotes the evolution of contemporary international law, is accompanied by the establishment of an international criminal jurisdiction that relies on a principle of protection of higher values. This process, according to the Judge, is due to the intensification of the cry of all humanity, called universal legal consciousness, against the atrocities that have victimized millions of human beings⁵¹.

On the trial of the Almonacid Arellano case, which has as one of its central points the invalidity of the amnesty granted in respect of serious human rights violations, once again with even greater clarity as to the content of Judge Cançado Trindade's reasoned opinion, stands out the understanding that offenses that constitute crimes against humanity are governed by prohibitive norms belonging to the area of *jus cogens* and that the choice of punishing or not punishing is therefore outside the scope of national law⁵².

Similar positionings are discernible in the jurisprudential construction of the European Court of Human Rights, beginning with the treatment regarding torture, consecrated by the Court as an absolute prohibition.

In the paradigmatic trial of the Soering case against the United Kingdom, which is the hallmark in matter of extradition prohibition in the case of death penalty use the ECHR classifies the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment as an absolute prohibition and decides by the impossibility of extraditing, regardless of hateful the crime committed was, in view of the possibility that the extradited person may be subject to capital punishment (or torture in other cases) - understood by the Court as inhuman or degrading treatment⁵³.

This decision of the European court, which considers that in any case the execution of the death penalty constitutes inhuman or degrading treatment, will become stoned jurisprudence in respect of which the Court will not retreat. This position represents a step forward in relation to the other regional protection systems, in view of the inadmissibility of the death penalty in all member countries of the Council of Europe⁵⁴.

The European Court of Human Rights, through its jurisprudence, conceives an extension of the concept of torture and qualifies it not only as the fact that one suffers physical violence, but also because it is subject to the absence of medical

⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de septiembre de 2006. Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, §§6-8. Available on: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>. Access on: 4 apr. 2019.

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. San José, Costa Rica: Sentencia 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 26 de septiembre de. Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, §§22-23. Available on: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Access on: 02 may. 2019.

⁵³ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Soering c/ Royaume-Uni. Requête n°14038/88. Jugement rendu le 07 juillet 1989, § 88. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-62176"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Accès : 03 mai. 2019.

⁵⁴ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Öcalan c. Turquie. Requête n. 46221/99. Arrêt, Strasbourg, 12 mai 2005, § 165. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-69023"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 04 mai. 2019 ; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni. Requête n. 61498/08. Arrêt, Strasbourg, 2 mars 2010, § 120. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-97620"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 04 mai. 2019.

care⁵⁵ and brings human dignity as a vector in what condemns the use of physical force against individuals⁵⁶.

It is precisely in the analysis of the concept of inhuman treatment that the European Court of Human Rights reports on several occasions to the matter of human suffering and human dignity. In the case of *Chember v. Russia*, the Court expressly refers to the disciplinary sanction inflicted for the purpose of causing physical suffering and resulting in the invalidity of the victim⁵⁷; in the *MSS v. Belgium* case, it considers inhuman and degrading treatment when it humiliates the individual, disrespecting his dignity, imposing feelings of fear, anguish or inferiority, in order to break his moral and physical resistance⁵⁸.

Regarding the protection of human dignity, the ECHR jurisprudence is lavish in terms of conditions of detention, understanding that, as such conditions violate human dignity, they also violate Article 3 of the European Convention on Human Rights⁵⁹, stating, for example, that the placing of a detainee in a metal cage during his public trial constitutes an affront to human dignity⁶⁰, it also expressly consecrate the right of every prisoner to remain detained under conditions compatible with respect for human dignity⁶¹.

The same relation between human dignity and the prohibition of inhuman or degrading treatment is applied in the matter of the application of the sentence of life imprisonment, in relation to which the ECHR has interpreted evolutionarily, understanding that in order to be compatible with Article 3 of the European Convention on Human Rights, it should be subject to re-examination, under penalty of being considered a violation of rights. In this aspect, the European Court also presents a development in relation to the other regional systems, as it creates a limitation on the imposition of a life sentence, clearly demonstrating its concern with the preservation of human dignity⁶².

⁵⁵ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Algür c. Turquie. Requête n. 32574/96. Arrêt, Strasbourg, 22 octobre 2002. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-65259"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 04 mai. 2019.

⁵⁶ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Ribitsch c. Autriche. Requête n. 18896/91. Arrêt, Strasbourg, 4 décembre 1995. § 38. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62521"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 05 mai. 2019.

⁵⁷ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Chember c. Russie. Requête n. 7188/03. Arrêt, Strasbourg, 3 Juillet 2008. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-87355"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 05 mai. 2019.

⁵⁸ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce. Requête n. 30696/09. Arrêt, Strasbourg, 21 janvier 2011, § 220. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-103293"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 05 mai. 2019.

⁵⁹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Kotälla c. Pays-Bas. Requête n. 7994/77. Décision du 6 mai 1978 sur la recevabilité de la requête. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["Kot%C3%A4lla"\],"display":\[2\],"languageisocode":\["FRE"\],"itemid":\["001-73601"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 10 août. 2019.

⁶⁰ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Svinarenko et Slyadnev c. Russie. Requêtes n. 32541/08 et 43441/08. Arrêt, Strasbourg, 17 juillet 2014. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-145835"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 9 mai. 2019 ; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Ashot Harutyunyan c. Arménie. Application n. 34334/04. Judgement, Strasbourg, 15 juin 2010. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-99403"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 10 août. 2019.

⁶¹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Kudla c. Pologne. Requête n. 30210/96. Arrêt, Strasbourg, 26 octobre 2000, § 94. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-63471"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 9 mai. 2019.

⁶² COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Bodein c. France. Requête n. 40014/10. Arrêt, Strasbourg, 13 novembre 2014. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-147880"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 15 mai. 2019 ; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Vinter c. Royaume-Uni. Requêtes n. 66069/09, 130/10 et 3896/10. Arrêt, Strasbourg, 9 juillet 2013. Disponible sur : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-122694"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Accès : 13 mai. 2019 ; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Murray c. Pays-Bas. Requête n. 10511/10.

4. FINAL CONSIDERATIONS

The adoption of a series of international human rights conventions leveraged by the creation of the United Nations and the subsequent adoption of the Universal Declaration of Human Rights are inaugural acts of a new international law that puts the individual at the center of its protection. It is, at this point, that international human rights law is born, alongside to international criminal law, the latter created by the Statute of the Nuremberg Tribunal.

From this context mankind emerges as a new entity, object of legal protection, although with outlines not yet so well defined. Humanity becomes subject of rights, so many are the conventional texts that put it as an object of protection. Humanity also becomes a victim, *vis a vis* the new legal figure of crime against humanity, which is also provided by international law.

The concept of humanity begins to be improved, based on a casuistic construction, dependent on the identification of conducts that on a case-by-case basis are understood as violating universal values that belong to the human community, also bringing new reflections that point to the search for a response on which must be the object (s) of international law.

This humanity-subject also becomes a carrier of values to be protected, but values of difficult identification. If, on the one hand, the law did not neglect to typify on a case-by-case basis what was understood as a grave offense against humanity, on the other hand it neglected to establish the substance of a hierarchy of human values that would serve as a substrate for the protection of its rights.

This identification seems to be possible only from an accurate dissection of the building constructed by all the international conventions and by the jurisprudential construction in the matter of international human rights law.

Understanding the meaning of grave breach, based on the analysis of the most serious conduct that has already devastated humanity - crimes against humanity and the crime of genocide -, has made it possible to identify two values that are thought to occupy the top of the hierarchy of a set of legal norms: the protection of human dignity and the interdiction of suffering. These are values that legitimize the existence of rights of a universal and absolute nature that are part of a small intangible nucleus: the right to life, the right to physical integrity, the right to liberty, the right to sexual freedom, the right to non-discrimination and the right to non-submission to inhuman, cruel or degrading treatment.

From the jurisprudence of the international and regional Courts in charge of rendering effectiveness to the conventional construction, from the content of decisions of this nature human dignity seems to emerge as an underlying value, occupying, alongside the interdiction of suffering, the apex of the hierarchy of universal and absolute values which safeguard is the ultimate goal of an international right focused on the centrality of the individual.

Especially since the creation of the United Nations and its respective universal system of protection, both normative and jurisdictional, international human rights law now gives an important value to this notion of offenses that affect what is human in the human being . The normative construction catalysed by this new structure seems to make human dignity emerge as a value underlying the

Arrêt, Strasbourg, 26 avril 2016. Disponible sur : [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-162615"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{). Accès : 17 mai. 2019.

fundamental rights whose protection it seeks to guarantee. Human dignity appears as the touchstone of the norms created by international human rights law and of that construction also emerge rights that are not subject to restrictions or relativizations. The notion of absolute human right arises from this composition that has its source mainly in the core conventions that are pillars of this universal system of protection, which inaugurates a new international law, no longer anchored in classical postulates based on the principle of the sovereignty of the States, but rather, based on the first protection of the individual.

5. BIBLIOGRAPHY

- BUERGENTHAL, T. *International Human Rights*. St. Paul, West Publishing Co., 1988.
- CANÇADO TRINDADE, A. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.
- _____, A. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2a. edição. Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 2017.
- CARREAU, D. MARRELLA, F. *Droit international*. Paris, Pédone, 2012.
- DANILENKO, G. *Law-Making in the International Community*. Dordrecht/ Boston/ London, Martinus Nijhoff, 1993.
- DIACONU, I. *Contribution à une étude sur les normes impératives en droit international (jus cogens)*. Bucarest, Impr. Institut international de Technologie et d'économie Apicole d'Apimondia, 1971.
- DINGES, J. *The Condor Years: How Pinochet and his allies brought terrorism to three continents*. New York, The New Press, 2004.
- FROUVILLE, O. *Droit international pénal. Sources. Incriminations. Responsabilité*. Paris, Pédone, 2012.
- MARTIN-CHENUT, K. "Le renforcement des obligations positives de nature pénale dans la jurisprudence interamericaine : l'exemple des graves violations des droits de l'homme commises pendant les dictatures des pays du Cone-Sud", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 3, pp. 705-725.
- SUDRE, F. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris, Presses universitaires de France, 2016.
- VENTURA-ROBLES, M. "El valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos" en Cançado Trindade, A. (Org.), *The modern world of human rights – El mundo moderno de los derechos humanos: Essays in honour of Thomas Buergenthal/ Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal*. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 257-258.

The side effects of the collaborative economy model in Europe: the self-employed workers

Álvaro San Martín Rodríguez¹

University of Oxford, UK
University of Leon, Spain

Summary: 1. Introduction; 2. The progress of the collaborative economy in Europe: threats and regulatory perspectives; 3. Solutions proposed by the institutions and legal literature; Conclusions.

Abstract: The fundamental right to fair working conditions has had a slow influence on the regulatory institutions and it is necessary to demand an immediate regulation on the matter with the advance of the so-called collaborative economy in Europe. The perimeter of this business model is often prone to inequality, which disproportionately affects vulnerable agents such as workers. It is necessary to analyze the effectiveness of the responses that European countries give to these threats and the recommendations given by the authors and other international institutions to seek appropriate guidance. The norm that technology evolves faster than the legal systems does not render fundamental rights violations justifiable.

Keywords: collaborative economy, digital platforms, self-employed, strategy, protests, regulation.

1. INTRODUCTION

Hand in hand with new technologies collaborative economy (the largest industry in terms of market capitalization, behind only the financial sector)² has experienced a growth of such magnitude in recent years that it has powerfully attracted the attention of institutions and the international and European academic community.

However, the complexity of the concept due to the different denotations that this phenomenon has acquired in recent years has meant that the term is often confused with other definitions. Depending on the perspective taken of this business model, it is sometimes identified with different terms (sharing economy, gig economy, peer-to-peer, etc.). The so-called sharing economy connotation refers to a socio-economic ecosystem in which certain goods of any nature (manufacture, distribution or consumption, for instance) are shared reciprocally and without any necessary economic consideration. Another perspective of the collaborative economy is the peer-to-peer term, applied to organizations and platforms where services are exchanged without intermediaries. The term gig economy is also used to define the

¹ Academic Visitor at the Centre for Socio-Legal Studies, Faculty of Law, University of Oxford (Hilary Term 2019) and Ph.D. Candidate at the School of Law, University of Leon.

² Proof of this is that half of the ten most important companies in the world have their main activity in this industry, See PWC: *Global Top 100 Companies by market capitalisation, 2017*, <https://preview.thenewsmarket.com/Previews/PWC/DocumentAssets/477067.pdf>, pag. 4.

perspective of the labor market of the collaborative economy, where many people find flexible jobs adapted to their needs³.

Therefore, for defining purposes in this article it is more appropriate to use the concept used by European institutions as “business models where activities are facilitated by online platforms that create an open marketplace for the temporary use of goods or services often provided by private individuals. The collaborative economy involves three categories of actors: (i) service providers who share assets, resources, time and / or skills - these can be private individuals offering services on an occasional basis ('peers') or service providers acting in their professional capacity ('professional services providers'); (ii) users of these; and (iii) intermediaries that connect - via an online platform - providers with users and that facilitate transactions between them ('collaborative platforms'). Collaborative economy transactions generally do not involve a change of ownership and can be carried out for profit or not-for-profit”⁴.

Within the labor perspective of the collaborative economy that will be analyzed in this document (that is, in its connotation of gig economy), as described by the European Commission, “involves three categories of actors: (i) service providers who share assets, resources, time and/or skills — these can be private individuals offering services on an occasional basis ('peers') or service providers acting in their professional capacity ("professional services providers"); (ii) users of these; and (iii) intermediaries that connect — via an online platform — providers with users and that facilitate transactions between them ('collaborative platforms')”. In the category of service providers, private individuals can be identified as employed and professional services providers can be identified as self-employed. It is in this small plot where the thin line that separates the employed and the self-employed implies a gap in coverage of rights, which in many cases not only marks the difference between dignity or lack thereof at work but also between one's own survival.

With all this, and apart from the considerable advantages and benefits that this business model implies, it is undeniable that there are manifest threats and risks to the conditions of workers that may be counterproductive. According to the European Parliament's Committee on the Internal Market and Consumer Protection, with regard to the labor rights of workers involved in these collaborative business models, there is a “real risk that a detriment to fair working conditions will occur, minimum legal standards and adequate social protection”⁵. The legal insecurity for many workers within this new business model is evident and the lack of adequate guidelines or specific regulations in the member countries of the European Union that chart the way forward means that, in many cases, these limits may be established by the courts of justice through the interpretation of a legal order that needs to be updated to the new reality.

In this article will be exposed the vulnerabilities of the self-employed in this business model and the possible solutions proposed according to the existing panorama.

2. THE PROGRESS OF THE COLLABORATIVE ECONOMY IN EUROPE: THREATS AND REGULATORY PERSPECTIVES

³ STROKES, K. *et alii*: *Making sense of the UK Collaborative Economy*, London (Nesta), 2014, pag. 10, in https://collaborativeeconomy.com/wp/wp-content/uploads/2015/04/making_sense_of_the_uk_collaborative_economy_14.pdf

⁴ EUROPEAN COMMISSION: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions; A European Agenda for the Collaborative Economy*, 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0356&from=ES>, pag. 3.

⁵ EUROPEAN PARLIAMENT: *Report on a European Agenda for the collaborative economy*, 2017, in http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0195_EN.pdf, pag. 16.

The most recent and complete research carried out to date while preparing this article on the impact of this business model in the EU was published by the European Commission in February 2018: "Study to Monitor the Economic Development of the Collaborative Economy at sector level in the 28 EU Member States, Final Report"⁶. According to some of the results of this study, the turnover of the collaborative economy in the EU-28 in 2016 was estimated to be EUR 26.5 billion (roughly 0.17% of the EU-28's total GDP) where the four main sectors of activity were finance (accounting for the largest revenues with EUR 9.6 billion), accommodation (EUR 7.3 billion), online skills (EUR 5.6 billion) and transport (EUR 4 billion).

In terms of employment, the study has analyzed people working for both platforms and service providers. The entire business model provides approximately 394,000 jobs across the EU. The most employment opportunities exist in the transport sector (124,800 persons employed), while the fewest are found in the finance sector (67,300 employees).

The results of this study have allowed us to assess the magnitude of this business model in the EU and its development in each of its states based on the responses of its governments. It was observed that the countries that have taken measures to eliminate market barriers are in a favorable position to further develop the collaborative economy (Czech Republic and France, for example); on the flip side, "where governments are rather neutral and the business environment is not as encouraging, the collaborative economy seems to be developing at a slower rate" (Bulgaria, Slovenia)⁷.

Despite the positive inertia of the collaborative economy in Europe, it is clear that the regulatory fragmentation resulting from divergent regulatory approaches at national or local level that exists in the different EU states, according to the European Commission, "hinders the development of the collaborative economy in Europe and prevents the full realization of its benefits"⁸. Furthermore, the controversies generated by the *modus operandi* of many of these platforms relating to workers, drawn from their working conditions (such as, for example, the lack of career prospects, pay levels, job security⁹ or dissatisfaction¹⁰), have caused problems and demand before the courts the protection of the scarce - in the majority of cases - regulations applicable to the effect.

With all this, and for a general overview of the social and legal panorama of the impact of the collaborative economy on labor markets, the author has made a brief summary of the conflicts registered in the 28 member states of the European Union and the main demands exposed in each one of them. From the generic and approximate analysis of the main controversies arisen in these countries, it is necessary to point out two thoughts. The first is that not all member states have had controversies about working conditions in the collaborative economy model. The second is that in those countries where conflicts have been registered, the predominant sector of the demands is the transport sector, and in particular, the food delivery companies (mainly in France, Spain and the United Kingdom) demanding a proper classification of their employment contracts.

⁶ EUROPEAN COMMISSION: *Study to Monitor the Economic Development of the Collaborative Economy at sector level in the 28 EU Member States*, 2018, in <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0cc9aab6-7501-11e8-9483-01aa75ed71a>.

⁷ See *id.* at 159.

⁸ See EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 4, at 2.

⁹ FORDE, C. *et alii*: *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, Luxemburg (European Parliament's Committee on Employment and Social Affairs), 2017, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614184/IPOL_STU\(2017\)614184_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614184/IPOL_STU(2017)614184_EN.pdf), pag. 11.

¹⁰ SCHOR, J.B. and ATTWOOD-CHARLES, W.: "The "sharing" economy: labor, inequality, and social connection on for-profit platforms", *Sociology Compass*, Vol. 11, num. 8, 2017, pag. 11.

It should be noted that in many of the countries analyzed, the minor cultural impact that this business model has implied and the wide gap that exists between urban and rural regions has prevented any type of conflict from being registered (Austria or Romania for example). That is why mainly the greatest controversies are recorded coincidentally in the countries where the collaborative economy has had the greatest development.

In France, the first protests for working conditions on the digital platforms, according to the information analyzed, arose from Amazon's headquarters at Chalon-sur-Saône, 12 years after the American e-commerce company arrived in France in September 2000. These were driven by salaried workers, related to excessive surveillance and monitoring of their productive process, overtime hours, frequent rotation and difficulties for the payment of sick leave, among other reasons¹¹. The most controversial reason that generated the call for a strike on May 26, 2015, was work accident statistics¹². Since then, and especially since the proliferation of food delivery services in Paris, protests by delivery workers against digital platforms have not stopped¹³.

In Germany, the union Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (German United Services Trade Union, more commonly known as ver.di), has led various protests and demands since 2012 in which the high rate of temporary contracts, low wages and work accidents due to low protection were criticized, among other reasons¹⁴. The protests, since its inception, have focused mainly on denouncing the lack of job security in the company and the need to improve working conditions¹⁵, even proposing a strike in December 2018 in order to enforce these demands and obtain an adequate agreement through collective bargaining¹⁶.

In this country there have also been major protests by workers from food delivery platforms Foodora and Deliveroo, demanding better wages and working conditions¹⁷. Unofficial groupings of so-called "couriers" or "bikers" (as delivery people who work for these platforms in the indicated status) are increasingly active and demand adequate collective bargaining in which improvements in working conditions can be negotiated for salary purposes, organization, overtime or materials, for example¹⁸.

In the United Kingdom, since the arrival of Amazon in the mid-2000s, there have been protests by workers on this platform regarding wage policies, union

¹¹ VION-DURY, P: "Tu travailles à Amazon? Oh, mon pauvre. Tu tiens le coup?", 2014, in <https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-economie/20140320.RUE2786/tu-travailles-a-amazon-oh-mon-pauvre-tu-tiens-le-coup.html>.

¹² BRIGAND, M.: "Quand Amazon s'arrange avec les accidents de travail", 2015, in http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2015/05/22/32001-20150522ARTFIG00258-quand-amazon-s-arrange-avec-les-accidents-de-travail.php?redirect_premium

¹³ SANSOM, A.: "Bicycle couriers protest against takeaway food service Deliveroo", 2017, in <https://www.france24.com/en/20170812-france-paris-protest-food-delivery-service-deliveroo-financial-insecurity-emmanuel-macron>

¹⁴ HASBERG, M.: "Gewerkschaft klagt über Lohndumping bei Amazon", 2010, in <https://www.welt.de/wirtschaft/article11688472/Gewerkschaft-klagt-ueber-Lohndumping-bei-Amazon.html>.

¹⁵ SPONHOLZ, K.: "Beschäftigte beklagen mieses Arbeitsklima bei Amazon", 2012, in <https://www.wr.de/region/westfalen/beschaeftigte-beklagen-mieses-arbeitsklima-bei-amazon-id7064258.html>

¹⁶ REUTERS: "Verdi funkt Amazon im Weihnachtsgeschäft mit Streik dazwischen", 2018, in <https://de.reuters.com/article/deutschland-amazon-idDEKBN1OG0U1>

¹⁷ HASWELL, J.: "Foodora and Deliveroo couriers protest working conditions in Berlin" 2017, in <https://www.thelocal.de/20170518/foodora-and-deliveroo-couriers-protest-working-conditions-in-berlin>

¹⁸ LEHMANN, H: "Fahrradkurierere von Deliveroo und Foodora stellen Forderungen", 2017, in <https://digitalpresent.tagesspiegel.de/fahrer-von-foodora-und-deliveroo-organisieren-sich>

representation and collective bargaining that have spread to other companies¹⁹. Also in the transport sector, part-time independent couriers working for Deliveroo UK supported protests against the new payment terms that the company tried to impose when changing the system of payment by hours to payment for tasks completed. Thanks to the protests and pressure from the government, they not only got the company to withdraw the measure, but also paid them the minimum salary they were in theory not entitled to because they were not legally within the company²⁰.

There have also been controversies in the transport sector with regard to working conditions, mainly by Uber workers. In October 2016, a UK Labor Court stated that Uber drivers were not self-employed workers and they should be classified as employed workers entitled to the minimum salary. Two years later, in December 2018, the England and Wales Court of Appeal (Civil Division) dismissed the appeal filed by Uber and confirmed the judgment of the lower court, stating a "high degree of fiction" in the content of the standard agreement between Uber and its drivers. According to the ruling, "for ULL (Uber London Limited) to be stating to its statutory regulator that it is operating to private hire vehicle service in London, and is a fit and proper person to do so, while at the same time arguing in this litigation that it is merely an affiliate of a Dutch registered company which licenses tens of thousands of owners of small businesses to use its software, contributes to the air of contrivance and artificiality which pervades Uber's case"²¹.

In Spain, the British company Deliveroo has received several complaints from the Labor Inspectorate for using fraudulent contracts since its launch in November 2015. The unions, since the arrival of delivery platforms such as Glovo²², Deliveroo, Uber Eats or Stuart, have reported the use of certain fraudulent practices in hiring their staff. Specifically, they point out that they establish a fraudulent employment relationship through a false self-employed status, organizing the distribution and execution of the work with independent couriers by imposing upon them a rigorous sanctioning regime, setting the order prices unilaterally, providing the fundamental infrastructure of the service to be able to carry out the activity and training their workers in methods of work, behavior and clothing. All these elements have led the Valencia Labor Inspectorate to confirm the allegations, characterizing this type of relationship as a real covert employment relationship²³.

Uber Systems Spain SL (a subsidiary of Uber Technologies Inc.), has also been investigated for the working conditions of its employees. The investigation carried out by the Labor Inspectorate of Catalonia includes in its report of March 9, 2015 (to which the newspaper *El País* had access) that there were notes of dependence in the contracts of this company with its drivers. It was observed that these drivers "lack any type of business organization, being registered *ab initio* to the structure and organization [of the Uber company]" and also "they enjoy a freedom of schedule, but as a counterpart they are subject to a productivity system"²⁴.

¹⁹ BBC NEWS: "GMB union holds protests at Amazon sites", 2013, in <https://www.bbc.com/news/uk-21444710>

²⁰ SINGH, A.: "Deliveroo agrees to pay workers £7 an hour after wage protests", 2016, in <https://www.independent.co.uk/news/business/news/deliveroo-wages-protests-agrees-to-pay-workers-7-an-hour-after-protests-against-wages-overhaul-a7190071.html>

²¹ See Uber B.V. ("UBV") & Ors v Aslam & Ors [2018] EWCA Civ 2748, 2018, in <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/2748.html>

²² In this company, without the involvement of trade unions, the workers themselves have supported strikes and protests to denounce their working conditions, see EL PERIODICO: "'Huelga colaborativa' contra Glovo in Zaragoza: sus repartidores colapsan la app in hora punta", 2018, in <https://www.elperiodico.com/es/economia/20180911/trabajadores-glovo-zaragoza-colapsan-app-protesta-laboral-7028233>

²³ UGT: "Denuncia de UGT sobre plataformas digitales in Dirección General de Trabajo", 2017, in <http://www.ugt.es/Publicaciones/denuncia%20plataformas%20digitales.pdf>

²⁴ GOZZER, S.: "Trabajo dice que los chóferes de Uber son empleados de la firma" 2015, in https://elpais.com/economia/2015/06/12/actualidad/1434135569_865496.html

In Poland, the demands promoted by Polish unions have increased in terms of collective bargaining, privacy and monitoring of work, workplace conditions, intensification of work, work-life balance, new burdens or loss of jobs due to digitization²⁵.

In Belgium, protests of a similar nature have also been registered, related to low wages²⁶ and inadequate classification as self-employed²⁷, as also happened in the Netherlands²⁸.

The PAM union, in Finland, has for a long time been warning of the need to regulate the relationships of self-employed workers, as it could contaminate other professions²⁹, and concentrates its efforts in advertising its services to these types of workers³⁰. In Ireland, on the other hand, it is job security what couriers and "riders" are worried about³¹.

In Italy, the first mobilizations of the collaborative economy workers took place in Turin in 2016. The protests were mainly based on demands for the Foodora company to assume the costs of the activity and to increase the hourly rates paid to its workers³².

Many of these exposed controversies (which, as shown, have the self-employed as protagonists), on many occasions, have resulted in collaborative economy regulatory initiatives in different countries.

According to a generic and approximate analysis carried out by the author regarding the regulatory approaches originating in the different member states of the European Union in response to these controversies, the inadequate professional classification of self-employed workers remains not only the main controversy but also the main regulatory response that national governments usually give.

In labor law regulations, the countries that have had the greatest initiatives coincide not only with those where the main conflicts have been initiated, but also with those in which the collaborative economy has had a greater development.

France, reacted by enacting one of the largest regulatory interventions on this business model in Europe, following the line of labor protection required by European institutions. In the labor law framework it has been included the concept of collaborative economy. Through Law no. 2016-1088, of August 8, 2016 a new title was introduced within the Labor Code (article L.7341-1 of the Labor Code) that defines collaboration platforms by reference to article 242 bis of the General Tax Code ("companies, whatever their location is, which put two people in contact at a distance and electronically for the sale of a property, the provision of a service or the

²⁵ See VOSS, E. y RIEDE H.: "Cyfryzacja A Partycypacja Pracowników: Jakie są opinie związków zawodowych, pracowników na poziomie przedsiębiorstwa i pracowników wykonujących prace za pośrednictwem platform cyfrowych w Europie", 2018, in <https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2018-09/Voss%20Report%20PL1.pdf>

²⁶ SHENKER, J.: "Strike 2.0: how gig economy workers are using tech to fight back", 2019, in <https://www.theguardian.com/books/2019/aug/31/the-new-resistance-how-gig-economy-workers-are-fighting-back>.

²⁷ CASSAUWERS, T.: "In Europe, food delivery coops are fighting back against the gig economy", 2018, in https://www.equaltimes.org/in-europe-food-delivery-coops-are?lang=es#.XZFA_kYzZPZ.

²⁸ CRISP, J.: "Deliveroo riders go on strike in Belgium and Netherlands", 2018, in <https://www.telegraph.co.uk/news/2018/01/20/deliveroo-riders-go-strike-belgium-netherlands/>

²⁹ YLESRADIO: "Gig economy transforms Finnish labor", 2019, in https://yle.fi/uutiset/osasto/news/gig_economy_transforms_finnish_labour/10844347

³⁰ DØLVIK, J.E. y JESNES. K.: "Nordic labour markets and the sharing economy", 2017, in <https://norden.diva-portal.org/smash/get/diva2:1072087/FULLTEXT02.pdf>.

³¹ CUNNINGHAM, O.: "TERROR ON STREETS Deliveroo riders strike in Dublin to protest recent spate of violent assaults by teenagers", 2019, in <https://www.thesun.ie/news/3787988/deliveroo-riders-strike-dublin-attacks/>

³² TASSINARI A. y MACCARRONE, V.: "The mobilisation of gig economy couriers in Italy: some lessons for the trade union movement", *Transfer*, Vol. 23, 2017, num. 3, pags. 353-357.

exchange or sharing of a service “). The articles that follow in this chapter relating to the social responsibility of platforms incorporate generic guarantees in the matter of accidents insurances, training, strike and association.

Subsequently, Decree no. 2017-774 of May 4, 2017 further specifies these generic guarantees introducing articles D7342-1 and those following it, which describes the responsibility of these platforms in assuming the contribution of insurance and training for self-employed workers in certain circumstances.

Almost a year after the publication of this decree, the draft Law for the Freedom to Choose Professional Future was registered in the national assembly on April 27, 2018, which, after more than two months of debate and analysis of 2500 amendments, was approved on August 1, 2018. Among the measures introduced, the most relevant are: a 800 euros subsidy for self-employed workers in case of the company's bankruptcy; controls on the statistics of temporary contracts; improvements in unemployment subsidies; regulation of training in terms of financing and in terms of quality; the creation of a digital application called “Compte Personnel de Formation” (Personal Training Account) to monitor worker training; an increase in penalties for job insecurity (fines amounting from 2000 to 4000 euros for salary differences, as well as online publication of companies that use illegal tactics); the possibility of establishing a “statute” or “letter” that defines the rights and obligations between workers and platforms.

In the United Kingdom, the most vulnerable actors of the transport sector within the collaborative economy, the so-called Cycle Couriers, began legal battles in mid-2016 against the companies Excel, City Sprint, Addison Lee and eCourier to demand decent working conditions and recognition of their status as employees.

The courts ruled against all companies that Cycle Couriers are not self-employed but employees and that they should enjoy rights as such. As indicated by the court, the worker “was under the direction of another and was not running his own business,” and that “during the time that [the worker] was signed into the system in the morning up to the time he logged off, the working relationship, looked at as a whole, was only compatible with his being a worker under ‘limb b’ --the “limb b” workers are known as persons who are self-employed and provide their services as part of a profession or business undertaking carried on by someone else³³ --”³⁴.

Due to these transcendent sentences on the conditions of the Cycling Couriers, the recommendations of the report made by Matthew Taylor³⁵ (considered insufficient by some union sector³⁶) and the controversy generated by the death of a DPD worker (Mr. Lane, a self-employed courier for DPD who missed medical appointments to treat his diabetes), the working conditions of employees in the collaborative economy have gained special relevance in the UK, where the government has addressed a political strategy aimed at guaranteeing rights in this business model. According to then-UK

³³ See *Pimlico Plumbers y Anor vs. Smith* [2017] EWCA Civ 51, 2017, in <https://www.employmentcasesupdate.co.uk/site.aspx?i=ed35083>

³⁴ *Boxer vs. Excel Group Services Ltd* [2017] ET/3200365/2016, 2017, in https://assets.publishing.service.gov.uk/media/58ecacb5ed915d06ac000150/Mr_A_Boxer_v_Excel_Group_Services_Ltd_in_liquidation_3200365-2016_Final_and_Reasons.pdf

³⁵ This report was commissioned by Prime Minister Theresa May with the aim of reviewing the working conditions of platforms workers due to the social impact that the recent rulings and union protests had entailed, see BOOTH, R.: “Low-paid workers need better job satisfaction, No 10 review will say”, 2017, in <https://www.theguardian.com/society/2017/jul/07/low-paid-workers-job-satisfaction-no-10-review-taylor-report>; SWINFORD, S.: “Theresa May paves way for self-employed and temporary workers to be protected by new laws”, 2016, in <https://www.telegraph.co.uk/news/2016/09/30/theresa-may-paves-way-for-self-employed-and-temporary-workers-to/>

³⁶ MOYER-LEE, J.: “Wishy-washy and full of fluff – the Taylor review offers Little”, 2017, in <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/jul/18/taylor-review-gig-economy-workers>

Prime Minister Theresa May, it is necessary “to make sure we have the right structures in place to reflect those changes”³⁷.

After promising improvements throughout 2018 in matters of temporality, self-employment regulations, and vacation payments, on December 17, 2018 the Department for Business, Energy & Industrial Strategy, presented the “Good Work Plan”³⁸, a package of labor reforms that “will cement the UK’s status as a world leader in workers’ rights now and well into the future and will be the first country in the world to address the opportunities and challenges of the gig economy and the changing world of work, and its impact on a modern economy”³⁹. Among these proposals, which will enter into force in 2019, are the provision of more resources for the Employment Agency Standards (EAS) Inspectorate, new powers to impose penalties for employers who breach employment agency legislation such as non-payment of wages, bring legislation to enforce holiday pay for vulnerable workers, salaried hours work and salary sacrifice schemes to ensure national minimum wage rules.

Spain, compared to other countries, has not formally registered significant advances in the regulation of self-employed beyond tax reforms for large companies (in order to avoid tax fraud⁴⁰) and several legal proposals.

In December 2017, the Committee on Employment and Social Security of the Congress unanimously approved a non-law proposal in which it urged the government to identify the necessary reforms to labor regulations with respect to the collaborative economy, placing particular emphasis on self-employment, to address “the challenges of technological change in our productive system, as well as to digital platforms and their users”⁴¹. In June 2018, the Popular Party (PP) presented during a plenary session of the Congress another non-law proposal to pursue practices that violate the rights of workers in the collaborative economy and especially on the controversy surrounding the figure of the self-employee, giving special prominence to labor inspections⁴².

Through an amendment to this non-law proposal, PSOE, Ciudadanos and PDeCAT agreed to demand the creation of a working group within the government to determine the necessary reforms in order to adapt the current regulatory framework to the collaborative economy⁴³. However, at the time of writing, the aforementioned

³⁷ BOOTH, R.: “Gig economy workers angry at lack of bogus self-employment curbs”, 2018, in <https://www.theguardian.com/business/2018/feb/07/gig-economy-workers-angry-at-lack-of-bogus-self-employment-curbs>

³⁸ DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *Good work plan*, 2018, in https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/766167/good-work-plan-command-paper.pdf

³⁹ DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *Largest upgrade in a generation to workplace rights - getting work right for British workers and businesses*, 2018, in <https://www.gov.uk/government/news/largest-upgrade-in-a-generation-to-workplace-rights-getting-work-right-for-british-workers-and-businesses>

⁴⁰ SERVULO GONZALEZ, J.: “Hacienda pretende gravar más a plataformas como Airbnb y Uber”, 2018, in https://elpais.com/economia/2018/10/04/actualidad/1538646576_607775.html

⁴¹ EUROPA PRESS: “El Congreso pide al Gobierno que estudie cómo adaptar el marco laboral a la economía digital”, 2017, in <https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-congreso-pide-gobierno-estudie-adaptar-marco-laboral-economia-digital-20171213191451.html>

⁴² EUROPA PRESS: “El PP lleva al Pleno del Congreso la precariedad de los ‘falsos autónomos’ en empresas como Deliveroo”, 2018, in <https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-pp-lleva-pleno-congreso-precariedad-falsos-autonomos-empresas-deliveroo-20180621150238.html>

⁴³ LA VANGUARDIA: “PP, PSOE y Cs piden estudiar con sindicatos y patronal cómo adaptar la ley laboral a la economía digital”, 2018, in <https://www.lavanguardia.com/vida/20180626/45424884357/economia--pp-psoe-y-cs->

work team has not been created, nor has any proposal aimed at this end been proposed by any political party within its electoral programs presented for the regional, general and European elections to celebrate on November 2019.

In Poland, despite the existence of a ministry in the Polish government devoted specifically to digitization⁴⁴, the modification or construction of a regulatory framework oriented to this new business model has not been carried forward. Regulations to eliminate abuse towards non-standard workers were approved in 2016 in order to “reduce the asymmetry in terms of hiring and firing workers employed on permanent contracts and other types of contracts”. In the same way, regulations have also been approved regarding equating the rules of social insurance coverage of workers under civil law commission contracts with the applicable rules in the provision of employment under contracts of employment based on the Labor code. These provisions “reduced possibility to hire non-standard employees on very low base contract covered by social insurance and combine it with another one with higher base, not covered by social insurance”⁴⁵.

In Belgium there have been regulations that involve workers and self-employed but all related to tax matters. Moreover, Finland's concern for the collaborative economy advance has not implied any kind of regulatory modification, but rather experimental measures such as the unsuccessful application of a universal basic income motivated mainly by contractual instability in this business model⁴⁶.

In Italy, since the beginning of the Turin protests in October 2016, regulatory needs in the collaborative economy have been at the forefront of the political debate. Since then, there have been numerous legislative assemblies from different regions of the country that have approved or promoted legislative proposals in this area taking the status of self-employed workers as the core of the discussions (Piedmont Region, Tuscany Region, the Municipality of Naples, the Emilia-Romagna Region and the Umbria Region). In June 2018, Luigi Di Maio, current Foreign Minister of Italy, pointed out the need to improve riders' conditions related to wage rates and contractual status, after having met with a delegation of riders⁴⁷.

In the Czech Republic, no specific regulation has yet been approved, however it has been said that one of the main barriers to its development is the existing regulation in the country regarding self-employed workers since the definition of this figure is quite inaccurate and could hinder development⁴⁸.

With all this, and regard to the thin line that separates in many regulations the employed and self-employed, the companies, in many occasions, establish strict parameters to the independent workers to avoid that this relation can be described as labor. In many countries this ambiguity implies the flourishing of many conflicts that, in the absence of a clear regulatory framework, force the courts to resolve them by declaring on many occasions a true labor relationship for self-employed providers (France, Spain, United Kingdom). Therefore, the right road ahead goes by way of a common regulation at European level that covers that space existing between self-employed and employed workers in this business model.

piden-estudiar-con-sindicatos-y-patronal-como-adaptar-la-ley-laboral-a-la-economia-digital.html

⁴⁴ Responsible for the state policy in the field of computerization, the development of electronic public administration services, civil security in cyberspace, infrastructure and the use of modern technologies, whose manager is Marek Zagórski, see <https://www.premier.gov.pl/ludzie/marek-zagorski.html>

⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Second Phase Consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on a possible action addressing the challenges of access to social protection for people in all forms of employment in the framework of the European Pillar of Social Rights*, 2017, in <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=18596&langId=en>, pag. 158.

⁴⁶ PETER, L.: “No plans to expand Finland basic income trial”, 2018, in <https://www.bbc.com/news/world-europe-43866700>

⁴⁷ POLITI, J: “Di Maio takes aim at Italy's gig economy”, 2018, in <https://www.ft.com/content/04b6d97c-7305-11e8-aa31-31da4279a601>

⁴⁸ See EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 6, at 87.

3. SOLUTIONS PROPOSED BY THE INSTITUTIONS AND LEGAL LITERATURE

The European institutions have put as much effort into highlighting the advantages of this business model for the economy as the threats that it implies. The main concerns of the main European institutions highlighted through different instruments are indicated below:

A. The European Commission:

- It states that the collaborative economy “may create uncertainty as to applicable rights and the level of social protection [due to] the border between self-employed and employed workers is increasingly diffuse, and there is an increase in temporary and part-time work, and multiple employment”⁴⁹.

- It expressly recommends member states to “assess the adequacy of their national employment rules considering the different needs of workers and self-employed people in the digital world as well as the innovative nature of collaborative business models and to provide guidance on the applicability of their national employment rules in light of labor patterns in the collaborative economy”⁵⁰.

- It identifies the three main political objectives addressing the challenges of access to social protection for people in all forms of employment in the framework of the European Pillar of Social Rights, namely: “coverage (ensuring that everyone in employment or self-employment has formal and effective access to social protection and related employment services); transferability (preserving social protection rights when workers change jobs, sectors of activity, forms of employment, move to or from self-employment) and transparency (ensuring access to user-friendly information on rights and obligations to social protection, irrespective of employment situation)”⁵¹.

B. The European Parliament:

- It asks for “a clear distinction – for the purpose of EU law and without prejudice to national law – between those genuinely self-employed and those in an employment relationship, taking into account ILO Recommendation No 198, according to which the fulfilment of several indicators is sufficient to determine an employment relationship”⁵².

- It states that “this development can also lead to precarious situations”. The Parliament “highlights that all work in the platform economy must be classified accordingly by the Member States; stresses the need for such a clarification, also with the aim of preventing bogus self-employment and ensuring the protection of the social and labour rights of all workers in the platform economy, irrespective of their official status as employed or self-employed”. It also states the need to ensure that “self-employed workers and professionals (...) receive professional-level pay and are guaranteed secure time-frames for payment”⁵³.

- The Parliament thus “calls on the Member States to carry out sufficient labor inspections with regard to online platforms and to impose sanctions where rules have been breached, especially in terms of working and employment conditions and specific requirements regarding qualifications; calls on the Commission and the

⁴⁹ See EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 4, at 11.

⁵⁰ *Id* at 13.

⁵¹ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document, Analytical Document, Accompanying the document Consultation Document (Second Phase Consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on a possible action addressing the challenges of access to social protection for people in all forms of employment in the framework of the European Pillar of Social Rights)*, 2017, in <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=18596&langId=en>, pag. 3.

⁵² EUROPEAN PARLIAMENT, *Resolution of 19 January 2017 on a European Pillar of Social Rights*, 2017, in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0010+0+DOC+XML+V0//EN>

⁵³ See EUROPEAN PARLIAMENT *supra* note 4, at 10.

Member States to pay special attention to undeclared work and bogus self-employment in this sector, and to put the platform economy on the agenda of the European Platform Tackling Undeclared Work; calls on the Member States to provide sufficient resources for inspections”⁵⁴.

C. Eurofond:

- It indicates that “it can therefore be assumed that these forms of employment – in general – are a necessary element of modern labor markets and they are unlikely to disappear. Those that pose inherent danger for working conditions and the labor market should be addressed through legislation or regulation”⁵⁵.

In addition, apart from the direct advices projected from the European institutions, there are research teams and reports financed by these that also alert about the special vulnerability of self-employed workers. It is pointed out that workers are exposed to work accidents, lack of insurance coverage and social benefits (due to outsourcing of service), lack of association rights or high penalties for questionable reputation mechanisms⁵⁶. In addition, it is pointed out that “the design and application of ratings systems can directly impact the interests of service providers—in particular their access to future work or risk of ‘deactivation’—”⁵⁷.

Lastly, it is necessary to refer to the contributions made by the authors of the legal literature in recent years regarding the subject. A thorough analysis of the author regarding the publications on the labor perspective of the collaborative economy in the last five years (especially at European level) has shown that there are two different schools of thought relating to the type of response needed to address labor rights threats caused by this new business model in Europe.

Looking for balance “between facilitating the robotic technological development and protecting the values that are desired by humans”⁵⁸, different criteria can be observed regarding a greater or lesser flexibility in the regulatory intervention aimed at protecting the rights of workers in the collaborative economy. On the one hand, there are advocates of investment in development policies of collaborative economy, from respect for labor rights but giving priority to flexibility in regulation and, on the other hand, there are open defenders of a strict regulatory intervention of the public powers in favor of the guarantee of labor rights, which follow the majority trend of thought.

Some authors of the former persuasion, defend, for example that “rather than labor law, it would be more efficient to support workers directly through social policy, adapting to the evolving needs of both workers and those who would benefit from their skills”⁵⁹. They focus on the development of active policies on digital skills training, so that, in an “adequate legal framework (...), technological advances are

⁵⁴ See *id.* at 10.

⁵⁵ MANDL, I. *et alii*: *New forms of employment*, 2015, in https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf, pag. 144.

⁵⁶ SCHMID-DRÜNER, M.: “The situation of workers in the collaborative economy”, 2016, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/587316/IPOL_IDA\(2016\)587316_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/587316/IPOL_IDA(2016)587316_EN.pdf), pag. 15.

⁵⁷ See *supra* note 9, at 76.

⁵⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y GRAU RUIZ, M.A.: “El impacto de la robótica, in especial la robótica inclusiva, in el trabajo: aspectos jurídico-laborales y fiscales”, 2018, in <https://eprints.ucm.es/47523/1/Rob%C3%B3tica%20y%20Derecho%20del%20Trabajo%252C%20Derecho%20Fiscal%20final%20mayo%202018.pdf>

⁵⁹ INFORMATION TECHNOLOGY AND INNOVATION FOUNDATION: “Three Paths to Update Labor Law for the Gig Economy”, Washington (Information Technology & Innovation Foundation) 2016, in http://www2.itif.org/2016-labor-law-gig-economy.pdf?_ga=2.219725593.1271927154.1554598313-1835988216.1554598313, pag. 21.

not constituted as an affront to labor rights (...) [and] the limits [in its regulation] are not of such importance that they could impede the advance itself"⁶⁰.

On the other hand, the second and main current of thought – warning of the growth of inequality⁶¹ – is in favor of a strict regulatory intervention in this business model to guarantee labor rights, defending to increase “protection of workers without suddenly increasing the costs for platforms”⁶². Among the measures proposed is the establishment of a minimum wage based on the average time of completion of a task⁶³ or the implementation of the obligation to hire third party liability insurance⁶⁴. Also proposed is “the in-depth reform of the employment training system (...), inclusion of minimum permanence period and non-competition clauses in the contracts (...), a mechanism for regulating the time of work (...), better telecommuting policies in the ICT sector (...), collective treatment of wages in the sector”⁶⁵.

Within this current which sits in favor of incorporating the necessary filters into the collaborative economy, most of the trade union actors that speak on the subject are integrated. Some of them defend measures such as disincentives and penalties for the unjustified temporality employment, the improvement of training and qualifications, the enhancement of the institutional capacities of Public Administrations or the improvement of collective bargaining (measured in which practically all European union actors agree⁶⁶)⁶⁷.

It seems that most of the legal literature, regardless of whether it adopts strict or flexible thinking in the regulatory intervention of the collaborative economy, always considers the abuse of the figure of self-employed worker in this business model as a priority. In addition to other consequences such as the violation of privacy

⁶⁰ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Generalización Tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo”, Madrid (Plataforma Digital Interuniversitaria sobre el Futuro del Derecho del Trabajo OIT), 2016, in https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548618.pdf, pag. 8.

⁶¹ See SCHMID-DRÜNER, *supra* note 55, at 9.

⁶² CODAGNONE, C., ABADIE, F. y BIAGI, F.: *The Future of Work in the ‘Sharing Economy’, Market Efficiency and Equitable Opportunities or Unfair Precarisation*, Bruselas (Comisión Europea), 2016, in <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC101280/jrc101280.pdf>, pag. 8.

⁶³ BERG, J.: “Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers”, Ginebra (OIT), 2016, in https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_479693.pdf, pag. 23.

⁶⁴ VALENDUC, G. and VENDRAMIN, P.: “Work in the digital economy: sorting the old from the new”, *ETUI*, Working Paper No. 2016.03, 2016.

⁶⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. AND PÉREZ DEL PRADO, D.: *Digital Economy: its impact on working and employment conditions. A Case Study of two technological based companies*, Madrid (Fundación para el Diálogo Social), 2017, pag. 70, in http://fdialogosocial.org/public/upload/2/23_FdS_Economia-digital-impacto-condiciones-trabajo-y-empleo_2017_final.pdf

⁶⁶ Professor Baylos Grau, in line with the interpretations of the ILO, propose the need to extend union action to subjects whose work is not inserted within the circle of salaried work, thinking of figures like self-employed workers, see BAYLOS, A.: “El futuro de las normas del trabajo que queremos”, Madrid (Plataforma Digital Interuniversitaria sobre el Futuro del Derecho del Trabajo OIT), 2016, in <https://iniciativaoitinteruniversitariafuturodeltrabajo.com/ver-articulos/item/el-futuro-de-las-normas-del-trabajo-que-queremos>, pag. 11.

⁶⁷ ROCHA, F.: “La Digitalización y el Empleo Decente en España: Retos y propuestas de actuación”, Madrid (Plataforma Digital Interuniversitaria sobre el Futuro del Derecho del Trabajo OIT), 2016, in https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos/WCMS_548595/lang-es/index.htm, pag. 12.

in labor relations⁶⁸ or notes of precariousness⁶⁹, the concern for the vulnerability of self-employees has a settled consensus⁷⁰ as the most obvious damage of the collaborative economy.

Undoubtedly, collective bargaining is one of the main remedies upon which most of the legal literature⁷¹ and trade union actors agree in order to solve the problem of self-employed workers. However, despite being a recognized right in Article 28 of the EU Charter of Fundamental Rights, in most of the countries in the European Union there are clear obstacles (especially due to the nature of their contract⁷² and the limitations on competition matters that exist in each of the states) that cause self-employed individuals to be unable to conduct collective bargaining or to be accommodated by neither traditional trade unions nor employer associations⁷³.

4. CONCLUSIONS

In conclusion, it can be observed that despite the proven advantages of this collaborative economy business model, its dislocation in most of the legal frameworks of the states generates inequality among its most vulnerable actors: self-employed workers. This circumstance is evidenced not only by the continuous alerts issued by European institutions and legal literature but by the side effects of their practical application in different countries as these workers they are the core of many protests and proposed solutions.

This is mainly due to a simple reason: the faster advance of technology beyond the law and the obsolete regulatory frameworks of member states. At the legal level, few countries have incorporated the recommendations emanating from the European Parliament and the Commission in order to increase the protection of workers in the collaborative economy. In Europe, France is the member state that has taken the lead on these recommendations and the first to apply major reforms on its labor regulatory system through laws such as the Law on labor and the modernization of

⁶⁸ MCDONALD, P. and THOMPSON, P.: "Social Media(tion) and the Reshaping of Public/Private Boundaries in Employment Relations", *International Journal of Management Reviews*, Vol. 18, 2016, pags. 69–84, in <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/ijmr.12061>

⁶⁹ HUWS, U., SPENCER, N. H. y SYRDAL, D.: "Online, on call: the spread of digitally organised just-in-time working and its implications for standard employment models", *New Technology, Work and Employment*, Vol. 33, núm. 8, 2018, pags. 113-129, in https://uhra.herts.ac.uk/bitstream/handle/2299/20891/Huws_et_al_2018_New_Technology_Work_and_Employment.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁷⁰ See EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 6, at 11. Also in the legal literature, as indicated, see CHERRY, M.: "Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 37, 2016, pags. 577–602, in <https://scholarship.law.slu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=faculty>;

TODOLÍ SIGNES, A.: "El impacto de la 'uber economy' in las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales in el contrato de trabajo", *Iuslabor*, núm. 3, 2015, pags. 1699-2938;

PRASSL, J. y RISAK, M.: "Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the legal analysis of Crowdwork", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 37, núm. 3, 2016, pags. 604-619;

MATSAGANIS, M. et alii: *Non-standard employment and access to social security benefits*, Bruselas (Comisión Europea), 2016, in <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=15687&langId=en>;

SPASOVA, S. et alii: *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe*, Bruselas (Comisión Europea), 2017, in <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fb235634-e3a7-11e7-9749-01aa75ed71a1/language-en>.

⁷¹ NEWLANDS, G., LUTZ, C. y FIESELER, C.: "The conditioning function of rating mechanisms for consumers in the sharing economy", *Internet Research*, Vol. 29, núm. 5, pags. 1090-1108.

También MO, P. y COULSON, N.: "Empowering processes in online support groups among people living with HIV/AIDS: A comparative analysis of 'lurkers' and 'posters'", *Computers in Human Behavior*, Vol. 26, núm. 5, 2010, pags. 1183-1193, in <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0747563210000683>.

⁷² In this model "not only are providers distributed geographically, their separation is also inbuilt into platform architecture where the only forms of worker rationality are comparison metrics", see Newlands, Lutz & Fieseler *supra* note 71, at 253.

⁷³ *Id* at 252.

social dialogue or the Law for freedom to choose one's professional future. In this sense, the governments of the UK and Spain have, having observed the social impact of the decisions of the Courts and the insistence of European institutions and academics, focused their proposals (even without results) on the protection of the self-employed.

This situation must be regulated not with words but through laws, which is what is happening now in most affected countries. That is why it is necessary for Europe to take charge of the situation and develop a collaborative economy strategy, as has happened successfully on other occasions when these types of instruments have been used (some examples of effective results are the EU Drug Strategy 2005-2012, European Union Strategy for sustainable development of 2001 and EU Strategy for Combating Terrorism of 2005) so that the basic parameters of this business model could be established and integrated into each of the regulatory systems of the member states.

This collaborative economy strategy should include the measures suggested by the institutions to the member countries and those contributed by the doctrine, taking into account the most common conflicts that have emerged in the labor scenarios of the member states and the answers given for these. In this sense, based on the analysis made in this study, it would be transcendental to include measures of the European Commission regarding: guaranteeing that both workers and self-employed workers have effective access to social protections; maintain properly reputational mechanisms, respecting the data protection and privacy rules of all parties involved when workers change their platform, work, sector of activity or become self-employed; develop mechanisms that allow transparency and the right to information and replicate in reputational mechanisms to enjoy these of transcendental importance, among others. It is also necessary to include recommendations put forward by the European Parliament and its studies commissioned as: the introduction of minimum salary and income requirements; the increase of labor inspections on digital platforms for the control and imposition of sanctions when the law is violated, especially in terms of specific requirements to determine the qualification of the contract and working conditions; increase the coverage of collective agreements to categories that go beyond that of ordinary employee; introduce an independent authority that guarantees the qualification of the nature of the contract (as in some member countries), among others.

The present study therefore proposes the necessary development of a coherent EU Strategy for the Collaborative Economy (which has already been argued for by some MEPs in the European Parliament⁷⁴) that integrates all these extremes so that the vulnerabilities exposed on self-employed workers within this business model can be reduced and consequently the rules of the game in the collaborative economy may one day be the same for everyone.

REFERENCES

- BAYLOS, A.: "El futuro de las normas del trabajo que queremos", Madrid (Plataforma Digital Interuniversitaria sobre el Futuro del Derecho del Trabajo OIT), 2016, in <https://iniciativaoitinteruniversitariafuturodeltrabajo.com/ver-articulos/item/el-futuro-de-las-normas-del-trabajo-que-queremos>
- BERG, J.: "Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers", Ginebra (OIT), 2016, in https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_479693.pdf

⁷⁴ As the MEP Nicola Danti, see EUROPEAN PARLIAMENT: "Sharing economy: Parliament calls for clear EU guidelines, 2017, in <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170609IPR77014/sharing-economy-parliament-calls-for-clear-eu-guidelines>

- CODAGNONE, C., ABADIE, F. y BIAGI, F.: *The Future of Work in the 'Sharing Economy', Market Efficiency and Equitable Opportunities or Unfair Precarisation*, Bruselas (Comisión Europea), 2016, in <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC101280/jrc101280.pdf>
- CHERRY, M.: "Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 37, 2016, pags. 577–602, in <https://scholarship.law.slu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=faculty>
- EUROPEAN COMMISSION: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions; A European Agenda for the Collaborative Economy*, 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0356&from=ES>; *Study to Monitor the Economic Development of the Collaborative Economy at sector level in the 28 EU Member States*, 2018, in <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0cc9aab6-7501-11e8-9483-01aa75ed71a>; *Second Phase Consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on a possible action addressing the challenges of access to social protection for people in all forms of employment in the framework of the European Pillar of Social Rights*, 2017, in <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=18596&langId=en>
- EUROPEAN PARLIAMENT: *Report on a European Agenda for the collaborative economy*, 2017, in http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0195_EN.pdf; *Resolution of 19 January 2017 on a European Pillar of Social Rights*, 2017, in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0010+0+DOC+XML+V0//EN>; *Commission Staff Working Document, Analytical Document, Accompanying the document Consultation Document (Second Phase Consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on a possible action addressing the challenges of access to social protection for people in all forms of employment in the framework of the European Pillar of Social Rights)*, 2017, in <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=18596&langId=en>
- DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *Good work plan*, 2018, in https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/766167/good-work-plan-command-paper.pdf
- DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *Largest upgrade in a generation to workplace rights - getting work right for British workers and businesses*, 2018, in <https://www.gov.uk/government/news/largest-upgrade-in-a-generation-to-workplace-rights-getting-work-right-for-british-workers-and-businesses>
- DØLVIK, J.E. y JESNES, K.: "Nordic labour markets and the sharing economy", 2017, in <https://norden.diva-portal.org/smash/get/diva2:1072087/FULLTEXT02.pdf>.
- FORDE, C. *et alii*: *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, Luxemburg (European Parliament's Committee on Employment and Social Affairs), 2017, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614184/IPOL_STU\(2017\)614184_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614184/IPOL_STU(2017)614184_EN.pdf), pag. 11.
- HUWS, U., SPENCER, N. H. y SYRDAL, D.: "Online, on call: the spread of digitally organised just-in-time working and its implications for standard employment models", *New Technology, Work and Employment*, Vol. 33, núm. 8, 2018

- MATSAGANIS, M. et alii: *Non-standard employment and access to social security benefits*, Bruselas (Comisión Europea), 2016, in <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=15687&langId=en>
- MANDL, I. et alii: *New forms of employment*, 2015, in https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf
- MO, P. y COULSON, N.: "Empowering processes in online support groups among people living with HIV/AIDS: A comparative analysis of 'lurkers' and 'posters'", *Computers in Human Behavior*, Vol. 26, núm. 5, 2010, pags. 1183-1193, in <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0747563210000683>
- MCDONALD, P. and THOMPSON, P.: "Social Media(tion) and the Reshaping of Public/Private Boundaries in Employment Relations", *International Journal of Management Reviews*, Vol. 18, 2016, pags. 69-84, in <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/ijmr.12061>
- NEWLANDS, G., LUTZ, C. y FIESELER, C.: "The conditioning function of rating mechanisms for consumers in the sharing economy", *Internet Research*, Vol. 29, núm. 5, pags. 1090-1108
- PRASSL, J. y RISAK, M.: "Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the legal analysis of Crowdwork", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 37, núm. 3, 2016
- PWC, *Global Top 100 Companies by market capitalisation*, <https://preview.thenewsmarket.com/Previews/PWC/DocumentAssets/477067.pdf>
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. AND PÉREZ DEL PRADO, D.: *Digital Economy: its impact on working and employment conditions. A Case Study of two technological based companies*, Madrid (Fundación para el Diálogo Social), 2017, pag. 70, in http://fdialogosocial.org/public/upload/2/23_FdS_Economia-digital-impacto-condiciones-trabajo-y-empleo_2017_final.pdf
- ROCHA, F.: "La Digitalización y el Empleo Decente in España: Retos y propuestas de actuación", Madrid (Plataforma Digital Interuniversitaria sobre el Futuro del Derecho del Trabajo OIT), 2016, in https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos/WCMS_548595/lang--es/index.htm
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y GRAU RUIZ, M.A.: "El impacto de la robótica, in especial la robótica inclusiva, in el trabajo: aspectos jurídico-laborales y fiscales", 2018, in <https://eprints.ucm.es/47523/1/Rob%C3%B3tica%20y%20Derecho%20del%20Trabajo%252C%20Derecho%20Fiscal%20final%20mayo%202018.pdf>
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "Generalización Tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo", Madrid (Plataforma Digital Interuniversitaria sobre el Futuro del Derecho del Trabajo OIT), 2016, in https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548618.pdf
- SPASOVA, S. et alii: *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe*, Bruselas (Comisión Europea), 2017, in <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fb235634-e3a7-11e7-9749-01aa75ed71a1/language-en>.
- SCHOR, J.B. and ATTWOOD-CHARLES, W.: "The "sharing" economy: labor, inequality, and social connection on for-profit platforms", *Sociology Compass*, Vol. 11, num. 8, 2017, pag. 11.
- SCHMID-DRÜNER, M.: "The situation of workers in the collaborative economy", 2016, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/587316/IPOL_IDA\(2016\)587316_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/587316/IPOL_IDA(2016)587316_EN.pdf)
- STROKES, K. et alii: *Making sense of the UK Collaborative Economy*, London (Nesta), 2014, in <https://collaborativeconomy.com/wp/wp->

content/uploads/2015/04/making_sense_of_the_uk_collaborative_economy_14.pdf

- TASSINARI A. y MACCARRONE, V: "The mobilisation of gig economy couriers in Italy: some lessons for the trade union movement", *Transfer*, Vol. 23, 2017, num. 3, pags. 353-357.
- TODOLÍ SIGNES, A.: "El impacto de la 'uber economy' in las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales in el contrato de trabajo", *Iuslabor*, núm. 3, 2015
- UGT: "Denuncia de UGT sobre plataformas digitales in Dirección General de Trabajo", 2017, in <http://www.ugt.es/Publicaciones/denuncia%20plataformas%20digitales.pdf>
- VALENDUC, G. and VENDRAMIN, P.: "Work in the digital economy: sorting the old from the new", *ETUI*, Working Paper No. 2016.03, 2016
- VOSS, E. y RIEDE H.: "Cyfryzacja A Partycypacja Pracowników: Jakie są opinie związków zawodowych, pracowników na poziomie przedsiębiorstwa i pracowników wykonujących pracę za pośrednictwem platform cyfrowych w Europie", 2018, in <https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2018-09/Voss%20Report%20PL1.pdf>

Un análisis crítico de las normas sobre transparencia en los reglamentos de arbitraje internacional: La CCI, el CIADI y la CNUDMI.

A critical analysis of the transparency rules in the international arbitration regulations: the ICC, ICSID and UNCITRAL.

Nayiber Febles Pozo¹

Universidad de Girona

Sumario: 1. La transparencia en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales a nivel internacional. A modo de introducción. 2. La transparencia en las reglas de arbitraje de la CCI. 3. La transparencia en las reglas de arbitraje del CIADI. 4. La transparencia en las reglas de arbitraje de la CNUDMI: especial referencia al Reglamento sobre la Transparencia en el arbitraje inversionista-Estado. 4.1 Ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Transparencia. 4.1.1 Aplicabilidad del Reglamento. 4.1.2 Aplicación del Reglamento. 4.1.3 Discrecionalidad y autoridad del tribunal arbitral. 4.1.4 Instrumento aplicable en caso de conflicto. 4.1.5 Aplicación en arbitrajes que no estén sujetos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. 4.2 Publicación de información al inicio del procedimiento arbitral. 4.3 Publicación de documentos. 4.4 Escritos presentados por terceros. 4.5 Escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes. 4.6 Audiencias. 4.7 Excepciones a la norma de transparencia. 4.7.1 Información confidencial o protegida. 4.7.2 Integridad del proceso arbitral. 4.8 Archivo de la información publicada. 5. La convencionalización de las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI: la Convención de Mauricio. 6. Consideraciones finales. 7. Bibliografía.

Resumen: La transparencia ha resultado muy aclamada en el arbitraje internacional, especialmente en el arbitraje de inversiones, teniendo en cuenta el interés público presente en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado. Sin embargo, actualmente la regulación de normas sobre la transparencia en los reglamentos de arbitraje internacional es insuficiente. Cuestión esta que constituye el punto de partida del presente trabajo, teniéndose como referencia las reglas de arbitraje de la CCI, el CIADI y la CNUDMI, así como la Convención de Mauricio sobre la transparencia.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Girona (Sobresaliente “Cum Laude” por unanimidad). Ha impartido conferencias y cursos de especialización en varias universidades nacionales y extranjeras. Es autor de una monografía y numerosos artículos publicados en revistas nacionales e internacionales especializadas en el ámbito jurídico. Las líneas de investigación que desarrolla actualmente se relacionan con el Derecho internacional privado, el Comercio internacional y la Inversión extranjera, centrándose en ésta última, en las cuestiones relacionadas con la resolución de controversias, específicamente, el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones. Es miembro de varios grupos de investigación en España y en el extranjero. Actualmente se desempeña como director académico de la Red Iberoamericana de Investigación Interuniversitaria para el Diálogo Jurídico entre Europa y América (REDIJEJA) perteneciente a la Universidad de Girona, España.

Recibido: 16/05/2019

Aceptado: 25/06/2019

Palabras clave: Transparencia, Arbitraje internacional, Reglamentos de arbitraje.

Abstract: Transparency has been highly acclaimed in international arbitration, especially in investment arbitration, taking into account the public interest present in the investor-state dispute settlement system. However, currently the regulation of rules on transparency in international arbitration regulations is insufficient. This question constitutes the starting point of the present work, having as reference the arbitration rules of the ICC, the ICSID and the UNCITRAL, as well as the Mauritius Convention on Transparency.

Keywords: Transparency, International Arbitration, Arbitration Regulations.

1. La transparencia en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales a nivel internacional. A modo de introducción.

En las últimas décadas ha sido muy significativa la atención que se le ha prestado a los procedimientos internacionales de solución de controversias. En este sentido, muchas de las decisiones de tribunales y hasta de las propias cortes internacionales de arbitraje han allanado el camino respecto a la implementación de nuevas modificaciones en los procedimientos arbitrales en el ámbito internacional.

Hoy en día, las decisiones judiciales y reformas legislativas adoptadas en diferentes Estados demuestran que la confidencialidad se ha ido debilitando cada día más en cuanto principio del arbitraje². No obstante, aunque muchos Estados en sus legislaciones y también reglamentos de algunas instituciones arbitrales siguen apostando por la confidencialidad, actualmente se constata un considerable debilitamiento al respecto. Tanto es así, que muchos Estados con gran tradición en el arbitraje ya no la consideran como un factor esencial del mismo³. No podemos negar que la confidencialidad aún conserva un peso importante en el arbitraje comercial, pero muy distante de la solidez que le caracterizaba como elemento esencial del arbitraje comercial⁴.

Desde el punto de vista práctico, la ausencia de confidencialidad y privacidad en el arbitraje comercial condiciona la existencia de transparencia en el mismo, o sea, la transparencia no es más que la negación de la confidencialidad en el arbitraje internacional, logrando que el mismo sea más accesible a terceros y al público en general. Hay que plantearse, pues, ¿hasta qué punto son transparentes las reglas que rigen el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones? En busca de una respuesta a dicha interrogante, nos adentramos en el análisis de los reglamentos de arbitraje de las instituciones que consideramos más importantes y de mayor repercusión a nivel internacional, dígame, las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y el Reglamento sobre la Transparencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), estas últimas en relación con el arbitraje de inversiones, teniendo en cuenta que la mayoría de las controversias entre inversores y Estados son administradas por los reglamentos de ambas instituciones. Además, cuando de transparencia en las reglas arbitrales se trata, resulta inadmisibles no adentrarnos en el estudio de las normas sobre transparencia en el arbitraje de inversiones, e incluso,

² Véase el Report on Confidentiality in International Commercial Arbitration, adoptado por el Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association, 2010. Disponible en: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>, consultado 14/05/2019.

³ GAILLARD, E., DE LAPASSE, P. "Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international", *Recueil Dalloz*, 2011, p.84.

⁴ FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. "El auge del arbitraje frente al debate sobre su legitimidad" *Jornadas sobre The Transformation of Enforcement*, Instituto Universitario Europeo de Florencia, 2013.

se hace imprescindible también el estudio de la propia Convención sobre la transparencia de la CNUDMI o Convención de Mauricio, como comúnmente se la conoce. Cuestiones éstas que constituyen el objeto del presente trabajo y que analizamos seguidamente.

2. La transparencia en las reglas de arbitraje de la CCI.

En el Reglamento de Arbitraje de la CCI del 2012, modificado y vigente a partir del 1 de marzo de 2017, las normas sobre la transparencia tienen escasa acogida. El propio Prefacio del Reglamento afirma que los arbitrajes de la CCI, con la implementación de las nuevas modificaciones, serán más transparentes, fundamentando dicha afirmación en que la Corte podrá informar un número más amplio de decisiones, siempre que una de las partes así lo solicite⁵. Sin embargo, creemos que dicha afirmación no es del todo efectiva, ya que la Corte procura hacer más transparente sus arbitrajes siempre que no se vean comprometidas las expectativas de confidencialidad, teniendo en cuenta la importancia que reviste para las partes durante todo el procedimiento. Por lo que, bajo la protección de la confidencialidad, pueden existir procedimientos arbitrales con una fuerte presencia de interés público carentes de transparencia.

En consonancia, con esta política (y salvo que las partes acuerden lo contrario), la Corte publicará en el sitio web de la CCI, en relación con los arbitrajes registrados desde el 1 de enero de 2016, la siguiente información: (i) los nombres de los árbitros, (ii) su nacionalidad, (iii) su posición dentro del tribunal, (iv) la forma de su designación y (v) si el arbitraje está pendiente de resolución o cerrado. El número de referencia del arbitraje y los nombres de las partes no serán publicados⁶. Sin embargo, consideramos que dicha información sólo en apariencia supone un incremento efectivo de la transparencia. En efecto, poco nos puede ilustrar dicha información en los casos en los que el Estado o un ente público sean parte en el arbitraje, siendo éstos procedimientos a los que se le exige una mayor transparencia, tanto por terceros, como por la propia sociedad civil respecto a sus actuaciones. De poco vale conocer únicamente la información acerca de los árbitros que actuarán como miembros del tribunal, cuando ni siquiera se conocen las causas u objeto de la litis, cuantía reclamada, daños ocasionados, en caso de modificación o cambio en el tribunal arbitral, las causas que lo haya motivado, entre otros. Esta es en realidad la información que le interesa conocer, tanto a terceros como al público en general, al menos, insistimos, cuando una de las partes es un ente público.

Desde el punto de vista de las audiencias, el propio Reglamento establece que, salvo autorización del tribunal y de las partes, serán privadas, no serán abiertas al público⁷. No existe en las reglas de la CCI disposición alguna que permita la presentación de terceros, la publicación de documentos o el propio laudo, dejando dicha determinación en poder de las partes o del tribunal arbitral en ausencia de acuerdo entre las partes, siempre en relación o de conformidad con las leyes

⁵ En este sentido, el párrafo 6, del Prefacio del Reglamento de Arbitraje de la CCI del 2017, reconoce que: *“Con el Reglamento de 2017, los arbitrajes de la CCI serán aún más transparentes, ya que ahora la Corte podrá comunicar los motivos de un número amplio de decisiones importantes, si así lo solicita una de las partes. El artículo 11(4) se ha modificado en este sentido”*.

⁶ Tal y como lo refleja la “Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI”, emitida por la CCI, en fecha 1 de marzo de 2017. Disponible en: http://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2017/03/Nota-a-las-partes-y-al-Tribunal-Arbitral-sobre-la-conducci%C3%B3n-del-arbitraje-de-conformidad-con-el-Reglamento-de-Arbitraje_CCI_1-marzo-2.pdf, consultado el 14/05/2019.

⁷ Al respecto, el Artículo 26.3 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, establece: *“El tribunal arbitral tendrá la plena dirección de las audiencias, en las cuales todas las partes tienen derecho a estar presente. Salvo autorización del tribunal arbitral y de las partes, las audiencias no estarán abiertas a personas ajenas al proceso”*.

aplicables al caso, lo que reafirma una vez más la fuerza enraizada de la confidencialidad y privacidad en este tipo de procedimientos.

Sin embargo, consideramos que, ante el innegable carácter privado que tiene el arbitraje comercial internacional, éste debe ceder siempre y cuando una de las partes sea un Estado o un ente público, teniendo en cuenta el interés público presente en la cuestión, lo que amerita un cambio de mentalidad en este sentido respecto al arbitraje comercial. La CCI, como principal institución arbitral, debe reconocer que sus procedimientos no están al margen, en determinados momentos, de un interés público, el cual debe ser tenido en cuenta y que posibilita una mayor transparencia de los mismos, permitiendo que sean conocidos por terceros ajenos al procedimiento y hasta por la propia sociedad civil, máxima exigente de la transparencia en este tipo de arbitrajes con presencia de una parte estatal o pública.

3. La transparencia en las reglas de arbitraje del CIADI.

A diferencia del arbitraje comercial internacional, que tradicionalmente se basa en el principio de confidencialidad⁸ -aunque debemos destacar la existencia de jurisdicciones que no lo aceptan como modalidad por defecto, por lo que las partes deben incorporar específicamente la confidencialidad en su acuerdo de arbitraje⁹-, el sistema de solución de conflictos inversionista-Estado tiene una fuerte implicación en el interés público, estando presente en litigios relacionados con los recursos naturales, cuestiones ambientales o de salud pública de los Estados. Como el Estado anfitrión es normalmente el demandado, los poderes reguladores, los objetivos de las políticas públicas y la recaudación económica de los contribuyentes pueden estar involucrados en los casos de arbitraje de inversiones, motivos estos que han propiciado un aumento de las exigencias respecto a la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado a nivel internacional.

En el ámbito más restringido del Derecho internacional de las inversiones, la transparencia puede tener varias dimensiones. Por un lado, puede remitirse a la obligación del Estado anfitrión de proporcionar información adecuada al inversor extranjero sobre su legislación pertinente y los procesos administrativos de toma de decisiones, en la medida en que pueda afectar a la inversión extranjera. Dichas obligaciones en materia de transparencia pueden exigir que los Estados publiquen sin demora o pongan de manera pública a disposición del público sus leyes, reglamentos, procedimientos y decisiones judiciales de alcance general a fin de proporcionar seguridad jurídica y suficiente claridad en términos del Estado de Derecho, lo que suele llamarse transparencia reglamentaria.

De hecho, algunos tribunales de arbitraje de inversiones han considerado la transparencia reglamentaria de parte del criterio sustantivo de "trato justo y equitativo"¹⁰, e incluso el principio de transparencia es considerado importante en el Derecho internacional de las inversiones, particularmente como un elemento de la propia norma de trato justo y equitativo¹¹. Lo que podemos apreciar en el caso *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos México*, administrado bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. Controversia que surge de las actividades de

⁸ FELICIANO, F. "The 'Ordre Public' Dimensions of Confidentiality and Transparency in International Arbitration: Examining Confidentiality in the Light of Governance Requirements in International Investment and Trade Arbitration", in NAKAGAWA, J. (Ed). *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, Routledge, London, 2013, pp. 15-29.

⁹ DE LY, F., FRIEDMAN, M., RADICATI DI BROZOLO, L. (Eds.). "International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Confidentiality in International Commercial Arbitration'", *International Law Association*, 2012. Disponible en: <http://arbitration.oxfordjournals.org/content/28/3/355>, consultado el 14/05/2019.

¹⁰ PAPANISKIS, M. *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 39-83.

¹¹ YANNACA-SMALL, K. "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments", in REINISCH, A. (Ed). *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 121-122.

Metalclad Corporation (Demandante) en el municipio mexicano de Guadalcázar en el Estado mexicano de San Luis Potosí. Metalclad Corporation alega que los Estados Unidos Mexicanos (Demandado), a través de sus Gobiernos tanto regionales como estatales, interfirieron en el desarrollo y operación de su confinamiento de residuos peligrosos. Metalclad Corporation fundamenta que esa interferencia es una violación de las disposiciones del Capítulo Once sobre inversión del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN).

En particular, el Demando alega violaciones al artículo 1105 del TLCAN que dispone que cada Parte en el TLCAN “otorgue a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”, y al artículo 1110 del propio tratado que establece que “ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública, (b) sobre bases no discriminatorias, (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(1) y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6”. México niega los alegatos presentados por el Demandando, y el Tribunal, en su análisis sobre el trato justo y equitativo, expresó que la transparencia es pertinente cuando se aplica el estándar de protección de un trato justo y equitativo, afirmando: “*En la declaración de principios y reglas que introduce el Tratado, la referencia a la “transparencia” es de importancia mayor. (Artículo 102(1) del TLCAN). El Tribunal entiende que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte*”¹². El tribunal resuelve el caso dictando un laudo a favor del Demandante. Pero México solicitó la nulidad del laudo ante una corte canadiense que sostuvo parcialmente la validez del mismo¹³.

Como se puede observar en el citado caso, el tribunal le atribuye un papel muy significativo al principio de transparencia y en el que cabe interpretaciones mucho más amplias del alcance del estándar de trato justo y equitativo. Si el Estado no garantiza un marco reglamentario transparente, comete una infracción grave del acuerdo original de inversión al que están vinculadas las partes¹⁴. En otro sentido, la transparencia también puede referirse a las obligaciones del inversionista extranjero de proporcionar información sobre la inversión -sin que afecte los secretos comerciales o el *know how*- y su impacto en el sistema interno de los Estados.

La iniciativa más significativa hasta la fecha ha sido el movimiento hacia audiencias abiertas en el arbitraje de inversiones, estableciendo requisitos de apertura y publicidad para asegurar el acceso público a los procedimientos arbitrales entre un inversionista extranjero y un Estado, tal y como ha ocurrido en el TLCAN y que analizamos más adelante. Sin embargo, mucho más restringida se encuentra la celebración de audiencias públicas en el ámbito de la CNUDMI y el CIADI. En este sentido, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI obliga a las partes contendientes a dar su consentimiento a la apertura de las audiencias, al reconocer: “*Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada a menos que las partes acuerden lo contrario. El tribunal arbitral podrá requerir a todo testigo o perito que se retire durante la declaración de otros testigos, salvo que, en principio, no deberá requerirse, a un*

¹² Véase, el caso *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos México*, Caso No. ARB (AF)/97/1, 2000, Laudo, paragraph. 75-76.

¹³ BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L. (Eds.). *International Investment Law and Sustainable Development Key Cases from 2000-2010*, Winnepeg: International Institute for Sustainable Development, 2011, p. 75.

¹⁴ DUSSAN LAVERDE, S. “Analysis of the Principle of Transparency with Special Reference to Its Implications for the Procedure of International Investment Arbitration”, *Criterio Jurídico*, Vol. 11, No. 1, 2011, p. 118.

*testigo o perito que sea parte en el arbitraje, que se retire*¹⁵, siendo más matizado al respecto el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, al establecer: *"Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas además de las partes, sus apoderados, consejeros jurídicos y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal asistan a la totalidad o a parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de la información privilegiada o protegida"*¹⁶. Sin embargo, el propio reglamento faculta al tribunal a establecer procedimientos -sin establecer qué tipo de procedimientos, por ejemplo, una contraprestación o indemnización-, para proteger la información confidencial.

El desarrollo de la transparencia en las normas del CIADI, aunque con elementos menos estrictos, predominando más la discreción de las partes que en el TLCAN, se alcanzó con la reforma del Reglamento CIADI y su Reglamento Complementario del año 2006. Que junto a la Regla 39(2) sobre la apertura de las audiencias al público, se une la Regla 37(2) sobre la opción de las presentaciones de "partes no contendientes", permitiendo que los tribunales puedan considerar la admisión de presentaciones de escritos por terceras partes -por ejemplo, *amicus curiae*-, siempre que consideren que: *"(...) la presentación de las partes no contendientes ayudaría en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particular distinta a aquellos de las partes en la diferencia; que la presentación de las partes no contendiente abarque una cuestión dentro del ámbito de la diferencia y que la parte no contendiente tenga un interés significativo en el procedimiento. El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente"*¹⁷, y la Regla 48(4) sobre la comunicación de los laudos, la cual establece que: *"(...) el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento del Tribunal"*¹⁸. El mayor cambio respecto a la transparencia en las reglas del CIADI ha sido la participación de terceros, ya que previo a las modificaciones introducidas en el año 2006 no se preveía la presentación de comunicaciones por parte de terceros.

En este sentido, las disposiciones sobre transparencia del CIADI, en el ámbito comparado, son más débiles que las negociadas por los Estados Unidos en sus Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), e incluso las pactadas en el propio TLCAN. Estas modificaciones han propiciado que el CIADI pueda publicar en su sitio web algunos detalles de los procedimientos relativos a las controversias registradas por la secretaría, incluyendo la composición del tribunal arbitral, el estado del procedimiento, las órdenes emitidas por el tribunal. Pero el propio Reglamento prohíbe, la publicación del fallo, dígase, los laudos, sin el consentimiento de las partes.

El CIADI está obligado a proporcionar al público, únicamente, extractos del razonamiento jurídico del Tribunal, tal y como lo establece su Reglamento. Pero los alegatos presentados por las partes, así como los testimonios de expertos y de

¹⁵ Artículo 28(3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI del año 2013.

¹⁶ Regla 39(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

¹⁷ Véase, Regla 37(2) del Reglamento de Arbitraje del CIADI.

¹⁸ La Regla 48(4) del Reglamento de Arbitraje del CIADI establece; *"El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal"*. Véase, <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc-spa/partF-chap06.htm#r48>; también, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1151. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1739174>, consultados ambos sitios web el 14/05/2019.

testigos, en la gran mayoría de las veces siguen siendo confidenciales¹⁹. De hecho, la mayoría de los laudos del CIADI no se publican. Por ello, si bien podemos apreciar un paso de avance del CIADI respecto a la transparencia, creemos que las modificaciones introducidas en sus respectivas Reglas no son suficientes, persisten rasgos de debilidad de la institución respecto a las normas de transparencia en el procedimiento arbitral, encontrándose muy distante de las normas sobre la transparencia establecidas en el propio TLCAN.

Por otra parte, la reforma del CIADI del año 2006 permitió expresamente la presentación de escritos de *amicus curiae*. La Regla 37(2) del Reglamento de Arbitraje del CIADI ha sido interpretada por los tribunales para indicar que un tercero, por ejemplo, una ONG interesada, debe solicitar autorización al tribunal para presentar declaraciones escritas para que éste las considere. El tribunal decide después de consultar a las partes, pero tiene el poder de admitir presentaciones de terceros, incluso si una parte en la controversia objeta. Sin embargo, según la Regla 32(2) del propio Reglamento, el permiso para presentar un escrito de *amicus* no implica que el tercero tenga derecho a asistir a audiencias privadas o acceder a documentos que no son de dominio público²⁰, siendo ésta una dificultad en el enfoque adoptado por el CIADI, ya que los beneficios en la presentación de *amicus* hubiesen sido mayores si éstos, dígame los terceros, pudieran tener acceso a toda la documentación de la disputa.

En consecuencia, los tribunales arbitrales hoy en día, careciendo de un marco regulador de la transparencia sólido, consistente, que les permita una mayor transparencia del procedimiento deben, en el actuar de sus facultades, establecer el límite preciso entre la transparencia y la confidencialidad -cuestión de extrema complejidad-, teniendo en cuenta las reglas de arbitraje aplicables y, especialmente, el acuerdo de inversión en el que se basa el litigio.

Eso es precisamente lo que ocurrió en el caso *Telefónica S.A. vs. United Mexican States*²¹, en el cual el tribunal tuvo que enfrentarse a un desacuerdo entre las partes respecto a la confidencialidad y la transparencia. Telefónica S.A (Demandante) somete a consideración del Tribunal la cláusula de confidencialidad pactada entre las partes, alegando que la información que se ha presentado y que se seguirá

¹⁹ MAUPIN, J.A.: "Transparency in International Investment Law". Disponible en: <http://scholarship.law.duke.edu/do/search/?q=Maupin%20Transparency&start=0&context=1022222>, consultado el 14/05/2019.

²⁰ Véase el caso, *Biwater Gauff Ltd. vs. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5, párrafs. 46 y 68-72, 2007. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0091_0.pdf, consultado 14/05/2019. En este caso el Tribunal tuvo que determinar si las reglas recién enmendadas del CIADI no solo permitían la presentación de *amicus curiae*, sino también si permitían a los *amicus* presentar argumentos orales ante el tribunal. Finalmente, el tribunal aceptó las presentaciones de *amicus curiae*, pero les negó el acceso a las audiencias porque el demandante (*Biwater Gauff*) se opuso a ellos. El tribunal no reveló los documentos presentados en el proceso, pero especificó que le corresponde al tribunal lograr un equilibrio entre transparencia y confidencialidad. El caso referenciado es un fiel ejemplo de la relación existente entre la divulgación, la apertura de audiencias y la participación de *amicus curiae* en el proceso de resolución de disputas inversionista-Estado. En este sentido, véase también; GRISSEL, F., VINUALES, J. "L'Amicus Curiae dans l'arbitrage d'investissement", *ICSID Rev.*, Vol. 23, 2007, pp. 380, 396-407; ISHIKAWA T. "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 2, 2010, pp. 373-412; TRIANTAFILOU E.E. "Amicus Submissions in Investor-State Arbitration After Suez v. Argentina", *Arbitration International Law*, Vol. 24, 2008, p. 571. VINUALES J. "Amicus Intervention in Investment Arbitration", *Dispute Resolution Journal*, Vol 61, No. 4, 2007, p. 72.

²¹ Véase el caso, *Telefónica S.A. vs. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/4, Procedural Order No. 1, 2013, pp. 16-23. Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1597.pdf>, consultado el 14/05/2019.

presentando durante el procedimiento es información confidencial, resultando muy difícil disociar la información de carácter público de la información confidencial, ya que incluye "(...) información relativa a los costos, ingresos y rentabilidad de la inversión de Telefónica en México, su topología de red y uso de tecnologías y espectro, así como estimaciones de Telefónica y/o terceros respecto de esos y/u otros rubros similares de los competidores de las concesionarias mexicanas de Telefónica, estados contables, estados financieros, participación del mercado, proyecciones de mercado, entre mucha otra de similar naturaleza"²², por lo que la utilización de dicha información fuera del procedimiento y utilizada de forma ventajosa por terceros ajenos a la controversia, podría causar daños y perjuicios tanto a Telefónica como a la Demandada, motivo por el cual exige la confidencialidad de la información.

La Demandada señala, entre otras cosas, que ni el APPRI ni el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) imponen una obligación de confidencialidad a las Partes, excepto en lo relativo a la audiencia. Según la Demandada, "el hecho de que el APPRI únicamente se refiera a la publicidad del laudo no significa que el resto de la información del procedimiento deba ser confidencial. Por el contrario, la ausencia de disposición al respecto en el APPRI lleva a entender que la Demandada nunca asumió una obligación de confidencialidad como la propuesta por la Demandante"²³.

Analizado los argumentos presentados por las Partes, el tribunal consideró que no prosperaba ninguna de las cláusulas de confidencialidad presentadas a su valoración, por la razón que "ni el APPRI, ni el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio CIADI), ni el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) contienen reglas generales de publicidad o confidencialidad que deban ser observadas por las Partes en el presente procedimiento"²⁴. En este sentido, teniendo en cuenta que las Partes no han llegado a acuerdo alguno sobre la confidencialidad y ante la ausencia de una norma específica sobre confidencialidad en el APPRI y en el Reglamento del Mecanismo Complementario, y al no ser aplicable las disposiciones invocadas por la Demandada, el Tribunal considera que debe aplicar el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) que establece que "cualquier cuestión de procedimiento no contemplada en este Reglamento o en cualesquiera normas acordadas por las partes será decidida por el Tribunal"²⁵. De esta manera, el Tribunal considera que se preserva la integridad del procedimiento y se protege la información que esté sujeta a confidencialidad, al concluir que: "Las Partes deben abstenerse de revelar a terceros: las actas o minutas de las audiencias; los Documentos aportados por las Partes en el procedimiento; la correspondencia relativa al procedimiento (intercambiada entre las Partes o entre éstas y el tribunal)"²⁶. No podrá modificarse o levantar dichas restricciones sin autorización del tribunal.

En suma, consideramos imprescindible la existencia de un marco legal coherente sobre la transparencia. De esta forma, los resultados o decisiones de los tribunales arbitrales y el propio procedimiento arbitral tendrán una mejor fundamentación, partiendo de un justo equilibrio entre la transparencia y la confidencialidad, en total cumplimiento de los derechos de las partes en litigio, cuestión que puede influir en la posterior ejecución del laudo y su aceptación por el Estado receptor de la inversión. La importancia y trascendencia de las cuestiones antes referidas, así como la presión de los Estados y la propia sociedad respecto a la transparencia en el arbitraje de inversiones, han sido motivo, entre otros, para que el CIADI tomara un mayor interés en el asunto y comenzara a preocuparse por una posible modificación de sus actuales Reglas.

Así pues, el 3 de agosto de 2018, el CIADI publica amplias propuestas de modernización de sus actuales reglas, invitando a los Estados y al público en general

²² Ibidem, p. 18.

²³ Ibidem, p. 21.

²⁴ Ídem.

²⁵ Ibidem, p. 25.

²⁶ Ibidem, p. 27.

a presentar sus comentarios sobre las propuestas de enmiendas presentadas, concluyendo el proceso de consulta el 28 de diciembre del propio año²⁷. Las actuales enmiendas propuestas a las Reglas de Arbitraje del CIADI²⁸ y al Mecanismo Complementario²⁹ prevén una mayor publicación de la documentación. Sin embargo, en cuanto a la publicación del laudo, será posible siempre que exista el consentimiento de las partes, por lo que no existe variación alguna al respecto, debido, fundamentalmente, a la propia limitación existente en el Convenio del CIADI que no será modificado. Aún y cuando continúa predominando el consentimiento de las partes para la publicación del laudo³⁰, se pretende introducir como novedad una disposición, la Regla 44 del Reglamento, que considera que dicho consentimiento existe después de transcurridos 60 días si una parte no se opone por escrito³¹. Si una parte se opone, el Centro publicará extractos jurídicos³², como ocurre en la actualidad.

La mayor novedad introducida en materia de transparencia en las propuestas de enmiendas presentadas por el CIADI se encuentra en el Reglamento del Mecanismo Complementario. Estas no se encuentran limitadas por el consentimiento exigido en cuanto a la publicación de los laudos en el Convenio y, por lo tanto, las disposiciones propuestas en el Reglamento de Arbitraje difieren de las recomendadas en el Reglamento del Mecanismo Complementario. La regla propuesta en éste último propone que: *"El Centro publicará laudos, resoluciones y decisiones dentro de los 60 días siguientes a su emisión, con cualquier supresión de texto que haya sido acordada por las partes y notificada conjuntamente al Centro dentro del plazo de 60 días"*³³. La actual propuesta al Mecanismo Complementario del CIADI prevé un umbral mucho más amplio en cuanto a la publicación de los laudos que el propuesto en el propio Reglamento de arbitraje, con la única excepción de la supresión de parte del texto del propio laudo que se considere no necesario su publicación. En caso de no existir un acuerdo entre las partes en relación con la supresión de texto, la decisión final recae en el Tribunal.

4. La transparencia en las reglas de arbitraje de la CNUDMI: especial referencia al Reglamento sobre la Transparencia en el arbitraje inversionista-Estado.

Anterior a la adopción de las Reglas sobre la transparencia en el arbitraje de inversiones, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI contenía en sus disposiciones muy pocas referencias a la transparencia en el procedimiento arbitral en comparación con las enmiendas del CIADI del 2006. Con una lectura de las actuales reglas de la

²⁷ Puede consultarse el "Proceso de Enmienda de las Reglas y el Reglamento del CIADI" disponible en <https://icsid.worldbank.org/sp/Amendments>, consultado el 14/05/2019.

²⁸ Propuesta de Regla 46 del Reglamento de Arbitraje CIADI; *"A solicitud de una de las partes, el Centro publicará cualquier escrito, observación u otro documento que esa parte haya presentado en el marco del procedimiento, con las supresiones de texto acordadas por las partes"*.

²⁹ Propuesta de Regla 55 del Reglamento del Mecanismo Complementario CIADI; *"A solicitud de una de las partes, el Centro publicará cualquier escrito, observación u otro documento que esa parte haya presentado en el marco del procedimiento, con las supresiones de texto acordadas por las partes"*.

³⁰ Propuesta de Regla 44(1) del Reglamento de Arbitraje CIADI; *"El Centro publicará todo laudo, decisión suplementaria sobre un laudo, rectificación, aclaración, y revisión de un laudo y decisión sobre anulación, con el consentimiento de las partes"*.

³¹ Propuesta de Regla 44(2) del Reglamento de Arbitraje CIADI reconoce que; *"Si ninguna de las partes objeta por escrito a la publicación de los documentos a los que se hace referencia en el párrafo (1) dentro de los 60 días siguientes a la fecha de envío del documento, se considerará que esta ha otorgado su consentimiento para publicarlos"*.

³² Propuesta de Regla 44(3) del Reglamento de Arbitraje CIADI; *"En ausencia del consentimiento de las partes al que se hace referencia en los párrafos (1) o (2), el Centro publicará extractos del razonamiento jurídico de dichos documentos (...)"*.

³³ Propuesta de Regla 54 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

CNUDMI del 2010, podemos constatar la laguna existente en cuanto a la regulación de la transparencia, solo se hace mención a la publicación del laudo en el Art. 34(5) al establecer: "*Podrá hacerse público el laudo con el consentimiento de las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de darlo a conocer para proteger o ejercer un derecho, y en la medida en que así sea, o con motivo de un procedimiento legal ante un tribunal u otra autoridad competente*"³⁴. Generalmente, las audiencias eran cerradas al público, no se permitía la divulgación de la documentación o el laudo, ni se admitía en su totalidad la participación de terceros Estados en el procedimiento. Es con la adopción del Reglamento sobre la Transparencia que las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, con la incorporación del nuevo artículo 4 que hace una incorporación por referencia del Reglamento sobre la Transparencia en los arbitrajes entre inversionista y Estados entablados de conformidad con un tratado³⁵, que permiten una mayor transparencia en el proceso arbitral.

El nuevo Reglamento sobre la Transparencia, con el fin de garantizar una mayor transparencia en el arbitraje inversionista-Estado durante todo el proceso, prevé una apertura del procedimiento arbitral y reemplaza a la anterior norma sancionadora de la CNUDMI que permitía, escasamente, la no publicidad de los procedimientos arbitrales, el no conocimiento público de éstos³⁶. El mismo constituye el primer ejemplo de regulación integral de la transparencia obligatoria como parte de las normas *ad hoc* o institucionales aplicables al arbitraje sobre tratados de inversión.

En comparación con las enmiendas realizadas a las reglas del CIADI en 2006, que permiten sustancialmente cierta transparencia a las partes en los procedimientos arbitrales, las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI distan mucho de las reglas del CIADI, y dan un paso más allá en la búsqueda de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral. Tanto es así que proporcionan a las partes el acceso público a los documentos durante el proceso, incluyendo las presentaciones de las partes, con excepción de aquellos casos en los que el acceso debe ser restringido, teniendo en cuenta la existencia de información confidencial o por preservar la integridad del proceso arbitral. Las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI, en relación con la ya mencionada Regla 37(2) del CIADI, resultan ser un poco más detalladas y establecen la distinción entre terceras personas o Partes y Partes no Contendientes en el tratado³⁷, aunque hemos de reconocer que los efectos en ambos reglamentos son prácticamente los mismos, no existe una gran diferenciación al respecto. Sin duda alguna, el desarrollo de la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, demuestra que se ha ido asumiendo a nivel internacional mayor conciencia en cuanto a la presencia del interés público en este tipo de arbitraje, teniendo como objetivo principal promover la responsabilidad de los Estados frente a las actividades públicas que desarrollan y que pueden acarrear en futuros arbitrajes de inversiones.

Las reglas de transparencia del Reglamento que nos ocupa tratan cuatro aspectos de trascendental relevancia para el arbitraje inversionista-Estado: notificación de nuevos arbitrajes, acceso a documentos, presentaciones de terceros y audiencias abiertas. Por la relevancia que tiene el Reglamento sobre la Transparencia en este tipo de arbitraje, en el presente epígrafe realizamos un análisis del mismo, iniciando

³⁴ Art. 34(5) del Reglamento de la CNUDMI del 2010.

³⁵ En este sentido, el Art. 4 del Reglamento de la CNUDMI, aprobado en 2013 establece: "*En el caso de los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados de conformidad con un tratado que prevea la protección de las inversiones o los inversionistas, el presente Reglamento incluye el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado, a reserva de lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento sobre la Transparencia*".

³⁶ En las versiones anteriores del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, las controversias inversionista-Estado escasamente se hacían públicas, aunque estuvieran en juego políticas públicas importantes o se descubrieran prácticas comerciales corruptas o ilegales. Véase, JOHNSON, L., BERNASCONI-OSTERWALDER, N. *New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps*, Columbia University, 2013, p. 4.

³⁷ BOISSON DE CHAZOURNES, L., BARUTI, R. "Transparency in Investor-State Arbitration: An Incremental Approach", *Bahrain Chamber for Dispute Resolution International Arbitration Review*, Vol. 2, No. 1, 2015, p. 74.

por las reglas sobre el alcance y el método de aplicación, para adentrarnos posteriormente a las disposiciones de apertura, divulgación, excepciones y repositorio o archivo de la información, siempre respetando la estructura formal del propio reglamento, lo que nos permitirá una mejor comprensión de sus preceptos.

4.1 Ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Transparencia.

Respecto al ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Transparencia (Art. 1), en el que se establece, la aplicabilidad, aplicación, discrecionalidad y autoridad del tribunal arbitral, el instrumento aplicable en caso de conflicto y la aplicación de las propias reglas a los arbitrajes no sujetos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Parece claro que el mismo, desde sus propios inicios, vaticina el comienzo de una nueva etapa a nivel internacional sin precedente en el arbitraje de inversiones: la de un marco jurídico armonizado sobre la transparencia en el arbitraje de inversiones, o, coincidiendo con SILVA ROMERO y FELIPE MERIZALDE, la de una inexorable transparencia en el arbitraje de inversiones³⁸.

4.1.1 Aplicabilidad del Reglamento.

Como hemos comentado antes, en abril del 2014 entró en vigor el Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI (en lo adelante el Reglamento). De conformidad con el artículo 1.1, es aplicable por defecto a los arbitrajes inversionista-Estado bajo las reglas de la CNUDMI entablados en virtud de un tratado de inversión celebrado en la fecha de entrada en vigor del Reglamento o posterior³⁹. No obstante, los Estados Partes del tratado pueden modificar la regla de aplicación por defecto, optando por no incorporarlas en futuros tratados e incorporando expresamente una exclusión del Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI, o especificando que solo se aplicará el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI tal como fue adoptado en 1976, excluyendo así el artículo 1.4 del actual Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁴⁰.

El Artículo 1.1 del Reglamento regula su aplicabilidad en el arbitraje inversionista-Estado. En este sentido, desde sus inicios el propio Reglamento establece cuatro condiciones o requisitos que fundamentan la aplicabilidad del mismo y que analizamos a continuación:

- i) La controversia debe ser *entre un inversionista y un Estado*. Al respecto, debe reconocerse que el propio Reglamento no especifica qué condiciones, requisitos, o el tipo de persona respecto al inversionista, por lo que se presume un concepto amplio del mismo, pudiendo ser persona natural o persona jurídica;
- ii) la controversia debe *surgir en virtud de un Tratado de inversión* que establezca la protección de las inversiones o los inversionistas. Esta segunda cuestión merece ser analizada desde dos perspectivas fundamentales. La primera es la relacionada con la existencia previa de un Tratado. El propio Reglamento condiciona su aplicabilidad a la existencia

³⁸ SILVA ROMERO, E., FELIPE MERIZALDE, J. ¿Cumple su finalidad el nuevo Reglamento de Transparencia de la CNUDMI?, *Arbitraje PUCP*, 2014, p. 191.

³⁹ El Artículo 1.1 del Reglamento sobre Transparencia establece que: "*El Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia en los Arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un Tratado (Reglamento sobre la Transparencia) se aplicará a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de conformidad con un tratado que establezca la protección de las inversiones o los inversionistas (el Tratado) celebrado el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha, a menos que las partes en el tratado hayan acordado otra cosa*".

⁴⁰ El Artículo 1.4 del Reglamento de la CNUDMI en su modificación del año 2013, establece que: "*En el caso de los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados de conformidad con un tratado que prevea la protección de las inversiones o los inversionistas, el presente Reglamento incluye el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia, a reserva de lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento sobre la Transparencia*".

de un tratado, condición sin la cual no surtiría efectos. En segundo lugar, el tratado debe proteger las "inversiones o los inversionistas", no así a los Estados. Estamos ante una demostración más de la protección unilateral establecida en la inmensa mayoría de los tratados de inversión y que enfatizan, perpetúa, la desigualdad entre las Partes contendientes, persistiendo su postergabilidad en el futuro, siendo la misma *contrarius sensus* a la existencia de una verdadera transparencia en el arbitraje de inversiones;

- iii) el arbitraje debe entablarse *en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*. Al respecto, basta con que exista una referencia al Reglamento de la CNUDMI en el tratado para que pueda aplicarse el Reglamento sobre la Transparencia y;
- iv) el tratado debe celebrarse *posterior a la entrada en vigor del Reglamento*. Como es lógico, el tratado entre el inversionista y el Estado debe ser posterior a la entrada en vigor del Reglamento para que surta efectos. No obstante, el Reglamento, en busca de una mayor protección, establece ciertas excepciones que limitan o restringen la aplicabilidad del mismo, siendo posible su aplicación a arbitrajes de inversiones entablados en virtud de tratados celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento sobre la Transparencia⁴¹, siempre que las partes litigantes así lo hayan convenido respecto de un arbitraje específico⁴² o que las partes en el tratado lo hayan convenido con posterioridad al 1 de abril de 2014⁴³.

Con respecto a la primera opción, el tratado debe proporcionar a las partes en litigio la libertad suficiente para poder adoptar las Reglas sobre la transparencia, cuestión ésta que puede suceder a través de un reconocimiento explícito, en el propio texto del tratado, de la posibilidad que tienen las partes de poder llevar a cabo cualquiera de las acciones comentadas antes.

En el caso específico de los AII, hay que tener en cuenta que las cláusulas de solución de controversias Inversor-Estado plantean un uso gradual de diferentes mecanismos, de modo que el Reglamento sobre la Transparencia solo resultaría aplicable en el supuesto de que las partes, de mutuo acuerdo⁴⁴, acudiesen al arbitraje, dejando de lado el resto de las opciones que suelen ofrecer los tratados; a saber, la negociación y el recurso a los tribunales competentes del Estado receptor de la inversión. Una vez descartadas dichas opciones se acudirá al arbitraje internacional bajo la modalidad acordada por las partes, teniendo en cuenta los

⁴¹ En este sentido el Artículo 1.2 del Reglamento establece: "*Con respecto a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de conformidad con un tratado celebrado antes del 1 de abril de 2014, este Reglamento solamente se aplicará si: a) las partes en un arbitraje (las partes litigantes) convienen en su aplicación respecto de ese arbitraje; o, b) las partes en el tratado o, en el caso de un tratado multilateral, el Estado del demandante y el Estado demandado han convenido en su aplicación después del 1 de abril de 2014*"; coincidiendo así, con lo expresado en la segunda de las recomendaciones de la Resolución 68/109 de las Naciones Unidas, cuando reconoce que: "*a reserva de toda disposición del tratado pertinente que pueda requerir un grado de transparencia mayor que el previsto en el presente Reglamento sobre la Transparencia, este último se aplique mediante mecanismos apropiados a los arbitrajes entre inversionista y Estados entablados de conformidad con un tratado que prevea la protección de los inversores y las inversiones celebrado antes de la fecha de entrada en vigor del Reglamento, en la medida que dicha aplicación sea compatible con esos tratados*".

⁴² Véase, Artículo 1.2 a) del Reglamento sobre la Transparencia. En el ámbito práctico, referenciamos el caso, *Iberdrola, S.A. (España), Iberdrola Energía, S.A.U. vs. Bolivia*, Caso CPA No. 2015-05, administrado por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), 2015. En el cual las Reglas de transparencia se aplican al caso por acuerdo de las partes contendientes (artículo 1.2 a) y no como consecuencia de un tratado. Al igual que en el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSD Case No. ARB/14/22, 2014.

⁴³ Véase, Artículo 1.2 b) del Reglamento sobre la Transparencia.

⁴⁴ Según artículo 1.2 a) del Reglamento sobre la Transparencia.

distintos reglamentos arbitrales que el propio acuerdo les ofrece⁴⁵. Éste último es, precisamente, el mecanismo más utilizado en los AII para la solución de controversias entre las Partes contendientes.

⁴⁵ En este sentido, podemos citar varios ejemplos, como pueden ser: el acuerdo APPRI entre Argentina y Argelia, 2000 (en vigor 2002), en su artículo 8.3, establece: *"En caso de recurrir al arbitraje internacional la controversia puede ser llevada ante uno de estos órganos de arbitraje que a continuación se mencionan a elección del inversor: a) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por la "Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados" abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo haya adherido a aquella. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. b) a un Tribunal de arbitraje ad-hoc, establecido según las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI.)"*, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/40>; el APPRI entre Costa Rica y Argentina, 1997 (en vigor 2001), en su artículo 12.5, establece que: *"En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada: a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por el "Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquel. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación; b) a un tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI)"*, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/80>; el APPRI, entre España y Bahrein, 2008 (en vigor 2014), en cuyo artículo 11.2, establece que: *"Si estas controversias no pudieran resolverse de forma amistosa en un plazo de seis meses a partir de la fecha de la notificación escrita mencionada en el apartado 1, podrán someterse, a elección del inversor: - al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya efectuado la inversión; o, - a un tribunal de arbitraje «ad hoc» establecido según el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI); o, - al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) establecido en virtud del «Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados», abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, en el caso de que ambas Partes Contratantes lleguen a ser miembros de dicho Convenio. Si una Parte Contratante que sea parte en la controversia no ha llegado a ser Estado Contratante del Convenio antes mencionado, la controversia se resolverá de conformidad con las normas del Mecanismo Complementario para la Administración de los Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y de Determinación de Hechos del CIADI"*, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4846>; el APPRI entre España y Mauritania, 2008 (en vigor 2016), cuyo artículo 11.2 establece que: *"Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a partir de la fecha de la notificación escrita mencionada en el apartado 1, la controversia se someterá, a elección del inversor: - a un tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión; o, - a un tribunal de arbitraje ad hoc constituido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; o, - al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI.) creado por el «Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados», abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada uno de los Estados Partes en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél. En caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se resolverá conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI"*, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4847>. Todos los sitios web fueron consultados el 14/05/2019.

Con respecto a la segunda de las opciones planteadas anteriormente, y que tiene estrecha relación con el apartado b) del artículo 1.2 del Reglamento sobre la Transparencia, los Estados Partes tendrán que manifestar su consentimiento, posterior a la fecha de entrada en vigor del Reglamento, para poder adoptar el Reglamento sobre la Transparencia a los arbitrajes celebrados con anterioridad a dicha fecha. Al respecto, el propio artículo 1.2 b), no especifica el tipo de acuerdo a través del cual los propios Estados pueden manifestar su consentimiento, lo que permite cierta flexibilidad, permitiendo a los Estados acordar dicho consentimiento a través de tratados, declaraciones conjuntas, manifestaciones unilaterales de consentimiento u otros métodos para establecer un acuerdo⁴⁶.

4.1.2 Aplicación del Reglamento.

La aplicación del Reglamento es posible previa existencia de un tratado de inversión⁴⁷. Una vez las partes litigantes en el arbitraje de inversiones han acordado aplicar el Reglamento sobre la Transparencia, no podrán apartarse del mismo a menos que el propio tratado se lo permita⁴⁸, lo que reafirma el carácter irrenunciable del Reglamento. En este sentido, se limita la capacidad de las partes litigantes, es decir, el propio Reglamento sobre la Transparencia restringe la actuación de las partes contendientes para establecer una excepción a las Reglas de transparencia.

Al respecto, consideramos muy acertado el precepto del artículo 1.3 a), el cual constituye una garantía tanto para los Estados como para el propio público en general respecto al mantenimiento de la transparencia durante todo el proceso arbitral. O sea, al impedir que las partes en un momento determinado del proceso se aparten de la aplicación del presente Reglamento sobre la Transparencia, se ven obligadas a cumplir con todos los requisitos de transparencia exigidos en el Reglamento durante todo el proceso arbitral, evitando así, que la transparencia sea socavada por las Partes contendientes en un momento dado del proceso. El presente artículo tiene un carácter impositivo, toda vez que impone a las partes la obligatoriedad de su aplicación⁴⁹. Ahora bien, ante la restricción en la actuación de las Partes litigantes, esto no significa que no pueda tenerse en cuenta eventuales situaciones que surjan. Así pues, el artículo 1.3 b) permite cierta flexibilidad al tribunal arbitral para aplicar las Reglas de transparencia⁵⁰. En este sentido, le concede un campo de actuación más amplio y le permite poder adaptar sus requerimientos a las especificidades de cada caso concreto, siempre previa consulta con las Partes litigantes y en la medida en que sea necesario para favorecer el desarrollo práctico del arbitraje.

No obstante, aunque el precepto defiera al tribunal arbitral un margen mayor de movilidad y actuación para la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia una vez haya consultado a las Partes contendientes, éstas no tienen poder decisorio al respecto, siendo facultad única y exclusiva del tribunal, el cual puede, en busca de una mayor transparencia en el procedimiento, ampliar el alcance de las normas de

⁴⁶ En este sentido, podemos citar como ejemplo: El Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra Mercosur, de fecha 07/04/2017.

⁴⁷ Tal y como reconoce el Artículo 1.3 del Reglamento sobre la Transparencia, el cual establece: *"En todo arbitraje en que sea aplicable el Reglamento sobre la Transparencia de conformidad con un tratado o con un acuerdo por las partes en ese tratado"*.

⁴⁸ En este sentido, el Artículo 1.3 a) establece que: *"las partes litigantes no podrán apartarse de este Reglamento, ni mediante acuerdo ni de ningún otro modo, a menos que el tratado se lo permita"*.

⁴⁹ SCHLEE, P. "Transparência em arbitragens internacionais investidor-Estado", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 3, No. 5, 2015, p. 106.

⁵⁰ El Artículo 1.3 b) del Reglamento sobre la Transparencia establece: *"El tribunal, al margen de las facultades discrecionales que le confieren algunas disposiciones de este Reglamento, estará facultado para adoptar los requisitos de cualquiera de sus disposiciones concretas a las circunstancias del caso, tras celebrar consultas con las partes litigantes, si esa adaptación resulta necesaria para que el arbitraje se lleve a cabo de una forma práctica y si es coherente con el objetivo de transparencia de este Reglamento"*.

transparencia, estableciendo los mecanismos específicos para su aplicación⁵¹, siempre que promueva el mantenimiento de la transparencia durante el proceso. Condición ésta que consideramos acertada, ya que permite que el tribunal pueda actuar sin restricción siempre que lo considere oportuno, siendo coherente, como es lógico, con los objetivos del propio Reglamento, lo que favorece no solo el incremento de la transparencia en el arbitraje de inversiones, sino también la eficacia del procedimiento⁵². Toda actuación del tribunal debe ser con el único propósito de aumentar o asegurar la transparencia en un caso concreto y no disminuirla.

4.1.3 Discrecionalidad y autoridad del tribunal arbitral.

El Reglamento sobre la Transparencia, siguiendo una secuencia lógica para su aplicación, después de brindarle un amplio margen de movilidad al tribunal arbitral en el precepto anterior, en el artículo 1.4 insta a los tribunales a ejercer discrecionalidad en sus actuaciones⁵³. En este sentido, el propio Reglamento establece los criterios a través de los cuales el tribunal arbitral debe ejercer esa facultad de apreciación, teniendo en cuenta, en primer lugar el interés público en la transparencia tanto en el arbitraje inversionista-Estado como en el procedimiento arbitral en particular⁵⁴ y, en segundo lugar, el interés de las partes litigantes para obtener una resolución justa y eficiente de la controversia⁵⁵. Cuestión ésta muy interesante, ya que si bien estos elementos son parte de los logros obtenidos en el TLCAN, hemos de reconocer que el propio Reglamento, en su afán de enfatizar dichos criterios en el propio cuerpo dispositivo, los acoge como principios generales de la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, lo que puede ser considerado como un salto cualitativamente superior en lo que a la transparencia concierne dentro del marco legal del sistema de resolución de disputas inversionista-Estado.

Resulta significativo que el propio Reglamento establezca una relación *numerus clausus* de las formas a través de las cuales el tribunal arbitral puede ejercer

⁵¹ Véase, al respecto, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, "Transparency", 2015, párrafo 10; en el cual, el propio tribunal, una vez las Partes han acordado la aplicación del Reglamento sobre Transparencia, reconoce que llevará a cabo la ampliación de los algunos aspectos del Reglamento, estableciendo normas específicas para su aplicación; una vez aceptado por el CIADI, institución que administra dicho arbitraje.

⁵² Al respecto, en el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. El tribunal respondiendo una petición de una de las partes para que se tuvieran en cuenta las Reglas de la IBA, expresó: *Finally, the Tribunal observes that the IBA Rules on the Taking of Evidence (the "IBA Rules") are unhelpful in the present context. Indeed, they address a distinct issue, i.e. whether certain documents may become part of the record, while the Transparency Rules and PO2 address whether documents already in the record can be made public. Admittedly, some of the relevant considerations for the purposes of exceptions to transparency under the Transparency Rules may overlap with aspects pertinent to exemptions from production under the IBA Rules (e.g. in respect of Art. 7(2)(a) and (c)). One should, however, not lose sight of the fact that the goal of the exercise carried out here is a different one;* continuando en el párrafo siguiente respecto a la determinación: *Applying the legal framework set out above, the Tribunal makes the following determinations. For the sake of procedural economy and efficiency, it provides its decision and its main reason(s) for it in bullet point format. It does so after having reviewed the Parties' arguments and the relevant tests arising from the applicable legal framework.* Procedural Order No. 4, "Respondent's Objection to Publication", 2015, párrafo 5 y 6.

⁵³ Al respecto el Artículo 1.4 del Reglamento sobre la Transparencia establece: *"Cuando el Reglamento sobre la Transparencia establezca que el tribunal arbitral tendrá facultades discrecionales, en el ejercicio de tales facultades el tribunal arbitral tendrá en cuenta..(...)".*

⁵⁴ El artículo 1.4 a) del Reglamento sobre la Transparencia establece: *"El interés público en la transparencia de los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en el marco de un tratado y del procedimiento arbitral en particular".*

⁵⁵ En ese sentido, el Artículo 1.4 b) reconoce: *"El interés de las partes litigantes en que la controversia se resuelva de manera justa y eficiente".*

discrecionalidad durante el procedimiento, reconociendo como primera de ellas y sobreponiéndose al interés particular de las partes, el interés público en la transparencia del arbitraje inversionista-Estado⁵⁶, y la del procedimiento arbitral en particular.

Como se ve, el precepto establece la prevalencia del interés público presente en el arbitraje inversionista-Estado sobre el interés particular de las partes litigantes en la controversia. Sin embargo, inmediatamente surge el interrogante de hasta qué punto el propio interés de las partes en lograr una resolución justa y eficiente en el arbitraje de inversiones no forma parte también del interés público. En este sentido, coincido con parte de la doctrina⁵⁷ en que, en efecto, la protección y la tutela de los inversionistas no puede disociarse de dicho interés público, entre otros motivos y sobre todo, porque la afluencia de la inversión extranjera y la generación de confianza entre los inversionistas constituyen un interés primordial para la economía de los Estados.

El Reglamento, más allá de regular la discrecionalidad con que debe actuar el tribunal arbitral, también establece la autoridad del tribunal para permitir o exigir la transparencia en los arbitrajes de la CNUDMI que no utilicen las reglas de transparencia del presente Reglamento⁵⁸. En este sentido, se pretende que el Reglamento pueda ser asumido por el mayor número de arbitrajes y de esta forma contrarrestar cualquier posible presunción contra la transparencia⁵⁹. Tanto es así que faculta al tribunal para admitir escritos presentados por terceros interesados ajenos a la controversia.

Me parece positivo que el Reglamento reconozca la facultad del tribunal arbitral para promover la transparencia en los arbitrajes bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI y la posibilidad que tiene el propio tribunal de aceptar escritos de terceros que faciliten o posibiliten una mayor transparencia del procedimiento, pues de este modo cabe mitigar los factores que puedan menoscabar los objetivos de transparencia establecidos en el Reglamento⁶⁰. Así lo puso de manifiesto el tribunal arbitral del caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*⁶¹. El presente litigio tuvo como causa la alegación por parte de *BSG Resources Limited* (Demandante) de la violación de una serie de derechos mineros por parte de la República de Guinea (Demandada) que fueron previamente otorgados a dos de sus subsidiarias por el Gobierno guineano. Derechos que fueron retirados por Guinea, una vez revisados el expediente de concesión mediante un procedimiento administrativo llevado a cabo por el Gobierno guineano y tras detectar la existencia de corrupción en el proceso de concesión.

Durante el transcurso del procedimiento, el Tribunal recibe una solicitud realizada por las Partes para proteger la información confidencial contenida en cinco categorías de documentos presentados en el caso, en base a lo establecido en el Art. 7 del

⁵⁶ Al respecto, véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 4, "Respondent's Objection to Publication", párrafo 4, 2015.

⁵⁷ FERNÁNDEZ ARROYO, D. "La Transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones", en TANZI, A., ASTERITI, A., POLANCO LAZO, R., TURRINI, P. *Derecho internacional de las inversiones en América Latina: problemas y perspectivas*, Brill Nijhoff, Netherlands, 2016, p. 268.

⁵⁸ El Artículo 1.5 del Reglamento sobre la Transparencia, establece: "Este Reglamento no afectará a la autoridad que pueda tener el tribunal arbitral en virtud del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI para dirigir el arbitraje de tal forma que se promueva la transparencia, por ejemplo, aceptando escritos presentados por terceros".

⁵⁹ JOHNSON, L., BERNASCONI-OSTERWALDER, N. *New UNCITRAL Arbitration Rules...op.cit...p. 12.*

⁶⁰ A estos efectos, el Artículo 1.6 establece: "Ante cualquier conducta, medida u otra acción que tenga el efecto de menoscabar por completo los objetivos de transparencia del presente Reglamento, el tribunal arbitral se asegurará de que prevalezcan dichos objetivos".

⁶¹ Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22.

Reglamento sobre la Transparencia y las propias reglas que las Partes adoptaron por Orden Procesal No. 2. Así pues, el Tribunal, una vez analizado el marco legal aplicable al caso, reconoció que *"cuando existe una disputa sobre si un determinado documento o categoría de documento es confidencial, el Tribunal actuará siempre en base al Art. 7 del Reglamento sobre la Transparencia, teniendo en cuenta el ejercicio de su discrecionalidad, el interés público en la transparencia y el interés de las Partes en una resolución justa y eficiente de la controversia. Para garantizar, de esta manera, que los objetivos de transparencia prevalezcan ante cualquier conducta que tenga el efecto de socavar dicho objetivo"*⁶².

Merece la pena llamar la atención sobre el hecho de que las facultades otorgadas al tribunal arbitral consagradas en el artículo 1.6 del Reglamento, que persiguen hacer prevalecer la transparencia en el procedimiento, constituyen una fuerte limitación a la capacidad de los Estados para eludir la aplicación del Reglamento sobre Transparencia. Opinamos que dicha limitación ha sido introducida de propósito con el objeto de restablecer la proporcionalidad o el equilibrio en relación con algunas de las excepciones establecidas en el artículo 7 del Reglamento sobre la Transparencia, que autorizan a los Estados a soslayar su aplicación. De lo contrario, los propios Estados como Partes contendientes podrían invocar su propia ley para evitar, por ejemplo, la publicación o divulgación de ciertas informaciones relativas al procedimiento.

4.1.4 Instrumento aplicable en caso de conflicto.

El Reglamento, en busca de una mayor transparencia en el arbitraje de inversiones, tiene un efecto de complementariedad respecto al resto de reglas aplicables⁶³. Establece también algunas cláusulas de conflicto. Su aplicación en los arbitrajes entablados en virtud de otras reglas de arbitraje no está exenta de colisionar o entrar en conflicto con aquellas. En este sentido, queda claro que el Reglamento sobre la Transparencia es jerárquicamente superior al resto de las disposiciones conflictuales de los reglamentos de arbitraje aplicables, donde en caso de conflicto siempre prevalecerá el Reglamento sobre la Transparencia⁶⁴.

En otro sentido, cuando el Reglamento sobre la Transparencia entra en conflicto con el tratado, la cuestión es distinta. Entonces prevalecerán siempre las disposiciones del tratado⁶⁵ y, en caso de que el Reglamento entre en conflicto con el derecho aplicable al arbitraje, prevalecerán las disposiciones del derecho aplicable⁶⁶. De esta manera, el propio Reglamento reconoce el principio de que las reglas de arbitraje no pueden prevalecer sobre leyes obligatorias para las partes. Sin embargo,

⁶² Procedural Order No. 4, "Respondent's Objection to Publication", párrafo 4, 2015. *"Where there is a dispute on whether a certain document or category of documents is confidential or otherwise protected, the Tribunal will make its determination in application of the standards set out in Article 7 of the Transparency Rules. In this context, Article 1(4) of the Transparency Rules specifies that, in the exercise of its discretion, the Tribunal must take into account the public interest in transparency as well as the Parties' interest in a fair and efficient resolution of their dispute. Further, according to Article 1(6) of the Transparency Rules, the Tribunal must ensure that the transparency objectives prevail in the face of any conduct having the effect of undermining such objectives"*.

⁶³ El Artículo 1.7 reconoce que: *"Siempre que el Reglamento sobre la Transparencia sea aplicable, complementará cualquier otro reglamento de arbitraje aplicable (...)"*.

⁶⁴ A tenor de lo establecido en el Artículo 1.7 del Reglamento sobre la Transparencia: *"(...) cuando exista un conflicto entre el Reglamento sobre la Transparencia y el reglamento de arbitraje aplicable, prevalecerá el Reglamento sobre la Transparencia (...)"*.

⁶⁵ En este sentido, el propio Artículo 1.7, continúa estableciendo que: *"Independientemente de lo dispuesto en este Reglamento, cuando exista un conflicto entre el Reglamento sobre la Transparencia y el tratado prevalecerá lo dispuesto en el tratado"*.

⁶⁶ A tenor de lo establecido en el Artículo 1.8 del Reglamento sobre la Transparencia, el cual establece que: *"Cuando una norma de este Reglamento esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje de la que las partes no puedan apartarse, prevalecerá esa disposición"*.

el Reglamento omite toda referencia al grado de transparencia que puedan establecer los futuros tratados cuando éstos entren en conflicto con el propio Reglamento. O sea, teniendo en cuenta la prevalencia absoluta de dichos tratados sobre el Reglamento, puede darse el caso de que futuros Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) proporcionen un grado mayor o menor de transparencia respecto al Reglamento.

Sin embargo, la propia CNUDMI en busca de una mayor garantía y seguridad respecto a la aplicación de las normas de transparencia en todos los arbitrajes de inversiones, ha instado a la creación de una Convención con el objetivo de que la misma sea asumida obligatoriamente por cada uno de los Estados firmantes como norma interna en sus ordenamientos jurídicos. De este modo surgió la Convención sobre la Transparencia, la cual fue creada y aprobada por las Naciones Unidas. Cuestión ésta que favorece la aplicación de las normas de transparencia, evita el conflicto de leyes que pudiera surgir respecto a la aplicación del Reglamento y el Derecho aplicable, encontrándose dentro de éste último las propias normas de transparencia asumidas en la Convención sobre la Transparencia o Convención de Mauricio sobre la Transparencia, como internacionalmente se le reconoce.

4.1.5 Aplicación en arbitrajes que no estén sujetos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

El Reglamento sobre la Transparencia, en busca de una mayor expansión y reconocimiento del mismo a nivel internacional en el arbitraje inversionista-Estado, así como la existencia de un marco jurídico armonizado⁶⁷ respecto a la transparencia en este tipo de arbitraje, es también aplicable a los arbitrajes inversionista-Estado entablados de conformidad con otros reglamentos distintos a la CNUDMI, como pueden ser los arbitrajes de inversiones celebrados bajo las Reglas de Arbitraje del CIADI, ya que el propio marco jurídico del CIADI permite a las partes acordar un grado de transparencia mayor que el requerido por el convenio del CIADI y su Reglamento de Arbitraje⁶⁸; también se incluyen los procedimientos *ad hoc*⁶⁹. En consecuencia, los Estados pueden acordar la aplicación de las normas de transparencia en todos los mecanismos de solución de controversias disponibles en virtud de un tratado determinado. Finalmente, una vez analizado el artículo 1 del Reglamento sobre la Transparencia, sin duda alguna, tal y como reconocen SILVA ROMERO y FELIPE MERIZALDE, "el mismo tiene un innegable potencial de gozar de amplia aplicación en el arbitraje de inversiones"⁷⁰.

4.2 Publicación de información al inicio del procedimiento arbitral.

El Reglamento sobre la Transparencia prevé la divulgación rápida y obligatoria de los hechos que han originado el inicio del arbitraje. Al inicio del procedimiento, cuando un reclamante envía una notificación de arbitraje a un Estado demandado, ambas Partes contendientes deben enviar una copia "sin demora" al repositorio. Una vez

⁶⁷ Así queda reflejado en uno de los considerando de la Resolución que aprobó el Reglamento sobre la Transparencia, aprobada por la Asamblea General en fecha 16 de diciembre de 2013, sobre la base del informe de la Sexta comisión (A/68/462), cuyo tenor reconoce: "*Creyendo que un reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado contribuiría considerablemente al establecimiento de un marco jurídico armonizado para resolver de forma equitativa y eficiente las controversias internacionales en materia de inversiones, aumentar la transparencia y la rendición de cuentas y promover la buena gobernanza*".

⁶⁸ Al respecto, véase el caso, *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, "Transparency", párrafo 9, 2015.

⁶⁹ Tal y como lo reconoce el Artículo 1.9 del Reglamento sobre la Transparencia: "*El presente Reglamento podrá aplicarse en arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados de conformidad con otros reglamentos que no sean el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o en procedimientos ad hoc*".

⁷⁰ SILVA ROMERO, E., FELIPE MERIZALDE, J. Cumple su finalidad ...*op.cit.*, p. 191.

que el repositorio tenga evidencia de que el demandado ha sido notificado o tras haber recibido la notificación de arbitraje, debe "sin demora" publicarlo. O sea, poner a disposición pública los hechos básicos específicos sobre la disputa, como son: el nombre de las partes contendientes, el sector económico pertinente y el tratado en virtud del cual se formula la demanda⁷¹.

Con una simple lectura del artículo 2 del Reglamento sobre la Transparencia, respecto a la publicación de la información al inicio del procedimiento, saltan a la vista de modo inmediato algunas cuestiones de gran envergadura. La primera cuestión está relacionada con la expresión "sin demora" utilizada en el tenor literal del precepto. Consideramos que se trata de una expresión indeterminada e imprecisa, que puede traer como consecuencia interpretaciones distintas por cada una de las Partes contendientes. Hubiese resultado más acertado establecer un plazo para la publicación de la información, sobre todo si tenemos en cuenta que no existe un tribunal arbitral previamente constituido que pueda concretar dicho plazo, especificando con exactitud un término a cumplir por las partes litigantes para depositar la notificación de arbitraje o el registro de la misma en el archivo correspondiente.

En este sentido, consideramos que el Reglamento, respecto a la cuestión objeto de análisis, y en función de los objetivos que se propone en cuanto a la transparencia en el arbitraje de inversiones, es muy abstracto. El literal del precepto es la reafirmación de que la no publicación de la notificación de arbitraje, documento que inicia la andadura de un procedimiento arbitral, así como la información básica, específica del procedimiento, va en contra de los fines del propio Reglamento sobre la Transparencia y en ocasiones hasta del propio tratado entre las partes⁷² cuando éste guarde silencio al respecto. El presente artículo no es más que el reflejo que evidencia el interés de la CNUDMI por potenciar la publicidad, la divulgación, el conocimiento público del arbitraje de inversiones como elementos caracterizadores de la transparencia en este tipo de arbitrajes. En este sentido, consideramos que la norma analizada carece de precisión, debe establecer un término razonablemente prudencial a través del cual las partes puedan hacer llegar la notificación del arbitraje al archivo y que éste pueda hacer pública la información requerida. Así pues, una propuesta de redacción de la norma puede ser la siguiente: *una vez que el demandado reciba la notificación del arbitraje, cada una de las partes litigantes transmitirá en el plazo de 10 días naturales una copia al archivo mencionado en el artículo 8 del Reglamento. El archivo, tras recibir la notificación de arbitraje del demandado, o la notificación del arbitraje y el registro de su transmisión al demandado, hará público en un plazo de 10 días naturales la información relativa al nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la demanda.*

La segunda cuestión, es la relacionada con la publicación de la información básica del arbitraje, digase el nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la demanda. En este sentido, creemos que la información es muy escueta, demasiada pobre. Consideramos que si la transparencia reconoce como fundamento esencial el acceso público a dicha información, ésta debe ser lo más amplia posible, no puede circunscribirse a la simple información básica, debe ir mucho más allá, pudiendo incluir también la normativa

⁷¹ En este sentido, el propio Artículo 2 del Reglamento sobre la Transparencia establece: *"Una vez que el demandado haya recibido la notificación del arbitraje, cada una de las partes litigantes transmitirá sin demora una copia de esta al archivo mencionado en el artículo 8. Tras haber recibido la notificación del arbitraje del demandado, o tras haber recibido la notificación del arbitraje y el registro de su transmisión al demandado, el archivo procederá sin demora a poner a disposición del público la información relativa al nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la demanda"*.

⁷² BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L. "Transparency in the dispute settlement process: Country best practices (IISD & CIEL)". Disponible en: <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=1529>, 2011, p. 3-4, consultado 15/05/2019.

que rige dicho arbitraje, los hechos o actos que sirven de base a la demanda, o la propia demanda en sí. La información básica, por el propio carácter originaria de la misma, establecerá aquellos elementos que sustentarán la aplicación de la transparencia en el momento inicial y puede servir como hilo conductor respecto a su aplicación durante todo el procedimiento⁷³.

Por otra parte, la ampliación de la información básica, desde el propio inicio del procedimiento arbitral, puede favorecer también la participación de terceros, *amicus curiae*, en el arbitraje de inversiones. De lo contrario, sería difícil -aunque no imposible- su participación, pues carecerían de información suficiente para fundamentar sus escritos, cosa que, por el contrario, podría resultar perfectamente viable si, desde los albores del propio arbitraje, se les hubiese suministrado dicha información.

Respecto al archivo o repositorio, el cual debe poner a disposición pública la información que se detallada en el artículo 2, en relación con el artículo 8 del propio Reglamento sobre la Transparencia⁷⁴, parece que el mismo recaerá en la Secretaría General o alguna institución nombrada por la CNUDMI. En aquellos arbitrajes de inversiones entablados bajo reglas arbitrales distintas a la CNUDMI y que se acojan al Reglamento sobre la Transparencia previa manifestación del consentimiento de las partes, como puede suceder, por ejemplo, ante el CIADI, resulta aceptable que la propia institución lleve a cabo el registro y comunicación durante el arbitraje, teniéndose en cuenta, también, lo dispuesto en las propias reglas que rigen el procedimiento arbitral, pero siempre que no menoscabe los objetivos de transparencia del Reglamento, cumpliendo así con la finalidad establecida en el artículo 2 (llevar a cabo la divulgación de la información inicial del procedimiento). Tal y como sucedió en el ya citado caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, en el que una vez las partes acordaron la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia, ampliando el alcance en algunos aspectos y estableciendo reglas específicas para su implementación, el CIADI manifestó su aceptación para administrar el arbitraje y actuar como repositorio según lo establecido en las Reglas sobre la transparencia⁷⁵.

4.3 Publicación de documentos.

El artículo 3 del Reglamento, desde sus inicios, establece tres clases o categorías de documentos emitidos por el tribunal para su divulgación, las cuales podemos denominar como: i) documentos que deben ser obligatoriamente divulgados; "*(...) la notificación del arbitraje; la respuesta a la notificación del arbitraje; el escrito de demanda; el escrito de contestación y toda otra declaración o comunicación escritas de cualquiera de las partes litigantes; una lista de todas las pruebas correspondientes a dichos documentos y a los informes de peritos y las declaraciones de los testigos, si esa lista ha sido preparada para las actuaciones, pero no las pruebas en sí; todo escrito presentado por partes en el tratado que no son litigantes y por terceros; las transcripciones de las audiencias, cuando se disponga de ellas; y las órdenes*

⁷³ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. La Transparencia como paradigma...*op.cit.* p. 257.

⁷⁴ El cual establece que: "*El archivo de la información publicada conforme al Reglamento sobre la Transparencia será el Secretario General de las Naciones Unidas o una Institución nombrada por la CNUDMI*". En este sentido, consideramos que, teniendo en cuenta la relación que tiene el Artículo 8, con el Artículo 2 del Reglamento sobre la Transparencia, ambos serán analizados conjuntamente en el presente epígrafe.

⁷⁵ Al respecto, el tribunal del caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22, Procedural Order No. 2, "Transparency", párrafo 10, 2015, estableció: "*In the present case, the Parties have agreed on the application of the Transparency Rules, expanded their scope in some respects, and provided for specific rules for their implementation. ICSID has confirmed its willingness to administer this arbitration in accordance with the rules set forth in this Order and to act as repository as defined in the Transparency Rules and in this Order the "Repository"*". En relación, a su vez, con los párrafos, 5 y 17 de la propia Orden.

procesales, decisiones y laudos del tribunal arbitral"⁷⁶. El ya mencionado caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, es un ejemplo de cómo el tribunal reconoce la obligación de publicar "la solicitud de arbitraje del Demandante, el memorial de la Demandante, la contestación a la Demanda, las pruebas documentales, las declaraciones de testigos"⁷⁷, entre otros; ii) documentos que se deben divulgar una vez que cualquier persona solicite dicha divulgación al tribunal: "a reserva de lo dispuesto en el artículo 7, los informes de los peritos y las declaraciones de los testigos, excluidas las pruebas correspondientes, se pondrán a disposición del público si así lo pide cualquier persona al tribunal arbitral"⁷⁸ y iii) documentos sobre los cuales el tribunal tiene plenas facultades discrecionales respecto a su publicación: "(...) el tribunal arbitral podrá decidir, por iniciativa propia o a solicitud de cualquier otra persona, y previa consulta con las partes litigantes, si las pruebas y demás documentos que emita o reciba el tribunal arbitral no incluidos en el párrafo 1 o 2 supra se publicarán, y de qué forma. Por ejemplo, cabe la posibilidad de que se pongan esos documentos a disposición del público en un sitio determinado"⁷⁹.

Sin embargo, resulta curioso que, dentro del amplio margen de publicidad otorgado a la documentación durante el procedimiento, se establezca en el artículo 3.3 del Reglamento, cierta restricción a la misma, lo que pudiéramos considerar, como el precepto o artículo filtro respecto a la publicidad en el Reglamento, ya que establece una limitación a la divulgación y el conocimiento público de los documentos producidos durante el procedimiento y que difieren de los especificados en los artículos 3.1 y 3.2 del Reglamento, como son las pruebas o documentos que emita o reciba el tribunal arbitral, los cuales, podrán ser divulgados, bien a iniciativa del tribunal o a solicitud de terceros previa consulta de las partes; es decir, se faculta al tribunal arbitral para decidir, a iniciativa propia o a solicitud de cualquier otra persona, respecto a la publicación de dichos documentos. Pero dicha facultad no es amplia, sino limitada desde el propio momento en que debe consultarlo con las Partes contendientes. Sin embargo, hemos de considerar que dejar al ejercicio de la facultad de apreciación del tribunal arbitral la publicación de las pruebas puede contrarrestar, en el ámbito más específico, el interés público que puede estar contenido en dicha información, y en el arbitraje de inversiones en general. Sin duda alguna, el presente apartado nos presenta un escalón oscuro en la búsqueda de una mayor transparencia en el arbitraje de inversiones. Entendemos que toda la documentación generada en el procedimiento, con excepción de aquella que obligatoriamente debe ser confidencial -cuestión que analizaremos más adelante- debería, *lege ferenda*, ser pública desde el inicio, y no dejarla a la simple determinación del tribunal, si es que en realidad deseamos que el arbitraje de inversiones sea transparente.

En efecto, el presente artículo 3 del Reglamento sobre la Transparencia ofrece un marco en el que gran parte de la información -ya que existen algunas excepciones-relativa al procedimiento arbitral, iniciado sobre la base de un tratado, es puesta a disposición del público a través de un registro que será operado por la CNUDMI o por quien ésta decida. El propio artículo responsabiliza al tribunal arbitral de comunicar

⁷⁶ El Artículo 3.1 del Reglamento sobre la Transparencia.

⁷⁷ Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, "Transparency", párrafo 12(iii).1, 2015; "Subject to Article 7, the following documents shall be made available to the public: the Claimant's request for arbitration, the Claimant's memorial, the Respondent's counter-memorial and any further written statements or written submissions by any Party, the exhibits, legal authorities, witness statements, expert reports (including any appended exhibits), transcripts of hearings, orders, decisions, and award of the arbitral tribunal".

⁷⁸ Artículo 3.2 del Reglamento sobre la Transparencia.

⁷⁹ Artículo 3.3 del Reglamento sobre la Transparencia.

la documentación objeto de publicación al archivo o repositorio⁸⁰, el cual le otorga cierta flexibilidad al tribunal para la divulgación de la documentación teniendo en cuenta el tipo de documento ante el cual se encuentra.

Por último, el apartado 5 del propio artículo⁸¹, establece una excepción respecto al costo que genera la divulgación de la información. En su virtud, la persona que solicite el acceso a los documentos contenidos en el apartado 3 tendrá que sufragar los costos administrativos generados una vez se pongan dichos documentos a disposición de la persona interesada⁸². Sin embargo, el Reglamento en el presente apartado, así como en el resto del precepto objeto de análisis, es omiso respecto de los costos generados en la traducción de documentos que sean solicitados divulgar. El literal de la norma únicamente se refiere al costo que genera el acceso a la información, teniendo en cuenta que los documentos se encuentran en el archivo que las Partes litigantes han escogido como repositorio de la documentación del procedimiento. Pero no se pronuncia cuando algunos de dichos documentos, por ejemplo, los dictámenes periciales, las declaraciones testimoniales que se soliciten sean divulgados necesiten de una traducción.

4.4 Escritos presentados por terceros.

El Reglamento le dedica especial atención a las comunicaciones de terceros que no son partes de la controversia ni del propio tratado: *"una vez consultado a las Partes litigantes, el Tribunal arbitral podrá permitir que una persona que no sea parte litigante ni sea una parte en el tratado no litigante (terceros) presente al tribunal un escrito relativo a cuestiones que sean objeto del litigio"*⁸³, estando en consonancia con las facultades otorgadas al tribunal arbitral en los preceptos que anteceden. El precepto que nos ocupa faculta al tribunal para aceptar o no las comunicaciones de terceros, en específico de *amicus curiae*. Resulta de gran interés que el propio Reglamento sobre la Transparencia reconozca una única forma de presentación de las comunicaciones presentadas por terceros, o sea, solo deben efectuarse por escrito, sin permitir otra forma de presentación. De ahí el carácter restrictivo del precepto. Ahora bien, aunque no se especifica qué tipo de terceros podrán presentar dichos escritos, pensándose que el Reglamento le deja las puertas abiertas del procedimiento a todos los interesados, el propio precepto establece una limitación al reconocer que los escritos presentados deben tener relación con la cuestión objeto de la litis, por lo que se presume que solo pueden presentar los escritos aquellos interesados que tengan un interés manifiesto en la controversia o quizás posibles afectados por las consecuencias del litigio.

⁸⁰ Tal y como establece el Artículo 3.4 del Reglamento sobre la Transparencia: *"Los documentos que se vayan a poner a disposición del público con arreglo a lo establecido en los párrafos 1 y 2 serán comunicados por el tribunal arbitral al archivo mencionado en el artículo 8 lo antes posible, de conformidad con las disposiciones o plazos para la protección de la confidencialidad o de información protegida establecidos en el artículo 7. Los documentos que se vayan a poner a disposición del público con arreglo a lo establecido en el párrafo 3 podrán ser comunicados por el tribunal arbitral al archivo mencionado en el artículo 8 a medida que se disponga de ellos y, cuando proceda, en su forma expurgada de conformidad con el artículo 7. El archivo hará público oportunamente todos los documentos en la forma y el idioma en que los haya recibido"*. Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, "Transparency", párrafo 12(iii).3, 2015.

⁸¹ Según establece el Artículo 3.5 del Reglamento sobre la Transparencia: *"Las personas que reciban acceso a documentos con arreglo a lo establecido en el párrafo 3 sufragarán los gastos administrativos que conlleve facilitar el acceso de esas personas a los documentos, como los gastos de fotocopiado o envío de los documentos a esas personas, pero no los gastos que conlleve facilitar el acceso del público a esos documentos por medio de archivo"*.

⁸² Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, "Transparency", párrafo 12(iii).4, 2015.

⁸³ Art. 4.1 del Reglamento sobre la Transparencia.

Como consecuencia, terceros ajenos a las Partes litigantes y al propio tratado, no pueden presentar otras formas de comunicación o participación durante el procedimiento arbitral, como pueden ser la presentación oral y la participación en audiencias. ¿Acaso esta prohibición no reduce los objetivos de transparencia del presente Reglamento incidiendo en el procedimiento arbitral? Resulta evidente que el no reconocimiento de otras formas de participación de los *amicus curiae*, contrarresta en gran medida, tanto el contenido como los objetivos propuesto por el Reglamento para la consecución de la transparencia en el arbitraje de inversiones.

Creemos que el Reglamento, a diferencia de otras normas o reglas arbitrales, pudo haber sido la norma idónea para reconocer la obligatoriedad de otras formas de participación de los *amicus curiae* en el procedimiento arbitral y que favoreciera, de esta manera -estando en consonancia con la propia Resolución que aprueba el Reglamento sobre la Transparencia y la Convención de Mauricio⁸⁴-, a la armonización del marco legal internacional para la resolución del arbitraje de inversiones y, añadiríamos, de la participación de terceros no partes en el procedimiento arbitral.

Pese a todo, consideramos que los efectos prácticos que tendría el no reconocimiento de otras formas de participación de los *amicus* en el procedimiento son más bien escasos, o incluso prácticamente nulos, dependiendo, en gran medida, de las reglas que rigen el arbitraje. Es decir, mientras que el Reglamento sobre la Transparencia restringe la forma de participar de terceros en el procedimiento arbitral, las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI permiten a los tribunales, discrecionalmente, aceptar otras formas de participación⁸⁵. No obstante, el propio artículo regula los procedimientos, los criterios que deben orientar la decisión del tribunal sobre si autorizar o no la presentación de *amicus curiae* y cómo gestionar el procedimiento en relación con esa comunicación.

A diferencia de algunos tratados o reglas de arbitraje sobre las normas y procedimientos para la presentación y aceptación de comunicaciones, el Reglamento presenta también una notable diferencia. Más allá de exigir al tercero que revele cierta información sobre su persona⁸⁶, su interés en el caso y las cuestiones específicas sobre las que desea pronunciarse⁸⁷; establece la revelación de información sobre las fuentes de financiación o ayudas de otra índole que haya recibido el solicitante⁸⁸, datos que serán evaluados por el tribunal a los efectos de

⁸⁴ Al respecto, el párrafo tercero del Preámbulo de la Convención de Mauricio y el sexto de la Resolución que aprueba el Reglamento sobre la Transparencia establecen: *"Creyendo que el Reglamento sobre la Transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado contribuiría considerablemente al establecimiento de un marco jurídico armonizado para resolver de forma equitativa y eficiente las controversias internacionales en materia de inversiones, aumentar la transparencia y la rendición de cuentas y promover la buena gobernanza"*.

⁸⁵ Véase, al respecto, el Artículo 17.5 del Reglamento de la CNUDMI del 2013, el cual establece que: *"El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para alguna de ellas. El tribunal arbitral podrá dictar uno o más laudos respecto de todas las partes que intervengan en el arbitraje"*.

⁸⁶ A tales efectos, el tercero que desee presentar un escrito al tribunal, deberá indicar, a tenor de lo establecido en el Artículo 4.2 a) *"Descripción del tercero, indicando, si procede, la organización de que sea miembro y su condición jurídica (por ejemplo, asociación profesional u otra entidad no gubernamental), sus objetivos generales, la índole de sus actividades, y toda entidad matriz (incluida toda entidad que controle directa o indirectamente al tercero)"*.

⁸⁷ El propio Artículo 4.2 d) y e) del Reglamento sobre la Transparencia establecen que el tercero debe especificar en su escrito; *"Descripción de la índole del interés del tercero en el arbitraje; y e) Indicación de las cuestiones concretas de hecho y de derecho suscitadas en el arbitraje que el tercero desee tratar en su escrito"*.

⁸⁸ Al respecto, el Artículo 4.2 c) del Reglamento sobre la Transparencia establece que el tercero que desee presentar un escrito al tribunal indicará: *"Información sobre todo gobierno, persona*

ser admitida o no su intervención en el caso. No obstante, el Reglamento, una vez reconocidas las obligaciones de todo tercero que desee presentar una comunicación al procedimiento, y las facultades del tribunal para admitir o no dicha comunicación, no se pronuncia en relación a si el tercero interesado puede presentar algún recurso ante el tribunal en caso de que éste le deniegue su solicitud de comunicación. En este sentido, deberá remitirse a las reglas arbitrales en las que se basa el arbitraje, siempre y cuando éstas establezcan la participación de terceros en el procedimiento.

Sin embargo, si bien el precepto anterior se diferencia de otras normas respecto al objeto de regulación, el apartado 4.3 del Reglamento⁸⁹ no se aleja de lo ya regulado en otras reglas arbitrales, como las Reglas de Arbitraje del CIADI y su Mecanismo Complementario⁹⁰ referente a los requisitos que debe de cumplir el escrito presentado por el tercero al tribunal arbitral para su aceptación. Al respecto, si bien el Reglamento no se aparta de los requisitos exigidos en otras reglas arbitrales, permite al tribunal en el ejercicio de sus facultades de apreciación poder admitir o no el escrito de presentación de un tercero. De admitirse la intervención del tercero, el mismo deberá cumplir con las condiciones formales y de fondo establecidas para que su escrito sea tomado en consideración⁹¹, para lo cual, el tribunal deberá tener en cuenta, además, los elementos establecidos en el artículo 1.4 del Reglamento sobre la Transparencia, dígase, el interés público y la justa y eficiente resolución de la controversia.

Consecuentemente con lo anterior, el escrito presentado por terceros comporta la imposición de cargas adicionales a las partes litigantes en el proceso, razón por la cual el precepto 4.5 del Reglamento⁹² exige al tribunal velar por el correcto cumplimiento del procedimiento arbitral, teniendo en cuenta el impacto que se produce con la sumisión de terceros al procedimiento, en el que las partes no están libres de perjuicios indebidos, de ahí la obligación del tribunal de velar porque no se produzcan tales perjuicios a las Partes contendientes. Del mismo modo, el propio Reglamento permite que las partes litigantes puedan tener la oportunidad de formular observaciones acerca de los escritos⁹³, preservando así el éxito del procedimiento arbitral, garantizando que no existan perjuicios injustos para las partes y la igualdad entre ellas, ya que las Partes contendientes tienen la oportunidad de presentar sus alegaciones en contra o a favor de los escritos presentados por terceros.

u organización que haya prestado al tercero, i) ayuda financiera o de otra índole para la presentación del escrito; o ii) ayuda considerable en cualquiera de los dos años anteriores a la solicitud presentada por el tercero con arreglo al presente artículo (por ejemplo, la financiación de aproximadamente el 20% del total de sus operaciones)".

⁸⁹ El cual establece que: "*Para determinar si permite la presentación de un escrito, el tribunal arbitral tomará en consideración, entre otros factores que considere pertinentes: a) si el tercero tiene un interés considerable en el procedimiento arbitral; y b) la medida en que el escrito pueda ayudar al tribunal arbitral a determinar alguna cuestión de hecho o de derecho relativa al procedimiento arbitral, al aportar enfoques, conocimientos particulares o puntos de vista distintos a los de las partes litigantes".*

⁹⁰ Al respecto, hemos de señalar que tanto las Reglas del Mecanismo Complementario, como las Reglas de Arbitraje del CIADI, coinciden literalmente con lo establecido en los artículos 41(2) y 37(2) respectivamente.

⁹¹ Al respecto, el Artículo 4.4 del Reglamento sobre la Transparencia establece que: "*El escrito presentado por el tercero deberá: a) estar fechado y firmado por la persona que lo presente en nombre del tercero; b) ser conciso y no exceder en ningún caso la extensión autorizada por el tribunal arbitral; c) enunciar, en términos precisos, la posición del tercero respecto de las cuestiones en litigio; y d) referirse únicamente a cuestiones en litigio".*

⁹² El cual reconoce que: "*El tribunal arbitral deberá asegurar que los escritos no perturben ni dificulten innecesariamente el procedimiento arbitral y que no causen ningún perjuicio indebido a ninguna de las partes litigantes".*

⁹³ En este sentido, el Artículo 4.6 del Reglamento establece: "*El tribunal arbitral deberá asegurar que se dé a las partes litigantes una oportunidad razonable de formular observaciones acerca de los escritos presentados por terceros".*

4.5 Escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes.

Una de las cuestiones trascendentales respecto a la participación de terceros en el arbitraje de inversiones, es la referente a la participación o intervención de los Estados firmantes del tratado que no tienen la condición de Partes contendientes en la controversia. El apartado que nos ocupa reconoce la posibilidad de que los Estados Partes del tratado, pero no de la controversia, puedan presentar comunicaciones escritas al tribunal arbitral. De ésta manera, el propio tribunal puede invitar a aquellas partes del tratado que no sean partes de la controversia a presentar escritos relativos a la interpretación del tratado⁹⁴.

En tal sentido, el Estado no Parte en la controversia tiene debidamente un papel importante en el caso. Una justificada razón para que los Estados no contendientes participen es que son partes en el tratado que se está interpretando y, como tal, poseen la experiencia de haber negociado el tratado, tienen una perspectiva única sobre cómo debe interpretarse el mismo, logrando también una mejor previsibilidad de las normas en el procedimiento⁹⁵. Lo que le permite al tribunal arbitral tener mayor conocimiento respecto a la interpretación del tratado y "lograr una mayor coherencia interpretativa del mismo"⁹⁶. La norma del Reglamento que analizamos está inspirada en el procedimiento establecido en el artículo 1128 del TLCAN. Sin embargo, mientras que la participación de los Estados Partes no contendientes está concebida como un derecho en el TLCAN, el precepto del Reglamento que nos ocupa establece un límite a la participación de dichos Estados Partes no contendientes, reconociendo únicamente las presentaciones sobre cuestiones de interpretación del tratado concerniente bajo el cual el tribunal ha sido designado, dejando un amplio margen de discreción al tribunal para controlar la participación de los Estados Partes no litigantes.

La legitimidad de la participación de los Estados no Partes en la controversia, pero sí del tratado, deriva del hecho de que estos Estados son los únicos en disputa con obligaciones en virtud de tratados de inversión, en el cual los Estados Partes se comprometen a cumplir dichos tratados y deben garantizar continuamente que sus medidas cumplan con las obligaciones contempladas en los mismos, siendo responsables en daños y perjuicios si sus decisiones no se cumplen. Los Estados pueden estar sujetos a numerosos desafíos y estarán viviendo e interpretando las obligaciones del tratado en cuestión en numerosos contextos y durante muchos años, mientras que los demandantes inversionistas no tienen obligaciones contractuales para con el Estado, y no podrán ser demandados bajo el tratado, por lo que no tienen estricta obligación de cumplir con el mismo. Un inversionista demandante en una disputa está implicado en un suceso "único", el litigio por el cual ha demandado, mientras que los Estados Partes del tratado presentan una vinculación permanente con el mismo.

Por todo lo dicho, resulta positivo que el Reglamento autorice al tribunal arbitral a permitir que Estados no Partes del litigio, pero sí del tratado, puedan presentar escritos sobre otras cuestiones que sean objeto de la Litis, o sea, que puedan presentar comunicaciones sobre otros asuntos dentro del alcance de la disputa. Sin embargo, para poder admitir tal presentación, el tribunal debe tener en cuenta si la

⁹⁴ Tal y como lo establece el Artículo 5.1 del Reglamento: *"El tribunal arbitral permitirá, con arreglo al párrafo 4, que partes en el tratado que no sean litigantes presenten escritos o, tras consultar con las partes litigantes, podrá invitar a partes en el tratado que no sean litigantes a que presenten escritos sobre cuestiones relativas a la interpretación del tratado"*.

⁹⁵ KAUFMANN-KOHLER, G. "Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law", 2011, disponible en: http://www.arbitrationicca.org/media/1/13571335953400/interpretive_powers_of_the_free_trade_commission_and_the_rule_of_law_kaufmann-kohler.pdf, consultado el 15/05/2019.

⁹⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. La Transparencia como paradigma...*op.cit.* p. 253.

Parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento arbitral y que dichas presentaciones o comunicaciones contribuyan a la solución de la disputa por el tribunal, siempre que la presentación de dichos escritos, tal y como reconoce el Reglamento, no signifique acudir a la protección diplomática⁹⁷.

Cuestión ésta última con la que estamos plenamente de acuerdo, ya que la vía diplomática es, generalmente, la primera opción regulada por la gran mayoría de los Estados en sus tratados para la resolución de controversias en materia de inversión. Por lo que resulta inútil que, en una etapa avanzada del procedimiento arbitral, y en el que las partes ya han incurrido en altos costos económicos del proceso, pueda admitirse que una de las partes firmantes del tratado, pero no litigante, presente escritos con el objetivo de acudir a la protección diplomática. En este sentido, el Reglamento sobre la Transparencia tiene un carácter proteccionista del arbitraje de inversiones respecto de la vía diplomática, quizás con el objetivo de mantener alejado de una posible politización el procedimiento arbitral y la disputa en sí que pudiera surgir a través de la intervención de las autoridades diplomáticas de los Estados.

El interés de los Estados Partes de un tratado en las controversias en las que no son Partes contendientes no es sólo defensivo, sino que más bien los Estados tienen un interés imperativo de garantizar que un tratado de inversión proporcione realmente protección a los inversores y promueva la inversión extranjera en el Estado anfitrión. La protección y promoción de las inversiones es una de las razones de ser de la entrada de los Estados en dichos tratados y, por consiguiente, los Estados tienen interés en que los Tratados de Libre Comercio (TLC) o los Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversión (APPRI) se interpreten de manera coherente, lógica. La consistencia en la interpretación del tratado es especialmente importante porque no existe un sistema formal de *stare decisis* o precedente dentro de este régimen de tratados. La credibilidad de todo el sistema de solución de controversias inversionista-Estado se socava cuando se emiten decisiones inconciliables. Estos incidentes siguen produciéndose en la práctica⁹⁸, este tipo de conflicto afecta la credibilidad general del sistema y los Estados tienen interés en evitarlo siempre que sea posible. La participación de los Estados Partes del tratado no contendientes, es una de las formas en que los Estados pueden garantizar la existencia de una jurisprudencia coherente y la integridad del sistema arbitral.

Independientemente de la facultad de los Estados Partes no contendientes para presentar escritos ante el tribunal arbitral, el artículo 5.1 del Reglamento permite que el tribunal pueda invitar a dichos Estados a que presenten escritos sobre cuestiones relativas a la interpretación del tratado. Sin embargo, ante la ausencia de respuesta a tal invitación, el tribunal no está facultado para extraer conclusiones de dicha actitud silente o reacia a pronunciarse⁹⁹. El Reglamento adopta así una actitud permisiva, cuando, a nuestro juicio, debería haber establecido la obligación de los Estados Partes no contendientes de seguir el requerimiento del tribunal, con el objeto de clarificar los puntos controvertidos y propiciar, de este modo, una mayor seguridad jurídica, teniendo en cuenta la repercusión que tienen dichos escritos o

⁹⁷ Teniendo en cuenta el Artículo 5.2 del Reglamento sobre la Transparencia, el cual establece: *"El tribunal arbitral, tras celebrar consultas con las partes litigantes, podrá permitir que partes en el tratado que no sean litigantes presenten escritos sobre otras cuestiones que sean objeto del litigio. Para determinar si permite la presentación de tales escritos, el tribunal arbitral tendrá en cuenta, entre otros factores que considere pertinentes, los factores mencionados en el artículo 4, párrafo 3, y, a fin de aportar una mayor certeza, la necesidad de evitar la presentación de escritos en que se apoye la reclamación de un inversionista de modo tal que equivalga a protección diplomática"*.

⁹⁸ FRANCK, S.D. "The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties have a Bright Future", *University of California*, Vol. 12, 2005, pp. 60-63.

⁹⁹ En este sentido, el Artículo 5.3 del Reglamento sobre la Transparencia establece que: *"El tribunal arbitral no sacará conclusión alguna de la falta de escritos o de respuesta ante una invitación formulada con arreglo a lo establecido en los párrafos 1 o 2"*.

comunicaciones en la uniformidad interpretativa del tratado en el que se basa el proceso arbitral y hasta en el propio laudo final.

En otro orden de cosas, es preciso recordar que, ante la existencia de escritos presentados por las partes, el Reglamento establece que el tribunal arbitral debe velar porque los mismos no perturben el procedimiento ni cause perjuicios indebidos a las partes¹⁰⁰, dándole la posibilidad a las Partes contendientes de presentar sus alegaciones¹⁰¹.

En consecuencia, y desde el punto de vista práctico, creemos que reconocer legalmente en uno de los preceptos del Reglamento, la obligación del tribunal arbitral para pronunciarse en caso de ausencia de escritos o respuesta ante una invitación formulada por éste a las Partes del tratado no contendientes, incentivaría la participación de estos en el procedimiento arbitral y, en cierta medida, podría estimular a los Estados para establecer dicha obligación respecto a las partes en futuros tratados, o renegociar los existentes en ausencia de dicha obligación. En este sentido, debe reconocerse la relevancia del TLCAN, el cual en su Capítulo Once, y en virtud del artículo 1128¹⁰², establece que los Estados tienen derecho a presentar observaciones sobre una cuestión de interpretación del TLCAN, existiendo disposiciones complementarias en los artículos 1127¹⁰³ y 1129¹⁰⁴ que estipulan que un Estado que no contesta puede recibir notificación de reclamaciones y copias de alegatos, siendo ésta la vía fundamental e innovadora para dar voz al Estado no contendiente en los procedimientos bajo este capítulo. De esta manera, el artículo 1128 del TLCAN es considerado como una "disposición innovadora", permitiendo

¹⁰⁰ Tal y como lo establece el Artículo 5.4 del Reglamento sobre la Transparencia: "*El tribunal arbitral asegurará que los escritos presentados no perturben ni dificulten innecesariamente el procedimiento arbitral y no causen ningún perjuicio indebido a ninguna de las partes litigantes*".

¹⁰¹ AL respecto, el Artículo 5.5 del Reglamento sobre la Transparencia reconoce que: "*El tribunal arbitral asegurará que se dé a las partes litigantes una oportunidad razonable de hacer observaciones acerca de los escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes*".

¹⁰² En el contexto del Capítulo Once del TLCAN, el derecho de presentar comunicaciones sobre la interpretación de tratados, Artículo 1128, ha sido invocado por al menos un Estado Parte no contendiente en la mayoría de los casos del TLCAN concluidos hasta el momento. Desde los inicios, los Estados Partes no contendientes a menudo hicieron varias presentaciones conforme al Artículo 1128, por ejemplo: en el caso *Pope & Talbot Inc. vs. Canadá (1999)*, en el cual México y Estados Unidos presentaron cada uno ocho comunicaciones; el caso *Methanex Corp. vs. Estados Unidos (1999)*, en el cual Canadá y México presentaron cada uno tres escritos y; en *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) vs. Canadá*, ICSID Case No. UNCT/02/1, 2000, en el cual México y Estados Unidos, presentaron tres comunicaciones según el Artículo 1128. Las comunicaciones del Artículo 1128 del TLCAN se han centrado en una amplia variedad de cuestiones respecto a la interpretación, alcance y cobertura del tratado, el trato nacional, el nivel mínimo de trato, los requisitos de desempeño y la expropiación. En ocasiones, los tribunales han solicitado la opinión de los Estados Partes no contendientes del TLCAN sobre cuestiones de interpretación de tratados. Véase, por ejemplo: *Mobil Investments Canadá Inc. and Murphy Oil Corporation vs. Canadá*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, 2007, segunda presentación de escritos de los Estados Unidos y México en relación con el Artículo 1128, de fecha 21 de enero de 2011.

¹⁰³ El Artículo 1127 del TLCAN establece que: "*La Parte contendiente entregará a las otras Partes: a) notificación escrita de una reclamación que se haya sometido a arbitraje a más tardar 30 días después de la fecha de sometimiento de la reclamación a arbitraje; y b) copias de todas las comunicaciones presentadas en el procedimiento arbitral*".

¹⁰⁴ A tales efectos, el Artículo 1129 del TLCAN establece que: 1. "*Una Parte tendrá a su costa derecho a recibir de la Parte contendiente una copia de: (a) las pruebas ofrecidas al tribunal; y (b) argumentos escritos presentados por las partes contendientes*". 2. "*Una Parte que reciba información conforme a lo dispuesto en el párrafo 1, dará tratamiento a la información como si fuera una Parte contendiente*".

reconocer el interés sistémico de cada Estado Parte en la interpretación del tratado¹⁰⁵.

La presentación de escritos o comunicaciones de terceros Partes del tratado no contendientes puede, en ocasiones, ejercer una cierta presión sobre el tribunal arbitral cuando dichas presentaciones son coincidentes con la posición que asume el Estado demandado. En tal sentido, el principal problema que puede surgir es si dicha coincidencia puede dificultar la aplicación de ciertas garantías de inversión y, por lo tanto, ser determinantes en la resolución de la disputa¹⁰⁶.

En correspondencia con el Capítulo Once del TLCAN, el Capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, específicamente el Artículo 10.20.2¹⁰⁷, permite también que los Estados Partes no contendientes puedan presentar al tribunal arbitral comunicaciones orales o escritas relacionadas con la interpretación del tratado, permitiendo que en caso de un arbitraje inversionista-Estado, cualquiera de los Estados Partes puedan pronunciarse respecto a las cuestiones relacionadas con los tratados de inversión en los que se basa el caso, estando en relación, a su vez, con el artículo 10.21.1 del propio tratado que regula la transparencia en los procedimientos arbitrales, el cual obliga al Estado Parte contendiente -o sea, al Demandado- a entregar al resto de Estados Partes no contendientes los documentos¹⁰⁸ relacionados con el caso y la publicación de los mismos, es decir, ponerlos a disposición del público, permitiendo que el tribunal arbitral se pronuncie y pueda extraer conclusiones al respecto. De esta forma, el tratado permite que todos los Estados Partes puedan revisar los documentos pertinentes y tener conocimiento de las cuestiones de interpretación de los tratados relacionados con el caso. En este sentido, el cumplimiento de ambos artículos, no solo garantiza el conocimiento público de la información o documentación relacionada con el litigio, sino también que los Estados Partes no contendientes puedan ejercer sus derechos para realizar presentaciones orales y escritas sobre cuestiones relacionadas con la interpretación del CAFTA -DR¹⁰⁹, lo que favorece el

¹⁰⁵ KINNEAR, M.N. "Artículo 1128 - Participación de una Parte en las disputas de inversión en virtud del TLCAN", en Guía comentada del TLCAN Capítulo 11, Suplemento No. 1, *Kluwer Law International*, 2006, p. 1128-1.

¹⁰⁶ FRY, J.D., REPOUSIS O.G. "Intertemporality and International Investment Arbitration: Protecting the Jurisdiction of Established Tribunals", *Arbitration International Law*, Vol 31, 2015, pp. 223-259.

¹⁰⁷ En lo adelante, CAFTA-DR. El CAFTA-DR entró en vigor para los Estados Unidos, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua en el año 2006, para la República Dominicana en el año 2007 y para Costa Rica en el año 2009. El Capítulo 10 del CAFTA-DR se refiere a la inversión e incluye disposiciones respecto a las obligaciones de las Partes con respecto a "inversionistas de otra Parte" e "inversiones cubiertas" (Sección A), así como a la solución de controversias entre inversionista y Estado (Sección B). En su artículo 10.20.2 establece que: "*Una Parte no contendiente podrá presentar comunicaciones orales o escritas ante el tribunal con respecto a la interpretación de este Tratado*".

¹⁰⁸ En este sentido el artículo 10.21.1 reconoce que: "*Sujeto a los párrafos 2 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los entregará con prontitud a las Partes no contendientes y los pondrá a disposición del público: (a) la notificación de intención; (b) la notificación de arbitraje; (c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el Artículo 10.20.2 y 10.20.3 y el Artículo 10.25; (d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles y; (e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal*".

¹⁰⁹ En el contexto del CAFTA-DR, podemos citar, entre otros, los siguientes casos: *Commerce Group Corp. y San Sebastián Gold Mines, Inc. vs. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, 2009, en el que El Salvador presentó objeciones preliminares de conformidad con el proceso acelerado conforme al Artículo 10.20.5, y se presentaron en el caso dos comunicaciones de Estados Partes no contendientes de conformidad con el Artículo 10.20.2, relativo a la interpretación de la disposición de exención, Artículo 10.18.2: por parte de Costa Rica y de Nicaragua en fecha 1 de noviembre de 2010. Las comunicaciones presentadas por ambos Estados fueron tenidas en cuenta por el tribunal arbitral en el laudo final, el cual se cita las cuestiones más relevantes de las comunicaciones presentadas por ambos Estados Partes no

pronunciamiento del tribunal y que el mismo pueda elaborar mejores conclusiones en los litigios amparado bajo el propio tratado.

Los dos tratados comentados antes pueden constituir un punto de referencia de los Estados a nivel internacional como elemento referencial para establecer en futuros tratados a negociar la obligación de participar, mediante la presentación de escritos o comunicaciones en el procedimiento arbitral, como Estados Partes no contendientes. Elementos estos que debían haberse tenido en cuenta en el Reglamento sobre la Transparencia, como garante de la transparencia en el arbitraje de inversiones. Máxime cuando tiene carácter universal a través de la propia Convención de Mauricio, de obligatorio cumplimiento para los Estados Partes.

4.6 Audiencias.

La celebración de las audiencias es uno de los temas más controvertido del Reglamento sobre la Transparencia en el arbitraje inversionista-Estado en el marco de un tratado, se distancia del resto de otras reglas arbitrales¹¹⁰, debido a la exigencia de celebrar las audiencias públicas¹¹¹, siendo ésta la regla básica del Reglamento. Solo estarán sujetas a las siguientes limitaciones: a) la información confidencial¹¹²; b) la protección de la integridad del proceso; y c) por razones logísticas, es decir que exista el aprovisionamiento material necesario que se especifica a continuación¹¹³.

El Reglamento faculta al tribunal arbitral para que decida cómo celebrar las audiencias de forma tal que facilite la posibilidad de participación del público, así como que el propio tribunal arbitral adopte las medidas necesarias para, de ser necesario, el público pueda presenciárselas con la utilización de medios informáticos, ya sea a través de vídeo u otros medios en línea que estime pertinente. El presente precepto ilustra una parte de la práctica arbitral llevada a cabo en algunos casos administrados bajo las reglas del CAFTA-DR y en el que parte de las audiencias se han transmitido en directo por internet. El primer caso en el que una audiencia del CIADI fue transmitida públicamente por Internet fue el caso *Pac Rim Cayman LLC vs.*

contendientes y que resultaron de gran utilidad en la elaboración de las conclusiones finales, tal y como reconoce el propio tribunal; el caso, *Railroad Development Corporation vs. Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, 2007, en el cual los Estados de El Salvador y Honduras presentaron en enero de 2012, comunicación relacionada con el Capítulo 10 del CAFTA-DR, específicamente, respecto a si es posible o no la aplicación del Artículo 10.20.2 y 10.5 a los litigios surgidos con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado y a la interpretación del concepto de trato justo y equitativo, respectivamente.

¹¹⁰ Como puede ser el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el cual en su Artículo 28.3 establece: "Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada a menos que las partes acuerden lo contrario. El tribunal arbitral podrá requerir a todo testigo o perito que se retire durante la declaración de otros testigos, salvo que, en principio, no deberá requerirse, a un testigo o perito que sea parte en el arbitraje, que se retire".

¹¹¹ Al respecto, el Artículo 6.1 del Reglamento sobre la Transparencia establece: "A reserva de lo dispuesto en el artículo 6, párrafo 2 y 3, las audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales (audiencias) serán públicas".

¹¹² Tal como establece el Artículo 6.2 del Reglamento sobre la Transparencia: "Cuando sea necesario proteger la información confidencial o la integridad del proceso arbitral con arreglo a lo establecido en el artículo 7, el tribunal arbitral adoptará disposiciones para celebrar en privado la parte de la audiencia que deba ser protegida".

¹¹³ En este sentido, el Artículo 6.3 del Reglamento establece: "El tribunal arbitral adoptará disposiciones logísticas para facilitar el acceso del público a las audiencias (incluso, según proceda, organizando la asistencia mediante enlaces de vídeo u otros medios que estime conveniente). No obstante, el tribunal arbitral podrá, tras celebrar consultas con las partes litigantes, decidir que toda la audiencia o parte de ella se celebre en privado cuando resulte necesario por motivos logísticos, por ejemplo, cuando debido a las circunstancias no pueda adoptarse ninguna disposición logística viable para permitir el acceso del público a las audiencias".

*República de El Salvador*¹¹⁴, litigio en el que Pac Rim Cayman LLC (Demandante) alegó que el Gobierno de El Salvador (Demandado) lo privó de un "derecho perfeccionado" a una concesión de explotación minera en el proyecto de El Dorado, así como otros reclamos secundarios realizados bajo el CAFTA-DR. Durante el desarrollo del procedimiento, El Salvador presenta objeciones a la jurisdicción, competencia y admisibilidad del tribunal arbitral a tenor de lo establecido en las Reglas del CIADI, objeciones en virtud de las cuales el Tribunal decide inadmitir la demanda. Las audiencias sobre jurisdicción fueron transmitidas públicamente sobre la base de las disposiciones en materia de transparencia del CAFTA-DR, Art. 10.21.

No obstante, cuando no concurren las condiciones logísticas necesarias para llevar a cabo el conocimiento público de las audiencias, el tribunal arbitral está facultado, previa consulta con las partes, para decidir qué parte de la audiencia o la audiencia en general, se celebre en privado¹¹⁵. Así pues, en el reiterado caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, el tribunal arbitral sostiene: "una Parte puede solicitar que una parte de la audiencia sea privada y confidencial, que la transmisión de la audiencia se suspenda temporalmente o que la información protegida sea excluida de la transmisión de vídeo. En la medida de lo posible, una Parte informará al Tribunal antes de plantear temas en los que se pueda esperar que surja información confidencial o protegida. El Tribunal consultará entonces a las Partes. Dichas consultas se realizarán a puerta cerrada y la transcripción se marcará como "confidencial". Después de consultar con las Partes, el Tribunal decidirá si se excluye la información en cuestión de la transmisión y la parte correspondiente de la transcripción se marcará como confidencial"¹¹⁶.

El literal del precepto 6.3 del Reglamento sobre la Transparencia, establece que el tribunal antes de tomar la decisión de admitir o no el acceso público a la audiencia en general o, a parte de ella, debe adoptar las medidas necesarias que faciliten el acceso público desde mucho antes de la celebración de la audiencia¹¹⁷, cuestión que consideramos muy positivo. De esta manera se limita la facultad de actuar del tribunal arbitral, lo que facilita que el mismo, por simples motivos no bien

¹¹⁴ Véase, el caso *Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, 2009. Documentación disponible en: <https://www.italaw.com/cases/783>, consultado el 15/05/2019.

¹¹⁵ De esta forma, el Reglamento sobre la Transparencia no se aleja mucho de la Regla 32(2) del Reglamento del CIADI y la Regla 39(2) del Mecanismo Complementario, las cuales coinciden en establecer: "Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de la información privilegiada o protegida".

¹¹⁶ Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, "Transparency", párrafo 14 (iii), 2015; "At any time during the hearings, a Party may request that a part of the hearing be held in private and that confidential, that the broadcast of the hearing be temporarily suspended or that protected information be excluded from the video transmission. To the extent possible, a Party shall inform the Tribunal before raising topics where confidential or protected information could reasonably be expected to arise. The Tribunal will then consult the Parties. Such consultations shall be held in camera and the transcript shall be marked "confidential". After consultation with the Parties, the Tribunal will decide whether to exclude the information in question from the broadcast and the relevant portion of the transcript shall be marked "confidential". The transcript made public by the Repository shall redact those portions of the hearing marked "confidential".

¹¹⁷ Tal y como ha sucedido en el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, Procedural Order No. 2, "Transparency", 2015, párrafo 14. (i), donde el tribunal argumenta; "The hearings will be broadcast and made publicly accessible by video link on the ICSID website. An audio-video recording will also be made of hearings. For logistical reasons, physical attendance by third persons at hearings shall be subject to the Tribunal's approval".

justificados, pueda impedir el acceso público a la audiencia. Ahora bien, resulta significativo resaltar que en caso de que no se lleve a cabo el acceso público a las audiencias por cualquiera de las razones antes expuestas, eso no impedirá que los terceros pudiesen tener conocimiento de las transcripciones de las mismas. Las transcripciones se rigen por una regla diferente, establecida en el artículo 3.1 del Reglamento sobre la Transparencia. Por lo que los aspectos que no estén dentro de la confidencialidad establecida en el artículo 7 del Reglamento, podrán ser revelados públicamente.

4.7 Excepciones a la norma de transparencia.

4.7.1 Información confidencial o protegida.

La transparencia bajo el Reglamento es limitada. Las excepciones o limitaciones a la misma están previstas en el artículo 7¹¹⁸. Este precepto favorece el equilibrio entre las disposiciones sobre divulgación previstas en el propio Reglamento y las excepciones de confidencialidad o información protegida¹¹⁹. Las reglas del mencionado artículo dejan a la discrecionalidad del tribunal el procedimiento a seguir en caso de existir información confidencial o protegida¹²⁰. En este caso el tribunal puede decidir sobre el plazo que tendrán las partes para solicitar que un determinado documento sea declarado confidencial. En este sentido, en el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, el tribunal le concedió a las partes "un plazo de 21 días para notificar que determinado documento presentado debe ser protegido, confidencial"¹²¹. Una vez notificado por las partes al tribunal la confidencialidad del documento, éstas deben especificar qué parte del mismo debe ser protegido o si es en su totalidad. De esta forma el tribunal llevará a cabo los procedimientos oportunos para seleccionar y suprimir dicha información. No obstante, la decisión final la tendrá el tribunal una vez consultado con las partes¹²². Tal y como reconoció el Tribunal del

¹¹⁸ En este sentido, el Artículo 7.1 del Reglamento sobre la Transparencia establece: "La información confidencial o protegida, como se define en el párrafo 2 y se determina en cumplimiento de las disposiciones a que se hace referencia en los párrafos 3 y 4, no se pondrá a disposición del público con arreglo a los artículos 2 a 6".

¹¹⁹ Al respecto, el Artículo 7.2 del Reglamento sobre la Transparencia establece: "La información confidencial o protegida consiste en: a) Información comercial confidencial; b) Información que, conforme al tratado, no debe ponerse a disposición del público; c) Información que no debe ponerse a disposición del público, en el caso de la información del Estado demandado, con arreglo a la legalización de este, y en el caso de información de otro tipo, con arreglo a cualquier ley o normativa que el tribunal arbitral determine que es aplicable a la divulgación de esa clase de información; o, d) Información cuya divulgación impidiera hacer cumplir la ley".

¹²⁰ Tal y como lo establece el Artículo 7.3 del Reglamento sobre la Transparencia: "El tribunal arbitral, tras celebrar consultas con las partes litigantes, adoptará disposiciones para impedir que se ponga información confidencial o protegida a disposición del público".

¹²¹ Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, "Transparency", 2015, párrafo 15. "Pursuant to Article 7(3)(a), each Party or third person shall give notice within 21 days from the filing of a document that it seeks protection for confidential or protected information in that document. In the absence of such notice, the Tribunal will authorize the publication of any document mentioned in Section 12(iii) above". El artículo 7.3 a) del Reglamento sobre la Transparencia, faculta al tribunal al disponer, "los plazos para que una parte litigante, una parte en el tratado no litigante o un tercero indique que desea proteger dicha información en los documentos".

¹²² Tal como lo establecen los Artículos 7.3 b) y c), los cuales establecen que el tribunal procederá con los "procedimientos para seleccionar y suprimir rápidamente de esos documentos la información confidencial o protegida; y los procedimientos para celebrar audiencias en privado, en la medida en que ello se prevea en el artículo 6, párrafo 2. El tribunal arbitral decidirá, previa consulta con las partes litigantes, si determinada información es confidencial o protegida".

caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, al establecer “cualquier solicitud de protección de información confidencial o protegida realizada de conformidad con el párrafo anterior deberá identificar específicamente la parte (o partes) del documento que se pretende designar como confidencial o protegido. Después de consultar a las Partes, el Tribunal decidirá si la información identificada es confidencial o protegida”¹²³. Decisión contra la cual, el Reglamento no establece la posibilidad de que las partes puedan presentar recurso alguno.

En este sentido, resulta interesante que el propio Reglamento no establezca la ley aplicable por la que se regirá el tribunal para determinar la confidencialidad de la información proporcionada, otorgándole al tribunal arbitral la facultad de decidir sobre cuál será el Derecho sustantivo que regirá tal cuestión. Con excepción en el caso de la información del Estado demandado, que especifica que dicha información será confidencial si así lo establece la legislación del mismo¹²⁴, y con respecto a la información de los Estados demandados, los cuales no estarán obligados a divulgar información que consideren contrarias a sus intereses de seguridad esenciales¹²⁵. Tal y como lo reconoce la Ley española sobre secretos oficiales cuando reconoce que tendrán carácter de secreto toda materia clasificada, considerando así “los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”¹²⁶. Se trata, sin duda, de una regla excepcionalísima del Reglamento sobre la Transparencia, o, si se prefiere, una cláusula de auto ejecución, dirigida a salvaguardar los intereses esenciales de seguridad de los Estados¹²⁷.

Sin embargo, estas excepciones también tienen sus límites. Si un Estado mantiene la confidencialidad de la información, o considera que la misma no debe divulgarse para proteger sus intereses esenciales de seguridad, dicha información gozará de protección conforme a su propia legislación, por lo que consideramos que ni siquiera debe ser presentada al tribunal. Solo sería posible aplicar dicha excepción de confidencialidad de la información si fuese solicitado por el Estado demandado al tribunal arbitral, encontrándose la misma en poder del inversionista, o cuando estando en poder del inversionista éste la ha presentado posteriormente al tribunal. Cabe la posibilidad también de que dicha información se haya presentado voluntariamente al tribunal por el Estado demandado¹²⁸. Al respecto, ¿puede el tribunal arbitral rechazar la determinación que respecto a la confidencialidad de la información pueda hacer el Estado demandado? Consideramos que si la información se presenta al tribunal, éste podría rechazar dicha petición, siempre que el Derecho

¹²³ Véase también, el caso, *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Véase, Procedural Order No. 2, “Transparency”, 2015, párrafo 16; “Pursuant to Article 7(3)(b), any request to protect confidential or protected information made in accordance with the preceding paragraph shall specifically identify the part (or parts) of the document sought to be designated as confidential or protected. After consulting the Parties, the Tribunal will decide whether the identified information is confidential or protected. If the information is found to be confidential or protected, the Party or third person will provide the Tribunal with a redacted version of the document in question. The Tribunal will thereafter transmit that document to the Repository for publication”.

¹²⁴ Véase, Artículo 7.2 c) del Reglamento.

¹²⁵ Tal y como lo establece el Artículo 7.5 del Reglamento sobre la Transparencia: “Nada de lo dispuesto en este Reglamento obligará al Estado demandado a poner a disposición del público información cuya divulgación considere contraria a sus intereses de seguridad esenciales”.

¹²⁶ Artículo 2 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales. Publicada en el BOE, No. 84, de 6 de abril de 1968.

¹²⁷ YANNACA-SMALL, K. “Essential Security Interests under International Investment Law”, *OECD International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*, Paris, 2007.

¹²⁸ JOHNSON, L., BERNASCONI-OSTERWALDER, N. *New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency...op.cit...p. 22.*

aplicable al arbitraje así lo permita¹²⁹, siendo responsabilidad del Estado demandado haber tomado las medidas necesarias para proteger de la publicidad la información. De este modo se impide que los Estados demandados hagan un uso indebido de la protección que les brinda el Reglamento respecto de la protección de la información.

4.7.2 Integridad del proceso arbitral.

Con una simple lectura de los preceptos que nos ocupa, resulta sencillo poder comprender la escueta noción que respecto al concepto de integridad del procedimiento arbitral establece el Reglamento sobre la Transparencia, ceñido únicamente a la publicación de la información. Sin embargo, una de las obligaciones básicas que asiste al tribunal arbitral es dictar un laudo que sea ejecutable, para lo cual, entre otras cosas, resulta imprescindible que el proceso arbitral se celebre cumpliéndose las normas del debido proceso¹³⁰ o *due process* en todos los aspectos del procedimiento, cualesquiera sean las reglas que deban aplicarse. Así pues, en ausencia de un concepto preciso de integridad del proceso arbitral, consideramos que, en un sentido amplio, dicha noción se refiere al conjunto de principios que sustentan dicho proceso y su normal cumplimiento, encontrándose, entre otros, el principio de igualdad de trato y audiencia y contradicción, teniendo en cuenta, a su vez, la responsabilidad que asume el propio tribunal, no sólo para con el proceso arbitral, sino también hacia las partes sobre cuyos derechos deciden, hacia el público y terceras personas que participen en el proceso¹³¹, observando siempre los altos estándares de conductas.

El deber del tribunal arbitral de preservar la integridad del proceso arbitral no puede estar exento de cumplir los requerimientos de transparencia. Es importante que desde el comienzo se clarifiquen las reglas que regirán el proceso, así como el tratamiento que se le debe dar a la información protegida o confidencial, estando en consonancia con lo establecido en el artículo 7.6 del Reglamento sobre la Transparencia¹³². Pero una inadecuada interpretación del precepto podría llevarnos a pensar que la integridad del procedimiento entrañaría, precisamente, el peligro de socavar todo el propósito del Reglamento: la transparencia en el procedimiento arbitral.

Sin embargo, el propio Reglamento faculta al tribunal arbitral para que por iniciativa propia, o a solicitud de una de las partes, pueda tomar las medidas que considere oportunas respecto a la publicación de la información, cuando ésta pudiera ser utilizada por terceras personas u otras circunstancias excepcionales que pongan en peligro el normal desarrollo del procedimiento¹³³, es decir, cuando al poner la

¹²⁹ A tenor de lo establecido en el Artículo 1.8 del Reglamento sobre la Transparencia.

¹³⁰ El incumplimiento de las normas del debido proceso puede dar lugar a la inejecutabilidad del laudo, teniendo en cuenta el Artículo V, 1b) de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales de 1958 (Convención de Nueva York), el cual establece: b) *Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa*; estando en relación, a su vez, con lo establecido en el Artículo 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, que reconoce: *“Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”*.

¹³¹ GUAIA, C.I. “Facultades implícitas del tribunal arbitral en cuestiones éticas”, *Arbitrajes PUCP*, No. 6, 2016, p. 87.

¹³² En este sentido, el Artículo 7.6 del Reglamento sobre la Transparencia establece: *“No se pondrá información a disposición del público con arreglo a los artículos 2 a 6 cuando esa información, si se pusiera a disposición del público, pudiera poner en peligro la integridad del proceso arbitral conforme a lo dispuesto en el párrafo 7”*.

¹³³ Tal y como lo establece el Artículo 7.7 del Reglamento sobre la Transparencia: *“El tribunal podrá, por iniciativa propia o a solicitud de una parte litigante, previa consulta con las partes litigantes cuando sea viable, adoptar las medidas adecuadas para impedir o demorar la publicación de información cuando tal publicación pueda poner en peligro la integridad del proceso arbitral porque pueda dificultar la reunión o presentación de pruebas, dar lugar a la*

información a disposición del público, tal publicación pueda obstaculizar la recopilación de pruebas o resultar en la intimidación de las partes, abogados o miembros del Tribunal.

Está por ver si el oscuro y vago concepto de integridad procesal expresado en las disposiciones, tendrá alguna utilidad para resolver las dudas que se plantean los tribunales arbitrales respecto a ciertos problemas relativos a la compatibilidad de la transparencia en las actuaciones arbitrales con la salvaguarda de ciertas garantías procedimentales, por ejemplo, en materia de prueba, salvaguarda del derecho de defensa, etc. No creemos que existan razones para ser demasiado optimista a este respecto.

4.8 Archivo de la información publicada.

El Reglamento sobre la Transparencia, si realmente pretende que los arbitrajes de inversiones sean transparentes, no puede concluir de otra manera que no sea con el establecimiento de un repositorio o archivo para divulgar o publicar dicha información. De esta manera, la información se encontrará pública en el sitio web de la CNUDMI¹³⁴, lo que resulta de gran importancia ya que permite tener concentrado, aunque existen sus excepciones, en un único sitio toda la información relacionada con el arbitraje de inversiones en los que se apliquen las normas de transparencia establecidas en el Reglamento para su publicación. Nos referíamos antes a ciertas excepciones, debido a que, en determinados casos, no siempre el repositorio de la CNUDMI será el elegido para la publicación de la información. Hay que tener en cuenta que el propio artículo 8 faculta a la CNUDMI a nombrar otra institución que pueda llevar a cabo dicha función, como puede suceder en ciertos casos de arbitraje ante el CIADI, que aunque se apliquen las reglas de transparencia de la CNUDMI, en la mayoría de ellos el repositorio queda en manos de la propia institución CIADI¹³⁵.

El archivo ya ha comenzado a funcionar y hasta la fecha solo existe un número de ocho casos registrados, seis pertenecientes a Canadá -de los cuales dos están pendientes de solución y cuatro ya se han concluido-, un caso de Bolivia y un caso de Guinea; éstos dos últimos aún están pendientes de solución¹³⁶.

5. La convencionalización de las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI : la Convención de Mauricio.

En epígrafes anteriores nos hemos referido a la posibilidad de ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Transparencia -ya sea por un acuerdo entre las partes litigantes o por un acuerdo de las partes del tratado- a los arbitrajes celebrados bajo un tratado con fecha anterior al 1 de abril de 2014, siendo posible por la aprobación de la Convención sobre la Transparencia o Convención de Mauricio¹³⁷. El objetivo general es promover la transparencia en los arbitrajes de inversiones y facilitar el proceso de participación de los Estados en la aplicación de las reglas contenidas en el Reglamento sobre la Transparencia a los tratados existentes.

intimidación de testigos, abogados de las partes litigantes o miembros del tribunal arbitral, o en circunstancias excepcionales comparables".

¹³⁴ Tal como lo establece el Artículo 8 del Reglamento sobre la Transparencia: "El archivo de la información pública conforme al Reglamento sobre la Transparencia será el Secretario General de las Naciones Unidas o una institución nombrada por la CNUDMI".

¹³⁵ Véase, al respecto, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/2, Procedural Order No.2, "Transparency", párrafo 17, 2015.

¹³⁶ Véase; el Registro de Transparencia de la CNUDMI, disponible en: <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp>, consultado el 15/05/2019.

¹³⁷ El texto de la Convención sobre la Transparencia de la CNUDMI se encuentra disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-s.pdf>, consultado el 15/05/2019.

La Convención tiene como principales objetivos: primero, que la gran mayoría de los Estados que estén interesados en adoptar la transparencia como criterio general en los tratados que reglan los arbitrajes de inversiones de los que son partes y las organizaciones internacionales de integración económica, puedan contar con un instrumento práctico y eficiente que les permita ampliar su aplicación a los más de 3.000 tratados bilaterales individuales de inversión, independientemente de la fecha del tratado subyacente a la disputa y las reglas aplicables al mismo, evitando así las renegociaciones de sus tratados¹³⁸. En segundo lugar, permitir que el Reglamento sobre la Transparencia no sólo fuese aplicable a arbitrajes de inversiones bajo las reglas arbitrales de la CNUDMI, sino también a todos los arbitrajes inversionista-Estado bajo tratados de inversión.

En este sentido, consideramos que, teniendo en cuenta el carácter ambicioso de la Convención, si logra tener éxitos, siendo asumida por un gran número de Estados, las reglas establecidas en el Reglamento sobre la Transparencia implicarán una modificación al régimen procedimental de arbitraje de inversiones. Mientras que las Reglas de Transparencia tienen como última finalidad influir en la redacción de futuros TBI, haciendo que los mismos puedan adecuarse a los estándares de transparencia establecidos por las propias Reglas, la Convención lo que pretende es la homogenización de las normas de transparencia en los actuales tratados de inversión.

La Convención hace una incorporación por referencia del Reglamento sobre la Transparencia, y establece dos mecanismos para la aplicación del Reglamento: el "acuerdo bilateral o multilateral" y la "oferta unilateral". Se entiende por "acuerdo bilateral" la situación en la que el Estado demandado y el Estado del inversor son partes en el Convenio, o sea, cuando ambas o más partes de un TBI ratifican la Convención¹³⁹. Al respecto, presumiendo que ninguno de los Estados haya formulado la reserva pertinente, las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI se aplicarán a cualquier arbitraje inversor-Estado entablado en virtud del tratado de inversión pertinente, ya sea de conformidad con las normas de la CNUDMI o algunas otras normas arbitrales. En relación a la "oferta unilateral", se refiere a la situación en la que el Estado Demandado es parte en la Convención, pero el Demandante (Estado del inversor) no. Al respecto, suponiendo que no exista la consabida reserva, el Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI se aplicará solo si el inversionista reclamante está de acuerdo¹⁴⁰. Estos mecanismos de aplicación pueden verse restringidos en su radio de acción o completamente fracasados, teniendo en cuenta el amplio margen de reservas que establece la propia Convención.

En el conjunto de preceptos que conforman la Convención se establecen tres reservas que los Estados pueden formular respecto de su aceptación: i) un Estado puede indicar tratados de inversión específicos a los que no se aplicará la Convención¹⁴¹; ii) un Estado puede declarar que las Reglas de Transparencia no se aplicarán a arbitrajes

¹³⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. La Transparencia como paradigma...*op.cit.* p. 269.

¹³⁹ En este sentido, el Art. 2.1 de la Convención establece: "*El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia se aplicará a todo arbitraje entre inversionistas y Estados, entablado o no de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que el demandado sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva pertinente en virtud del artículo 3.1 a) o 3.1 b) y el demandante sea de un Estado que sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva pertinente en virtud del artículo 3.1 a)*".

¹⁴⁰ Al respecto, el Art. 2.2 de la Convención establece: "*Cuando el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia no sea aplicable en virtud del párrafo 1, dicho Reglamento se aplicará a todo arbitraje entre inversionistas y Estados, entablado o no de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que el demandado sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva relacionada con ese arbitraje en virtud del artículo 3.1 y el demandado consienta en la aplicación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia*".

¹⁴¹ El Art. 3.1 a) de la Convención establece: "*No aplicará la presente Convención a un arbitraje entre inversionistas y un Estado en virtud de un determinado tratado de inversiones, identificado con su título y con el nombre de las partes contratantes en dicho tratado*".

conducidos bajo reglas distintas a las Reglas de la CNUDMI, por ejemplo las Reglas del CIADI¹⁴² y iii) un Estado puede declarar que las Reglas de Transparencia de la CNUDMI no se aplicarán en los arbitrajes entre inversionistas y Estado en los que es demandado¹⁴³.

Sin embargo, con solo mirar el reducido número de Estados Partes de la Convención (Camerún, Canadá, Gambia, Mauricio y Suiza¹⁴⁴), y con una simple lectura del texto de la misma, nos resulta suficiente para percatarnos de que la búsqueda de su principal objetivo, a día de hoy, es más que fallida, lo que demuestra que, si bien la CNUDMI ha mostrado su empeño por una mayor transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, existen un gran número de Estados con una actitud reticente ante las negociaciones de la Convención. Así pues, de los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas sólo 23 han firmado la Convención, aunque debemos destacar que algunos gobiernos se han interesado por el tema y se han ido pronunciando al respecto; ejemplo de ellos es el Gobierno australiano, que en sus recientes enmiendas propuestas a su régimen de arbitraje internacional de inversiones, ha estado abordando las implicaciones de la Convención de Mauricio en su Derecho interno¹⁴⁵.

No obstante, con solo adentrarnos en los preceptos de la Convención, podemos comprender que la misma resulta de difícil aplicación. En otras palabras, podrá ser considerada letra muerta para los Estados. Una simple lectura de los artículos que regulan las reservas que podrán formular los Estados Partes para no aplicar la Convención (art. 3 y 4), reservas que constituyen el epicentro neurálgico de la misma, nos resulta suficiente para comprender su no operatividad. Son tantas las reservas que pueden interponer los Estados que no queda opción alguna en la que al menos se motive a los Estados adherirse a dicha Convención. Su éxito dependerá tanto de la voluntad de los Estados en adherirse a la misma, de asumir las Reglas sobre la Transparencia e incorporarlas a los futuros tratados, como de refrenarse a las reservas reconocidas en el texto de la Convención y que pueden interponer los propios Estados. Tanto es así que, con excepción de Canadá que ha tenido en cuenta en sus APPRI los objetivos de transparencia propuestos en la Convención, e incluso actualizando su propia política de inversión, el resto de los Estados Partes ni siquiera han incorporado a sus ordenamientos internos la misma. Motivos por los que creemos que resulta difícil que la Convención garantice una verdadera seguridad para los Estados en el arbitraje de inversiones en busca de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral. Tal y como reconocen algunos autores, "la Convención no es más que un complicado texto, cuya redacción e interpretación tiende más a equívocos que al logro del verdadero objetivo con el que se ha creado"¹⁴⁶.

6. Consideraciones finales.

No existe un concepto de transparencia en el arbitraje internacional. Dicha ausencia conlleva a la existencia de una incoherencia normativa al respecto, por lo

¹⁴² En este sentido el Art. 3.1 b) de la Convención reconoce que: "*Los párrafos 1 y 2 del artículo 2 no se aplicarán a los arbitrajes entre inversionistas y Estados que se tramiten utilizando un determinado conjunto de reglamentos o procedimientos arbitrales distintos del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y en los que sea parte demandada*".

¹⁴³ Al respecto, el Art. 3.1 c) establece que: "*El artículo 2.2 no se aplicará a los arbitrajes entre inversionistas y Estados en los que sea parte demandada*".

¹⁴⁴ Véase, situación actual de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014). Disponible en; http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html, consultado el 15/05/2019.

¹⁴⁵ Las enmiendas propuestas por el Estado australiano se encuentran disponibles en: https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/bd/bd1617a/17bd120#_nref245, consultado, 15/05/2019.

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: La Transparencia como paradigma...*op.cit.*... p. 269.

que se hace necesaria la existencia de normas o reglas que determinen, no solo si el arbitraje internacional es transparente, sino hasta qué punto y qué forma debe adoptar dicha transparencia.

El Reglamento sobre la Transparencia adoptado por la CNUDMI, con ciertas excepciones relacionadas con la publicidad de la información y la integridad del procedimiento arbitral, ha tratado de revertir la presunción de confidencialidad y privacidad en los arbitrajes inversionista-Estado, estableciendo una mayor transparencia respecto al carácter público de las audiencias. Mientras que las Reglas de Arbitraje del CIADI, reconocen el derecho de las partes respecto a la publicidad de las audiencias, conservando la discrecionalidad de las partes contendientes para permitir la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado.

La práctica actual de aceptar la transparencia en el arbitraje internacional sigue siendo muy restringida. La gran mayoría de los tratados que proporcionan el fundamento jurídico del sistema regulan con mucha parquedad u omiten las cuestiones relativas a la transparencia en el procedimiento arbitral. Los acontecimientos significativos han tenido lugar principalmente en el contexto de regímenes específicos de tratados y, recientemente, en el marco de la CNUDMI. Es por ello que se necesitan reformas urgentes a nivel de los propios tratados o instituciones arbitrales -y sus reglamentos- en materia de transparencia, que puedan abordar los defectos inherentes al sistema inversionista-Estado, e incluyan también principios que consideren la primacía de los Derechos Humanos y el medio ambiente por sobre los intereses del capital privado o las grandes corporaciones. De esta manera, se logrará también una mayor influencia en los tribunales arbitrales en materia de transparencia.

Así pues, el éxito de la Convención de Mauricio no solo dependerá del número de Estados que la ratifiquen sin reservas, sino también de que las partes sean capaces de establecer y reconocer su aplicación en el propio cuerpo del tratado.

7. Bibliografía.

- BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L. (Eds.). *International Investment Law and Sustainable Development Key Cases from 2000-2010*, Winnepeg: International Institute for Sustainable Development, 2011.
- BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L. "Transparency in the dispute settlement process: Country best practices (IISD & CIEL)", <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=1529>, 2011.
- BOISSON DE CHAZOURNES, L., BARUTI, R. "Transparency in Investor-State Arbitration: An Incremental Approach", *Bahrain Chamber for Dispute Resolution International Arbitration Review*, Vol. 2, No. 1, 2015.
- DE LY, F., FRIEDMAN, M., RADICATI DI BROZOLO, L. (Eds.). "International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Confidentiality in International Commercial Arbitration'", *International Law Association*, 2012.
- DUSSAN LAVERDE, S. "Analysis of the Principle of Transparency with Special Reference to Its Implications for the Procedure of International Investment Arbitration", *Criterio Jurídico*, Vol. 11, No. 1, 2011.
- FELICIANO, F. "The 'Ordre Public' Dimensions of Confidentiality and Transparency in International Arbitration: Examining Confidentiality in the Light of Governance Requirements in International Investment and Trade Arbitration", in NAKAGAWA, J. (Ed). *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, Routledge, London, 2013.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. "El auge del arbitraje frente al debate sobre su legitimidad", *Jornadas sobre The Transformation of Enforcement*, Instituto Universitario Europeo de Florencia, 2013.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D. "La Transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones", en TANZI, A., ASTERITI, A., POLANCO LAZO, R., TURRINI, P.

- Derecho internacional de las inversiones en América Latina: problemas y perspectivas*, Brill Nijhoff, Netherlands, 2016.
- FRANCK, S.D. "The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties have a Bright Future", *University of California*, Vol. 12:47, 2005.
- FRY, J.D., REPOUSIS O.G. "Intertemporality and International Investment Arbitration: Protecting the Jurisdiction of Established Tribunals", *Arbitration International Law*, Vol 31, 2015.
- GAILLARD, E., DE LAPASSE, P. "Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international", *Recueil Dalloz*, 2011.
- GRISEL, F., VINUALES, J. "L'Amicus Curiae dans l'arbitrage d'investissement", *ICSID Rev.*, Vol. 23, 2007.
- GUAIA, C.I. "Facultades implícitas del tribunal arbitral en cuestiones éticas", *Arbitrajes PUCP*, No. 6, 2016.
- ISHIKAWA T. "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 2, 2010.
- JOHNSON, L., BERNASCONI-OSTERWALDER, N. New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps, *Columbia University*, 2013.
- KAUFMANN-KOHLER, G. "Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law", 2011, disponible en: http://www.arbitrationicca.org/media/1/13571335953400/interpretive_powers_of_the_free_trade_commission_and_the_rule_of_law_kaufmann-kohler.pdf.
- KINNEAR, M.N. "Artículo 1128 - Participación de una Parte en las disputas de inversión en virtud del TLCAN", en Guía comentada del TLCAN Capítulo 11, Suplemento No. 1, *Kluwer Law International*, 2006.
- PAPARINSKIS, M. *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- SCHLEE, P. "Transparência em arbitragens internacionais investidor-Estado", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3, No. 5, 2015.
- SILVA ROMERO, E., FELIPE MERIZALDE, J. ¿Cumple su finalidad el nuevo Reglamento de Transparencia de la CNUDMI?, *Arbitraje PUCP*, 2014.
- TRIANTAFILOU E.E. "Amicus Submissions in Investor-State Arbitration After Suez v. Argentina", *Arbitration International Law*, Vol. 24, 2008.
- VINUALES J. "Amicus Intervention in Investment Arbitration", *Dispute Resolution Journal*, Vol 61, No. 4, 2007.
- YANNACA-SMALL, K. "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments", in REINISCH, A. (Ed). *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- YANNACA-SMALL, K. "Essential Security Interests under International Investment Law", *OECD International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*, Paris, 2007.

Casos consultados.

- Biwater Gauff Ltd. vs. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5, 2007.
- BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22, 2014.
- Commerce Group Corp. y San Sebastián Gold Mines, Inc. vs. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, 2009.
- Iberdrola, S.A. (España), Iberdrola Energía, S.A.U. vs. Bolivia*, Caso CPA No. 2015-05, administrado por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), 2015.
- Metalclad Corporation vs. Estados Unidos México*, Caso No. ARB (AF)/97/1, Laudo, 2000.
- Methanex Corp. vs. Estados Unidos*, 1999.
- Mobil Investments Canadá Inc. and Murphy Oil Corporation vs. Canadá*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, 2007.

Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador, Caso CIADI No. ARB/09/12, 2009.
Pope & Talbot Inc. vs. Canadá, 1999.
Railroad Development Corporation vs. Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23, 2007.
Telefónica S.A. vs. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/12/4, Procedural Order No. 1, 2013.
United Parcel Service of America, Inc. (UPS) vs. Canadá, ICSID Case No. UNCT/02/1, 2000.

Jurisdição internacional exclusiva e multiplicidade de jurisdições: um contraste entre o direito brasileiro e o direito da união europeia nos efeitos patrimoniais dos casais internacionais

Exclusive international jurisdiction and multiplicity of jurisdictions: a contrast between the brazilian and the european system on the patrimonial effects of international couples.

Marc Antoni Deitos¹

IMED Porto Alegre

Sumário: Considerações iniciais. 1. O direito brasileiro e a jurisdição exclusiva. 1.1. A regra da jurisdição exclusiva e a interpretação dos tribunais superiores brasileiros. 1.2. Obstáculos e críticas à nova regra brasileira. 2. O direito da União Europeia e a multiplicidade de jurisdições. 2.1. A europeização do direito internacional privado de família. 2.2. As regras da determinação da competência jurisdicional para os efeitos patrimoniais do rompimento do vínculo conjugal. 3. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo: O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (CPC/2015) determinou a jurisdição exclusiva das cortes brasileiras para decidir sobre a partilha de bens situados no Brasil, em casos de divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável. Em primeiro lugar, explora-se o contraste entre a nova regra e os precedentes dos tribunais superiores brasileiros, mais flexíveis em aceitar e dar força a decisões tomadas no exterior, assim como os obstáculos e críticas à essa regra de jurisdição exclusiva. Em segundo lugar, investiga-se a experiência da União Europeia (UE) com sua legislação baseada na oferta de múltiplas jurisdições competentes, na escolha da lei aplicável e no reconhecimento automático das decisões. Assentado na metodologia comparada, esse trabalho está construído sobre a base contemporânea dos princípios que informam a matéria do DIPr de família, afastando-se do antigo sistema conflitual e aproximando-se de um sistema de diálogo com a autonomia da vontade e com os direitos humanos. Diante deste arcabouço metodológico e teórico, o trabalho conclui que, enquanto o sistema brasileiro caminha em direção ao

¹ Pós-Doutor em Direito Público pela Universidade de Santiago de Compostela (USC). Doutor em Direito Internacional e Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Foi Diretor de Inovação e Diretor da Escola de Ciências Humanas e Sociais do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter) e Conselheiro de Defesa Comercial da Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul (FIERGS). Atualmente, é Diretor da Faculdade Meridional (IMED) em Porto Alegre.

enclausuramento, o sistema europeu torna-se mais aberto ao diálogo com outras jurisdições, opção esta última mais alinhada à evolução contemporânea da matéria.

Palavras-chave: Direito internacional privado. Jurisdição internacional. União Europeia. Casais Internacionais. Regimes matrimoniais.

Abstract: In 2016, a new Civil Procedural Code came into force in Brazil. It establishes the exclusive jurisdiction of Brazilian Courts to decide over patrimony in cases of divorce, annulment and separation. Firstly, this paper presents the contrast between the new provision and the precedents of the Higher Brazilian Courts, which have been flexible to accept and enforce decisions taken abroad concerning these subjects. Secondly, this paper presents the experience of the European Union (EU) with its legislation based on the provision of multiple jurisdictions, choice of law and automatic recognition of judicial decisions. The EU implemented a more flexible system in which human rights and freedom of choice play an increasingly important role. Based on comparative methodology and on contemporary principles, this paper moves away from the old conflict system and approaches a system of dialogue with human rights and freedom of choice. In the face of this methodological and theoretical framework, the paper concludes by explaining the contrast between the Brazilian and the European system: the first towards closure, and the second towards openness and dialogue based on the multiplicity of jurisdictions, which is aligned with the contemporary evolution of the International Family Private Law.

Keywords: International Private Law. International Jurisdiction. European Union. International Couples. Matrimonial Property Regime.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A proposta deste trabalho é uma reflexão a respeito do contraste entre a evolução do direito internacional privado no Brasil e na União Europeia, com ênfase num aspecto específico, qual seja, a competência jurisdicional para apreciar os efeitos patrimoniais decorrentes da dissolução do matrimônio e uniões de outras naturezas.

A evolução do direito internacional privado conheceu um novo desafio a partir do aprofundamento do vínculo entre os países que hoje compõem a União Europeia. Ramo do direito que dialoga com a proximidade e a troca de experiência entre cidadãos de diferentes países, a sua estrutura teórica foi colocada à prova nos últimos anos, com a criação de instrumentos, na esfera da União Europeia, que buscam um certo nível de homogeneização entre as normas aplicáveis, quer sejam na definição dos foros competentes para dirimir uma determinada questão, quer sejam na fixação da lei aplicável a cada caso concreto.

No caso brasileiro, apesar da juventude da nação, a tradição de estudos sobre o direito internacional privado é secular, sobretudo a partir dos trabalhos de Teixeira de Freitas², que já no século XIX ensaiava as primeiras tentativas de homogeneização de regras sob o ponto de vista teórico. O Brasil, ao contrário dos países europeus,

² GOMES, J. F. *O Direito internacional privado no Brasil e na América Latina: análise da importância da obra de Augusto Teixeira de Freitas para o desenvolvimento da disciplina*. CRV, Curitiba, 2014.

não viveu ainda uma experiência de integração tão aprofundada; no entanto, o contraste entre as normas brasileiras e as europeias serve de instrumento e pretexto para um aprofundamento sobre as novas matrizes teóricas do direito internacional privado.

As normas de direito internacional privado brasileiras estão previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a redação mais recente conferida pela [Lei n. 12.376/2010](#), e cuja redação original datava de 1942. Ali estão dispostas, sobretudo, as normas a respeito de foro e lei aplicável aos casos de estraneidade, nos seus artigos 7 a 19. A par da LINDB, algumas regras a respeito dos limites da jurisdição brasileira estão presentes no Código de Processo Civil. Em março de 2016, um novo Código de Processo Civil (CPC/2015) entrou em vigor no Brasil, revogando o antigo diploma de 1973 (CPC/1973). A nova lei estabeleceu regras a respeito da jurisdição internacional brasileira. Dentre elas, o art. 23, inciso III, que fixou a jurisdição exclusiva das cortes brasileiras para decidir sobre patrimônio em casos de divórcio, anulação de casamento e separação, mesmo em uniões estáveis, quando o patrimônio se encontra no Brasil, independente da nacionalidade das partes. Dessa forma, as decisões tomadas por cortes estrangeiras a respeito dessas propriedades e sua partilha não produzirão efeitos no Brasil, exigindo que as partes busquem novamente a jurisdição, dessa vez sob a tutela do direito nacional. A nova regra vai exigir das partes que ingressem novamente em juízo, mesmo que a decisão já tenha sido proferida em jurisdição estrangeira. A exclusividade da legislação brasileira nesses casos está em franco contraste com o entendimento jurisprudencial desenvolvido até então no próprio Brasil, assim como com a regulação da mesma matéria pela União Europeia, cuja ampla flexibilidade, por seu turno, também suscita críticas e objeções. Em certo sentido, a nova norma do CPC/2015 retoma e reforça a redação originária da LINDB, que se considerava superada pelo CPC/1973, no sentido de que “só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil” (art. 12, §1º, da LINDB)³.

Para tratar deste tema, o presente trabalho está dividido em duas partes. Na primeira parte, apresenta-se o contraste entre a nova regra brasileira de jurisdição exclusiva e os precedentes dos tribunais superiores brasileiros, que vinham sendo mais flexíveis em aceitar e dar força às decisões estrangeiras nessa matéria. De certa

³ “Há casos em que a competência é exclusiva do juiz brasileiro – competência absoluta, portanto. Deveras, o art. 12, §1º, da LINDB, reza: ‘Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil’. O art. 89, I, do CPC, repete essa regra, acrescentando, em seu inciso II, competir à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, “proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional. São hipóteses de competência absoluta do juízo brasileiro. Se porventura ação versando sobre tais objetos for intentada perante juízo estrangeiro, não poderá a sentença que eventualmente julgar procedente o pedido inicial ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça e, pois, executada no Brasil”. En: GOMES, J. J. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. Atlas, São Paulo, 2012, pp. 98/99. “O mencionado art. 12, §1º, da Lei de Introdução e o art. 89, I, do Código de Processo Civil não aludem apenas às ações reais imobiliárias, mas a todas as ações concernentes a imóveis situados no Brasil, sendo que o Código de Processo Civil, no art. 95, contém preceito relativo tão somente à competência interna. O Código Bustamante, por sua vez, dispõe, no art. 325, que: ‘Para o exercício de ações reais sobre bens imóveis e para o das ações mistas de limites e divisão de bens comuns, será juiz competente o da situação dos bens, abrangendo, assim, as ações *communi dividundo*.’” En: DINIZ, M. H. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 16. ed. Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 387/388.

forma, a flexibilidade dos tribunais brasileiros acentua o caráter inesperado da nova regra do CPC/2015. Na segunda parte, o trabalho trata da experiência da União Europeia (UE), baseada na Regulação do Conselho n. 2201/2003, também conhecida como Bruxelas II bis, em direção a uma maior abertura e flexibilidade da jurisdição no contexto da dissolução dos vínculos conjugais, e nos Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, que tratam dos efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de fato registradas no Direito Internacional Privado da UE. Baseada na escolha da lei aplicável, na multiplicidade de foros e no princípio do reconhecimento automático, a experiência europeia movimenta-se em direção oposta à recente restrição inserida no ordenamento brasileiro.

Ao fim, este trabalho propõe uma abordagem alternativa e mais equilibrada, não tão restritiva como a regulação brasileira e nem tão flexível como a regulação europeia. Este trabalho também sugere que as cortes e a interpretação da aplicação da lei poderão ser responsáveis por esse balanço entre a restrição claustrofóbica da jurisdição exclusiva e as incertezas da excessiva abertura da jurisdição.

Este trabalho está ancorado em uma base metodológica contemporânea do Direito Internacional Privado (DIPr), que atualiza a aplicação do sistema conflitual tradicional da matéria com a efetivação dos direitos humanos, oferecendo um novo método interpretativo para as regras de DIPr. A aproximação entre o DIPr e os direitos humanos não está enclausurado a alguns países ou organizações, constituindo um movimento internacional de interpretação das normas da matéria que tem atualizado a disciplina na Europa, nos países anglo-saxões e na América Latina⁴.

O DIPr não poderia continuar imune à universalidade dos direitos humanos, protegidos por uma rede de tratados internacionais e já integrados ao direito interno dos Estados, seja pela própria incorporação desses tratados, seja pelas modificações e reformas constitucionais e pela arquitetura institucional de diversos países e organizações regionais. Os princípios protetivos dos direitos humanos foram assimilados como princípios fundamentais dos ordenamentos jurídicos, devendo-se assegurar sua aplicação também pelo DIPr. Como afirma Nádía de Araujo:

O foco de toda a reflexão é a influência da moderna concepção de direitos humanos – e direitos fundamentais no plano interno –, na aplicação do DIPr. Continuar com o sistema do DIPr do século XIX, que não se preocupa com os resultados obtidos quando é preciso usar a regra de conexão, é correr o risco de ignorar os anseios da sociedade, dando-lhe as costas⁵.

O DIPr, reduzido a um direito apenas de regras conflituais, fruto de um excessivo formalismo, está sendo superado pelas soluções substanciais e flexíveis. A orientação metodológica deste trabalho está, portanto, alicerçada em uma jurisprudência de interesses e valores, em favor de decisões que, ao solucionar o conflito de leis, não ignoram as consequências do caminho encontrado. Como se

⁴ FAWCETT, J. J.; SHÚILLEABHÁIN, M. N.; SHAH, S. *Human rights and private international law*. International Law Series, Oxford, 2016. Para o contexto brasileiro, ver: “O novo DIPr e os direitos humanos”, em ARAUJO, N. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, pp. 9-22.

⁵ ARAUJO, N. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 11.

verá, essa jurisprudência está se construindo tanto da perspectiva do sistema nacional, com vértice no direito constitucional, como será analisado no caso brasileiro (Parte 1), quanto da perspectiva do sistema regional, com vértice nos tratados internacionais, como será verificado no caso da União Europeia (Parte 2).

1 O DIREITO BRASILEIRO E A JURISDIÇÃO EXCLUSIVA

O direito internacional privado pode ser interpretado como uma ponte de ligação entre o direito doméstico e o externo, ou até mesmo como um filtro entre concepções jurídicas, morais, religiosas, nacionais, de diferentes países. A receptividade ou tolerância com o direito estrangeiro para a solução de casos concretos pela jurisdição nacional pode ser sinal de uma postura voltada para o externo, para a permeabilidade; de outra parte, a postura contrária, a rejeição do direito estrangeiro, como regra, pode indicar uma posição nacionalista ou protetiva, muitas vezes assombrada por riscos inexistentes.

Não apenas a determinação da lei aplicável, ponto nodal do direito internacional privado, mas também a definição das lindes da jurisdição nacional, cumprem um papel determinante na postura do direito doméstico frente a decisões tomadas por jurisdições estrangeiras.

A propósito do foro competente para julgar alguns aspetos, desde 2015, com a promulgação do novo Código de Processo Civil, quando do rompimento do vínculo conjugal, a partilha de bens imóveis, localizados no Brasil, só pode ser realizada pelo judiciário brasileiro. Essa previsão resgatou uma hipótese de competência exclusiva que já existia na redação original da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶, confrontando a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, que há décadas vinha construindo (mesmo que ora mais abertos ao diálogo internacional, ora mais fechado) uma interpretação alinhada com a evolução da matéria (1.1). Sendo as hipóteses de competência exclusiva sempre excepcionais e a regra geral a da competência concorrente, busca-se os fundamentos e princípios que poderiam justificar a qualificação exclusiva desta nova hipótese no ordenamento brasileiro (1.2). Conclui-se, nesta primeira parte, que o objetivo do legislador brasileiro em blindar a abertura do ordenamento pátrio às decisões estrangeiras na matéria deixou algumas incompatibilidades, pelas quais os tribunais superiores serão novamente chamados a atuar, em busca de uma maior oxigenação da temática no Brasil.

1.1 A REGRA DA JURISDIÇÃO EXCLUSIVA E INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

O elemento de estraneidade⁷ nas relações jurídicas impôs ao Direito Internacional Privado (DIPr) a busca de regras para a delimitação de dois aspectos

⁶ A redação original da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), então chamada "Lei de Introdução ao Código Civil" (LICC), fora dada pelo **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. A LINDB foi significativamente alterada pela [Lei n. 12.376, de 2010](#), que alterou até mesmo a sua nomenclatura. A regra prevista no art. 12, §1º da LINDB, cujo teor "só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil", permaneceu inalterada.

⁷ O elemento de estraneidade é o componente estrangeiro encontrado no fato. É justamente a presença de um elemento estrangeiro que faz com que determinado fato esteja potencialmente ligado a mais de um ordenamento jurídico simultaneamente. Ex: nacionalidade de um dos cônjuges, lugar do casamento realizado no estrangeiro, domicílio conjugal em país diferente da nacionalidade dos cônjuges. A existência do elemento de estraneidade é que determina a necessidade de aplicação das normas de DIPr, uma vez que será necessário definir

na resolução dos conflitos: a definição do foro competente (competência internacional) e da lei a ser aplicável para processar e julgar aos conflitos (direito aplicável). Este trabalho, como já destacado anteriormente, preocupa-se com o primeiro aspecto, a definição do foro competente. O segundo aspecto, a lei aplicável, compreende outra discussão e outro enfoque, alheios às presentes reflexões. O primeiro aspecto, no direito brasileiro, foi tradicionalmente tratado na legislação processual civil e, em parte, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Partindo do pressuposto de que o Estado detém a soberania plena para determinar a esfera de abrangência para a atuação de seus agentes, a legislação processual civil apenas a limita⁸, reconhecendo, ou não, os julgamentos e sentenças proferidos pelas jurisdições estrangeiras. Por isso, a parte da legislação processual civil que define as regras de competência internacional da jurisdição brasileira intitula-se: “Dos limites da jurisdição nacional”⁹.

Tradicionalmente, a doutrina internacionalista classifica a competência internacional em exclusiva ou concorrente. A competência exclusiva do Estado para processar e julgar está identificada com temas particularmente sensíveis, que exigem o enclausuramento do sistema jurídico nacional para a proteção de determinados valores, bens e categorias de indivíduos¹⁰. Por isso, a competência exclusiva tem um caráter excepcional e sua aplicação é interpretada de forma restritiva. A competência concorrente permite que outras jurisdições, com as quais os casos apresentam um elemento de conexão – como o domicílio ou a nacionalidade das partes – os conheçam e julguem¹¹. Nestes casos, as decisões proferidas pela jurisdição estrangeira são reconhecidas pela autoridade nacional. O processo de reconhecimento pode ocorrer de forma automática – como se estabeleceu na União Europeia, por exemplo¹² - ou demandar a análise do juiz nacional para a homologação

a competência do Estado para analisar a questão e qual a lei aplicável à questão sob análise. AMARAL, R. C. *O direito internacional: público e privado*. 6. ed. Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010, p. 150.

⁸ JATAHY, V. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 4.

⁹ Título II: “Dos limites da jurisdição nacional e da cooperação internacional”, Capítulo I: “Dos limites da jurisdição nacional”. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

¹⁰ ARROYO, D. P. F. “Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los estados miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo?” *Jurídica – Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2004, 34, p. 60.

¹¹ BASSO, M. *Curso de direito internacional privado*. Atlas, Porto Alegre, 2011, pp. 263-278.

¹² NORDMEIER, C. F. “Um princípio de reconhecimento? A influência da livre circulação de pessoas e da cidadania europeia no direito internacional privado”. En: JAEGER JUNIOR, A. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento brasileiro*. Juruá, Curitiba, 2012, pp. 151-173.

das decisões - como é o caso brasileiro -, em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem a competência para homologar as decisões estrangeiras¹³. Na lição de Gomes¹⁴,

A jurisdição aplica-se o princípio da territorialidade. As sentenças proferidas em um país só apresentam força coercitiva dentro de seu respectivo território. Fora dele, não passam de fatos. É a afirmação do princípio da soberania, valendo recordar que a sentença é ato oficial de um Estado que não vincula os demais. No entanto, pode haver interesse em executar-se, no Brasil, sentença proferida em outro país. Para que tenha validade e eficácia no território nacional, será preciso que a sentença estrangeira seja submetida, pela pessoa interessada, à apreciação do Poder Judiciário brasileiro. Conforme salienta Diniz (2007, p. 376), é o ordenamento jurídico do fórum que confere efeito ao julgado de outro Estado. Somente a partir do pronunciamento do órgão judiciário brasileiro é que se opera o reconhecimento de sua eficácia e obrigatoriedade, podendo, conseqüentemente, aqui ser executada. Não há, com efeito, execução direta de sentença estrangeira, sob pena de ofensa à soberania interna nacional.

A principal consequência jurídica da definição da competência exclusiva sobre determinada matéria é a impossibilidade de reconhecer os efeitos das decisões proferidas por autoridades estrangeiras. Ou seja, mesmo que o caso já tenha sido apreciado por autoridade competente em outro Estado, ele deverá ser novamente submetido à jurisdição brasileira, pois a competência é exclusiva da autoridade nacional. Por isso, considera-se que as matérias escolhidas pelo legislador, como de competência exclusiva, são aquelas em que está presente um forte interesse do Estado em regulá-la, não deixando aberta a possibilidade de comunicação com a jurisdição estrangeira.

Por impor a clausura das partes à jurisdição nacional, as situações a que se impõe a competência exclusiva decorrem da presença de um interesse estatal qualificado¹⁵. É comum que a competência exclusiva dos Estados se encontre vinculada a questões de soberania estatal ou ao caráter tutelar em certas áreas. Por isso, também, faz-se uma leitura restritiva da imposição da jurisdição exclusiva, sendo a jurisdição concorrente com a regra, pois está mais aberta à cooperação entre os ordenamentos jurídicos.

¹³ Com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu em seu art. 105, I, i, que a homologação de sentenças estrangeiras é competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). E de acordo com o art. 961 do CPC/2015, a decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação. Portanto, a homologação é um processo necessário para que a sentença proferida no exterior – ou qualquer ato não judicial que, pela lei brasileira, tenha natureza de sentença – possa produzir efeitos no Brasil. Importante destacar que a homologação não se confunde com a necessidade de provocar *ab initio* o Poder Judiciário, presente nos casos em que um país afirma a sua competência exclusiva. FUX, L. “Homologação de sentença estrangeira”. En: TIBURCIO, C.; BARROSO, L. R. (org.). *Direito internacional contemporâneo*. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 643; ARAUJO, N. (org.) *Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça*. Comentários à Resolução n. 9/2005. Renovar, Rio de Janeiro, 2010.

¹⁴ GOMES, J. J. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. Atlas, São Paulo, 2012, pp. 104-105.

¹⁵ OPERTTI, D. “Competencia Internacional y jurisdicción exclusiva”. *Revista Uruguaya de Derecho Procesual*, Montevideo, 2003, 1, p. 77.

No direito brasileiro, as normas para determinar a competência internacional encontram-se no novo CPC/2015, nos arts. 21 a 25. Os arts. 21 e 22 tratam da competência concorrente, estabelecendo respectivamente os elementos de conexão com a jurisdição brasileira – domicílio, local de cumprimento da obrigação e ocorrência do fato –, e as categorias de indivíduos especialmente protegidos pela lei nacional - alimentandos e consumidores. A novidade do CPC/2015 em relação à jurisdição concorrente repousa exatamente na inserção das ações de alimentos e decorrentes das relações de consumo. Essa previsão decorre da necessidade de proteger partes consideradas vulneráveis, uma vez que a obrigatoriedade de propor a ação de alimentos, ou decorrente da relação de consumo em foro estrangeiro, limitaria o acesso à justiça pela impossibilidade do alimentando ou do consumidor contornar os custos da prestação jurisdicional em outro Estado¹⁶. Mesmo nesses casos é também permitido ao alimentando e ao consumidor propor a ação no domicílio do réu, uma vez que a jurisdição é concorrente e, posteriormente, solicitar a homologação da decisão estrangeira no Brasil.

Os três casos de jurisdição exclusiva no direito brasileiro estão previstos no art. 23 do CPC/2015:

- conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil (art. 23, inc. I).
- em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional (art. 23, inc. II).
- em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional (art. 23, inc. III)¹⁷.

Em relação ao CPC/1973, a lei atual trouxe uma única novidade na esfera da competência exclusiva: a inclusão da partilha de bens situados no Brasil, em caso de dissolução da sociedade conjugal (art. 23, inc. III), uma vez que se mantiveram inalteradas as hipóteses das ações relativas a imóveis e à partilha de bens na sucessão hereditária (art. 23, inc. I e II).

¹⁶ Nesse sentido, Carmem Tibúrcio leciona: “a inclusão dessas duas hipóteses privilegiando tanto o alimentando quanto o consumidor deixou evidente a intenção do legislador de beneficiar a parte mais fraca das relações jurídicas em questão, visando atender ao princípio do acesso à justiça”. TIBÚRCIO, C. “As regras sobre o exercício da jurisdição brasileira no novo Código de Processo Civil”. *Revista Interdisciplinar de Direito*. Faculdade de Direito de Valença. v. 16, 1, jan./jun. 2018, p. 69.

¹⁷ Transcreve-se na íntegra o dispositivo legal: art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra : I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

Este trabalho centra a investigação, portanto, nos fundamentos que justificam a expansão da jurisdição exclusiva para a partilha de bens situados no Brasil quando da dissolução da sociedade conjugal, sobretudo em razão do contraste com a evolução da matéria nas cortes nacionais – que vinham adotando a competência concorrente nesta área – e também com a própria evolução internacional do tema, como é o caso da UE, que busca facilitar a desconstituição dos vínculos conjugais e a partilha dos bens em tempos de maior circulação de pessoas¹⁸.

Para melhor compreender a alteração trazida no art. 23, inc. III, do CPC/2015, parte-se de duas análises complementares. Explora-se de forma mais profunda as dúvidas na aplicação do art. 89, inc. II, do CPC/1973, e traça-se a evolução jurisprudencial de sua aplicação. Foram essas incertezas e a tentativa de pacificação na aplicação do art. 89, inc. II, do CPC/1973, que o novo dispositivo legal buscou solucionar.

No período de vigência do CPC/1973, a interpretação do art. 89, incs. I e II, que tratavam da competência exclusiva, provocava controvérsia. O maior debate se dava, justamente, em relação à competência exclusiva ou concorrente para os casos de dissolução conjugal realizada em Estado estrangeiro, quando tratava da partilha de bens localizados no Brasil. Para a análise, transcreve-se o texto do art. 89 na íntegra:

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com a exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II – proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional” (grifo nosso).¹⁹

Como o art. 89, inc. II, mencionava especificamente o autor da herança (ver grifo acrescido acima), a jurisprudência²⁰ e a doutrina²¹ interpretavam que se aplicaria a jurisdição exclusiva somente ao inventário e à partilha *mortis causae*, não se aplicando, logicamente, à partilha de bens quando da separação ou divórcio não decorrentes da morte de um dos cônjuges.

¹⁸ A comparação com a legislação da União Europeia (UE) será construída na Parte 2 deste trabalho.

¹⁹ BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

²⁰ Nesse sentido: STF, DJ 14.05.1982, AgRg de Sentença Estrangeira 2883 (AgRg), Rel. Min. Xavier de Albuquerque: “Sentença estrangeira de divórcio. Homologação concedida, com restrição quanto a bens imóveis situados no Brasil. Cancelamento de tal restrição.” A partir de então, vejam-se por exemplo STF, DJ 24.06.1986, Sentença Estrangeira 3633-EUA, Rel. Min. Moreira Alves. STF, DJ 18.08.1989, Sentença Estrangeira 3750-EUA, Rel. Min. Moreira Alves. STF, DJ 24.04.1987, Sentença Estrangeira 2885-Israel, Rel. Min. Rafael Mayer. STF, DJ 18.03.1991, Sentença Estrangeira 4448-Inglaterra, Rel. Min. Neri da Silveira. STF, DJ 10.11.1993, Sentença Estrangeira 4907-EUA, Rel. Min. Octavio Gallotti. STF, DJ 02.12.1994, SEC 4512-Suíça, Rel. Paulo Brossard.

²¹ STRENGER, I. *Direito internacional privado*. 6. ed. LTR, São Paulo, 2005, pp. 554 – 557; DEL’OLMO, F. S.; JAEGER JUNIOR, A. *Curso de direito internacional privado*. Forense, Rio de Janeiro, 2017, pp. 168-170; ARAUJO, N. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, pp. 443-446; BASSO, M. *Curso de direito internacional privado*. 5. ed. Atlas, São Paulo, 2016, pp. 200 – 202.

Dessa forma, a partilha de bens situados no Brasil, proveniente da dissolução do vínculo conjugal, durante todo o período de vigência do CPC/1973, foi um território movediço e impreciso. Nos anos iniciais de sua vigência, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela não aplicação do art. 89, inc. II, aos casos de dissolução do vínculo conjugal, homologando na integralidade a sentença estrangeira²². Um ano após essa decisão, o STF reformou seu entendimento, possibilitando apenas a homologação parcial das sentenças, naquilo que tange ao efeito declaratório, não produzindo efeitos quanto aos bens aqui situados²³. Em 1982, o STF permitiu novamente a homologação de sentenças estrangeiras em sua completude, tanto nos efeitos declaratórios como nos patrimoniais, assentado no entendimento de que o legislador se referiu no dispositivo ao “autor da herança” e, portanto, somente a esse aplicava-se a jurisdição exclusiva, ficando os casos de dissolução do vínculo conjugal na esfera da competência concorrente²⁴.

Essa decisão se manteve até 2007, quando se alterou pela última vez a interpretação pelas cortes superiores. Evoluindo na distinção entre partilha consensual e litigiosa, o Superior Tribunal de Justiça, competente para homologar as sentenças estrangeiras desde a Emenda Constitucional n. 45/2004, restringiu os casos em que se permite a homologação da sentença estrangeiras às partilhas consensuais, mesmo que tratassem da partilha de bens imóveis²⁵.

Em relação ao posicionamento de 2007 do STJ, vale sublinhar que, antes da edição do CPC/2015, a jurisprudência vinha distinguindo os efeitos da sentença estrangeira entre a partilha consensual – hipótese excluída da competência exclusiva – e litigiosa, esta submetida à competência exclusiva do judiciário brasileiro, em razão da regra expressa que obriga as ações relativas a imóveis situados no Brasil a serem apreciadas pelo judiciário nacional, presente no art. 89, inc. I do CPC/1973.

Por isso, apesar do objetivo de unificar a questão da competência exclusiva e pacificar a matéria da partilha de bens situados no Brasil quando do desfazimento do vínculo conjugal, o CPC/2015 falhou ao não inserir no art. 23, inc. III, referência à partilha consensual e litigiosa, ficando em aberto parte da controvérsia. A alteração

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE n. 2.396/Estados Unidos de América. Tribunal Pleno. Relator: Thompson Flores. Julgamento: 29/11/1978. Publicação: DJ 28/12/1978. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 90, out. 1979, p. 11. Disponível em: http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/090_1.pdf. Acesso em: 24 mai. 2019.

²³ STF. SE n. 2.446/Paraguai. Relator: Antonio Neder. Julgamento: 19/11/1979.

²⁴ STF. SEC n. 4.512/Suíça. Relator: Paulo Brossard, Tribunal Pleno. Julgamento: 21/10/1994. Publicação: DJ 02/12/1994; STF. SEC n. 7.146/Estados Unidos de América. Relator: Ilmar Galvão. Julgamento: 12/06/2002. Publicação: RTJ 183:605-7; STF. SE 7.401/Estados Unidos. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 11/06/2002. Publicação: DJ 20/06/2002; STJ. SEC n. 878/Portugal. Relator: Menezes Direito. Julgamento: 18/05/2005. Publicação: DJ 27/06/2005; STJ. SEC n. 979/Estados Unidos de América. Relator: Fernando Gonçalves. Julgamento: 01/08/2005. DJ 29/08/05; STJ. SEC n.1397/Estados Unidos de América. Relator: Peçanha Martins. Julgamento: 15/08/2007. Publicação: DJ 03/09/2007.

²⁵ STJ. SEC n. 1.304/Estados Unidos de América. Corte Especial. Relator: Gilson Dipp. Julgamento: 19/12/2007. Publicação: DJE 03/03/2008; STJ. SEC n. 4.223/Suíça. Corte Especial. Relator: Laurita Vaz. Julgamento: 15/12/2010. Publicação: DJE 16/02/2011; STJ. SEC n. 3269/Estados Unidos da América. Corte Especial. Relator: João Otávio de Noronha. Julgamento: 07/05/2012. Publicação: DJE 22/05/2012; STJ. SEC n. 5.822/Estados Unidos da América. Corte Especial. Relator: Eliana Calmon. Julgamento: 20/02/2013. Publicação: DJE 28/02/2013. STJ. SE n. 14.373/Argentina. Relator: Francisco Falcão. Julgamento: 10/11/2015. Publicação: DJE 18/11/2015.

no texto do art. 89, inc. II, visava a expressar claramente que a competência do judiciário brasileiro é exclusiva tanto para conhecer de inventário e partilha de bens no Brasil *causa mortis*, quanto *inter vivos*, como a que ocorre quando da separação ou divórcio de um casal. Contudo, essa prescrição, além de caminhar em movimento contrário à jurisprudência, não sanou por completo a aplicação do instituto - especificamente, para os casos de partilhas consensuais realizadas no exterior - fato pelo qual o STJ será novamente chamado a atuar, como se verá mais adiante.

A mudança sucessiva na interpretação pelas cortes superiores sobre a aplicação ou não, e em que medida, do art. 89, inc. II, à partilha de bens situados no Brasil, quando provenientes da dissolução do vínculo conjugal, demonstra a dificuldade em se harmonizar o entendimento sobre o tema. Essa incerteza foi a principal motivação do legislador para inserir o art. 23, inc. III, entre os casos de jurisdição exclusiva. Contudo, a ampliação das hipóteses de jurisdição exclusiva foi de encontro ao entendimento das cortes superiores desde 1982 que, com maior ou menor abertura à possibilidade de homologação da sentença estrangeira, nunca fechou por completo o sistema brasileiro para a jurisdição concorrente na matéria.

Mesmo com a inserção do art. 23, inc. III, certamente o STJ será novamente chamado a atuar, sobretudo em função do também novo art. 961, §5º, do CPC/2015, em que se lê:

Art. 961. A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado.

[...]

§ 5º A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça." (grifo nosso).²⁶

Deverá o STJ compatibilizar a leitura entre o art. 23, inc. III, e o art. 961, §5º. Uma leitura mais restritiva dispensaria de homologação no Brasil apenas a parte da decisão que trate dos efeitos pessoais, que já poderia ser averbada no Registro Civil para a produção de efeitos, devendo a partilha de bens ser processada pelo juiz nacional, mesmo que já tenha sido julgada pela autoridade competente estrangeira. Uma leitura mais alargada possibilitaria o registro na sentença estrangeira de divórcio consensual, produzindo seus efeitos tanto pessoais como patrimoniais.

Acredita-se que o STJ optará por uma leitura menos conservadora, aderindo à compatibilização entre os referidos dispositivos legais. Em primeiro lugar, possibilitar a produção dos efeitos da sentença estrangeira de divórcio consensual aproxima-se do entendimento adotado pelo STJ desde 2007. Essa interpretação também possibilita ao STJ avançar na matéria, aderindo ao princípio do reconhecimento automático das sentenças estrangeiras, que já orienta muitos países e organizações internacionais na direção a uma cooperação interjurisdicional mais próxima. Soma-se também a vantagem de desafogar o STJ, pelo menos das ações de homologação das sentenças estrangeiras de divórcio consensual, além de auxiliar

²⁶ BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

as partes que, provavelmente, buscam constituir novos vínculos familiares, após a dissolução consensual da relação anterior²⁷.

De qualquer forma, a flexibilidade com que as cortes superiores brasileiras vinham tratando o tema acentua o caráter inesperado da nova regra de jurisdição exclusiva do CPC/2015²⁸. Por isso, cabe averiguar os fundamentos conceituais que levaram ao alargamento da jurisdição exclusiva para, diante deles, mensurar com propriedade os obstáculos e adensar a crítica à nova regra brasileira.

1.2 OBSTÁCULOS E CRÍTICAS À NOVA REGRA BRASILEIRA

Anteriormente, antecipou-se que as normas de competência internacional constituem, sobretudo, uma autolimitação do poder jurisdicional do Estado em seu território²⁹. Em princípio, todos os atos e fatos que se desenrolam no território do Estado podem ser por ele diretamente arbitrados, sem a necessidade de se considerar decisões provenientes de outros Estados, pois decorrem do próprio exercício da soberania jurisdicional sobre o território – *plenitude jurisdictionis*. Assim, qualquer norma de competência internacional presente nos estatutos nacionais apenas reafirma em quais condições e circunstâncias o Estado está preservando o princípio da *plenitude jurisdictionis*³⁰.

Dito isto, tradicionalmente cabe a cada Estado definir quando seus órgãos jurídicos são competentes para apreciar uma certa matéria. Com isso, pode acontecer que um mesmo caso seja incluído nas previsões de competência internacional de mais de um Estado, criando-se um conflito positivo de lei no espaço. Os conflitos de lei no espaço referem-se, então, à possibilidade da incidência simultânea de dois ou mais ordenamentos jurídicos autônomos sobre um único fato para resolver uma questão de direito. Nesses casos, os dois ordenamentos poderão adjudicar para si a competência sobre o fato, que em geral será determinada pelo princípio da não-

²⁷ Também neste sentido, Carmem Tibúrcio escreve que: “devemos aguardar como a nova regra será aplicada pela jurisprudência, mas parece fazer sentido que se mantenha a distinção, admitindo-se a homologação de divórcios e separações consensuais perante o judiciário estrangeiro com partilha de bens no Brasil, tendo em vista que se trata de jurisdição voluntária e que as próprias partes poderiam dispor dos bens em negócios no exterior”. TIBÚRCIO, C. “As regras sobre o exercício da jurisdição brasileira no novo Código de Processo Civil”. *Revista Interdisciplinar de Direito*. Faculdade de Direito de Valença. v. 16, n.1, jan./jun. 2018, p. 76.

²⁸ Florisbal de Souza e Augusto Jaeger asseveram o retrocesso do novo art. 23, inc. III, do CPC: “no nosso entendimento, o novo CPC representou um retrocesso à aceitação de partilha realizada no exterior. Nesse sentido, tenha-se que Nádia de Araújo aduziu que o STF, quando era o órgão competente, vinha entendendo como aceitável a partilha realizada no exterior, de bens aqui situados, quando fosse relativa ao divórcio, porque a regra do então vigente artigo 89, inc. II do CPC se destinava à sucessão *mortis causae*, pela referência que fazia aos termos inventário e partilha e ainda autor da herança. Com efeito, logo por ocasião da entrada em vigor do CPC de 1973 o STF havia entendido que a competência exclusiva não se aplicava a casos de dissolução de sociedade conjugal [...] Isto posto, [...] observa-se que a reafirmada exclusividade da Justiça brasileira a tais feitos gerará a oposição da ordem pública a eventual tentativa de homologação de sentença estrangeira sobre partilha, o que entendemos como um retrocesso, uma vez que a não homologação fará com que o litígio deva ser reproduzido no país”. DEL’OLMO, F. S.; JAEGER JUNIOR, A. *Curso de direito internacional privado*. Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 71. (grifo nosso).

²⁹ JATAHY, V. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 4.

³⁰ STRENGER, I. *Direito processual internacional*. LTR, São Paulo, 2003, pp. 53 - 56.

litispêndência internacional, largamente reconhecido, e que prescreve a competência ao primeiro Estado em que o caso se instaurou nos órgãos judiciais³¹.

Também podem ocorrer conflitos negativos, quando as normas de cada um dos sistemas conectados ao caso atribuem-se reciprocamente a competência. Nesses casos, nenhum Estado arroga o poder de julgar para si. Para evitar tais situações os Estados buscam harmonizar suas disposições, mediante a adoção de convenções internacionais sobre o tema³², tradicionalmente conhecidas como as Convenções de Haia, pois constituem o sistema de convenções internacionais na área do direito internacional privado mais amplo e difundido internacionalmente em diversos campos do direito (comercial, família, empresarial, contratos, consumidor, propriedade intelectual, etc).

O princípio da autolimitação do poder do Estado significa, segundo Irineu Strenger, que “o poder-dever de processar e julgar, como função de governo, existe em todas as jurisdições, mas há causas que a justiça de um país não deve processar, nem julgar, como estranhas à sua vida social”³³. Nesse sentido, conforme Eduardo Vescovi, a definição das normas de competência internacional no direito internacional privado é guiada por, pelo menos, cinco princípios de caráter geral: a jurisdição razoável; o acesso à justiça e a proibição de denegação de justiça; a não-discriminação e o tratamento equitativo das partes litigantes; a cooperação interjurisdicional e a mobilidade das decisões estrangeiras.³⁴

Por jurisdição razoável entende-se que todo caso com elementos transfronteiriços deve ser julgado por um juiz que tenha razoável conexão com o objeto dos litígios, pois esses casos, em geral, estão ligados a mais de uma ordem jurídica e será preciso definir qual delas é competente³⁵. Não há uma instância internacional para resolver o problema da competência adequada. Como destacado anteriormente, tem-se apenas convenções internacionais que harmonizam essa questão, em vista da soberania de cada Estado em determinar sua jurisdição – *plenitude jurisdictionis*. Esse princípio serve para informar e determinar situações não previstas nos arts. 22 e 23 do CPC/2015, sempre levando em conta a necessidade de evitar o foro abusivo ou arbitrário, conforme será explorado com maior profundidade na segunda parte do trabalho.

Para Vescovi, o princípio do acesso à justiça relaciona-se mais diretamente com o tema da gratuidade da justiça e com a existência de um sistema de assistência judiciária eficaz.³⁶ Para além das considerações de Vescovi, o princípio do acesso à justiça no direito internacional privado teve uma evolução contínua e ampla. O acesso à justiça não é absoluto, pela própria delimitação exercida pelo Estado a respeito das causas consideradas legítimas e proporcionais para ativar o sistema jurídico estatal. Naturalmente, quando o Estado permite que sua estrutura seja ativada, uma série de garantias precisam estar presentes.

Isso inclui, portanto, além do acesso, a disponibilidade de instrumentos para as partes, mesmo à distância, movimentarem as engrenagens jurídicas locais, algo

³¹ RECHSTEINER, B. W. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 14. ed. Saraiva, São Paulo, 2011, p. 352.

³² FERACI, O. “La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, v. 5, 2, pp. 291 – 314.

³³ STRENGER, I. *Direito processual internacional*. LTR, São Paulo, 2003, p. 54.

³⁴ VESCOVI, E. *Derecho procesal civil internacional*. Idea, Montevideu, 2000, pp. 17 - 22.

³⁵ O princípio da jurisdição razoável relaciona-se diretamente ao arcabouço do princípio da proximidade.

³⁶ VESCOVI, E. *Derecho procesal civil internacional*. Idea, Montevideu, 2000, pp. 17 - 22.

considerado essencial para o direito internacional privado, em que as partes podem se encontrar em território distante de onde se desenvolve a ação judicial. O princípio do acesso à justiça também inclui a garantia de alcançar uma determinação final sobre o caso, a garantia do prazo razoável para cumprimento das determinações judiciais e a garantia de custos e taxas legais não proibitivos para ativação dos órgãos jurídicos, em suas diferentes fases³⁷.

O princípio do acesso à justiça foi elevado à condição de direito fundamental na Constituição Brasileira de 1988 (CF/88), que amplia os direitos fundamentais e estabelece os direitos prestacionais a serem exigíveis do Estado. O art. 5º, inc. XXXV,³⁸ da CF/88, garante o acesso à justiça como um dos direitos fundamentais, e traz uma contrapartida para o Estado, consubstanciada na necessidade de se obter uma resposta célere e satisfatória a cada demanda proposta ao Judiciário. Tal exigência decorre do texto do art. 5º, inc. LXXVIII³⁹, que assegurou a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, tanto no âmbito judicial quanto na esfera administrativa. Isto posto, se infere que, no Brasil, fez-se presente a influência internacional do princípio do acesso à justiça em sua interpretação mais ampla, abarcando as necessidades de aplicação do direito internacional privado.

O princípio da não-discriminação do litigante prescreve que qualquer pessoa, no que se refere aos seus direitos reconhecidos, poderá invocar ou ser submetida à jurisdição, pouco importando sua nacionalidade, domicílio ou conexão da causa ao território onde se encontra ou onde ocorreu o fato. Nesse sentido, nenhum tribunal poderá recusar-se a aplicar o direito a estrangeiro, pelo simples fato de ser ele sujeito de direito e de ter capacidade de ser sujeito processual. O princípio não permite distinção entre nacionais e estrangeiros, pois a igualdade de todos perante a lei é fundamental no tocante ao gozo dos direitos civis e à capacidade de comparecer em juízo⁴⁰.

No Brasil, a não-discriminação do litigante aplica-se também aos estrangeiros que estão aptos a litigar nos tribunais nacionais e também possuem acesso à assistência judiciária, pois a assistência na lei brasileira não faz qualquer distinção entre nacionais e estrangeiros. Assim como o princípio do acesso à justiça, o princípio da não-discriminação do litigante foi incorporado à ordem constitucional brasileira pelo art. 5º, inc. XXXIV, da CF/88, que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

O princípio da cooperação entre os poderes judiciários - assim como o princípio do acesso à justiça - também situa o direito internacional privado como parte do sistema protetivo da pessoa humana e não apenas como parte da disciplina do relacionamento entre os Estados. Quando analisado em sentido estrito, a cooperação

³⁷ FAWCETT, J. J.; SHÚILLEABHÁIN, M. N.; SHAH, S. *Human rights and private international law*. International Law Series, Oxford, 2016, pp. 61-67.

³⁸ O inc. XXXI, do art. 5º, dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³⁹ O inc. LXXVIII, do art. 5º, introduzido ao texto constitucional pela Emenda Constitucional n.45 de 2004, assim dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁴⁰ DINIZ, M. H. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 16. ed. Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 384-385.

interjurisdicional inclui apenas o cumprimento dos diversos atos que ocorrem no curso do processo, englobando medidas judiciais ou administrativas. Por isso, Nádia de Araújo defende que o princípio da cooperação internacional, para além do cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do Judiciário de um Estado estrangeiro, deve ser analisado e relido por uma ótica mais ampla, que dê prevalência à proteção da pessoa humana e sua dignidade, como objetivo maior do sistema⁴¹.

O CPC/2015 absorveu uma concepção mais arejada e voltada à efetivação dos direitos fundamentais, prevendo instrumentos menos burocráticos e mais ágeis na administração da justiça, avançando significativamente em comparação com o CPC/1973⁴². Vale destacar que o novo Código estabeleceu diretrizes claras sobre a cooperação internacional, reforçando a base principiológica geral que informa o direito internacional privado e sublinhando a aproximação com os princípios protetivos dos direitos humanos em seu art. 26, ao prever:

- o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;
- a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados
- publicidade processual
- a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação
- espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.⁴³

O princípio da circulação internacional das decisões estrangeiras é imprescindível para a administração da justiça e, conseqüentemente, prestação recíproca de auxílios. Se assim não fosse, a atividade jurisdicional das autoridades de um país ficaria impedida de decidir o litígio, ante a impossibilidade de conseguir em território estrangeiro a realização das diligências, a efetivação das investigações ou a apuração dos fatos⁴⁴. Como afirma José Carlos Barbosa Moreira:

Num mundo como o de hoje, em que cada dia mais frequentes e complexas vão se tornando as relações entre pessoas de diferentes nacionalidades, ou domiciliadas em países diversos, adquire especial relevância que os atos jurídicos nem sempre se exauzem nos limites territoriais do Estado onde são praticados. As sentenças proferidas pela justiça de um Estado não raro precisam operar no território de outro, sob pena de revelar-se ilusória, do ponto de vista prático, a tutela jurídica dispensada. Isso põe o Estado ante a necessidade de

⁴¹ ARAÚJO, N. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 208.

⁴² DEL'OLMO, F. S.; JAEGER JUNIOR, A. *Curso de direito internacional privado*. Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 77.

⁴³ Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, Capítulo II: "Da Cooperação Internacional". Código de Processo Civil, 2015.

⁴⁴ DINIZ, M. H. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 16. ed. Saraiva, São Paulo, 2011, p. 388.

determinar se, e em que medida, reconhecerá a eficácia, em seu território, à sentença estrangeira⁴⁵.

Segundo Del'Olmo e Jaeger Junior, o princípio da circulação internacional das decisões estrangeiras está assentado no próprio ideal de justiça, no espírito de solidariedade e de interdependência entre os povos⁴⁶. Os principais mecanismos de efetivação desse princípio são as cartas rogatórias e a homologação de sentença estrangeira. No Brasil, as normas referentes à carta rogatória e à homologação de sentença estrangeiras estão presentes no CPC/2015, entre os arts. 960 e 965, estando bem estabelecidos no país. Destaca-se que o CPC/2015 prevê ampla utilização do auxílio direto, instrumento que se destina às medidas que não decorram diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira⁴⁷, e que facilitam a circulação internacional de informações, trazendo uma inovação benéfica para o DIPr no país.

É a partir desta base principiológica, em sua concepção mais contemporânea, que privilegia a proteção da pessoa humana e de sua dignidade que se deve buscar o fundamento que justifica e conecta o interesse do Estado em ter aquele caso submetido a sua respectiva jurisdição. Von Mehren explica que, historicamente, três fundamentos são recorrentes para o exercício da jurisdição do Estado sobre determinados fatos. De tradição civilista, o primeiro estrutura-se na relação de fidelidade entre o nacional e o Estado, sendo, portanto, competência do Estado sempre que seu respectivo nacional – autor ou réu – for parte na causa. Este fundamento está assentado no eixo Estado e nacionalidade, sendo justificável seu fortalecimento no contexto histórico de consolidação do conceito de Estado-nação. O segundo fundamento, coetâneo ao primeiro, mas pertencente à tradição da *common law*, repousa sobre o poder de coação e execução do Estado na respectiva causa. Estando em seu território, o Estado possui jurisdição sobre as pessoas ou os bens, independente da conexão com outros Estados que as pessoas ou os bens possam estabelecer. Mais contemporâneo, o terceiro fundamento relativiza a nacionalidade e a localização do direito por uma concepção mais orgânica, em que a conveniência das partes, a proximidade do direito com o ordenamento, a facilidade na produção de provas, a equidade, a justiça e os direitos humanos participam na composição de fatores que determinam a jurisdição sobre a causa⁴⁸.

⁴⁵ MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V, 7. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, pp. 49-50.

⁴⁶ DEL'OLMO, F. S.; JAEGER JUNIOR, A. *Curso de direito internacional privado*. Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 85.

⁴⁷ Cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil. A solicitação de auxílio direto será encaminhada pelo órgão estrangeiro interessado à autoridade central, cabendo ao Estado requerente assegurar a autenticidade e a clareza do pedido. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Capítulo II: "Da Cooperação Internacional", Seção II: "Do Auxílio Direto". Código de Processo Civil, 2015.

⁴⁸ VON MEHREN, A. T. "Adjudicatory jurisdiction: general theories compared and evaluated". *Boston University Law Review*, v. 63, 1983, pp. 288 - 292.

Na vigência contemporânea deste terceiro fundamento, assentado na proximidade entre a causa e o Estado⁴⁹ e nos direitos humanos, é que se renovam as normas para resolver os conflitos de jurisdição. Essa proximidade pode ser estabelecida pela conexão entre as partes e o foro (domicílio, nacionalidade, residência habitual, centro de negócios e etc), pela facilidade em conhecer e julgar a causa, de um ponto de vista processual (local do acidente, domicílio do réu ou domicílio da parte mais vulnerável, como o consumidor ou o alimentando e etc), ou ainda, pelo próprio interesse do Estado em aplicar o seu direito, relacionada ao fundo da causa – imóveis localizados em seu território, por exemplo. Pela não aceitação dos elementos de conexão com outras jurisdições, é neste âmbito que se estabelecem as competências exclusivas do Estado: quando o objeto da causa é classificado como de interesse qualificado, sendo apenas a autoridade nacional apta para julgá-la, excluindo-se qualquer proximidade com outra jurisdição.

Essa construção que valoriza e redimensiona o princípio clássico conflitual do direito internacional privado para o direito de família é resultado da tendência cada vez mais forte da interlocução da matéria com os direitos humanos. Neste contexto, Jacob Dolinger argumenta que “toda relação jurídica deve ser julgada pelo sistema legal que lhe seja mais próximo, com o qual tenha conexão mais íntima”⁵⁰. E propõe que o “Direito Internacional Privado é lei da proximidade, a lei que tem como seu principal objetivo, sua meta filosófica-política, a aproximação de todos os povos do mundo”⁵¹.

Considerando essa reflexão, a competência internacional exclusiva pode ser classificada como razoável ou exorbitante, aplicando-se a proximidade entre o caso *sub judice* e o Estado⁵², como elucida Meinero:

O foro é razoável quando o caso apresenta uma vinculação suficiente com o Estado a que pertencem os tribunais com jurisdição para julgar o caso. Caso contrário, quando o Estado tomar por base um elemento tangencial ou acidental, ou inclusive totalmente alheio, estar-se-á

⁴⁹ O princípio da proximidade teve origem no direito americano, na área dos contratos, quando se diz que a lei aplicável deve ser a “most closely connected”, ou seja, aquela com a qual o contrato possuiu vínculos mais estreitos. Incorporado no *Restatement 2nd on the Conflict of Laws*, foi posteriormente utilizado na Europa, na Convenção de Roma sobre o Direito Aplicável às Obrigações Internacionais. Com isso, hoje tem uso corrente na maioria dos países europeus. Nas Américas, o princípio também foi utilizado com regra de conexão na Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais. ARAUJO, N. op. cit. p. 17. Segundo Jacob Dolinger, “a proximidade nos diz que o direito a ser aplicado a cada hipótese jurídica deve ser o do sistema legal mais próximo da mesma, e isto pode perfeitamente recair em um sistema jurídico estrangeiro, justamente porque o Direito Internacional Privado nos ensina a tolerância para com o estrangeiro, a tolerância para com os sistemas jurídicos estrangeiros, aceitação do princípio e das regras que conduzem a uma lei estranha a nossa, respeitando a multiplicidade das verdades.” DOLINGER, J. op. cit. p. 143.

⁵⁰ DOLINGER, J. *Direito e amor*. Renovar, Rio de Janeiro, 2009, p.136.

⁵¹ DOLINGER, J. *Direito e amor*. Renovar, Rio de Janeiro, 2009, p. 143.

⁵² ARROYO, D. P. F. “Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los estados miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo?” *Jurídica – Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2004, 34, pp. 61-62.

diante de um foro exorbitante. Não haveria conexão razoável, pois não se encontraria hipoteticamente ligado aos tribunais nacionais ⁵³.

É com base na releitura desse arcabouço principiológico e, de forma mais restrita, no critério da razoabilidade do foro que se faz necessário analisar os casos de competência exclusiva elencados no CPC/2015. De antemão, infere-se que, nos três incisos do art. 23 do CPC/2015, a proximidade com a jurisdição brasileira está assentada na localização dos bens no território nacional. Destaca-se: conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil (inciso I); em matéria de sucessão hereditária, proceder (...) à partilha de bens situados no Brasil (inciso II); e em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil (inciso III).

Sendo a localização dos bens no território nacional a base de proximidade da jurisdição brasileira, não se pode duvidar da razoabilidade do foro nacional para julgar essas ações. De nenhuma forma, pode-se classificar o foro brasileiro como exorbitante. Por outro lado, se a proximidade estabelece que a jurisdição nacional é razoável, não exige a exclusão de todas as demais jurisdições. Sendo a competência concorrente a regra geral e a competência exclusiva ou absoluta sempre excepcional, para alçar um caso à categoria qualificada de competência absoluta, é necessário a presença concomitante de um elemento especial, como a proteção de determinados grupos considerados vulneráveis, a preocupação com a soberania nacional, a ordem pública, os direitos humanos, ou outros riscos que justifiquem a conexão exclusiva da causa com a jurisdição nacional.

No caso do art. 23, inc. I, do CPC/2015, a jurisdição exclusiva em ações relativas a imóveis situados no Brasil decorre, precisamente, da proteção à soberania nacional. A propriedade, a posse e os demais direitos reais de bens imóveis localizados no Brasil não podem ser alienados para adjudicação de jurisdição estrangeira, sob o risco de mitigar a própria soberania territorial. Sendo a expressão do princípio da territorialidade, os direitos reais são regulados segundo a lei do território em que se encontram (*lex rei sitae*). Constitui regra compartilhada entre a tradição da *common law* e da *civil law*, pois expressa o respeito recíproco da soberania sobre o território e a propriedade.

Diferentemente, nos casos em que os bens são considerados como partes de uma universalidade de fato ou de direito, o princípio *lex rei sitae* é afastado pela aplicação do princípio da especialidade sobre o instituto, como a herança, o contrato de compra e venda, a partilha e etc⁵⁴. Nos casos do art. 23, incisos I e II, do CPC/2015, percebe-se que o legislador amplia o raio de incidência da jurisdição exclusiva para “os bens situados no Brasil”. Além dos bens imóveis do inc. I, inclui-se também os bens móveis. Obviamente que a expansão do raio de incidência não decorre de uma preocupação mais abrangente com o princípio da soberania, que agora também incluiria os bens móveis. Não sendo a soberania que qualifica a jurisdição exclusiva, é na proteção aos entes da relação que se deve buscar o fundamento da exclusividade do foro.

⁵³ MEINERO, F. P. “Um novo e injustificado caso de jurisdição internacional exclusiva no novo código de processo civil”. En: MENEZES, W. (org). *Direito internacional em expansão*. v. VIII. Arraes, Belo Horizonte, 2006, p. 288.

⁵⁴ BASSO, M. *Curso de direito internacional privado*. 5. ed. Atlas, São Paulo, 2016, p. 269.

A proteção às partes mais vulneráveis na causa constitui uma condição especial e amplamente aceita para qualificar a exclusividade do foro. No caso do art. 23, inc. II, o objetivo é claramente proteger o cônjuge e os filhos brasileiros. Tanto o é que, apesar da jurisdição nacional ter competência exclusiva para julgar a causa, no caso de o direito estrangeiro ser mais benéfico que o direito nacional ao cônjuge e aos filhos brasileiros, esse não será aplicado em favor daquele. Ou seja, o favorecimento ao cônjuge e filhos brasileiros é tão clara, que obriga o juiz nacional a aplicar o direito estrangeiro, afastando-o do direito pátrio. Nitidamente, a qualificação do foro se dá pela proteção aos herdeiros nacionais, e não pela preocupação com a soberania do Estado em relação aos bens da herança, tanto é que exige a aplicação de direito estrangeiro, caso esse os favoreça.

Dois textos legais trazem expressa a regra da aplicação da lei mais favorável ao cônjuge e aos filhos brasileiros. O art. 5º, inc. XXXI, da Constituição Federal de 1988, em que se lê "a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*" vem novamente reforçado no art. 10, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), reiterando que "a sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*."⁵⁵

Chega-se, por fim, à análise da novidade no CPC/2015, que estende a jurisdição exclusiva, no art. 23, inc. III, para proceder à partilha de bens situados no Brasil, nos casos de divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável. De forma incauta, pode-se inferir que a intenção do legislador nesses casos também é proteger o cônjuge brasileiro, da mesma forma que o protege na partilha do *de cuius*. Contudo, tal não ocorre em relação ao cônjuge na dissolução do vínculo matrimonial, pela ausência de previsão de regra de favorecimento no ordenamento jurídico pátrio.

Enquanto, na partilha do *de cuius*, o juiz nacional buscará a regra mais favorável aos filhos e cônjuge brasileiros – seja ela pátria ou estrangeira -, esse dispositivo não está presente em relação à partilha de bens decorrente da dissolução conjugal pelo divórcio, separação ou dissolução da união estável. Nesses casos, pela ausência da regra de favorecimento, a jurisdição exclusiva implica também a aplicação do direito pátrio, mesmo que ele seja menos favorável ao cônjuge brasileiro. Ou seja, a partilha de bens situados no Brasil sempre deverá ser realizada pelo juiz nacional aplicando o direito pátrio, independentemente da existência de sentença estrangeira prévia. Pela ausência da regra de favorecimento, a jurisdição exclusiva obriga o cônjuge brasileiro a propor nova ação de dissolução do vínculo conjugal no Brasil, mesmo que essa venha em detrimento do acordo alcançado alhures.

É nessa necessidade de propor novamente a ação em território nacional que a nova regra do CPC parece afastar-se dos princípios mais modernos do direito internacional privado mencionados supra, sobretudo o acesso à justiça e a proibição de denegação de justiça; a não-discriminação e o tratamento equitativo das partes litigantes, em razão dos custos envolvidos na necessidade de propor novamente a

⁵⁵ BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 24 mai. 2019.

ação judicial; e a cooperação interjurisdicional, com a conseqüente mobilidade das decisões estrangeiras.⁵⁶

Não se encontra fundamento legal ou de fato que ampare a qualificação da jurisdição exclusiva na partilha decorrente da dissolução do vínculo conjugal. Pelo contrário, a jurisdição concorrente tende a ser mais favorável ao cônjuge nacional. A imposição da jurisdição exclusiva dificulta tanto o desfazimento dos vínculos como a construção de novas relações. É um óbice injustificável às formas menos judicializadas e custosas com que a construção e término das relações amorosas tem ocorrido.

Toma-se, por exemplo, uma brasileira residente no exterior com bens no Brasil, e cujos laços amorosos se enfraqueceram, e que deverá incorrer nos custos processuais de ajuizar uma ação longe de sua residência atual, pela impossibilidade de reconhecimento da sentença estrangeira em seu país de origem. Além de incorrer em custos financeiros adicionais, ela também se verá atrelada a esse relacionamento já exaurido, retardando a formalização de uma possível nova família, a construção de patrimônio proveniente do novo vínculo amoroso e todos os entraves decorrentes da dificuldade em ver-se desembaraçada da condição legal imposta pela jurisdição exclusiva.

Mesmo o temor de que a dissolução do vínculo conjugal, em relação aos bens situados no Brasil, possa ocorrer em detrimento do cônjuge brasileiro são infundados. Fosse a opção pela jurisdição concorrente, a sentença estrangeira ainda enfrentaria a análise do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que poderia restringir ou mesmo não homologar sentença estrangeira em razão de claro prejuízo ao cônjuge brasileiro, ou de violação à ordem pública⁵⁷, diante, por exemplo, de vínculos não reconhecidos no Brasil, e também de afronta aos direitos humanos⁵⁸. A jurisdição exclusiva implica rediscutir judicialmente o que, porventura, já tenha sido discutido alhures, somente repetindo os atos jurídicos diante do juiz nacional, imposto novos custos financeiros e pessoais às partes do processo e ao Estado brasileiro.

Infere-se, com base nesse raciocínio e no método proposto neste trabalho, que a previsão da jurisdição exclusiva no caso de partilha decorrente do desfazimento dos vínculos conjugais no Brasil afronta a base principiológica do direito internacional privado mais contemporânea, arejada pelos direitos humanos, e prevista no ordenamento jurídico nacional. O princípio do acesso à justiça é restringido, à medida que obriga o indivíduo residente no exterior a reiniciar discussão jurídica já finalizada, inclusive consensualmente, em outro país. Nesse aspecto, também eleva os seus custos, tanto financeiros como pessoais, ao impossibilitar o prosseguimento do curso normal de vida, quando os vínculos são defeitos, e busca-se refazer novos laços.

O princípio da cooperação jurisdicional e da circulação das decisões estrangeiras são ignorados, diante do simples fato que as decisões estrangeiras na

⁵⁶ VESCOVI, E. *Derecho procesal civil internacional*. Idea, Montevideu, 2000, pp. 17 - 22.

⁵⁷ O atual regimento interno do STJ incluiu como critério a limitação a dignidade da pessoa humana, além dos já tradicionais: soberania nacional e ordem pública (JAEGER, DEL'OMO, p. 85).

⁵⁸ Erik Jayme definiu ordem pública como sendo o conjunto de princípios gerais de base de um sistema jurídico, os quais se apresentam como um obstáculo à aplicação da lei estrangeira, figurando, dentre eles, os direitos fundamentais do indivíduo, protegidos constitucionalmente. JAYME, E. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmodern*. Martinus Nijhoff Publishers, Recueil de Cours; Tomo 251, 1995, p. 228.

matéria não são aceitas no Brasil. Ou seja, não há cooperação ou circulação quando se trata de partilha de bens situados no Brasil decorrentes do término do vínculo conjugal. Nesse aspecto, a legislação brasileira torna-se inóspita e não-porosa à natural comunicação com os outros ordenamentos jurídicos, sendo que o direito de família internacional é uma das áreas mais profícuas para a cooperação entre os países, por tratar do fluxo normal de pessoas entre diferentes estados.

O princípio da proximidade segue assentado na teoria conflitual do direito internacional privado do século XIV, que estava baseada na localização do bem. Na atualidade, a releitura do princípio da proximidade o conecta às relações pessoais, ao conceito de residência habitual, onde se desenvolvem os laços afetivos e de comunidade e, que, portanto, é onde o direito tem maior facilidade e acesso às condições de prestação jurisdicional eficaz.

Portanto, a expansão da jurisdição exclusiva no Brasil, para o caso em análise, constitui um movimento contrário à concepção mais orgânica, em que a conveniência das partes, a proximidade do direito com o ordenamento, a facilidade na produção de provas, a equidade, a justiça e os direitos humanos participam na composição de fatores que determinam a jurisdição sobre a causa. Verifica-se, no Brasil, uma oposição ao fenômeno da maior mobilidade de pessoas e à evolução da legislação internacional no tema, que visa proteger os direitos humanos e fortalecer a autonomia da vontade dos indivíduos. Como consequência, o CPC/2015 não foi hábil para pacificar a matéria – um dos objetivos da reforma da jurisdição exclusiva – e estabeleceu uma situação em que novamente os tribunais serão chamados a atuar, com fim de reler o texto legal, buscando equilíbrio equitativo, adequado e razoável na base principiológica mais ampla presente no próprio texto do Código, que está alinhando com o respeito aos direitos humanos e com as convenções internacionais mais contemporâneas.

2 O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E A MULTIPLICIDADE DE JURISDIÇÕES

No plano da delimitação da competência internacional, a experiência europeia encontra-se no lado oposto das opções legislativas brasileiras. Na prática, o critério da exclusividade se aplica de forma muito limitada, permitindo-se uma ampla liberdade às partes para a escolha do foro de ajuizamento das ações para a partilha dos bens resultando do desfazimento do vínculo conjugal. Essa opção, embora aparentemente mais atenta à natural mobilidade que caracteriza as relações pessoais e jurídicas hoje em dia, também apresenta algumas deficiências, como se demonstrará em seguida.

2.1. A EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMÍLIA

A solução desenhada pelos países da União Europeia para oferecer segurança jurídica e facilitar a circulação dos cidadãos europeus no espaço integrado deu-se pela estrutura de funcionamento do Direito Internacional Privado. A novidade desse tema no Brasil⁵⁹ revela a necessidade de compartilhar a experiência europeia entre os pensadores e líderes do direito internacional privado em nosso país.

⁵⁹ O primeiro trabalho de fôlego na área, e ao qual o autor teve acesso aos capítulos que tratam da competência jurisdicional e da lei aplicável ao divórcio: JAEGER JUNIOR, A. *Europeização do Direito Internacional Privado: autonomia da vontade, residência habitual, caráter universal da lei aplicável, unidade da sucessão e outras opções que contrastam com as do Brasil*. Juruá, Curitiba, 2012.

A UE constitui, atualmente, uma organização regional supranacional que envolve 27 Estados e objetiva proporcionar “aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas”⁶⁰. As principais características do direito da UE são o primado sobre o direito nacional dos Estados-membros e a aplicação direta de suas normas pelos tribunais nacionais. Isso quer dizer que o direito elaborado pelas instituições supranacionais é hierarquicamente superior ao direito nacional e que o juiz nacional está obrigado a aplicá-lo sem qualquer necessidade de aprovação ou publicação dessas normas por órgãos nacionais. O juízo *a quo* é o que aplica o direito da UE de forma direta e tem o dever de aplicá-lo, mesmo na presença de norma nacional que o contrarie, incluindo-se as disposições de direito constitucional e de direitos fundamentais⁶¹.

A expansão da competência legislativa da UE para as mais diversas áreas jurídicas e da política é um fenômeno que percorre seus 65 anos de criação. Hoje, a UE dispõe de competência exclusiva, ou seja, só ela pode legislar, e a intervenção dos Estados-membros está excluída, nas matérias de política comercial, de política monetária, de política da concorrência, da união aduaneira, da conservação dos recursos biológicos do mar e de sua política externa⁶². Na UE vigora o mecanismo da preempção comunitária, que determina que, a partir do momento que a União exerce sua competência sobre determinada matéria, os Estados não mais podem intervir nesse campo. Esse mecanismo, portanto, não determina as competências da UE e dos Estados-membros, mas se utiliza de uma fórmula ampla que impede o exercício dos Estados em determinado campo do direito a partir do momento que a UE decide legislar nessa competência.

A primeira incursão da UE no delineamento do direito internacional privado ocorreu com o Tratado de Maastricht, de 1992, que funda a UE, criando uma organização paralela à Comunidade Europeia (CE), e as quais serão unificadas numa estrutura institucional única com o Tratado de Lisboa, de 2010, quando passou a existir somente a UE. Em Maastricht, estabeleceu-se a competência da UE para a cooperação judicial em matéria civil, contudo não foram determinados os instrumentos para a efetiva cooperação ou delineado como se daria a cooperação em matéria civil. A imprecisão desses mecanismos fez com que permanecesse a situação vigente, ou seja, a manutenção da responsabilidade dos Estados-membros para determinar o juízo competente e a lei aplicável aos conflitos envolvendo cidadãos de Estados da UE, quando recorriam aos tribunais nacionais para resolver conflitos em matéria civil, inclusive as crises conjugais⁶³.

O Tratado de Amsterdam, de 1997, que reformou algumas estruturas da UE, estabeleceu a competência supranacional para disciplinar os temas de matéria civil concernentes ao Direito Internacional Privado (DIPr). Para estabelecer a base jurídica da atuação comunitária nessa nova dimensão, a parte dispositiva do Tratado de Amsterdam transferiu a competência para tratar da cooperação judicial em matéria

⁶⁰ Tratado da União Europeia conforme redação dada pelo Tratado de Lisboa, 2010, Art. 3°.

⁶¹ JACKÉ, J. P. *Droit institutionnel de L'Union Européenne*. 6. ed. Dalloz, Paris, 2010, pp. 540 – 573.

⁶² JACKÉ, J. P. *Droit institutionnel de L'Union Européenne*. 6. ed. Dalloz, Paris, 2010, p. 155.

⁶³ BASEDOW, J. “The communitarization of conflict of law under the Treaty of Amsterdam”. *Common Market Law Review*, v. 37, 2000, p. 691.

civil da UE para a CE e atribuiu competência a um de seus órgãos, o Conselho, para adotar medidas nas áreas referentes ao artigo 65 do Tratado, que afirma:

A União desenvolve uma cooperação judiciária nas matérias civis com incidência transfronteiriça, assente no princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais. Essa cooperação pode incluir a adoção de medidas de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros.

2. Para efeitos do nº. 1, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adoptam, nomeadamente quando tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno, medidas destinadas a assegurar:

a) O reconhecimento mútuo entre os Estados-Membros das decisões judiciais e extrajudiciais e a respectiva execução;

b) A citação e notificação transfronteiriça dos atos judiciais e extrajudiciais;

c) A compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdição⁶⁴ (grifo nosso).

É, então, a partir desse dispositivo do Tratado de Amsterdam, de 1997, que a CE se tornou competente para promover a harmonização das leis aplicadas pelos Estados-membros para determinar a competência jurisdicional e a lei aplicável aos conflitos judiciais em matérias civis. As primeiras áreas do direito reguladas no âmbito supranacional foram as obrigações extracontratuais (Regulamento Roma II)⁶⁵, em 2007, e as obrigações contratuais (Regulamento Roma I)⁶⁶, em 2008. No que tange ao direito internacional da família, as obrigações alimentares foram reguladas em 2008⁶⁷ e, atualmente, o Regulamento 650/2012, que trata de sucessões e testamentos⁶⁸. A esse processo contínuo de expansão do direito da UE sobre a determinação da lei aplicável aos conflitos privados em matéria civil envolvendo mais de um Estado-membro intitulou-se “Comunitarização” ou “Europeização” do direito internacional privado⁶⁹.

⁶⁴ Tratado da União Europeia. Art. 81º ex-artigo 65 do Tratado de Amsterdam. *Grifo nosso*.

⁶⁵ EUROPA. *Regulamento (CE) n. 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32007R0864>. Acesso em: 24 mai. 2019.

⁶⁶ EUROPA. *Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593>. Acesso em: 24 mai. 2019.

⁶⁷ EUROPA. *Regulamento (CE) n. 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32009R0004>. Acesso em: 24 mai. 2019.

⁶⁸ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu, COM 2009, 154, versão final de 14.10.2009.

⁶⁹ NORDMEIER, C. F.; JAEGER JUNIOR, A. “Comunitarização do direito internacional privado: recentes impactos nos DIPr autônomos de Alemanha e Áustria”. En: BADARÓ, R. A. L. (coord.). *Direito Internacional: anais do Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Academia Brasileira de Direito Internacional, São Paulo, 2010, pp. 169-184.

O Tratado de Amsterdam, de 1997, além de tornar a CE competente para legislar nas matérias civis com incidência transfronteiriça, ele também estabeleceu como um dos objetivos da integração europeia a formação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas. Nesse espaço composto por 27 países, os cidadãos europeus não exercem, simplesmente, suas atividades econômicas, mas também constituem todas as relações de suas vidas. É natural que a intensificação do fluxo de pessoas num espaço integrado implique o florescimento de romances transfronteiriços e, quem sabe, de casamentos internacionais, quando duas pessoas de nacionalidades distintas celebram matrimônio.

De fato, estudos detalhados⁷⁰ produzidos pela UE estimam a constituição de aproximadamente 350 mil casais internacionais por ano nos 27 Estados-membros. Infelizmente, os divórcios também apresentam números significativos. Por ano, as cortes dos países da UE realizam cerca de 170 mil divórcios em que se identificam elementos internacionais, seja a nacionalidade, seja o domicílio dos cônjuges. Nesses casos, em que, por exemplo, cônjuges de nacionalidades distintas, com domicílio em Estado-membro estranho às suas nacionalidades, pretendem se divorciar, qual o tribunal competente para se pronunciar sobre o divórcio? E, definido o tribunal competente, qual a lei material aplicável ao divórcio: a da nacionalidade do marido, a da nacionalidade da esposa, ou a do domicílio conjugal?

As relações descritas acima, até o ingresso da UE na área do direito de família, ficavam restritas às soluções oferecidas pelo direito nacional dos Estados-membros. Em muitos casos, o direito de um dos cônjuges era diametralmente oposto ao do outro. Por exemplo, um casal sueco-maltês não poderia se divorciar segundo a lei vigente em Malta, onde se requer quatro anos de separação de fato para a solicitação do divórcio⁷¹, enquanto na Suécia, cuja legislação para o divórcio é a mais flexível da UE, não há qualquer requisito legal, além do desejo de um cônjuge em divorciar-se, para concedê-lo. Se, portanto, o direito maltês é o único competente para conhecer do divórcio, esses cidadãos europeus estariam impedidos de gozar de um “espaço de liberdade, de segurança e de justiça, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas”, uma vez que a constituição de novo matrimônio em outro Estado-membro não seria possível, o que implica uma obstrução no direito de livre circulação dos cidadãos europeus.

Para além dos casos extremos de conflito entre direitos nacionais antagônicos como o descrito acima, situações bastante simples ocorrem com repercussões diretas sobre a livre circulação das pessoas na UE envolvendo a dissolução conjugal. Na situação de um casal formado por pessoas de nacionalidades diferentes do Estado onde tem domicílio, e cuja ordem jurídica só admite como partes numa ação de divórcio seus nacionais, igualmente se vê privado de circular livremente, uma vez

⁷⁰ Commission of the European Communities. Commission Staff Working Document. Impact assessment on the Commission proposal on jurisdiction and applicable law in divorce matters. {COM(2006) 399 final}. Brussels, 17 de julho de 2006.

⁷¹ Mesmo com as presentes dificuldades para se obter o divórcio em Malta, o país passou por uma grande evolução na matéria nos últimos anos, tendo em vista a necessidade de harmonização de sua legislação com os demais países da UE. Até outubro de 2011, o instituto do divórcio era desconhecido no direito maltês. A legalização do divórcio em Malta passou por um referendo em 28 de maio de 2011, no qual, por apenas 15 mil votos de diferença, garantiu-se o apoio à possibilidade de dissolução matrimonial.

que estão atados ao vínculo matrimonial, não sendo ofertada uma possibilidade local para sua dissolução. Foi diante dessa realidade de insegurança jurídica, imprevisibilidade e injustiça que se encontrava grande parte dos 170 mil casais internacionais que buscavam o divórcio anualmente na EU, até o início da regulação do divórcio no nível supranacional e, portanto, comum a todos os Estados-membros.

O principal problema diagnosticado era o impedimento das pessoas constituírem novas relações familiares, em um espaço com grande fluxo transfronteiriço de indivíduos, pelas dificuldades de obtenção do divórcio, já que a dissolução das relações conjugais permanecia de competência de cada Estado-membro. Logo, entre as primeiras providências requeridas estava a oferta do maior número possível de foros para a proposição da ação de divórcio, desde que resguardados alguns direitos mínimos para as partes.

A dissolução das relações matrimoniais é objeto de dois Regulamentos que estabelecem bases jurídicas comuns para os 27 Estados-membros⁷². O Regulamento Bruxelas II bis⁷³, de 2003, rege a competência internacional jurisdicional para conhecer das ações de divórcio, separação e anulação do casamento, e o Regulamento Roma III⁷⁴, que entrou em vigor em 21 de junho de 2012, estabelece qual lei material será aplicável para resolver esses conflitos transfronteiriços. Além disso, com relação aos efeitos patrimoniais decorrentes da dissolução, são aplicáveis hoje os regulamentos 1103 e 1104/2016, que tratam, respectivamente, do regime econômico do matrimônio e dos efeitos patrimoniais das uniões registradas.

2.2. AS REGRAS DA DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PARA OS EFEITOS PATRIMONIAIS DO ROMPIMENTO DO VÍNCULO CONJUGAL

Foi inspirada no modelo e na estrutura normativa das Conferências Internacionais de Haia que a União Europeia adotou uma série de regulamentos com o fim de harmonizar o direito internacional privado de família. Em um primeiro momento, a UE tentou viabilizar a harmonização para os conflitos em matéria de família pelo mesmo método das conferências internacionais, mas se utilizando de um âmbito de incidência espacial mais restrito, ou seja, buscou-se a via tradicional do direito internacional público aplicado unicamente aos seus Estados-membros. É essa a origem do Convênio de Bruxelas II, de 1998, que estabelecia regras uniformes sobre a competência jurisdicional em matéria de divórcio e separação judicial. Por ser um convênio de direito internacional público era imprescindível que cada Estado realizasse a tarefa de transformá-lo em uma norma nacional para que entrasse em vigor. Como os Estados-membros não demonstraram vontade política para internalizar o Convênio de Bruxelas II no âmbito doméstico, ele nunca entrou em vigor.

Com a possibilidade aberta pelo Tratado de Amsterdam, de 1997, da CE legislar na área de direito internacional privado visando à harmonização das ordens

⁷² Neste trabalho, sempre se refere 27 Estados-membros da UE, mesmo que esses Regulamentos não se apliquem à Dinamarca, que optou por não fazer parte dessa esfera de comunitarização do direito internacional privado. O leitor deve, por isso, sempre excluir a Dinamarca de suas análises.

⁷³ EUROPA. *Regulamento (CE) n. 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32003R2201>. Acesso em: 24 mai. 2019.

⁷⁴ EUROPA. *Regulamento (EU) n. 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:PT:PDF>. Acesso em: 29 mai. 2019.

jurídicas dos Estados-membros, o bloco decidiu que, se os países não se dispunham a transpor o Convênio de Bruxelas II para o âmbito nacional, a própria Comunidade Europeia exerceria essa competência regulando a matéria no âmbito supranacional. Simplesmente, o que a Comunidade Europeia fez foi converter o Convênio de Bruxelas II no Regulamento de Bruxelas II, um ato normativo típico do bloco europeu que carrega as duas características essenciais do Direito da União Europeia: aplicação direta no território dos Estados-membros e superioridade sobre o direito nacional.

Em 1º de março de 2001, entrou em vigor o "*Regulamento (CE) N.º 1347/2000 do Conselho da União Europeia, de 29 de Maio de 2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder parental em relação aos filhos comuns do casal*"⁷⁵, que, pela inspiração no Convênio de Bruxelas II e pela necessidade de se estabelecer uma forma prática de referi-lo, foi denominado pela doutrina e pela jurisprudência de Regulamento Bruxelas II. Esse Regulamento passou a determinar a competência jurisdicional para as ações relativas à matéria matrimonial nos países da UE, deixando para a história a fase regida pelo direito nacional.

O Regulamento Bruxelas II trouxe para o âmbito da UE um ramo do direito que, há poucos anos atrás, não se consideraria viável: o direito de família. A unificação das normas referentes à competência jurisdicional para tratar das ações de divórcio e separação judicial constituiu um avanço do direito comunitário sobre questões nucleares do direito de família pela via do direito internacional privado. O Regulamento Bruxelas II permaneceu em vigor por exatos cinco anos, até 1º de março de 2005, quando foi revogado pelo Regulamento Bruxelas II bis⁷⁶.

As causas da revogação do Regulamento de Bruxelas II não estão nas suas fragilidades, e sim no seu sucesso e, por isso, na possibilidade de alargar a sua matéria. Por isso, o Regulamento Bruxelas II bis não aporta mudanças significativas ao Regulamento revogado, cujas ideias de base são todas mantidas. As alterações trazidas pelo novo Regulamento dizem respeito à inserção da matéria da responsabilidade parental independentemente de os filhos serem comuns do casal ou não, ampliando o leque de relações jurídicas sob sua égide, e ao melhoramento da eficácia do reconhecimento e da execução das decisões judiciais entre os países da UE pela aplicação do princípio do reconhecimento mútuo⁷⁷. O Regulamento Bruxelas II bis estabelece a competência jurisdicional internacional para as ações de divórcio no âmbito da UE, e suas origens históricas revela a constante evolução que essa matéria tem passado.

O principal objetivo do Regulamento Bruxelas II bis é contribuir para o aperfeiçoamento da área de segurança, justiça e liberdade – um dos pilares da UE

⁷⁵ EUROPA. *Regulamento (CE) n. 1347/2000 do Conselho, de 27 de maio de 2000*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02000R1347-20050301&from=HR>. Acesso em: 24 mai. 2019.

⁷⁶ EUROPA. *Regulamento (CE) n. 2201/2003 do Conselho da União Europeia, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n. 1347/2000*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=830&tabela=leis. Acesso em: 24 mai. 2019.

⁷⁷ NORDMEIER, C. F.; JAEGER JUNIOR, A. "Comunitarização do direito internacional privado: recentes impactos nos DIPr autônomos de Alemanha e Áustria". En: BADARÓ, R. A. L. (coord.). *Direito Internacional: anais do Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Academia Brasileira de Direito Internacional, São Paulo, 2010, pp. 174-175.

estabelecidos no Tratado de Maastricht⁷⁸ – por meio da facilitação da dissolução dos vínculos matrimoniais internacionais e seu respectivo reconhecimento nos Estados-membros, auxiliando, portanto, a livre circulação das pessoas no espaço integrado do bloco. Para concretizar esse objetivo, o Regulamento Bruxelas II bis centra-se em três ideias de base: oferta de uma multiplicidade de foros competentes para decretar o divórcio, regras de litispendência para sanar o problema advindo da provocação concomitante de tribunais de Estados-membros diversos para conhecer de um mesmo divórcio e suas ações conexas e, por fim, o princípio do reconhecimento automático das decisões dos tribunais nacionais na UE, às quais somente a exceção de ordem pública pode ser oposta⁷⁹. A seguir, aborda-se cada uma dessas ideias centrais do Regulamento Bruxelas II bis, de forma a trazer à tona a racionalidade do ato normativo europeu.

A competência jurisdicional internacional está demarcada por três regras essenciais e complementares: as competências exclusivas, as competências gerais e as competências residuais. A competência exclusiva, prevista do art. 6° do Regulamento Bruxelas II bis, impõe que esse documento legal se aplica quando qualquer dos cônjuges tenha sua residência habitual em um Estado-membro da UE, ou seja, nacional de um de seus Estados-membros. Isso implica dizer que todas as pessoas, independentemente de sua proveniência, desde que com residência habitual no espaço da UE, estão sob a égide desse regulamento. Além disso, ele prescreve que não se discute qual o domicílio do nacional de um Estado-membro da UE para a sua incidência - basta ser um nacional da UE. Por sua vez, isso significa que, se o nacional da União Europeia se encontra domiciliado em qualquer outro país do globo, igualmente esse Regulamento o alcança. Cabe destacar, portanto, que o Regulamento Bruxelas II bis estabelece competência exclusiva sobre qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade, que resida na UE, e também aos nacionais da UE, independentemente de seu domicílio estar fora da área territorial da UE.

A competência exclusiva do Regulamento Bruxelas II bis estabelece os âmbitos de aplicação pessoal e espacial. Determinada a incidência exclusiva do Regulamento, deve-se averiguar como o documento visa ofertar uma multiplicidade de foros competentes para o divórcio e, dessa forma, alcançar seu objetivo de facilitar a livre circulação de pessoas na UE, desvencilhando-as das leis nacionais que opõem obstáculos às ações de divórcio. Esse papel cabe às competências gerais determinadas no art. 3° do Regulamento Bruxelas II bis. Para a boa compreensão desse dispositivo, faz-se necessária sua transcrição:

Art. 3°.
Competência geral

⁷⁸ O Tratado de Maastricht, de 1992, fundou a arquitetura institucional das UE em três pilares. O primeiro pilar era formado, essencialmente, pela Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), pela Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM) e pela Comunidade Europeia (CE). O segundo pilar era formado pela Política Externa e de Segurança Comum (PESC). E, o terceiro pilar era formado pela cooperação policial e judiciária em matéria penal. A estrutura em pilares foi abolida pelo Tratado de Lisboa, de 2009, que os unificou numa estrutura única: a União Europeia.

⁷⁹ JAEGER JUNIOR, A. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento brasileiro*. Juruá, Curitiba, 2012, Capítulo 10. No prelo.

1. São competentes para decidir das questões relativas ao divórcio, separação ou anulação do casamento, os tribunais do Estado-Membro:

a) Em cujo território se situe:

— a residência habitual dos cônjuges, ou

— a última residência habitual dos cônjuges, na medida em que um deles ainda aí resida, ou

— a residência habitual do requerido, ou

— em caso de pedido conjunto, a residência habitual de qualquer dos cônjuges, ou

— a residência habitual do requerente, se este aí tiver residido pelo menos, no ano imediatamente anterior à data do pedido, ou

— a residência habitual do requerente, se este aí tiver residido pelo menos, nos seis meses imediatamente anteriores à data do pedido, quer seja nacional do Estado-Membro em questão quer, no caso do Reino Unido e da Irlanda, aí tenha o seu «domicílio»;

b) Da nacionalidade de ambos os cônjuges ou, no caso do Reino Unido e da Irlanda, do «domicílio» comum.⁸⁰

A principal característica do art. 3º é a inexistência de prevalência ou qualquer ordem hierárquica entre os sete foros previstos nas suas alíneas a e b. Todos os foros elencados detêm competência jurisdicional concorrente e alternativa para um pedido de divórcio. Essa característica favorece o acesso à justiça e a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial. Os elementos de conexão do art. 3º estão fundados tanto na residência habitual (alínea a) quanto na nacionalidade (alínea b), o que possibilita às partes, na grande maioria dos casos, mais de um foro competente para o pedido de divórcio⁸¹. Em alguns casos ainda, pode ocorrer a presença de um oitavo foro competente, além dos sete já previstos no art. 3º. Tal possibilidade faz-se presente quando, por exemplo, os dois cônjuges possuem dupla nacionalidade e, portanto, conforme a alínea b, eles podem demandar nos dois países dos quais são nacionais⁸². Diante dessa situação, ao casal estão disponíveis oito foros jurisdicionalmente competentes para apreciar a solicitação de divórcio, sendo todos eles concorrentes e alternativos.

O Regulamento Bruxelas II bis, mesmo diante da multiplicidade de foros concorrentes, não deixou de prever uma solução para os casos singulares em que os cidadãos podem ainda se deparar sem um juízo ao qual direcionar seu pedido de divórcio. Para tanto, o art. 7º prevê as competências residuais por meio de uma regra bastante simples: se nenhum tribunal de um Estado-membro for competente com base no Regulamento, o pedido de divórcio é submetido à lei nacional do Estado cuja jurisdição foi provocada. O Regulamento visa com essa medida sempre oferecer uma

⁸⁰ EUROPA. Regulamento (CE) n. 2201/2003 do Conselho da União Europeia, de 27 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=830&tabela=leis. Acesso em: 24 mai. 2019.

⁸¹ JAEGER JUNIOR, A. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento brasileiro*. Juruá, Curitiba, 2012, Capítulo 10. No prelo.

⁸² Situações de dupla nacionalidade, em que cada um dos cônjuges propôs a ação de divórcio em um Estado-membro da UE distinto, já foram apreciadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Ver, por exemplo, Caso Hadadi, em que ambos possuíam tanto nacionalidade húngara como francesa: Processo C-168/08, Acórdão de 16 de julho de 2009.

jurisdição para conhecer do divórcio, pois, se mesmo com os sete foros alternativos previstos, nenhum deles seja competente, a lei nacional vai determinar, em caráter residual, o juízo responsável pela deliberação do divórcio.

O Regulamento Bruxelas II bis preocupou-se em estabelecer, além das competências jurisdicionais e das regras de litispendência para dissolver os vínculos matrimoniais, também normas para o reconhecimento das decisões de divórcio exaradas por um Estado-membro nos demais países do bloco. Nesse sentido, previu-se o princípio do reconhecimento automático das decisões no art. 21º do Regulamento, que prescreve "*As decisões proferidas num Estado-membro são reconhecidas no outros Estados-membros, sem quaisquer formalidades*". Isso significa que, a partir do momento que um tribunal de qualquer Estado-membro da UE desconstitui o vínculo matrimonial, essa decisão é válida e plenamente operativa em todos os demais Estados-membros sem necessidade de nenhum procedimento registral dessa decisão nos demais Estados.

Verifica-se, portanto, que o Regulamento Bruxelas II bis alcança seu objetivo de facilitar a livre circulação de pessoas da UE de forma bastante satisfatória. Os três elementos do Regulamento explorados acima – a multiplicidade de foros, a regra de litispendência e o princípio do reconhecimento automático – demonstram que a desconstituição do vínculo matrimonial é facilitada na UE, uma vez que estão previstos uma pluralidade de juízos competentes para a ação de divórcio e, uma vez desconstituído o vínculo matrimonial, essa decisão permite a constituição de nova família. Em última análise, o Regulamento Bruxelas II bis desvencilha as partes do direito nacional que poderia dificultar a ação do divórcio e permite, no âmbito da UE, a constituição de novas relações conjugais protegidas pelo direito.

Após a unificação das normas relativas à competência jurisdicional nos Estados-membros da UE pelo Regulamento Bruxelas II bis, iniciaram-se as tratativas para o aprofundamento da integração europeia do direito de família. O próximo passo dessa harmonização se deu quanto aos elementos de conexão que determinam a lei aplicável ao divórcio e à separação judicial. Apesar da competência jurisdicional ter sido amplamente alargada, deve-se ter em conta que, após a provocação do tribunal de um Estado-membro para a ação do divórcio, são as normas do direito autônomo interno que determinam qual a lei aplicável para desconstituir o vínculo matrimonial. Essas normas nacionais para determinar a lei aplicável podem apresentar grande disparidade entre os Estados-membros, o que potencializa a insegurança jurídica aos cônjuges.

Um profundo estudo foi realizado pela UE para averiguar as diferenças e similitudes entre os direitos nacionais no que tange às normas que determinam a lei aplicável ao divórcio. Esse estudo foi publicado em 14 de março de 2005, e intitulado *Livro Verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio*⁸³. Entre as principais conclusões está a constatação da ampla variedade entre os elementos de conexão que determinam a lei aplicável ao divórcio. Enquanto alguns Estados optam por privilegiar a nacionalidade comum dos cônjuges, outros dão preferência ao local da última residência habitual do casal e, ainda outros, determinam a aplicação da própria lei do foro. Isso significa que, após definida a competência jurisdicional conforme o Regulamento Bruxelas II bis, a lei aplicável para a dissolução do vínculo

⁸³ EUROPA. COM (2005) 82 final: *Livro verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52005DC0082>. Acesso em: 24 mai. 2019.

matrimonial pode variar substancialmente entre os Estados-membros, uma vez que está diretamente relacionada ao direito autônomo interno, que é soberano para definir se será aplicada a lei da nacionalidade dos cônjuges, a lei do foro, ou da última residência habitual do casal.

A disparidade entre os ordenamentos nacionais acarreta que, mesmo com a possibilidade de se propor o pedido de divórcio numa multiplicidade de foros, os cônjuges não conhecem qual o direito será aplicável para resolver a crise conjugal, gerando uma nítida insegurança jurídica para as partes. A primeira tentativa da UE em regular, no âmbito supranacional, a lei aplicável ao divórcio ocorreu por uma proposta de alteração no Regulamento Bruxelas II bis. Em 17 de julho de 2006, o Conselho da UE publicou uma "*Proposta de Regulamento do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 no que diz respeito à competência e introduz regras relativas à lei aplicável em matéria matrimonial*"⁸⁴ que visava, além de unificar as normas quanto à lei aplicável ao divórcio, também alterar alguns dispositivos do Regulamento de Bruxelas II bis que se verificaram imprecisos, danosos para as partes e sofriam intensa crítica da doutrina⁸⁵. Segundo as normas de funcionamento da UE, a alteração desse Regulamento exige a aprovação pela unanimidade dos Estados-membros, e poucos países estavam dispostos a ceder mais uma parcela de sua competência normativa para as instâncias supranacionais.

No decorrer dos anos seguintes à publicação da Proposta do Conselho para reformar o Regulamento Bruxelas II bis, em 2007 e 2008, diversas negociações ocorreram para tentar compor os interesses dos Estados e preservar alguns temas mais sensíveis do direito de família na esfera do direito nacional. Apesar dos esforços empenhados, os Estados não obtiveram êxito em alcançar um acordo quanto às mudanças pretendidas. A grande dificuldade dos Estados em abdicarem da competência para determinar a lei aplicável ao divórcio levou um número menor de países da UE a lançarem mão de um mecanismo que, apesar de previsto ainda em Amsterdã, em 1997, nunca fora espontaneamente utilizado pelos Estados-membros na história do bloco: a cooperação reforçada.

O instituto da cooperação reforçada permite que alguns Estados avancem em matérias específicas da integração numa velocidade diferente daqueles que optam por não participar do mecanismo. A cooperação reforçada foi prevista pelo Tratado de Amsterdã de 1997, o mesmo que possibilitou à CE legislar nas matérias relativas ao direito internacional privado e, por conseguinte, no campo do direito de família com conexões internacionais. O objetivo jurídico e político da previsão do instituto

⁸⁴ EUROPA. COM(2006) 399 final: *Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2006_135. Acesso em: 23 mai. 2019.

⁸⁵ JAEGER JUNIOR, A. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento brasileiro*. Juruá, Curitiba, 2012, Cap. 11.

da cooperação reforçada em Amsterdam foi a necessidade de inserir, no âmbito do direito comunitário, o Acervo de Schengen⁸⁶ e a Carta Social Europeia⁸⁷.

A partir daí um dos exemplos mais nítidos de aplicação do instituto da cooperação reforçada foi o modo como se introduziram as regras da *"Proposta de Regulamento do Conselho que aplica uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial"*⁸⁸, de 24 de março de 2010, que, ao fim e o cabo, foi adotada pelos países, tornando-se o Regulamento Roma III⁸⁹. Esse regulamento tem um âmbito de aplicação territorial e material bastante restrito em relação aos demais Regulamentos da área do direito internacional privado na UE. Por se constituir numa cooperação reforçada, ele se aplica unicamente aos 14 Estados-membros que já aderiram ao documento: Bélgica, Alemanha, Espanha, França, Itália, Luxemburgo, Hungria, Áustria, Portugal, Romênia, Bulgária, Letônia, Eslovênia e Malta. Nesses países, o Regulamento Roma III substituiu as legislações nacionais no que diz respeito à determinação da lei aplicável ao divórcio e à separação judicial com conexão internacional, o que revela, também, o âmbito de aplicação material bastante estreito e reduzido se comparado, por exemplo, ao Regulamento Bruxelas II bis, que unifica, além daqueles temas, a responsabilidade parental e a anulação do casamento.

O Regulamento Roma III, apesar da aplicação territorial e material limitada, tem a potencialidade de direcionar a harmonização do direito de família na UE. O mecanismo da cooperação reforçada é aberto à adesão dos Estados que dele pretendem tomar parte, desde que respeitem os atos já adotados⁹⁰. Além disso, a cooperação reforçada pode se expandir de forma bastante autônoma para outras áreas do direito de família, tendo em vista o apoio ativo que os Estados receberam do Conselho da UE. Essa dinâmica estabelece um ciclo de cooperação e harmonização entre esse núcleo de Estados, formando uma força centrípeta, que acaba atraindo os demais Estados para as mesmas regras ou em direção a elas⁹¹. Após a formação da cooperação reforçada em determinada área do direito civil, é difícil imaginar que os

⁸⁶ O Acervo de Schengen tem sua origem no direito internacional público, sendo um acordo entre Estados, estabelecido em 1985, para propiciar uma das liberdades fundamentais da UE – a livre circulação de pessoas - mas ao qual nem todos os países estavam dispostos a aderir. Por isso, até Amsterdam, o Acervo de Schengen evoluiu fora do arcabouço principiológico do direito comunitário, quando foi transformado num mecanismo de cooperação reforçada. A não ser, portanto, por essa necessidade de transformar o Acervo de Schengen em um mecanismo de cooperação reforçada, de forma a adequá-lo ao direito institucional da UE, os Estados jamais utilizaram esse instituto por organização e interesse próprio. JACKÉ, J. P. *Droit institutionnel de L'Union Européenne*. 6. ed. Dalloz, Paris, 2010, p. 175.

⁸⁷ A Carta Social Europeia constituía um acordo intergovernamental entre 11 Estados, dos quais o Reino Unido não participava, e que foi anexado ao Tratado de Maastricht. Assim como o Acervo de Schengen, a Carta Social Europeia foi integrada ao direito comunitário com o Tratado de Amsterdam como um mecanismo de cooperação reforçada.

⁸⁸ EUROPA. *COM (2010) 105 final: Proposal for a Council Regulation (EU) implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2010_67. Acesso em: 24 mai. 2019.

⁸⁹ Regulamento Roma III é o nome utilizado pela doutrina para se referir ao "Regulamento n°. 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial".

⁹⁰ JACKÉ, J. P. *Droit institutionnel de L'Union Européenne*. 6. ed. Dalloz, Paris, 2010, p. 177.

⁹¹ Esse fenômeno ocorreu de forma bastante nítida com o Acervo de Schengen que, apesar de alguns países não aderirem a todas as suas normas, com o passar do tempo contribuiu para os Estados harmonizarem suas legislações.

países que dela não tomaram parte terão uma evolução diametralmente oposta àquela já implementada. O natural é os Estados se direcionem para a harmonização com o mecanismo já em operação, mesmo que em velocidades distintas. Por essa razão principal, a doutrina considera a determinação da lei aplicável ao divórcio pelo Regulamento Roma III como o futuro do direito internacional da família para todos os 27 Estados-membros da UE.

Após a unificação das normas relativas à competência jurisdicional nos Estados-membros da UE pelo Regulamento Bruxelas II bis e da escolha da lei aplicável pelo Regulamento Roma III, iniciaram-se as tratativas para o aprofundamento da integração europeia do direito de família. Nesse sentido, os Regulamentos 1103/2016 e 1104/2016, tratam, respectivamente, dos efeitos patrimoniais dos regimes de matrimônio e das uniões registradas.

Os Regulamentos 1103/2016 (REM) e 1104/2016 (EPUR), de 24 de junho, e que entraram em vigor a partir do dia 29 de janeiro de 2019, estabeleceram um novo sistema de cooperação reforçada no que diz respeito à competência, lei aplicável e reconhecimento e execução de decisões em matéria de regimes econômicos matrimoniais (REM) e efeitos patrimoniais das uniões registradas (EPUR). Empregando a metáfora de Mariscal⁹², os regulamentos se agregam aos documentos anteriores (Bruxelas II bis, Roma III e o Regulamento 650/2012, de 4 de julho, que trata das sucessões), para o efeito de densificar o tapete jurídico, tramando uma ordem jurídica de direito de família compartilhada entre os países que porventura adiram a esse documento.

Os novos regulamentos vinculam apenas os países já signatários⁹³, e a ele podem se incorporar novos países que tenham a intenção de homogeneizar suas regras de direito internacional privado com relação aos efeitos patrimoniais do matrimônio e das uniões registradas.

Com relação à determinação da competência para apreciar os efeitos patrimoniais do matrimônio e das uniões registradas, a primeira regra é a que estende ao foro já determinado segundo o Regulamento 2201/2003 (Bruxelas II bis) e o Regulamento 650/202 (sucessões).

Com efeito,

Artigo 5º Competência em caso de divórcio, separação judicial ou anulação do casamento 1.Sem prejuízo do n. 2, se um órgão jurisdicional de um Estado-Membro for chamado a decidir sobre um pedido de divórcio, separação judicial ou anulação do casamento dos cônjuges, nos termos do disposto no Regulamento (CE) n. 2201/2003, os órgãos jurisdicionais desse Estado são competentes para decidir das questões ligadas ao regime matrimonial relacionadas com esse pedido.⁹⁴

⁹² MARISCAL, P. P. "Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 Y 1104/2016". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 9, 1, mar. 2017, pp. 300-326.

⁹³ Suécia, Bélgica, Grécia, Croácia, Eslovênia, Espanha, França, Portugal, Itália, Malta, Luxemburgo, Alemanha, República Checa, Holanda, Áustria, Bulgária, Finlândia e Chipre.

⁹⁴ EUROPA. *Regulamento (UE) 2016/1103 do Conselho, de 24 de junho de 2016*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1103&from=EN>. Acesso em: 24 mai. 2019.

No mesmo sentido, quando se tratar de uniões registradas:

Artigo 5.º Competência em caso de dissolução ou anulação 1. Se um órgão jurisdicional de um Estado-Membro for chamado a decidir sobre a dissolução ou anulação de uma parceria registada, os órgãos jurisdicionais desse Estado são competentes para decidir sobre os efeitos patrimoniais da parceria registada relacionados com essa ação de dissolução ou anulação, se os parceiros assim o acordarem.⁹⁵

Da mesma forma, quando os efeitos patrimoniais foram deflagrados pela morte de um dos cônjuges (o mesmo se aplica para as uniões registradas):

Artigo 4.º Competência em caso de morte de um dos cônjuges. Se num órgão jurisdicional de um Estado-Membro for instaurada uma ação relativa à sucessão de um dos cônjuges nos termos do Regulamento (UE) n. 650/2012, os órgãos jurisdicionais desse Estado são competentes para decidir das questões ligadas ao regime matrimonial relacionadas com essa ação sucessória.⁹⁶

Desse paralelismo por conexão, pode-se extrair que todas as virtudes do sistema de competências do Regulamento Bruxelas II bis se aplicam também aos novos regulamentos sobre efeitos patrimoniais. Porém, além dessas regras por conexão com o Regulamento Bruxelas II bis, os novos regulamentos também possuem regras subsidiárias.

Não sendo o caso de conexão com as ações decorrentes da sucessão ou decorrentes do encerramento do vínculo conjugal, o regulamento REM, em seu art. 6.º, prevê os seguintes foros competentes:

- a) Em cujo território os cônjuges têm sua a residência habitual à data da instauração da ação, ou, na sua falta;
- b) Em cujo território os cônjuges tinham a última residência habitual, desde que um deles ainda aí resida à data da instauração da ação, ou, na sua falta;
- c) Em cujo território o requerido tem a sua residência habitual à data da instauração da ação, ou, na sua falta;
- d) Da nacionalidade comum dos cônjuges à data da instauração da ação.

Além disso, numa perspectiva que se alia aos novos postulados principiológicos do direito internacional privado, valorizando sobretudo a autonomia privada, o art. 7.º do REM prevê a possibilidade de as partes acordarem a respeito do foro competente. Nos casos abrangidos pelo artigo 6.º, as partes podem acordar em que os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro cuja lei é aplicável nos termos dos artigos 22.º ou 26.º, n. 1, alíneas a) ou b), ou os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro de celebração do casamento, tenham competência exclusiva para decidir das questões relativas a esse regime.

⁹⁵ EUROPA. *Regulamento (EU) 2016/1104 do Conselho, de 24 de junho de 2016*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1104&from=PT>. Acesso em: 24 mai. 2019

⁹⁶ EUROPA. *Regulamento (EU) 2016/1104 do Conselho, de 24 de junho de 2016*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1104&from=PT>. Acesso em: 24 mai. 2019

Prevê, ainda, o regulamento, a possibilidade de se firmar a competência pela comparência do demandado, desde que este, ao comparecer, não argua a incompetência do juízo (art. 8)

O art. 9º do regulamento REM prescreve, ainda, a competência alternativa, no sentido de que:

A título excepcional, se sustentar que nos termos do seu direito internacional privado o casamento em questão não é reconhecido para efeitos de uma ação em matéria de regime matrimonial, um órgão jurisdicional de um Estado-Membro que tenha competência nos termos dos artigos 4º, 6º, 7º ou 8º pode declarar-se incompetente. Se o órgão jurisdicional decidir declarar-se incompetente, deve fazê-lo sem demora injustificada.⁹⁷

Quando esse órgão jurisdicional se declarar incompetente e as partes acordarem em conferir competência aos órgãos jurisdicionais de qualquer outro Estado-Membro em conformidade com o artigo 7º, a competência para decidir sobre o regime matrimonial incumbirá aos órgãos jurisdicionais desse Estado-Membro. Segundo o art. 9º, “nos outros casos, a competência para decidir sobre o regime matrimonial incumbe aos órgãos jurisdicionais de qualquer outro Estado-Membro nos termos dos artigos 6º ou 8º, ou aos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro de celebração do casamento”. Por fim, prescreve esse artigo que ele “não se aplica quando as partes tenham obtido um divórcio, separação judicial ou anulação do casamento que seja suscetível de ser reconhecido no Estado-Membro do foro”.

Por fim, os arts. 10 e 11 preveem competências residuais: o art. 10 prescreve que, se nenhum foro for competente ou se todos se declararem incompetentes, os órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro são competentes desde que um ou mais bens imóveis de um ou ambos os cônjuges estejam situados no território desse Estado-Membro, caso em que a decisão do órgão jurisdicional só pode incidir sobre os bens imóveis em causa; o art. 11, finalmente, prevê o *forum necessitatis*,

Se nenhum órgão jurisdicional de um Estado-Membro for competente nos termos dos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 8º ou 10º, ou se todos os órgãos jurisdicionais, nos termos do artigo 9º, se tiverem declarado incompetentes e nenhum órgão jurisdicional de um Estado-Membro tiver competência nos termos do artigos 9º, n. 2 ou 10º, os órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro podem, a título excepcional, decidir das questões relativas ao regime matrimonial se uma ação não puder ser razoavelmente instaurada ou conduzida ou se revelar impossível num Estado terceiro com o qual esteja estreitamente relacionada.⁹⁸

⁹⁷ EUROPA. *Regulamento (EU) 2016/1104 do Conselho, de 24 de junho de 2016*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1104&from=PT>. Acesso em: 24 mai. 2019

⁹⁸ EUROPA. *Comissão Europeia. Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais*. Bruxelas, 2 mar. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2016:0106:FIN:PT:PDF>. Acesso em: 25 mai. 2019.

Nesse caso, do *forum necessitatis*, “a ação deve apresentar uma conexão suficiente com o Estado-Membro do órgão jurisdicional a que foi submetida”.⁹⁹ Como se defendeu no início deste trabalho, a conexão suficiente está alinhada com a construção contemporânea do direito internacional privado de família e com a interlocução cada vez mais forte da interlocução da matéria com os direitos humanos. Percebe-se, claramente, que o Regulamento 1103/2016 visa ofertar uma multiplicidade de foros competentes e, dessa forma, alcançar seu objetivo de facilitar a livre circulação de pessoas na UE, desvencilhando-as das leis nacionais que atravancam a desconstituição dos vínculos conjugais em sua completude. Mesmo diante da multiplicidade de foros concorrentes, não deixou de prever soluções para os casos singulares em que os cidadãos podem ainda se deparar sem um juízo ao qual direcionar seu pedido. Para tanto, o regulamento ainda prevê as competências residuais e fortalece a autonomia da vontade, possibilitando as partes acordarem o foro competente, além de ainda prever um *forum necessitatis*.

Verifica-se, portanto, que o Regulamento 1103/2016 alcança seu objetivo de facilitar a livre circulação de pessoas da UE de forma bastante satisfatória. A desconstituição do vínculo matrimonial é facilitada na UE, uma vez que estão previstos uma pluralidade de juízos competentes e, uma vez desconstituído o vínculo matrimonial, essa decisão permite a constituição de nova família. Em última análise, o tecido jurídico formado pelos Regulamentos Bruxelas II bis, Regulamento Roma III, Regulamento 650/2012 e o Regulamento 1104/2016 desvencilha as partes do direito nacional que poderia dificultar a desconstituição do vínculo matrimonial e permite, no âmbito dos Estados-parte da cooperação reforçada, a constituição de novas relações conjugais protegidas pelo direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contraste entre as duas soluções, a brasileira e a europeia, sinalizam para uma diferença de tratamento que aproxima e afasta, respectivamente, esses ordenamentos da evolução contemporânea dos princípios que regem o direito internacional privado. Com efeito, a competência exclusiva brasileira limita-se ao tratamento dos bens localizados no Brasil, não prejudicando, a bem dizer, que se proceda à dissolução da sociedade conjugal em outro país. No entanto, a exclusividade impede a homologação com relação aos aspectos patrimoniais, a dizer, os bens que se localizam no Brasil. Embora se compreenda a miríade de razões que justificam, em tese, a atribuição desse caso de jurisdição exclusiva, o certo é que uma hipotética maior vinculação do bem ao território nacional resulta em criar um transtorno para as partes envolvidas, já separadas ou divorciadas, por sentenças estrangeiras, e que deverão buscar novamente o Poder Judiciário, agora no Brasil, para proceder à partilha dos bens.

A análise da jurisprudência não tem consistência para afirmar se os tribunais superiores se inclinarão para cancelar literalmente os dispositivos do novo CPC, ou se buscarão flexibilizá-la, mediante interpretação e ponderação de valores. As recentes decisões do STJ a respeito da matéria sinalizam para uma interpretação mais conservadora, ao expressamente mencionar a distinção entre divórcios

⁹⁹ EUROPA. *Comissão Europeia. Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais*. Bruxelas, 2 mar. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2016:0106:FIN:PT:PDF>. Acesso em: 25 mai. 2019.

consensuais puros e qualificados, estes contendo disposições a respeito do patrimônio e guarda de filhos.

Como acentuado anteriormente, a lei brasileira adotou uma posição mais restritiva, ampliando os casos de jurisdição exclusiva. No entanto, ao mesmo tempo em que ampliou as hipóteses de jurisdição exclusiva, o novo CPC inovou ao prescrever que “a sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça”.

Decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça afirmam que o processo de homologação é desnecessário quando se tratar de divórcio puro, sem disposição a respeito de guarda de filhos ou bens. Nos outros casos, será necessário o processo de homologação.

Nesse cenário, o que se observa, num primeiro momento, é a exigência de homologação dos divórcios consensuais qualificados, o que pode sinalizar para um entendimento mais restrito sobre a competência exclusiva da jurisdição brasileira para decisões a respeito de bens localizados no Brasil.

A experiência europeia, por sua vez, com sua legislação baseada na oferta de múltiplos foros competentes, na escolha da lei aplicável e no reconhecimento automático das decisões movimentada-se em direção oposta à recente restrição inserida no ordenamento brasileiro. Facilitar a desconstituição dos vínculos conjugais e, com isso, a livre circulação de pessoas mostra-se alinhado à base principiológica contemporânea que guia o direito internacional privado de família: fortalecer a autonomia da vontade e a interpretação baseada nos direitos humanos.

Nesse sentido, este trabalho traz uma provocação ao lidador do direito de família no Brasil e uma reflexão sobre a adequação da legislação brasileira em uma época em que as relações amorosas transfronteiriças são cada vez mais comuns. Há muitos anos, o Brasil vive um período de grande internacionalidade, em que o país se insere globalmente pela sua dinâmica econômica, política e social. O Brasil, ao se tornar um ator global, influente nos âmbitos internacionais, transforma, ao mesmo tempo, seus nacionais em pessoas internacionais, que viajam com mais frequência, que contratam em outros países, que representam suas indústrias e seu comércio, e que vão enamorar-se, celebrar matrimônios e dissolvê-los com nacionais de outros países e, muitas vezes, em solo estrangeiro. Nesse sentido, a atual legislação brasileira está desarticulada da importância atual do país no mundo e do aumento exponencial de estrangeiros em nosso país e de brasileiros no exterior.

Este trabalho também teve como objetivo expor ao leitor interessado pelo direito de família no Brasil um tema novo, inexplorado e que descortina institutos e estruturas não convencionais ao direito brasileiro. O tema nos faz refletir sobre a evolução do direito de família num âmbito jurídico que aos poucos se desvincula do Estado em duas direções. Primeiro, em direção ao indivíduo, à autonomia da vontade. O direito de família passa a ofertar às partes a permissão para escolher a jurisdição e o direito que será aplicado nos casos de crises conjugais que levam à dissolução matrimonial, abandonando a esfera exclusiva do direito público. Segundo, o Estado deixa de ser o legislador de uma parte importante do direito de família, competência essa que passa a ser exercida por uma instituição supranacional e que, paulatinamente, estabelece novas relações entre o Estado e as pessoas que nele residem, ao abrandar a importância da nacionalidade e da lei do foro. O Estado, nessa nova dinâmica, não é mais o protetor do núcleo familiar, não mais alcança os casais internacionais sem o seu consentimento, pois as pessoas têm liberdade para não considerar a lei do seu Estado de nascimento como a lei mais apropriada ou a

jurisdição mais adequada para dissolver seu matrimônio e reger os efeitos patrimoniais desta dissolução.

A evolução do tema na UE demonstra que o direito de família se desvincula aos poucos do Estado – em movimento oposto ao vivido no Brasil, em que o Estado está fortalecido pela jurisdição exclusiva. Na UE, o direito de família passa a ofertar às partes a possibilidade de escolher a jurisdição responsável por resolver as crises conjugais que levam a dissolução matrimonial, abandonando a esfera exclusiva do direito público, e fortalecendo a autonomia da vontade. Essa evolução encontra-se ancorada nos princípios contemporâneos do direito internacional privado, sobretudo informado pelos direitos humanos, em que a conveniência das partes, a proximidade do direito com o ordenamento, a facilidade na produção de provas, a equidade e o acesso à justiça participam na composição de fatores que determinam a jurisdição sobre a causa.

Por fim, este trabalho tratou exclusivamente da competência jurisdicional para os efeitos patrimoniais dos casais internacionais. Cabe, então, registrar outras áreas do direito de família na UE que restam pouco explorados e que requerem estudos comparados no Brasil, para arejar nossa doutrina e jurisprudência. A agenda de pesquisa em direito de família ainda não se debruçou, por exemplo, sobre o Regulamento Bruxelas III relativo às obrigações alimentares, e muito menos se pesquisou sobre os regimes matrimoniais e aos efeitos patrimoniais das parcerias registradas, incluindo-se, aqui, os casais homoafetivos. São temas que sugerem uma agenda de pesquisa vasta e interessante ao estudioso do direito internacional de família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, R. C. *O direito internacional: público e privado*. 6. ed. Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2010.
- ARAUJO, N. (org.). *Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça*. Comentários à Resolução n. 9/2005. Renovar, Rio de Janeiro, 2010.
- ARAUJO, N. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- ARROYO, D. P. F. "Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los estados miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo?". *Jurídica – Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2004, 34, p. 60.
- BASEDOW, J. "The communitarization of conflict of law under the Treaty of Amsterdam". *Common Market Law Review*, v. 37, 2000, p. 691.
- BASSO, M. *Curso de direito internacional privado*. 5. ed. Atlas, São Paulo, 2016.
- BASSO, M. *Curso de direito internacional privado*. Atlas, Porto Alegre, 2011.
- BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 24 mai. 2019.
- BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.
- BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impresao.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE n. 2.396/Estados Unidos de América. Tribunal Pleno. Relator: Thompson Flores. Julgamento: 29/11/1978. Publicação: DJ

- 28/12/1978. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 90, out. 1979, p. 11. Disponível em: http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/090_1.pdf. Acesso em: 24 mai. 2019.
- DEL'OLMO, F. S.; JAEGER JUNIOR, A. *Curso de direito internacional privado*. Forense, Rio de Janeiro, 2017.
- DINIZ, M. H. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 16. ed. Saraiva, São Paulo, 2011.
- DOLINGER, J. *Direito e amor*. Renovar, Rio de Janeiro, 2009.
- EUROPA. COM (2005) 82 final: *Livro verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52005DC0082>. Acesso em: 24 mai. 2019.
- EUROPA. COM (2006) 399 final: *Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2006_135. Acesso em: 23 mai. 2019.
- EUROPA. COM (2010) 105 final: *Proposal for a Council Regulation (EU) implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2010_67. Acesso em: 24 mai. 2019.
- EUROPA. Comissão Europeia. *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais*. Bruxelas, 2 mar. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2016:0106:FIN:PT:PDF>. Acesso em: 25 mai. 2019.
- EUROPA. *Regulamento (CE) n. 1347/2000 do Conselho, de 27 de maio de 2000*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02000R1347-20050301&from=HR>. Acesso em: 24 mai. 2019.
- EUROPA. *Regulamento (CE) n. 2201/2003 do Conselho da União Europeia, de 27 de novembro de 2003*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=830&tabela=leis. Acesso em: 24 mai. 2019.
- EUROPA. *Regulamento (CE) n. 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32003R2201>. Acesso em: 24 mai. 2019.
- EUROPA. *Regulamento (CE) n. 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32009R0004>. Acesso em: 24 mai. 2019.
- EUROPA. *Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593>. Acesso em: 24 mai. 2019.
- EUROPA. *Regulamento (CE) n. 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32007R0864>. Acesso em: 24 mai. 2019.
- EUROPA. *Regulamento (EU) 2016/1104 do Conselho, de 24 de junho de 2016*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1104&from=PT>. Acesso em: 24 mai. 2019.
- EUROPA. *Regulamento (UE) 2016/1103 do Conselho, de 24 de junho de 2016*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1103&from=EN>. Acesso em: 24 mai. 2019.

- FAWCETT, J. J.; SHÚILLEABHÁIN, M. N.; SHAH, S. *Human rights and private international law*. International Law Series, Oxford, 2016.
- FERACI, O. "La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, v. 5, 2, pp. 291 – 314.
- FUX, L. "Homologação de sentença estrangeira". En: TIBURCIO, C.; BARROSO, L. R. (org). *Direito internacional contemporâneo*. Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- GOMES, J. F. *O Direito internacional privado no Brasil e na América Latina: análise da importância da obra de Augusto Teixeira de Freitas para o desenvolvimento da disciplina*. CRV, Curitiba, 2014.
- GOMES, J. J. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. Atlas, São Paulo, 2012.
- JACKÉ, J. P. *Droit institutionnel de L'Union Européenne*. 6. ed. Dalloz, Paris, 2010.
- JAEGER JUNIOR, A. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento brasileiro*. Juruá, Curitiba, 2012.
- JATAHY, V. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Forense, Rio de Janeiro, 2003.
- JAYME, E. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmodern*. Martinus Nijhoff Publishers, Recueil de Cours; Tomo 251, 1995.
- MARISCAL, P. P. "Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 Y 1104/2016". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 9, 1, mar. 2017, pp. 300-326.
- MCELEAVY, P. "The Brussels II Regulation: how the European Union Community has moved into family law". *International and Comparative Law Quarterly*, v. 51, 2002, pp. 883-884.
- MEINERO, F. P. "Um novo e injustificado caso de jurisdição internacional exclusiva no novo código de processo civil". En: MENEZES, W. (org). *Direito internacional em expansão*. v. VIII. Arraes, Belo Horizonte, 2006.
- MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V, 7. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- NORDMEIER, C. F. "Um princípio de reconhecimento? A influência da livre circulação de pessoas e da cidadania europeia no direito internacional privado". En: JAEGER JUNIOR, A. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento brasileiro*. Juruá, Curitiba, 2012.
- NORDMEIER, C. F.; JAEGER JUNIOR, A. "Comunitarização do direito internacional privado: recentes impactos nos DIPr autônomos de Alemanha e Áustria". En: BADARÓ, R. A. L. (coord.). *Direito Internacional: anais do Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Academia Brasileira de Direito Internacional, São Paulo, 2010, pp. 169-184.
- OPERTTI, D. "Competencia Internacional y jurisdicción exclusiva". *Revista Uruguay de Derecho Procesual*, Montevideo, 2003, n. 1, p. 77.
- RECHSTEINER, B. W. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 14. ed. Saraiva, São Paulo, 2011.
- STRENGER, I. *Direito internacional privado*. 6. ed. LTR, São Paulo, 2005.
- TIBÚRCIO, C. "As regras sobre o exercício da jurisdição brasileira no novo Código de Processo Civil". *Revista Interdisciplinar de Direito*. Faculdade de Direito de Valença. v. 16, 1, jan./jun. 2018, p. 69.

VESCOVI, E. *Derecho procesal civil internacional*. Idea, Montevideú, 2000.

VON MEHREN, A. T. "Adjudatory jurisdiction: general theories compared and evaluated". *Boston University Law Review*, v. 63, 1983, pp. 288 - 292.

Desafíos, acciones y amenazas de la globalización: ¿quiénes son los responsables?

Challenges, actions and threats of globalization: who are the
responsible?

Jaime Alberto Ángel Álvarez*

Universidad Libre - Seccional Cali (Colombia)

Sumario: Presentación. 1. Agendas y objetivos del milenio: el horizonte a la solución de los problemas de la humanidad. 2. La intervención de los Estados: ¿el recurso para el logro del consenso mundial? 3. Otros actores internacionales: nuevos criterios y contribuciones a las agendas. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: Desde el comienzo de este milenio hemos avizorado grandes problemas que se constituyen en desafíos y amenazas para las naciones. Ellos determinan en las agendas de los gobiernos y por parte de la comunidad internacional las acciones que deben ser adelantadas a corto, mediano y largo alcance. Con la aparición de nuevos actores en la comunidad global tomando decisiones e incidiendo en el orden mundial, podemos extender las responsabilidades a la sociedad civil, un llamado a los principales actores de las relaciones internacionales a contribuir de manera decidida en el logro de los pactos realizados en las cumbres internacionales y específicamente señalado el horizonte de trabajo en la agenda internacional. De esta manera, hemos reflexionado en este ensayo desde una perspectiva normativa, partiendo de algunas cifras estadísticas para luego realizar una reflexión sobre la posibilidad de un nuevo orden internacional centrado en las grandes amenazas actuales de la humanidad, contemplando incluso la posibilidad de intervenciones a los Estados que dan la espalda a los objetivos del desarrollo y de la democracia.

Palabras-Clave: globalización, moral, desarrollo, intervencionismo, responsabilidad

Abstract: Since the beginning of this millennium, we have seen huge problems that become challenges and threats for all nations. These issues determine, on the agendas of governments and on the international community's side, the actions that must be taken in short, medium and long term. With the emergence of new actors in the global community making decisions and influencing the world order, we can extend the responsibilities to civil society, a call to the main actors of international relations to contribute decisively in the achievement of the agreements made in the international summits, having specifically indicated the horizon of work on the international agenda. In this way, we have reflected in this essay, from a normative perspective, starting from some statistical figures to, then, consider the possibility of a new international order focused on the great current threats of humanity,

* Filósofo de la Universidad de la Salle, especialista en Docencia Universitaria del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Magíster en Estudios Políticos de la Pontificia Universidad Javeriana y Doctor en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia. Este es un debate presente en mi tesis doctoral "Implicaciones éticas y morales en el ejercicio del poder del Estado", finalizada en el Doctorado de Estudios políticos de la Universidad Externado de Colombia. Profesor-investigador de la Universidad Libre Seccional Cali.

Correo: jaimeinv@yahoo.es

contemplating even the possibility of interventions to the States that turn their backs on the objectives of development and democracy.

Keywords: globalization, moral, development, interventionism, responsibility

Presentación

En el año 2017 hicimos una reflexión en el marco del II Simposio Internacional Sobre Derecho Actual (II SINDA) realizado en el Colegio Mayor Fonseca de la Universidad de Santiago de Compostela. Este debate fue publicado en esta revista *Cadernos de Derecho Actual* y lo denominé: "Poder y economía: la ética puesta contra la pared". Los asuntos tratados allí tienen que ver con la incidencia de los mercados sobre el poder, las tensiones a nivel moral que se han dado tras el triunfo del capitalismo y termino con un análisis de la globalización y el relativismo de ciertos valores de occidente.

En el presente texto damos continuidad a esas reflexiones sobre dos asuntos bastante polémicos, también en los tiempos de la globalización y de nuevo desde la óptica de la moral pública o en perspectiva normativa, destacando primero algunos aspectos positivos y negativos de la globalización, acompañada de una "Agenda para la acción", el intervencionismo de los Estados y el papel de los nuevos actores del sistema internacional.

1. Agendas y objetivos del milenio: el horizonte a la solución de los problemas de la humanidad

Continuando pues con aquella reflexión realizada ya hace un par de años, ahora nos planteamos una pregunta acerca de la globalización: ¿qué aspectos positivos y qué negativos ha dejado todo este proceso histórico? Como aspectos positivos el Banco Mundial destaca que 24 países en desarrollo consolidaron su integración en la economía mundial durante las décadas de los setenta y ochenta del siglo pasado, generando unos mayores aumentos en los ingresos, creando una esperanza de vida más larga y mejorando las condiciones en los niveles de escolaridad. Los implicados en este proceso de integración económica, según sus cálculos, son alrededor de 3.000 millones de personas, dando como resultado un ingreso *per cápita* promedio del 5%, en comparación con un 2% en los países altamente desarrollados. El aspecto más negativo de este período es que no todos los países lograron integrarse con éxito en la economía mundial. Cerca de 2.000 millones de personas en África¹, en Oriente Medio y en la ex Unión Soviética han estado al margen de la globalización. Estas economías presentaron importantes contracciones y los aumentos en los índices de pobreza se hicieron notar.

Tras estos resultados, muchos de ellos muy desfavorables para la humanidad, el Banco Mundial presentó en el 2002 una "Agenda para la acción"², es decir, una serie de recomendaciones para los países desarrollados y para los que tienen pendiente una mayor integración en la globalización. Veamos de manera sucinta y en los puntos fundamentales de estas recomendaciones.

En primer lugar, una ronda de negociaciones para el desarrollo, cuyo objetivo es crear facilidades en el acceso al libre mercado y a un comercio sin barreras, con la condición de que los acuerdos comerciales no deben imponer estándares ambientales ni laborales en los países pobres.

Un entorno o clima más propicio para la inversión en los países en desarrollo. Esto se logra con un buen gobierno económico, lo que se traduce en controles a la corrupción pública, políticas encaminadas al adecuado funcionamiento de la burocracia, cumplimiento de los contratos y protección de los derechos de propiedad.

¹ Estos pueblos ubicados especialmente en el Sur del Sahara, según los estudios del Banco Mundial.

² Banco Mundial. *Globalización, crecimiento y pobreza*. ediciones Alfaomega, Bogotá, 2002.

También recomiendan desarrollo en la infraestructura de comunicaciones y de transporte. Queda superado en la agenda el fomento de la inversión extranjera, pues esta condición es necesaria pero no suficiente, como también ocurre con el tema de exenciones de impuestos y de las subvenciones.

Mejor prestación de servicios educativos, formación profesional y de salud. El objetivo es, según el Banco Mundial, poder beneficiar a la mayoría de la población del mundo del crecimiento que produce la integración o mundialización. Esto se justifica en tanto que, si se combinan un adecuado sistema de educación, una formación profesional de carácter universal y se mejora el entorno de inversión, permitirá que los países en desarrollo participen activamente de los beneficios de una economía en proceso de crecimiento.

Protección social para un mercado de trabajo en proceso de cambio, cuyo objetivo es ofrecer la protección social adecuada a los trabajadores que perderán su puesto de trabajo por cuenta de la apertura económica y los nuevos retos en términos de competitividad.

Los países ricos deben incrementar la asistencia externa. El propósito es que se genere un importante aumento en la ayuda extranjera y que se dé una mejor administración de esas asistencias. La ayuda a escala mundial con seguridad tendrá un gran impacto en el crecimiento económico y en la reducción de la pobreza, claro, siempre que los países receptores la administren con acierto a escala nacional y local.

Respaldo para el alivio de la deuda de los países que apliquen reformas, con el objetivo de condonar la deuda externa. El informe nos recuerda que el cobro de la deuda externa puede ser insostenible, especialmente en los países de África. También alerta que el alivio de la deuda es muy positivo en aquellos países que realizan reformas políticas que mejoran el clima de inversión y la calidad de los servicios sociales.

Y finalmente, medidas frente al problema de los gases que producen el efecto invernadero. Fijémonos que hasta aquí las recomendaciones se centraron en temas puramente económicos y esta última hace énfasis en los temas ambientales y culturales. El objetivo es desarrollar acciones en función del poder, la cultura y el medio ambiente, resaltando la importancia de hacer un seguimiento a los gases de invernadero y al calentamiento global del planeta para tomar medidas colectivas y correctivas.

Ya antes, en el año 2000 en la ciudad de Nueva York en la reunión anual de los líderes políticos, se concretó aquello que se le llamó los "Objetivos de Desarrollo del Milenio", en los cuales las Naciones Unidas determinaron ocho objetivos para superar los grandes problemas de la humanidad en los tiempos de la globalización, objetivos que también buscaron mayores niveles de inclusión en los nuevos tiempos. Estos objetivos se definieron en ocho puntos: erradicar la pobreza extrema y el hambre, lograr una educación básica o primaria para todos, propender por la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, reducir en forma considerable la mortalidad infantil, mejorar la salud durante la maternidad, avanzar decididamente en la lucha contra el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades, asegurar para el planeta un medio ambiente sano y su sostenibilidad y fomentar una asociación mundial para el desarrollo³. Como puede notarse, estos objetivos se orientaron en las personas (1, 2, 3, 4, 5 y 6), en el planeta (7) y en las organizaciones y las alianzas (8). En el informe presentado en el año 2015, luego del trabajo conjunto por el logro de estos objetivos, el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo, sintetizó los acuerdos alcanzados a nivel mundial:

- A nivel mundial, la cantidad de personas que viven en pobreza extrema se ha reducido en más de la mitad.
- La cantidad de personas de la clase media trabajadora que vive con más de 4 dólares por día se ha triplicado entre 1991 y 2015.

³ Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Objetivos de Desarrollo del Milenio* (ODM). Nueva York, septiembre de 2000.

- El porcentaje de personas con nutrición insuficiente en las regiones en desarrollo cayó a casi la mitad desde 1990.
- La cantidad de niños en edad de recibir enseñanza primaria que no asistió a la escuela cayó a casi la mitad a nivel mundial.
- La tasa mundial de mortalidad de niños menores de 5 años ha disminuido en más de la mitad.
- Desde 1990, la tasa de mortalidad materna ha disminuido en un 45% a nivel mundial.
- Se han evitado más de 6,2 millones de muertes causadas por paludismo entre los años 2000 y 2015, principalmente de niños menores de 5 años de edad en África subsahariana.
- Las nuevas infecciones del VIH disminuyeron en aproximadamente 40% entre 2000 y 2013⁴.

Posteriormente estos objetivos fueron ampliados por el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en lo que se denominó con audacia los “Objetivos de Desarrollo Sostenible”, propuestos para ser incorporados en las agendas políticas a nivel mundial. Los objetivos se ampliaron a 17 e incluyeron la prosperidad y la paz mundial como parte de las nuevas orientaciones, luego de la firma en septiembre de 2015 por más de 150 jefes de Estado y de gobierno en la Cumbre del Desarrollo Sostenible, tal como se expresa en el informe presentado un par de años después de firmado el acuerdo:

“Estos nuevos objetivos presentan la singularidad de instar a todos los países, ya sean ricos, pobres o de ingresos medianos, a adoptar medidas para promover la prosperidad al tiempo que protegen el planeta. Reconocen que las iniciativas para acabar con la pobreza deben ir de la mano de estrategias que favorezcan el crecimiento económico y aborden una serie de necesidades sociales, entre las que cabe señalar la educación, la salud, la protección social y las oportunidades de empleo, a la vez que luchan contra el cambio climático y promueven la protección del medio ambiente”⁵.

2. La intervención de los Estados: ¿el recurso para el logro del consenso mundial?

Ante las amenazas que se presentan y los grandes retos que supone el cumplimiento de las agendas y objetivos para este milenio, en lo relativo al ámbito personal y de los desafíos para los Estados, las responsabilidades que le caben a las comunidades y las responsabilidades imputables a los Estados, regresamos de nuevo a una de las preguntas clásicas de la filosofía y la ciencia política y que fue ampliamente debatida con las llegadas del neoliberalismo en los años noventa: ¿hasta qué punto debe intervenir el Estado en la vida privada de los ciudadanos con tal de lograr los objetivos humanitarios?, ¿qué puede hacer un gobierno para cumplirlos?, ¿puede solo el Estado afrontar los propósitos más loables encontrados en el marco de los acuerdos sociales, culturales, políticos, económicos, de salud, de educación, etc., incluso yendo en vía contraria de los ciudadanos? Por ejemplo, si una persona quiere comportarse de cualquier manera con tal de lograr sus propósitos hedonistas, incluso atentando contra la calidad de su propia vida, ¿puede el Estado obligar a ese ciudadano a comportarse de acuerdo a los parámetros normativos logrados en la ley, en la constitución o en la moral pública? La respuesta, al menos en principio, parece ser evidente: las personas deben ser tolerantes con las normas que pretenden proteger la vida y la seguridad de los ciudadanos, en parte porque no solo buscan la protección individual, sino que también las leyes y el marco constitucional intentan proteger a una comunidad a la que se pertenece. Esta cuestión es claramente discutida desde una perspectiva de la ética utilitarista, lo que nos invita a retomar

⁴ Ibid., *Informe*. Nueva York, 2015.

⁵ Ibid., *La agenda de Desarrollo del Milenio (ODM) Informe*. Nueva York, 2018.

las preguntas de Mill a la altura de 1859 a propósito de los límites de la autoridad política sobre el individuo: ¿cuál es el límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo?, en dónde comienza la soberanía de la sociedad?, ¿qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad?⁶ Asegura Mill:

“... si las consecuencias de la mala conducta pueden confinarse al individuo vicioso o irreflexivo, ¿debe la sociedad abandonar a su propia guía a aquellos que son manifiestamente incapaces para ello? Si a los niños y menores se les debe abiertamente una protección contra ellos mismos, ¿no está la sociedad también obligada a concedérsela a las personas de edad madura que son igualmente incapaces de gobernarse por sí mismas? Si el juego, la embriaguez, la incontinencia, la ociosidad o la suciedad, son tan perjudiciales para la felicidad y tan grandes obstáculos para el mejoramiento como muchos o los más de los actos prohibidos por la ley, ¿por qué (puede preguntarse) no trata la ley de reprimirlas también en la medida compatible con la práctica y las conveniencias sociales? Y como suplemento a las inevitables imperfecciones de la ley, ¿no debe la opinión, cuando menos, organizar una poderosa policía contra estos vicios y hacer caer rígidamente penalidades sociales sobre aquellos que conocidamente los practican? No se trata aquí (puede decirse) de restringir la individualidad o impedir el intento de experiencias nuevas y originales en la vida. Las únicas cosas que se trata de impedir han sido ensayadas y condenadas desde el comienzo del mundo hasta ahora; cosas cuya experiencia ha mostrado no ser útiles ni adecuadas para la individualidad de nadie. Se necesita el transcurso de un cierto tiempo y una determinada cantidad de experiencia para que una verdad moral o de prudencia pueda ser considerada como establecida; y todo lo que se desea es prevenir que generación tras generación caigan en el mismo precipicio que ha sido fatal a sus predecesores”⁷.

Desde una perspectiva de la ética política fundamentada en la utilidad individual y social, en la maximización del placer y por esta vía el logro de la felicidad de la mayoría, esta protección forma parte de la responsabilidad social que tiene el Estado para con sus gobernados, un valor fundamental para el ejercicio del poder de los tomadores de decisiones.

Veamos este asunto de otra manera y con otro caso bastante discutido en la actualidad. Resulta bastante inquietante para los ciudadanos el hecho de que hoy en día el Estado acumule cada vez más información personal en bases de datos que se encuentran en instituciones estatales, entidades financieras, clubes, asociaciones, etc. Se derivan nuevas preguntas morales de este hecho: ¿quién elabora estas bases de datos?, ¿de dónde procede la información?, ¿son las entidades privadas las que facilitan este trabajo al Estado?, ¿supone la intromisión del gobierno un peligro para las vidas privadas?, ¿estas prácticas atentan contra la ética del Estado?, ¿con estas intervenciones estaremos en presencia de la vulneración del derecho fundamental a la libertad de los individuos?, siguiendo a Drucker y en clave moral, ¿será que la pregunta en los tiempos de la globalización es ¿qué debe hacer el gobierno?⁸.

Casi setenta años después de su primera publicación, “1984”⁹, la novela de Orwell sigue simbolizando la angustia que supone vivir en un Estado totalitario, donde las máquinas controlan los pensamientos de la gente. En la novela de Orwell, recordemos, había cámaras de televisión en las casas y no existía la intimidad.

⁶ MILL, J. S. *Sobre la libertad*. Editorial SARPE, Madrid, 1984, p. 119 (En 1859 fue publicado originalmente este ensayo, dedicado expresamente a la memoria de Harriet Taylor. Ese mismo año publicaría *Pensamientos sobre la reforma parlamentaria* y fueron presentados los dos primeros volúmenes de *Disertaciones y discusiones*, que recogen algunos de sus más importantes artículos periodísticos).

⁷ Ibid., p. 126.

⁸ DRUCKER, P. *Las nuevas realidades*. editorial Norma, Bogotá, 1989, p. 55-70.

⁹ ORWELL, G. *1984*. 30 ed. Ediciones Destino, Barcelona, 2003 (Primera edición abril de 1952).

Cuando el protagonista de la novela y su novia querían un poco de intimidad, daban un paseo por el bosque, pero allí tampoco había intimidad, porque había cámaras secretas. Nosotros ya tenemos cámaras en casa, en los centros comerciales, en las ciudades y en los bosques, están dispuestas en todos lados como lo anunció Orwell, sin embargo, el mundo es un lugar mucho menos autoritario que en los años precedentes y los posteriores a la segunda guerra mundial. De cualquier forma, hay que estar atentos a las advertencias de Orwell y a la crítica que trae consigo su famoso libro a la postura utilitarista, puesto que existen muchos peligros para la democracia y no se trata en modo alguno de minimizarlos, peligros que se han evidenciado, como el autor lo predijo, sacrificando algunos niveles importantes de libertad del ser humano, siendo los medios de comunicación especiales aliados de los gobiernos para el propósito de ejercer control, tales como el uso de cámaras en las calles y en espacios cerrados, en los aeropuertos, etc.

Lo que está sucediendo es que la sociedad a menudo percibe al Estado como un obstáculo para la libertad por cuenta de su intromisión en asuntos que tienen que ver con las decisiones privadas; los individuos podrían alegar a esta cuestión la vulneración de un derecho fundamental como es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en Colombia como valor fundamental en el orden constitucional, que asegura que:

“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”¹⁰.

Pero ¿podríamos vivir en un mundo sin Estados y sin gobiernos como lo plantea el anarquismo más radical? Desde la perspectiva que aquí se defiende, definitivamente no. El Estado, por decirlo así, es un mal necesario, no podemos vivir sin Estados, porque el Estado es el que puede dictar normas que defienden a los miembros más débiles de la sociedad y permite la vida en comunidad, intenta regular mediante el establecimiento del orden relaciones de equidad entre los sujetos políticos, al menos desde una perspectiva deontológica de la cosa pública esto tendría que ser un imperativo. No solo se requiere la presencia del Estado en los asuntos privados, sino también la intervención de la sociedad civil global, trátase de movimientos sociales, ONG o redes cívicas transnacionales.

Un ejemplo claro de la presencia de las autoridades en los asuntos privados es el informe que presenta la Fundación Eroski, donde advierte sobre las necesidades de intervención del Estado en la vida privada bajo situaciones especiales:

Todos los países deberían elaborar un protocolo de intervención en casos de desaparición de menores, que permita actuar cuanto antes y no perder "las primeras horas, que valen oro", señaló el relator especial de la ONU sobre venta de niños, prostitución y pornografía infantil, Juan Miguel Petit.

Petit, que dijo haber seguido con atención el caso del niño canario de siete años Yéremi Vargas, desconoce si España tiene un mecanismo en ese sentido. Según afirmó, el Gobierno no contestó al cuestionario que su oficina envió a todos los países.

A su juicio, es fundamental que exista un protocolo de actuación muy claro "que permita que el policía de turno pueda activar de inmediato un mecanismo de búsqueda y aprovechar las primeras horas".

El relator de la ONU puso como ejemplo los sistemas existentes en Canadá, Estados Unidos o Bélgica. Aunque estos, precisó, "no aseguran que se pueda evitar un crimen atroz, deben existir al menos para estar seguros de que, ante un caso así, se extremen todas las medidas".

¹⁰ *Constitución política de Colombia*. Editorial Legis, Bogotá, 26ª edición, 2011. Artículo 16: ", p. 12

Petit propuso crear cuerpos de voluntarios en ciudades para que cuando se active el sistema de emergencia puedan estar en una hora en las calles con carteles buscando al niño casa por casa. Siempre bajo la coordinación de las autoridades correspondientes.

Los sistemas de emergencia para casos de desapariciones también permiten que "las familias tengan la tranquilidad de que se hace todo lo posible por encontrar a su hijo, y tratar de paliar la angustia"¹¹.

Pensemos ahora en la política de intervención entre las naciones también de manera crítica y analítica. En los diferentes escenarios de la política mundial moderna, la más importante característica y componente principal, es la existencia de la soberanía de los Estados, que habitualmente se soporta en intereses nacionales. Por definición, soberanía denota la exclusión completa de los Estados en los asuntos internos de los otros. Ruggie la define como la "...institucionalización de la autoridad pública dentro de dominios jurisdiccionales mutuamente excluyentes"¹². Definición que en perspectiva moral invita a la exclusión de cualquier Estado en los asuntos de otros Estados, siempre soportada en la idea de legitimidad de la autoridad y de los gobiernos.

Desde los orígenes de la formación de los Estados nacionales el concepto de soberanía, recordemos, es uno de los elementos que le reconocen como organización, con lo cual la respuesta moral adecuada tradicionalmente de las decisiones en el escenario global es sin duda el respeto a la autodeterminación de los pueblos. Evidentemente las cosas han cambiado durante los tiempos de la globalización, pues tanto el concepto de soberanía como el de ética pública se han visto afectados. Asegura Espósito:

En la teoría de las relaciones internacionales abundan los argumentos estratégicos basados en la defensa de intereses nacionales, que suelen ir acompañados de pronunciamientos sobre la inadecuación de los juicios morales respecto de la conducta de las naciones, sea porque los términos éticos no tienen el mismo significado en el contexto internacional o porque los juicios éticos son moralmente dañinos en sus consecuencias para las relaciones internacionales"¹³.

Algunos analistas, por vía de lo expuesto, han llegado a sostener la tesis de que la economía, en estos tiempos, ejerce el poder que tradicionalmente tuvo la política y, también por esta vía, que la soberanía de los Estados se ha puesto en entredicho. En cualquier caso, es importante plantear la pregunta: ¿aparte de las alfombras rojas y los honores, están perdiendo los jefes de Estado parte de su poder, para ser cedido a los empresarios más exitosos?, ¿son ellos y no los políticos los que terminaron determinando el nuevo orden mundial y el orden Estatal? Lo cierto es que poderosos *lobbis* ante otros gobiernos, empresas, organizaciones políticas o líderes del mundo imponen su criterio y sus decisiones a los gobiernos locales, incluso dentro del propio país.

Esto nos lleva a otra pregunta: ¿está desapareciendo el poder del Estado nacional por causa del protagonismo de la economía en las decisiones políticas? No se cuenta con una respuesta definitiva; sí con algunas señales de alarma. Si nos fijamos en algunas regiones del mundo como la Unión Europea, la hipótesis se puede corroborar, al menos parcialmente. La mayoría de los Estados de esta parte del mundo han perdido gran parte de su poder sobre la política monetaria que ahora está centralizada. Este entrometimiento que había sido tradicionalmente visto como un antivisor, ahora cobra sentido en el mejor de los escenarios morales. Se presenta

¹¹ Naciones Unidas aboga por crear protocolos de intervención en casos de niños desaparecidos. En: Consumer Eroski, Madrid. 24 de marzo de 2007.

¹² RUGGIE, J. G. "Continuity and Transformation in the World Polity: Toward a Neorealist Synthesis". En: Robert Keohane (ed.), "Neorealism and its Critics", Nueva York, *Columbia University Press*, 1986, p. 143.

¹³ ESPÓSITO, C. "Soberanía y ética en las relaciones internacionales: contextos superpuestos". *Revista Isegoría*, No. 16, 1997, p. 189.

como tabla de salvación a los llamados Estados fallidos. Por lo menos en los primeros años del siglo XXI, el caso de Grecia fue el más dramático, publicitado e ilustrado por los medios de comunicación.

Aunque los Estados han perdido parte de algunos de sus poderes, tal como lo demuestra Grecia frente a la comunidad europea, también es cierto que han ganado otros, especialmente en los escenarios de la vida en comunidad y en la vida privada, por ejemplo, el Estado aprueba leyes que prohíben fumar, determina el nivel de permisividad de los abortos o de la velocidad en que se conduce un vehículo, y así sucesivamente. A medida que el parlamento aprueba nuevas leyes y regulaciones, la política va ejerciendo un poder cada vez mayor sobre todos los aspectos de la vida en sociedad, un poder ejercido con una mayor sutileza que antes, pues ya no se imponen las espadas o los fusiles; ahora quizá se impone ese poder teniendo como aliados a los medios de comunicación, tal como lo había previsto Orwell¹⁴ en su novela.

Ahora bien, debido al dinamismo social que caracteriza a la globalización, muchos Estados se apropian por su propia cuenta del derecho a entrometerse en los asuntos de otros, normalmente una relación de poder de los más fuertes (por ejemplo los europeos) hacia los más débiles (por ejemplo los africanos), una forma no legítima del ejercicio del poder, en la mayoría de las ocasiones ejercido por medio de la fuerza. Nos estamos refiriendo al intervencionismo en el orden de la política internacional. Pero el intervencionismo no sólo puede entenderse como la intromisión por parte de un Estado en los asuntos internos de otro país; también se puede pensar como la entrada de un tercero en una disputa entre otros dos países.

Como puede deducirse, el intervencionismo tendrá siempre un tratamiento hostil, pues se vulneran la soberanía que ejercen los gobiernos sobre sus asuntos domésticos y, en la práctica, su estímulo puede estar justificado moralmente al menos en tres escenarios: por solicitud directa de las potencias, por grupos de presión contrarios a la política de un gobierno, o bien por el mismo gobierno en lucha contra grupos disidentes en Estados concretos que solicitaban y frecuentemente recibían apoyo exterior.

También puede decirse que ésta ha sido una práctica frecuente, que la ha convertido en característica de las relaciones internacionales y no ha podido abolirse de las últimas formas de hacer política a escala mundial. Incluso recientemente los defensores del intervencionismo han tomado posición frente al tema, argumentando de manera crítica, que el concepto de soberanía tal como se ha venido defendiendo durante la modernidad, ha entrado en crisis y hasta vienen presentando demandas en las diferentes reuniones y agendas internacionales en procura de legitimar internacionalmente esta práctica política, cobijados con argumentos éticos muy poderosos provenientes indistintamente desde cualquiera de las perspectivas de la ética política o de cualquiera de sus elementos distintivos de orden religioso, racional o fundada en sentimientos. También se defienden tanto principios como consecuencias. En tono habermasiano y en clave cosmopolita¹⁵, Fernández asegura:

“De acuerdo con Linklater, la revisión crítica de estos principios debe conducirse con una ética de comunicación universal, esto es, una ética que llama a la constitución del diálogo abierto entre todos los seres humanos en comunidades

¹⁴ ORWELL, G. Op. cit.

¹⁵ Fernández define de esta manera esta perspectiva: *“En clara contraposición a la narrativa realista, el enfoque cosmopolita reivindica la existencia de una moral internacional, la cual rige para la humanidad toda. Se trata, vale comentar, de una tradición intelectual cuyos orígenes remiten a los primeros estoicos griegos y atraviesan, como singular hilo discursivo, el completo pensamiento político occidental hasta el presente, con destacados valedores en todas las ‘moderaciones’ intelectuales representativas de lo que se considera el racionalismo-republicanismo político”* (García, 2006). FERNÁNDEZ ALONSO, J. “El debate normativo en relaciones internacionales: La cuestión respecto al estatuto moral del Estado”. *Revista Perspectivas Internacionales. Universidad Pontificia Javeriana Cali / Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales*, Vol. 8 No 2, 2012, p. 49.

discursivas en torno a los principios y a las decisiones que los afectan. Según Linklater, sólo la adopción de esta ética de comunicación universal podrá ampliar los límites de la comunidad política universal y consagrar finalmente la emancipación humana, fin motor de toda filosofía crítica¹⁶.

En defensa de las agendas internacionales para la defensa de los Derechos Humanos, de los objetivos del milenio o de los objetivos para el Desarrollo, podría pensarse la necesidad de que la comunidad internacional intervenga en regímenes contrarios a los intereses de la democracia. Otro caso que parece dar pie a este argumento y que se presenta con frecuencia para defender el intervencionismo, son los asuntos relacionados con el tema ambiental, en especial cuando su mal manejo termina por afectar a sus vecinos.

El intervencionismo internacional, al ser aceptado por Organizaciones Intergubernamentales (OIG) como las Naciones Unidas, termina por justificar esta práctica. Lo que seguimos preguntando desde la filosofía moral y la ciencia política es: ¿hasta dónde puede llegar una teoría política que defienda la intervención de los Estados, con la anuencia de la comunidad internacional? La respuesta a esta cuestión, por lo menos en forma parcial, ya la han dado los políticos más importantes del mundo, al argumentar en el foro de las Naciones Unidas que existirían cuatro condiciones morales para ponderar esta práctica intervencionista: genocidio, amenaza de desastre ecológico importante, incumplimiento grave de los tratados de no proliferación nuclear y amenazas a la paz y seguridad, todos ellos consagrados como derechos de tercera generación. Vistas las cosas desde una perspectiva de la ética fundamentada en los derechos:

“... aun aceptando que la proscripción de intervenir en los asuntos de otros Estados es una norma fundamental del orden mundial, es discutible cuál debe ser su contenido y sus excepciones para adecuarse a las necesidades del mundo actual”¹⁷.

Con seguridad la legitimidad moral y legal del intervencionismo estará soportada sobre la ilegitimidad de las acciones de un gobierno y un Estado al que se le interviene, también sobre la base del consenso entre las naciones que se ha ya supuesto como imperativo en la Carta de las Naciones Unidas. En términos utilitaristas, más legítima la intervención cuanto mayor número de Estados la aprueben, que conduce a la institucionalización de las decisiones en el plano internacional. Concluamos con Fernández y en este mismo tono cosmopolita asegurando que:

“... la identificación de los Estados como entidades autónomas con fines propios queda restringida a la condición de que sus instituciones atiendan a los principios apropiados de justicia y garanticen en forma concomitante los derechos y las libertades individuales. La soberanía, la autonomía, las fronteras sólo pueden ser respetadas en caso de los Estados justos. Así las cosas, Beitz (1979) afirma que existen determinadas circunstancias en las que la intervención es moralmente permitida. Pero ello, aclara pronto, no implica afirmar que la intervención sea moralmente siempre exigible. Tal salvaguarda, debe reconocerse, resulta muy controversial. Al no ser moralmente siempre exigible, la decisión de intervención no descansaría sólo en juicios morales, sino también en consideraciones coyunturales de corte político. En este marco, Estados con objetivos injustos e incapaces de devenir justos *motu proprio* podrían continuar (y profundizar, si se quiere) sus configuraciones y praxis domésticas contrarias a los “principios apropiados de justicia” sin conocer intervención –o amenazas de intervención, incluso– de agentes externos. No resulta difícil pensar en ejemplificaciones históricas de Estados que, a pesar de la cabal “injusticia” de sus objetivos –en términos de Beitz–, preservaron su autonomía merced a la primacía de consideraciones ajenas a criterios de corte

¹⁶ Ibid., p. 50.

¹⁷ ESPÓSITO, C. Op. cit., p. 192.

moral (ponderación de los recursos de poder, conveniencias económicas, entre otras).¹⁸

3. Otros actores internacionales: nuevos criterios y contribuciones a las agendas

La teoría de las relaciones internacionales se ocupa de la investigación y estudio de la puesta en práctica de las relaciones políticas entre Estados, especialmente de las relaciones de poder entre sus gobiernos. Esta teoría también puede referirse a las interrelaciones existentes entre grupos no Estatales como las organizaciones no gubernamentales, las multinacionales, los organismos multilaterales u organizaciones internacionales como la Cruz Roja o la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la opinión pública internacional. Estas interrelaciones, especialmente de los nuevos actores del sistema internacional, con los Estados no son un asunto bastante complejo, nada fácil de explicar desde un punto de vista ético, filosófico o científico, básicamente por el entramado de variables geopolíticas que se ponen en juego en la discusión: presencia de políticos, dirigentes nacionales, y otros agentes que dependen los gobiernos. Todos ellos se ven afectados por acontecimientos políticos, pero también por otros factores de tipo económico, geográfico o cultural.

Para la interpretación y comprensión de estas relaciones, los analistas tienen en cuenta el sistema mundo como un sistema de Estados, cada uno de ellos con sus propias normas, culturas y concepciones generalizadas de la ética, acciones orientadas por una serie de reglas y normas morales y jurídicas bien definidas. El también denominado sistema interestatal que ha existido durante todo el transcurso de la modernidad y desde el renacimiento, se basa en el acuerdo sobre la definición de Estado y sobre la manera como ellos se relacionan entre sí y con otros actores. En palabras de Toledo,

“Desde tiempos inmemoriales los pueblos celebraron acuerdos o tratados para establecer ciertas reglas. Éstas corresponden al campo del Derecho; mas su cumplimiento puede considerarse una cuestión eminentemente moral. Hasta la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), no existía ninguna norma de derecho positivo que estableciera la obligatoriedad en el cumplimiento de los pactos, pero puede afirmarse que este principio se sigue desde la antigüedad. Aunque en sus orígenes estuvo basado en cuestiones religiosas y poco a poco se fue secularizando –sobre todo a partir del Renacimiento–, su sostén siempre fue el respeto al prójimo. Principios como la igualdad de los Estados, la autodeterminación de los pueblos, entre otros, no conocen de barreras culturales. Y si bien es cierto que “...prácticamente toda teoría o sistema moral se arroga la calidad de universal [...] aunque existe una innegable diversidad de estándares o concepciones morales”, la presencia de algunos elementos permite, asimismo, afirmar la existencia de una moral internacional que debe ser respetada”¹⁹.

Las nuevas dinámicas sociales producto de los cambios exponenciales de las tecnologías y la aparición permanente de tratados internacionales han hecho a muchos analistas preguntarse si este sistema tendrá validez en el futuro o será reemplazado por otro sistema todavía desconocido, especialmente en procura de encontrar salidas más justas a los problemas mundiales y en procura de mejorar la calidad de vida del planeta. Las grandes decepciones en los terrenos de la moral y la ética presentadas por el sujeto político frente a la figura endogámica del Estado moderno dejan asomar nuevas esperanzas para la humanidad ahora en los tiempos de la globalización. La tensión entre las epistemologías defensoras del Estado moderno y las que defienden la mirada global son evidentes. Visto en perspectiva moral, El Estado y el gobierno como tradicionalmente han ejercido su poder y tomado

¹⁸ FERNÁNDEZ ALONSO, Op. cit., p. 51-52.

¹⁹ TOLEDO, V. *Introducción al estudio de las Relaciones Internacionales*. Ediciones Universidad Católica de Salta (Eucasa), Salta (Argentina), 2007, p. 192.

decisiones, no presenta hoy sino decepciones. Los ciudadanos del mundo se sienten poco más que decepcionados y traicionados. Es aquí donde cobra importancia la aparición de otros actores, como esperanza de un mundo mejor donde los nuevos actores asumen más protagonismo internacional y a preguntarnos: ¿pueden las relaciones internacionales ser orientadas bajo normas morales?, ¿qué similitud tienen estos principios en su teoría y en su práctica con respecto a la ética individual y la ética del Estado?, preguntas que cobran sentido ante el protagonismo que ha tenido en el estudio de las relaciones internacionales el multiculturalismo, concepto que parece relativizar el concepto de una ética universal, como lo pretendió Kant. Y es que es un problema moral del que partimos, esto es, de encontrarnos en un escenario en el que la anarquía parece triunfar a causa de la ausencia de una autoridad que logre niveles de eficacia sancionatoria ante la transgresión a las normas soñadas por la humanidad y puestos muchas veces de manera retórica en tratados internacionales. Estos asuntos son la médula del problema moral presente en la teoría de las relaciones internacionales²⁰.

El estudio y análisis de las relaciones internacionales estuvo casi ausente del debate moral y, plagado de hiperfactualismo o realismo, dejó de asumir una visión más utópica del mundo. La epistemología presente en la escuela realista impedía este debate²¹. Hasta la década de 1970, el análisis de las relaciones internacionales se concentró en estudios relativos a la seguridad internacional, fundamentados principalmente en cuestiones acerca de la paz y la guerra, por lo cual el concepto de seguridad nacional era un asunto de primera línea en los estudios de la teoría de las relaciones internacionales, siendo la teoría realista el enfoque dominante. Se ha asumido que el poder militar de un Estado era la característica fundamental y determinante del tipo de relación de dicho Estado con el resto. Por esta razón, las investigaciones sobre las relaciones internacionales dejaron de lado el debate moral, un discurso de poco impacto, refiriendo el análisis de cómo los Estados han ejercido el poderío militar y las alianzas y la diplomacia internacional. ¿Cómo justificar moralmente los enfrentamientos o posibles enfrentamientos entre las naciones?, ¿cuál es el tratamiento del enemigo capturado en combate?, ¿cómo humanizar la guerra?, fueron preguntas que enfocaron el debate. Autores como Clausewitz²² o Sun Tzu²³ estuvieron muy de moda durante los tiempos de la guerra fría y de las guerras calientes del sur del mundo. El desarrollo de la ciencia política como disciplina encontró en la teoría de conflictos uno de sus tratados fundamentales.

Las cosas fueron cambiando a partir de la década de 1980, momento en que el peso de la economía en las relaciones internacionales ha crecido y, así, el estudio de la economía política internacional ha sido objeto de un análisis e interpretación aún más profundo de los estudios políticos, pues como hemos dicho, la economía se sobrepuso a la política. Desde aquel momento, los expertos en la sociología de las relaciones internacionales creyeron que las fuerzas que mueven las relaciones entre los distintos Estados están determinadas por variables económicas. Solo después del ataque a las torres gemelas en los Estados Unidos, parece centrarse el debate de

²⁰ Ibid., p. 180.

²¹ MORGENTHAU, H. J. *Política entre las naciones. La lucha por el poder y la paz*. Grupo Editor Latinoamericano, Argentina, Sexta edición, 1987, p. 332. (publicado originalmente en 1948) (Morgenthau no acepta la idea de una moral en los tiempos de la globalización y de la democracia. Para nuestros tiempos, dirá él, la moral es una ficción de las relaciones internacionales. Sólo en las sociedades monárquicas de los siglos XVII y XVIII existían acuerdos internacionales sobre ciertos valores y principios provenientes de la nobleza y la aristocracia. En el siglo XIX y a partir del colonialismo, la idea de bien común entre las naciones de manera más o menos consensuada, desaparece. El fenómeno político del nacionalismo también contribuyó en este fracaso de la moral compartida entre las naciones)

²² CLAUSEWITZ, C. V. *Arte y ciencia de la guerra*. Editorial Grijalbo, México, 1972. (Versión al español de Ramón Ormazábal, de la segunda edición de Verlag Handvoll, Stuttgart, Alemania, 1927).

²³ Sun Tzu. *El arte de la guerra*. Editorial Trotta, Madrid, 2001 [6ª edición 2007]. (traducción directa del chino antiguo a cargo de Albert Galvany, coautor de la primera traducción directa y completa del Yijing del chino al castellano).

nuevo en lo militar. En los años ochenta, en cambio, la atención se focalizó en el comercio internacional y las relaciones económicas interestatales, en especial aquellas dedicadas a la cooperación y al mantenimiento de las organizaciones internacionales. El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional fueron las OIG más beneficiadas.

En la "Sociología de las relaciones internacionales", Merle²⁴ asegura que los nuevos actores del sistema internacional pueden contribuir de manera decidida en la solución de los grandes problemas mundiales.

¿Cuál es la mejor forma de luchar contra las enfermedades, la paz, la pobreza, el medio ambiente, la educación, la salud, la niñez desamparada, la vivienda, etc.? Preguntémonos por el tema de la salud: ¿se puede luchar hoy en día contra las enfermedades en un solo país, cuando los aviones, barcos, trenes, autobuses, vehículos y bicicletas están cruzando constantemente las fronteras? También en este tema de la salud pública el mundo se ha vuelto leal a la globalización. Hay que luchar contra las enfermedades a escala internacional, por ejemplo, como lo hace UNICEF y la Organización Mundial de la Salud (OMS), fundada por las Naciones Unidas. De la misma forma, se puede hacer mucho por la educación a través de la UNESCO, en su sede de París y en todo el mundo. Originalmente creada para animar a los países en conflicto en la búsqueda de soluciones negociadas, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) intenta también bajo el apoyo de sus miembros, evitar las guerras y promover la paz mundial; de hecho, la ONU, desde el momento de su creación en 1948, ha facilitado la firma de muchos acuerdos internacionales sobre la paz y todos los asuntos que mejoran la calidad de vida.

Las OIG están fundadas y constituidas por Estados y animadas por los representantes de los gobiernos cualificados para actuar en nombre de estos Estados. En su conjunto, las OIG están dominadas por los Estados que las fundaron y que son sus miembros exclusivos. Las OIG constituyen un fenómeno relativamente reciente, ya que la primera de ellas, la Comisión central para la navegación del Rin, data de 1815; pero se han convertido debido a su multiplicación y a su vitalidad, en uno de los elementos más característicos de la sociedad internacional contemporánea. No se concibe cómo sería posible, en la actualidad, tratar las relaciones internacionales sin hacer referencia a la ONU, a las instituciones especializadas, a los trabajos de la OTAN o al Pacto de Varsovia, etc., instituciones todas que determina el tono moral de las relaciones internacionales, definidas las pautas deontológicas en sus cartas y agendas en permanente construcción. Por ejemplo, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la más importante OIG a nivel mundial, está formada por cerca de 200 países y tiene una plantilla de más de 52.000 funcionarios encargados de salvaguardar unas relaciones entre los Estados de manera pacífica.

Más allá de los flujos que emanan directamente o indirectamente de los Estados, existen otros que escapan más o menos, si no totalmente, al control de las entidades gubernamentales, como los desplazamientos de personas, los movimientos de capitales, los intercambios de mercancías o la circulación de ideas. Estos flujos afectan el equilibrio del desarrollo y la economía, ejercen una acción sobre un cierto número de mecanismos (la balanza de pagos, la cotización de las monedas, el nivel de vida) o de valores (creencias, ideologías, etc.) y se convierten en un elemento del juego internacional. A este tipo de transacciones es al que se aplica el calificativo de transnacionales y sin ellas en la actualidad sería muy difícil enfrentar las actuales crisis políticas, económicas y humanitarias que se viven en el planeta:

"Entendemos por fuerzas transnacionales los movimientos y las corrientes de solidaridad de origen privado que tratan de establecerse a través de las fronteras y que tienden a ser valer o a imponer su punto de vista en el sistema internacional. Esta definición, voluntariamente muy genérica, incluye fenómenos de naturaleza y de identidad muy diferentes"²⁵.

²⁴ MERLE, M. *Sociología de las relaciones internacionales*. Alianza editorial, Madrid, 1991.

²⁵ *Ibid.*, p. 411.

A estas fuerzas del sistema internacional les critica Merle la pasividad de los Estados en relación con el apoyo jurídico que requieren:

“En efecto, el derecho internacional, creado por los Estados y concebido para los Estados, ignora o sólo trata de una manera incidental y accesoría los fenómenos transnacionales”²⁶.

A pesar de las críticas tan agudas realizadas con respecto a la pasividad de los Estados y a sus limitaciones para tomar decisiones fuera de sus fronteras, parece claro que los tiempos de la globalización serían mucho más difíciles sin el apoyo conjunto para controlar estas fuerzas, que parecieran carecer de todo control, como se ha visto justamente en el año 2015 y hasta ahora con las migraciones desde Siria hacia Europa. Las fuerzas transnacionales, como actores fundamentales de las relaciones de la política internacional, se refieren a las organizaciones no gubernamentales (ONG), a las firmas multinacionales y a la opinión pública internacional.

Se entienden las Organizaciones no gubernamentales (ONG) como todo grupo, asociación o movimiento constituido de forma duradera por particulares pertenecientes a diferentes países con la finalidad de alcanzar objetivos no lucrativos. Según Merle, este fenómeno tiene orígenes ilustres y muy antiguos como las órdenes religiosas, sociedades de pensamiento, las ligas o las asociaciones de comerciantes y parecen conocer un desarrollo particularmente rápido en el período reciente. Esta vitalidad traduce evidentemente el crecimiento rápido de los intercambios y de las comunicaciones en el plano internacional; pero también es una prueba a favor de la existencia de unas necesidades que ni los gobiernos, ni los Estados, ni siquiera las ONG están en condiciones de satisfacer. Los rasgos que caracterizan a las ONG son la iniciativa privada y la solidaridad internacional.

Por su parte las empresas o firmas multinacionales, por definición, son aquellas empresas que desarrollan sus actividades económicas en diferentes escenarios del mundo, pues si bien se originan en un determinado país, donde se instala su sociedad o casa matriz, tienen presencia en muchos otros. Todas ellas tienen claramente un ánimo de lucro y aunque por esta razón surgen en su mayoría por iniciativa privada, como por ejemplo *General Motors Corporation* en los Estados Unidos, fundada en 1908 en *Detroit* (Michigan) y con presencia en 33 países del mundo y en 30 Estados de los Estados Unidos, muchas otras pueden ser desde su origen o luego de su creación, empresas estatales o firmas nacionalizadas, tal como ocurrió en Francia con la firma *Renault*, fundada en 1899²⁷. El capital de las firmas multinacionales puede proceder de ciudadanos de un mismo país o de distintos países, pues la forma como se componen las acciones y los capitales no es una característica decisiva de ellas.

Lo habitual es que este tipo de poderosas empresas, juzgadas por los analistas como el principal motor de la globalización, vean su nacimiento en los países con mayor nivel de desarrollo industrial y mejor calidad de vida, regidos por una economía caracterizada por el libre mercado:

“Fue después de la segunda guerra mundial cuando la inversión directa en terceros países comenzó a estar asociada de forma creciente con la expansión de las grandes empresas. La empresa multinacional es una prolongación histórica de la gran empresa industrial moderna. La multinacionalización de las empresas, un fenómeno en un principio fundamentalmente americano, sirvió para salvar las barreras arancelarias levantadas por terceros países para proteger las producciones nacionales. La creación de filiales en el extranjero no siempre ha respondido, sin embargo, a razones arancelarias. Han sido creadas en muchos casos con la finalidad de aprovechar mano de obra barata o menos reivindicativa, estar más cerca de las materias primas o de los centros de

²⁶ Ibid., p. 411.

²⁷ De manera intencionada hemos pensado en estos ejemplos relacionados con el sector automotriz, pues ha sido históricamente uno de los más dinámicos en el escenario de las relaciones internacionales, marcando la pauta en el proceso de desestructuración y desintegración empresarial para mejorar las condiciones de productividad.

consumo, alejar el riesgo físico de la producción, etcétera. La diversificación espacial fue también una prolongación de la diversificación sectorial, para aminorar los riesgos que se derivan de las fluctuaciones de la demanda, que nunca afectan por igual a todos los países"²⁸.

En ocasiones estas firmas sólo instalan una sucursal en el extranjero, pero la mayoría van implantando paulatinamente múltiples filiales (empresa de su mismo origen) y subsidiarias (alianzas estratégicas de las empresas), que tienen que adaptarse a las condiciones políticas, jurídicas, económicas, culturales y morales del país donde se instalan.

Es tal la fuerza que han logrado que, desde el punto de vista de la política global, los gobiernos en la actualidad han perdido el control sobre las grandes firmas multinacionales, precisamente por el poder económico que han logrado tener en los diferentes escenarios geográficos donde realizan sus negocios. Algunas de estas corporaciones tienen ingresos superiores al producto nacional bruto de buena parte de los países desarrollados y de la mayoría de los que se encuentran en vía de desarrollo. Al parecer, el juego de poder establecido con mucha potencia entre los diferentes actores del sistema internacional al iniciar este siglo, parece estar teniendo un claro ganador: las empresas multinacionales. Esta carrera, intensificada desde los años ochenta del siglo pasado, dejó ver con intensidad grandes fusiones, absorciones y compra de empresas con inversión y capital extranjero. A tal punto ha llegado el poder de estas empresas, que se calcula que hoy en día logran controlar una cuarta parte de los activos productivos mundiales tan sólo cerca de 300 de ellas. Este desproporcionado poder económico que han logrado en la economía a nivel internacional lleva a plantear un debate moral y a preguntar sobre los medios que han utilizado para el logro de sus fines económicos²⁹; ya antes se respondió esta pregunta al hacer referencia a las inequidades o a los problemas ambientales a nivel mundial, por ejemplo. El mundo percibe con preocupación que la norma moral y jurídica se debilita al interior de los Estados cuando las multinacionales aparecen en escena. La responsabilidad social, entendida en círculos concéntricos, llega con ellas a su máximo nivel. Tanto exceso en la libertad para hacer empresa no ha dado la respuesta esperada éticamente, como tampoco lo ha sido el excesivo control del comunismo en los asuntos económicos a nivel nacional o supranacional, pues por su característica ineficiencia dejó de cumplir su principal responsabilidad: la perdurabilidad empresarial y económica.

Lo preocupante, desde un punto de vista ético de la política, es que, en este mundo globalizado, los gobiernos y los sistemas jurídicos estatales ven limitadas las posibilidades de imponer a las empresas multinacionales normas que protejan a los trabajadores. Los gobiernos se han visto en la necesidad de conciliar sus marcos políticos, legales, económicos y éticos con los grandes empresarios y a ceder terreno, incluso, con empresas de origen foráneo y con los empresarios que dinamizan sus economías, al punto de lograr que en los tiempos de la globalización los gerentes, empresarios y presidentes de las grandes compañías se convirtieron en modelo de virtud, como diría Aristóteles, en el escenario de la toma de decisiones, con graves consecuencias en la construcción de principios y valores para el ejercicio del poder del Estado:

"Las técnicas del sector privado responden a una filosofía empresarial por lo que se hallan acompañadas del espíritu usurero-mercantil del interés privado, que al implementarse en el sector público transforma los valores y principios de las personas. Existe una sustitución y desplazamiento de los valores públicos por los privados. Las actitudes y comportamientos de los servidores públicos cambian al hacerles creer que son gerentes de empresa. Algunos de ellos,

²⁸ SUÁREZ SUÁREZ, A. *Nueva economía y nueva sociedad*. Prentice Hall, Madrid, 2001, p. 7-8.

²⁹ TOLEDO, V. Op. Cit. p. 199.

fascinados por esta mentira, se sienten empresarios y desean ganar como aquellos, sólo que a costa del erario público”³⁰.

Tan compleja resulta esta situación, que los Estados miembros de la Unión Europea, por ejemplo, han aceptado delegar parte de sus poderes a un súper Estado más capacitado, con el fin de poder hacer frente a los desafíos planteados por la globalización. Antes de los años ochenta, cuando las cosas iban mal, los ciudadanos pedían ayuda al Estado, ahora en Europa, cuando hay un problema en determinada comunidad, se pide ayuda a la comunidad europea. La gente que ha perdido su trabajo se manifiesta a las puertas de las instituciones comunitarias en Bruselas para pedir nuevos puestos de trabajo. Tal es el grado de incidencia de la economía y de las firmas multinacionales sobre el universo de la política en la actualidad, que los escenarios de discusión de política nacional e internacional con mucha dificultad afrontan sus decisiones sin dejar de nombrar a instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Interamericano de desarrollo (BID), el Banco Mundial (BM), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) o dejar de referirse a los acuerdos que sobre desarrollo o progreso se han fijado en la Conferencia de Río, o los aportes del Club de Roma, la incidencia de la deuda externa sobre la política nacional, los *lobbies* o antesalas para acordar los tratados de libre comercio, etc.

La función social que ha desempeñado a opinión pública internacional como fuerza transnacional en el terreno de los cuestionamientos morales, tanto a las multinacionales como a los jefes de Estado y de gobierno, a las OIG, ha sido determinante para la reflexión y el análisis de cara a la posibilidad de una moral mundial o de unas morales regionales. Recordemos con Merle que la opinión pública es, en primer lugar, un fenómeno nacional que se enraíza en una historia, se desarrolla en una cultura y se inscribe en un espacio determinado por el campo de los medios de expresión y que todavía en la actualidad son esencialmente unos instrumentos nacionales. Concretamente, una opinión pública internacional en espacios de reflexión sobre la moral internacional solo puede surgir de la aproximación o de la convergencia entre diferentes opiniones nacionales.

Conclusiones

En el presente ensayo hemos podido advertir, hacia el final de la reflexión, la importancia que tienen los nuevos actores del sistema internacional en la configuración de un nuevo orden mundial, actores a los que también les caben responsabilidades desde un punto de vista ético en la solución de los grandes problemas que aquejan al planeta. Esta idea puede restar importancia o relativizar el poder del Estado. Sin embargo, nada más lejano de la realidad política. Los Estados siguen siendo los principales actores del sistema político internacional, ellos encarnan las instituciones, definen las reglas de juego desde las normas legales y constitucionales y crean los escenarios favorables para la construcción de cualquier proyecto social.

Para definir la escala de valores que orientan sobre lo que es importante y no en la toma de decisiones, los Estados son el medio para lograr el bien común, para cristalizar el contrato social y la libre determinación de los pueblos. La soberanía de los Estados, asegura Espósito, es fundamental desde un punto de vista táctico, es trascendental para conseguir ciertos objetivos éticamente valiosos: “... las críticas al modelo soberano y lo que tiene de «romance con el Estado-nación» son lógicas y necesarias, ya que en muchas ocasiones un cambio de modelo favorecerá la consecución de fines como una mayor igualdad, el pluralismo, la participación, la justicia económica mundial, la reducción de la opresión y de la crueldad, la protección del medio ambiente, el mantenimiento de la paz y la seguridad y tantos otros.”³¹.

³⁰ BAUTISTA, O. D. *Ideología neoliberal y política de globalización bajo un enfoque ético*. Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM) Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales y Humanidades, México, 2011, p. 16.

³¹ ESPÓSITO, C. Op. cit., p. 195-196.

La aparición de nuevos actores, no debe presuponer abiertas contradicciones y pujas con los organismos transnacionales. El Estado, que ya no cumple las funciones tradicionales que se le encargaron desde hace más de doscientos años, debe reinventarse institucionalmente y moralmente. Ese Estado virtual del que se habla en la actualidad, tendrá que responder con urgencia a esas claves morales presentes en las agendas y los objetivos propuestos por las naciones en su conjunto. ¿Pueden los Estados seguir patrocinando un modelo de orden social enfocado en el consumo exacerbado de las masas?, ¿puede continuar el Estado puesto de rodillas a los indicadores económicos orquestados por las multinacionales como se ordena desde los Estados Unidos y las sociedades de alto consumo de masas? La respuesta evidentemente es un No rotundo y básicamente porque, como bien lo expresa Bautista: "Esta influencia se manifiesta en los nuevos patrones de conducta, en la modificación de las actitudes y en la sustitución de los valores y tradiciones originales por los de fuera. Basándose en el desarrollo tecnológico, la informática y las telecomunicaciones se difunden estereotipos y valores sobre la cultura moderna y postmoderna enfocados básicamente a una sociedad mercantilista y de consumo diseñado, establecido y promovido por las grandes empresas transnacionales en las que el modelo básico a imitar es el estadounidense. La vida estadounidense contemplada en películas, revistas, libros, programas de televisión, etcétera, es difundida al resto de los Estados. Estos nuevos patrones sociales son asimilados, sobre todo por las nuevas generaciones, rompiendo o modificando la cultura y valores tradicionales del lugar"³².

Prueba de la tesis antes defendida es el hecho, por ejemplo, de que, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, son las principales potencias económicas y militares las que deciden la dirección a seguir en el futuro y determina el tono moral con que se analiza las realidades políticas y jurídicas a escala planetaria. Siendo así, las naciones más pobres no siempre se sienten bien representadas, lo que, en este inequitativo panorama, nos lleva a preguntarnos: ¿es posible un mundo donde todos sus habitantes reconozcan un gobierno único que de manera exclusiva determine los criterios filosóficos del bien común? Es posible que, con el tiempo, dentro de muchas generaciones, se acepte la existencia de comunidades más grandes; pero ahora mismo predomina la lealtad al Estado nacional, es más, son los propios Estados nacionales los que mantienen esa lealtad como fundamento y soporte de su institucionalidad. Para sostener el gasto público, los Estados necesitan recaudar impuestos, por eso deben fomentar la lealtad de sus ciudadanos para que paguen sus impuestos, siguen necesitando ejércitos, quizás de menor tamaño, pero los ciudadanos siguen necesitando una institución política que los defienda, hombres y mujeres que estén dispuestos a dejar la vida en el campo de batalla, por eso este valor, la lealtad a los Estados, sigue vigente, creando diferentes escenarios de orden social que relativizan la moral y la ética pública: "En definitiva, la Ética y la moral son ingredientes imprescindibles para el desarrollo sustentable de los pueblos. El crecimiento económico no es suficiente, pues debe ser prolongado y equitativo y, además, debe darse en un marco de libertad, que constituye el medio más efectivo para alcanzarlo plenamente. Por ello los esfuerzos hacia esa meta de desarrollo sustentable no tienen por qué excluir las acciones morales que deben llevarse a cabo en el camino. Dichas acciones deben tener presente la moral internacional y ser capaces de generar un clima de confianza favorable para realizar emprendimientos económicos fructíferos para el mayor número de personas, sin que esto signifique perjuicios para otros. Pues como bien señala el premio Nobel de Economía, Amartya Sen, "...vivimos en un mundo interdependiente en el cual las tragedias sufridas por una parte de la humanidad tienen relevancia ética y reflexiva para el resto"³³.

³² BAUTISTA, O. D. Op. cit., p. 32.

³³ TOLEDO, Op. cit., p. 201-202.

Bibliografía

- Banco Mundial. *Globalización, crecimiento y pobreza*. ediciones Alfaomega, Bogotá, 2002.
- BAUTISTA, O. D. *Ideología neoliberal y política de globalización bajo un enfoque ético*. Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM) Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales y Humanidades, México, 2011.
- CLAUSEWITZ, C. V. *Arte y ciencia de la guerra*. Editorial Grijalbo, México, 1972.
- Consumer Eroski, Madrid. 24 de marzo de 2007.
- DRUCKER, P. *Las nuevas realidades*. editorial Norma, Bogotá, 1989.
- ESPÓSITO, C. "Soberanía y ética en las relaciones internacionales: contextos superpuestos". *Revista Isegoría*, No. 16, 1997.
- FERNÁNDEZ ALONSO, J. "El debate normativo en relaciones internacionales: La cuestión respecto al estatuto moral del Estado". *Revista Perspectivas Internacionales. Universidad Pontificia Javeriana Cali / Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales*, Vol. 8 No 2, 2012.
- MERLE, Marcel. *Sociología de las relaciones internacionales*. Madrid: Alianza editorial, 1991.
- MILL, J. S. *Sobre la libertad*. Editorial SARPE, Madrid, 1984.
- MORGENTHAU, H. J. *Política entre las naciones. La lucha por el poder y la paz*. Grupo Editor Latinoamericano, Argentina, Sexta edición, 1987.
- ORWELL, G. 1984. 30 ed. Ediciones Destino, Barcelona, 2003 (Primera edición abril de 1952).
- Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*. Nueva York, septiembre de 2000.
- _____ *Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) Informe*. Nueva York, 2015.
- _____ *La agenda de Desarrollo del Milenio (ODM) Informe*. Nueva York, 2018.
- RUGGIE, J. G. "Continuity and Transformation in the World Polity: Toward a Neorealist Synthesis". En: Robert Keohane (ed.), "Neorealism and its Critics", Nueva York, *Columbia University Press*, 1986.
- SUÁREZ SUÁREZ, A. *Nueva economía y nueva sociedad*. Prentice Hall, Madrid, 2001.
- Sun Tzu. *El arte de la guerra*. Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- TOLEDO, V. *Introducción al estudio de las Relaciones Internacionales*. Ediciones Universidad Católica de Salta (Eucasa), Salta (Argentina), 2007.

Desafios da repartição dos benefícios decorrentes dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético no Brasil e na Espanha

Challenges of benefits sharing from traditional knowledge associated with genetic heritage in Brazil and Spain

Voltaire de Freitas Michel¹

IMED Porto Alegre

SUMÁRIO: Considerações iniciais. 1. A proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais: do direito internacional ao direito doméstico. 1.1 A Dinâmica da proteção no plano do direito internacional 1.2 A dinâmica da proteção no plano do direito doméstico no Brasil e Espanha. 2. A repartição de benefícios na Espanha e Brasil. 2.1 Perfil no Brasil. 2.2 Perfil na Espanha. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo: O objetivo deste trabalho é identificar o regime jurídico da repartição dos benefícios decorrentes dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético na Espanha e no Brasil, e se esse regime jurídico resultou, de fato, em vantagens econômicas para as comunidades provedoras do conhecimento tradicional. Para tanto, inicialmente propôs-se uma revisão bibliográfica do desenvolvimento do tema no plano internacional e doméstico, na Espanha e no Brasil; posteriormente, empregando o acesso aos meios digitais de ambos os países e das informações coletadas pelo *ABS Clearing House*, empregou-se o meio exploratório para identificar se, com o regime jurídico atual, houve, de fato, retorno de benefícios às comunidades provedoras de conhecimento.

Palavras-chave: Conhecimentos tradicionais. Patrimônio genético. Repartição de benefícios.

Abstract: The objective of this work is to identify the legal framework of the distribution of the benefits derived from the traditional knowledge associated to the genetic heritage in Spain and Brazil, and if this legal regime has in fact resulted in

¹ É graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1997). É Mestre (2003) e Doutor (2007) em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Foi professor de Filosofia Geral e Jurídica, Direito das Coisas, Fundamentos do Direito Penal e Teoria do Delito no Centro Universitário Ritter dos Reis, em Porto Alegre. Foi responsável pela publicação da Uniritter Law Journal e professor da disciplina de Metodologia da Pesquisa e do Ensino nos cursos de pós-graduação lato sensu da Uniritter. Pós-doutor em Direito Público na Universidade de Santiago de Compostela/CESEG (Centro de Estudios de Seguridad). Atualmente, é professor do curso de Direito da IMED - Unidade de Porto Alegre/RS, nas disciplinas de Direito Constitucional e Processual Penal. É Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul, lotado na Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Porto Alegre.

economic advantages for the communities that provide traditional knowledge. To do so, it was initially proposed a bibliographical review of the development of the theme at the international and domestic level, in Spain and Brazil; subsequently, using access to the digital media of both countries and the information collected by the ABS Clearing House, the exploratory methodology was used to identify if, with the current legal regime, there was, in fact, a return of benefits to the knowledge-providing communities.

Keywords: Traditional knowledge. Genetic heritage. Benefit sharing.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho trata da regulação jurídica da repartição de benefícios decorrentes dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético na Espanha e no Brasil, e procura responder se o regime jurídico adotado nesses dois países resultou, de fato, em vantagens econômicas para as comunidades provedoras do conhecimento tradicional.

O foco no Brasil e Espanha justifica-se: o Brasil tem sido, desde a celebração da Convenção sobre Biodiversidade, um protagonista no campo dos países em desenvolvimento, cujos interesses divergem dos países que, em geral, captam as vantagens econômicas dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético. Desde 2002, o Brasil integra o GLMMC (*Group of Like Minded Megadiverse Countries*)², que congrega os 17 países com maior biodiversidade no mundo. A Espanha, por seu turno, enfrenta outros desafios: ao mesmo tempo em que é um país com grande riqueza cultural, ilustrada por sua milenar história, encontra-se no campo da União Europeia, de forma que a sua ordem jurídica deve, em parte, convergir com os pontos de partida europeus. Além disso, como se verificará no corpo do trabalho, as duas ordens jurídicas incorporaram os preceitos das normas internacionais de formas diferentes, o que colabora para a identificação dos contrastes e prioridades. As diferenças e semelhanças entre os dois países permitirão, nesse trabalho, um profícuo debate e contraste. Em síntese, por suas naturezas diversas, o Brasil sempre será um país provedor; a Espanha, por seu turno, um país predominantemente usuário.

Os conhecimentos tradicionais se distinguem dos bens inicialmente protegidos pelo direito da propriedade intelectual. Os conhecimentos tradicionais, como regra, não estão registrados na forma escrita, porém são transmitidos oralmente; não é possível identificar a data de sua criação, senão estimá-la de forma bastante genérica; e, por fim, não há, nos conhecimentos tradicionais, a figura do inventor ou do intelectual, mas o reconhecimento de que surgiram a partir da ação de uma

² "In 2002, in Cancun (Mexico), several megadiverse countries set up the Group of Like-Minded Megadiverse Countries (GLMMC) (Bolivia, Brazil, China, Colombia, Costa Rica, Democratic Republic of the Congo, Ecuador, Ethiopia, Guatemala, India, Indonesia, Iran, Kenya, Madagascar, Malaysia, Mexico, Peru, Philippines, South Africa, and Venezuela). The origins of this group of countries go back to 1998, when Conservation International, a US non-profit environmental NGO established a list of the countries harboring the majority of Earth's species, the 17 megadiverse countries (Australia, Brazil, China, Colombia, Democratic Republic of the Congo, Ecuador, India, Indonesia, Madagascar, Malaysia, Mexico, Papua New Guinea, Peru, Philippines South Africa, United States, and Venezuela). This group is the political expression of the interests of this minority of Southern States accounting for the majority of the existing GR. During the negotiations of the NP, the GLMMC has been a megaphone for the developing countries, defending strong views on the ABS related issues (like compliance measures from user States). It took 10 COPs to agree on a binding protocol to the Convention—the Nagoya Protocol (NP)—adopted in 2010." PAUCHARD, N. "Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity and Its Protocol: What Can Some Numbers Tell Us about the Effectiveness of the Regulatory Regime?". *Resources*, 2017, v. 6, n. 11, p. 04.

coletividade. Em tudo se diferenciam, portanto, da propriedade intelectual já protegida pelos instrumentos tradicionais.

Não se trata, aqui, de reavivar o mito do bom selvagem ou de idealizar a sabedoria de povos e comunidades cuja tecnologia e métodos são, no mínimo, diferentes dos empregados pelos grandes laboratórios e empresas. Cuida-se de avaliar a regulação jurídica de um fato consumado, que é o emprego de conhecimentos tradicionais pelas grandes empresas na produção e comercialização de drogas, cosméticos, e a repartição dos benefícios com as comunidades onde tais conhecimentos tiveram origem.

As singulares características desses conhecimentos são apenas alguns dos desafios para sua proteção. A proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais é um dos capítulos da propriedade intelectual que ainda está para ser escrito e concluído. Os termos da Convenção sobre Biodiversidade de 1992 impuseram uma revisão dos conceitos básicos da propriedade intelectual. Como se não bastasse o confronto de interesses entre países em desenvolvimento e desenvolvidos, a respeito de temas específicos da propriedade intelectual (sobretudo propriedade digital e medicamentos), acrescentou-se à relação a oposição entre comunidades tradicionais e empresas exploradoras de conhecimentos tradicionais³.

Esta contribuição divide-se em duas partes. A primeira parte tratará da dinâmica da proteção jurídica aos conhecimentos tradicionais, descrevendo os passos de seu desenvolvimento no plano internacional, até a sua integração dos sistemas jurídicos domésticos do Brasil e Espanha.

Por fim, a segunda parte tratará da provocação sugerida inicialmente: após a descrição da modalidade de repartição de benefícios adotada no Brasil e na Espanha, investiga-se se essa proteção resultou, de fato, em benefício para as comunidades provedoras de tais conhecimentos.

O objetivo geral do trabalho é descrever de forma precisa o *status* jurídico da questão no Brasil e na Espanha, e o específico, detalhar o regime jurídico de repartição de benefícios decorrentes dos conhecimentos tradicionais associados.

1 A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS: DO DIREITO INTERNACIONAL AO DIREITO DOMÉSTICO

Traçar o rumo da evolução da proteção aos conhecimentos tradicionais é o objetivo deste capítulo. Como o próprio título antecipa, a primeira constatação é que o caminho desse reconhecimento e proteção se deu no sentido do direito internacional⁴ para os diversos direitos domésticos. Por isso, a estrutura do capítulo divide-se em duas partes: em primeiro lugar, a dinâmica da proteção do plano do direito internacional; em segundo lugar, um exame de como se deu a incorporação dessa dinâmica nos direitos domésticos do Brasil e Espanha.

1.1 A DINÂMICA DA PROTEÇÃO NO PLANO DO DIREITO INTERNACIONAL

Não há como destacar a proteção aos conhecimentos tradicionais do tema da proteção da propriedade intelectual no plano internacional. Guardadas as diferenças específicas dos conhecimentos tradicionais⁵, é possível tratá-los, ao menos inicialmente, como um aspecto do conflito entre os interesses de proteger a

³ "PATENTLY problematic". *The Economist*, 12 set. 2002. Disponível em: <https://www.economist.com/science-and-technology/2002/09/12/patently-problematic>. Acesso em: 13 abr. 2019.

⁴ DUTFIELD, G. "TK Unlimited: The emerging but incoherent international law of traditional knowledge protection". *The Journal of World Intellectual Property*, 07 nov. 2017. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jwip.12085>. Acesso em: 13 abr. 2019.

⁵ Nwauche, E. S. "The Emerging Right to Communal Intellectual Property". *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2015, v. 19, n. 2, pp: 225-244.

propriedade intelectual e incentivar a inovação e os interesses contrapostos, sobretudo o de propagação livre do conhecimento. Por isso, esse item se inicia com os antecedentes da proteção da propriedade intelectual no plano internacional. Em seguida, apresentam-se os aspectos inovadores decorrentes da Convenção sobre a Biodiversidade e os seus complementos que trataram especificamente da repartição de benefícios: as diretrizes de Bonn (2002) e o Protocolo de Nagoia (2010)⁶.

1.1.1 Antecedentes: a proteção da propriedade intelectual no plano internacional⁷

No plano internacional, após uma longa evolução que durou pelo menos um século, a propriedade intelectual foi regulada pelo Acordo Trips (*Trade Related Intellectual Property Agreement*), um dos acordos complementares mais controvertidos ao WTO (*World Trade Organization Agreement*). Ao contrário do Gatt, acordo mundial antecessor da OMC, o Trips veio atender ao propósito de estabelecer com detalhamento *standards* internacionais para a proteção da propriedade intelectual.⁸

Tradicionalmente, até o final do século XIX, os países em geral reconheciam a propriedade intelectual apenas para os inventores e criadores de sua nacionalidade, e até mesmo incentivavam a cópia de invenções e criações procedentes de outros países, o que hoje se descreveria como um incentivo à pirataria. Ao final do século XIX, a maioria das nações, no entanto, entendeu que deveria existir uma proteção da propriedade intelectual para além das suas fronteiras, o que motivou, inicialmente, a celebração de acordos bilaterais. Diante da insuficiência desses acordos, o passo seguinte foi a formalização de acordos multilaterais, inicialmente a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Intelectual (1883) e a Convenção de Berna para a Proteção dos Trabalhos Artísticos e Literários (1886)⁹. Os dois primeiros acordos multilaterais incorporavam uma tentativa de padronizar os processos e conceitos da propriedade intelectual. Posteriormente, após a criação da Organização das Nações Unidas, surgiu a Wipo (*World Intellectual Property Organization*), com a função de administrar esses e outros acordos a respeito da propriedade intelectual, instituição que resultou ineficaz, sobretudo pela ausência de um sistema de resolução de controvérsias. Apesar dos seus esforços, os regimes de proteção da propriedade intelectual continuaram a divergir na maior parte dos países, sobretudo com relação ao tempo de exclusividade, objeto (processos e produtos, ou apenas produtos), inclusão, e em que extensão de proteção a produtos farmacêuticos.¹⁰

⁶ Críticas ao sistema internacional, por sua ineficácia: DUTFIELD, G.; SUTHERSANEN, U. "Traditional knowledge and genetic resources: observing legal protection through the lens of historical geography and human rights". *Washburn Law Journal*, v. 58, n. 2, 2019. Disponível em: <https://contentdm.washburnlaw.edu/digital/collection/wlj/id/6979/rec/60>. Acesso em: 20 abr. 2019; PAUCHARD, N. "Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity and Its Protocol: What Can Some Numbers Tell Us about the Effectiveness of the Regulatory Regime?". *Resources*, 2017, v. 6, n. 11.

⁷ A indicação do início, a partir da evolução da propriedade intelectual, pode ser controvertida se alterarmos o foco para a proteção dos direitos humanos como um todo, e não apenas nesse aspecto. Nesse sentido, Grahah Dutfield: "... we need to resituate the discourse from international and national IP laws and frameworks to a human rights framework". DUTFIELD, G. "TK Unlimited: The emerging but incoherent international law of traditional knowledge protection". *The Journal of World Intellectual Property*, 07 nov. 2017. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jwip.12085>. Acesso em: 13 abr. 2019.

⁸ LESTER, S.; MERCURIO, B.; DAVIES, A. *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*. Oxford and Portland (Oregon): Hart Publishing, 2012. p. 739.

⁹ LESTER, p. 740.

¹⁰ MERCURIO, B. "Trips, Patents and Access to Life-Saving Drugs in the Developing World". *Marquette Intellectual Property Law Review* 211, v. 8, n. 2, pp.215-216.

A incapacidade da Wipo em proteger os interesses dos países desenvolvidos conduziu-os a celebrar acordos bilaterais, e ao conseqüente esvaziamento do seu papel; pelos países desenvolvidos, o órgão era visto como dominado pelos países em desenvolvimento. O caminho natural foi a transferência da discussão a respeito da propriedade intelectual para o Gatt, como parte da Rodada Uruguai, e posteriormente para organização internacional do Comércio (WTO, *World Trade Organization*)¹¹. Finalmente, com a celebração do Trips, resultado da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt, assinado em Marraqueche, em 12 de abril de 1994, estipularam-se as seguintes linhas para a proteção da propriedade intelectual em nível mundial:

1. como deveriam ser aplicados princípios básicos do sistema de comércio e outros acordos internacionais a respeito de propriedade intelectual;
2. como conferir proteção adequada aos direitos de propriedade intelectual;
3. como os países deveriam proteger esses direitos adequadamente em seus próprios territórios;
4. como resolver as disputas sobre propriedade intelectual entre os membros da OMC (Organização Mundial do Comércio);
5. arranjos especiais de transição durante o período em que o novo sistema seria introduzido.¹²

Com relação à proteção de conhecimentos tradicionais, dois aspectos centrais do sistema de patentes aparentemente inviabilizam o seu emprego para esse fim: o aspecto de novidade e a atividade inventiva.¹³ Como regra, aquilo que se enquadra no conceito de conhecimentos tradicionais não ostenta a característica da inovação, vez que se tratam de conhecimentos e práticas compartilhados há várias gerações pelas comunidades provedoras¹⁴. De outra parte, difícil perceber na ação dos

¹¹ LESTER, p. 740.

¹² LESTER, p. 740.

¹³ CORREA, C. M. *Propriedade Intelectual e Saúde Pública*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, pp. 316 e ss.

¹⁴ O fato de se encontrar em uso e na prática pode ser uma característica importante para a proteção dos conhecimentos tradicionais, pela via defensiva, contra a biopirataria. Um dos requisitos gerais para a patenteabilidade é que o invento submetido seja novo, não se enquadrando no conceito de "*prior art*". Quanto mais restrita a definição de *prior art*, mais difícil a proteção defensiva dos conhecimentos tradicionais através de um sistema de patentes, de lege ferenda. A norma brasileira, art. 11 da Lei de Patentes, considera que "o estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior". Contenta-se, portanto, com descrições orais ou escritas, ou por qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior. O PCT (*Patent Cooperation Treaty*), art. 33.1, menciona apenas a forma escrita; a Convenção de patentes europeia e a legislação japonesa, no mesmo sentido da brasileira, contentam-se com a divulgação escrita ou oral, no país ou no exterior. Nos Estados Unidos, o *United States Patente Act* contenta-se com a divulgação oral apenas para a proteção de conhecimentos dentro do território americano; para o exterior, exige a forma escrita (*Using Patents...* pp. 317/318). Ao mesmo tempo, a publicação, por qualquer forma, de conhecimentos tradicionais, ao mesmo tempo em que favorece a ação defensiva para vetar a patente por terceiros, permite a sua apropriação ilegal pelos mesmos terceiros.

conhecimentos tradicionais a atividade inventiva própria do indivíduo, protegida pelo sistema de patentes¹⁵.

Isso não quer dizer, no entanto, que o acordo Trips não influencia diretamente a proteção aos conhecimentos tradicionais. De fato, o Trips não menciona, diretamente, essa proteção. No entanto, tangencialmente há um impacto na definição da matéria patenteável, delimitada no seu art. 27.3 (b), a cujo teor

Os Membros também podem considerar como não patenteáveis: plantas e animais, exceto micro-organismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não-biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema sui generis eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.¹⁶

A revisão do subparágrafo ainda não se operou,¹⁷¹⁸ não obstante a pressão política dos países em desenvolvimento, em regra com maior interesse na proteção do patrimônio genético, justamente por sua vasta biodiversidade¹⁹. Na interpretação de críticos do acordo, há uma assimetria nítida desse dispositivo do Trips, que define a matéria patenteável. Segundo os críticos,

A imposição de um direito de patente sobre recursos biológicos ou conhecimentos tradicionais injustamente despoja as comunidades de seus direitos sobre, e de acesso, aos recursos naturais que eles desenvolveram e conservaram por gerações. Isso contradiz os princípios centrais e as provisões da Convenção sobre Diversidade Biológica (CBD).²⁰

¹⁵ A respeito da conveniência e desafios da proteção dos conhecimentos tradicionais através de um sistema de patentes, ver: ERSTLING, J. "Using Patents to Protect Traditional Knowledge". *Texas Wesleyan Law Review* 295, 2009. Faculty Scholarship. Paper 188.

¹⁶ BRASIL. *Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

¹⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION. "Background and the current situation". *Trips: review, article 27.3 (b) and related issues*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_background_e.htm. Acesso em: 10 abr. 2019; WORLD TRADE ORGANIZATION. *Article 27.3 (b), traditional knowledge, biodiversity. Trips: issues*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_e.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

¹⁸ BERGEL, S. D. "Qué sistema de protección para las innovaciones biotecnológicas en América Latina?" In: BARRAL, W.; CORREA, C. (org.). *Derecho, Desarrollo y Sistema Multilateral del Comercio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 75.

¹⁹ Declaração de Doha, 2001, parágrafo 19. We instruct the Council for TRIPS, in pursuing its work programme including under the review of Article 27.3(b), the review of the implementation of the TRIPS Agreement under Article 71.1 and the work foreseen pursuant to paragraph 12 of this declaration, to examine, inter alia, the relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, the protection of traditional knowledge and folklore, and other relevant new developments raised by members pursuant to Article 71.1. In undertaking this work, the Trips Council shall be guided by the objectives and principles set out in Articles 7 and 8 of the Trips Agreement and shall take fully into account the development dimension.

²⁰ LESTER, p. 800.

De qualquer forma, o acordo Trips não menciona, em nenhum momento, a proteção aos conhecimentos tradicionais, nem sequer cria instrumentos de reconhecimento²¹. Em linhas gerais, pode-se afirmar que o Trips aponta para a proteção de conhecimentos formais, enquanto os conhecimentos tradicionais a que se refere a Convenção sobre Biodiversidade (1992), primeiro instrumento internacional que os reconhece, são conhecimentos informais²².

1.1.2 Convergências: a Convenção sobre Biodiversidade e a proteção dos conhecimentos tradicionais

A celebração da Convenção sobre Biodiversidade foi antecedida pela criação de um Grupo de Trabalho *ad hoc* de especialistas em diversidade biológica em novembro de 1988, com o propósito específico de avaliar a necessidade de uma convenção a respeito de biodiversidade. Os trabalhos desse grupo culminaram com a Conferência de Nairobi, que produziu um texto acordado para a Convenção sobre Diversidade Biológica, consagrando, simultaneamente, os objetivos de compartilhar os custos e benefícios entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, assim como encontrar meios para apoiar a inovação por povos locais.²³

A Convenção sobre Biodiversidade é um dos tratados internacionais com origem na Rio-92, em paralelo com a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC). A adesão à convenção iniciou em 05 de junho de 1992, durante a Conferência das Nações Unidas para o meio ambiente e desenvolvimento, e permaneceu aberta até o dia 04 de junho de 1993, quando já continha assinaturas de 168 países. A convenção entrou em vigor em 29 de dezembro de 1993, 90 dias após a trigésima ratificação²⁴.

Alguns princípios da CBD são determinantes para a compreensão do tema central deste trabalho. Em primeiro lugar, a convenção reconheceu a soberania dos países signatários sobre seus recursos genéticos. Nos dizeres do art. 3, reconhece-se

O direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas ambientais, e a responsabilidade de assegurar que tais atividades dentro de sua jurisdição ou controle não causem dano

²¹ Dutfield, 2019, p. 13: "Since 2001, the World Intellectual Property Organization Intergovernmental Committee in Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (the 'IGC') has deliberated on the issues of intellectual property rights as they relate to genetic resources, TK, and traditional cultural expressions. For many developing countries, the desired outcome is one or more legally-binding instruments. Presently, there are three documents on the table for negotiation. These include draft articles on TK and traditional cultural expressions, and a consolidated document relating to intellectual property and genetic resources. All three texts are heavily bracketed indicating that there is little consensus on what provisions they will eventually contain and the legal status of whatever it is that emerges from completed negotiations. Official documentation supplied by the WIPO Secretariat for the Committee acknowledges that there is no accepted international-level definition of TK.⁵² The latest draft articles on TK contain several mostly bracketed categories of TK including secret TK, sacred TK, narrowly diffused TK, and widely diffused TK.⁵³ Whether from an anthropological perspective or one grounded in historical geography, this tiered approach⁵⁴ to TK appears to advance the debate to a limited extent at least."

²² BERGEL, S. D. "Qué sistema de protección para las innovaciones biotecnológicas en América Latina?" In: BARRAL, W.; CORREA, C. (org.). *Derecho, Desarrollo y Sistema Multilateral del Comercio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 95

²³ CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *History of the Convention*. Disponível em: <https://www.cbd.int/history/>. Acesso em: 10 abr. 2019.

²⁴ "PAY UP or die". *The Economist*, 21 out. 2010. Disponível em: <https://www.economist.com/newsbook/2010/10/21/pay-up-or-die>. Acesso em: 10 abr. 2019.

ao meio ambiente de outros estados ou áreas além dos limites da jurisdição nacional.²⁵

Destaque-se que essa noção de soberania dos estados-nação não é de todo incontroversa, pois ela se sobrepõe a uma posição mais radical e internacionalista que atribuiria essa soberania “à humanidade”^{26,27}. Além disso, a convenção define como seus objetivos, em seu art. 1º,

A conservação da diversidade biológica; o uso sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios procedentes da utilização de recursos genéticos, inclusive através do acesso aos recursos genéticos e pela transferência adequada de tecnologias relevantes, e através de financiamento adequado.²⁸

No preâmbulo da convenção, o texto reconhece

A estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais, e que é desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes.²⁹

Além disso, o art. 8, letra ‘j’, destacou que cada parte do tratado deveria,

Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais

²⁵ CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Art. 3. Principle*. Disponível em: <https://www.cbd.int/kb/record/article/6873?RecordType=article>. Acesso em: 10 abr. 2019.

²⁶ SANTILLI, J. “Ruralistas bloqueiam ratificação e Brasil passa a ter papel secundário no Protocolo de Nagoia”. *Instituto Socioambiental*, 15 jul. 2014. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/ruralistas-bloqueiam-ratificacao-e-brasil-passa-a-ter-papel-secundario-no-protocolo-de-nagoia>. Acesso em 10 abr. 2019.

²⁷ Por ocasião da 1ª reunião do Grupo de Trabalho *ad hoc* de experts sobre diversidade biológica, em novembro de 1988, para examinar a necessidade de uma convenção internacional sobre o tema, as partes não chegaram a um consenso sobre a noção da diversidade biológica como um recurso comum da humanidade, sendo que alguns delegados acentuaram o princípio da soberania dos estados sobre seus recursos naturais. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Ad Hoc Working Group of Experts on Biological Diversity*. Geneva, 16-18 nov. 1988. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/meetings/iccbd/bdewg-01/official/bdewg-01-03-en.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019. Posteriormente, na segunda reunião, a noção de soberania dos estados sobre seus recursos já parece sedimentada, uma vez que, dentre as diretrizes, surge a ideia de que “free access does not mean free of charge and accessibility should be based on mutual agreement and full respect for the permanent sovereignty of States over their natural resources”.

²⁸ CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Art. 1. Objectives*. Disponível em: <https://www.cbd.int/kb/record/article/6869?RecordType=article&FreeText=article%201>. Acesso em: 10 abr. 2019.

²⁹ CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Preamble*. Disponível em: <https://www.cbd.int/convention/articles/default.shtml?a=cbd-00>. Acesso em: 10 abr. 2019.

e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas.³⁰

Com maior detalhamento, o tema do acesso aos recursos genéticos é tratado na Convenção, em seu artigo 15. No art. 15, 1, a convenção reitera a soberania dos Estados sobre seus recursos naturais, e nos itens 4 e 5 do mesmo artigo, antecipa os conceitos de MAT (*Mutually Agreed Terms*) e PIC (*Prior Informed Consent*), que se tornarão basilares para o desenvolvimento da proteção aos conhecimentos tradicionais.³¹ Mais adiante, o item 7 prescreve que

Cada parte contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso e em conformidade com os arts. 16 e 19 e, quando necessário, mediante o mecanismo financeiro estabelecido pelos arts. 20 e 21, para compartilhar de forma justa e equitativa os resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e os benefícios derivados de sua utilização comercial e de outra natureza com a Parte Contratante provedora desses recursos.³²

1.1.3 Pós CBD, Complementos: as Diretrizes de Bonn e o Protocolo de Nagoia

A Convenção previu, no seu art. 23, uma Conferência das Partes periódica (COP), que se estabeleceu bianualmente, com o propósito de revisar seus termos e adaptá-la a novas realidades. A primeira Conferência das Partes (COP1) ocorreu em 1994, nas Bahamas, e a mais recente, em 2018, no Egito (COP14), com a participação dos 193 países, que atualmente a integram. Dentre os objetivos dessas reuniões periódicas, estava o de celebrar protocolos complementares à convenção original (art. 23, 4, "c"), o que de fato ocorreu em duas oportunidades, com a assinatura do Protocolo de Cartagena, a respeito de biossegurança, adotado em 2000, entrando em vigor em 2003 (atualmente com 171 membros), e o Protocolo de Nagoia, a respeito de acesso e compartilhamento de benefícios, objeto deste trabalho, adotado em 2010, em vigor a contar de 2014, contando no momento com 116 membros.

Com relação ao Protocolo de Nagoia, logo após a celebração da convenção, em 1998, sentiu-se a necessidade de aprofundar o tema relacionado com o art. 8, "j", de modo que, por ocasião da COP4, na Eslováquia, instituiu-se um grupo de trabalho específico para a sua implementação.

Na COP6, na Holanda (2002), as partes aprovaram as Diretrizes de Bonn, que tratavam especificamente do acesso e formas de compartilhar os benefícios

³⁰ CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Article 8. In-situ Conservation*. Disponível em: <https://www.cbd.int/kb/record/article/6884?RecordType=article&FreeText=article%208>.

Acesso em: 10 abr. 2019.

³¹ Art 15. 4. O acesso, quando concedido, deverá sê-lo de comum acordo e sujeito ao disposto no presente artigo. 5. O acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa Parte. CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Article 15. Access to Genetic Resources*. Disponível em: <https://www.cbd.int/kb/record/article/6897?RecordType=article&FreeText=article%208> Acesso em: 10 abr. 2019.

³² CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Article 15. Access to Genetic Resources*. Disponível em: <https://www.cbd.int/kb/record/article/6897?RecordType=article&FreeText=article%208> Acesso em: 10 abr. 2019.

decorrentes do patrimônio genético e do conhecimento tradicional a ele associado. As diretrizes contribuíram com a convenção ao pormenorizar os meios e formas pelos quais o acesso e o compartilhamento seriam levados a cabo.

As Diretrizes de Bonn abrangem todos os recursos genéticos e os conhecimentos tradicionais a ele associados, inovações e práticas cobertas pela Convenção sobre Biodiversidade, e os benefícios oriundos do uso comercial e outros usos de tais recursos, com exceção da genética humana (C, Scope, n. 9). Dentre os seus objetivos, está o de contribuir para o desenvolvimento pelas partes de mecanismos e regimes de acesso e repartição de benefícios que reconheçam a proteção do conhecimento tradicional, inovações e práticas das comunidades locais e indígenas, de acordo com o direito doméstico e instrumentos internacionais (E, Objectives, 11, "j").

Segundo as diretrizes, as partes deverão velar para que o emprego dos seus recursos genéticos seja antecedido de consentimento prévio informado (PIC, *Prior Informed Consent*) e termos mutuamente consentidos (MAT, *Mutually Agreed Terms*). Os países signatários devem considerar, dentre outras medidas, meios de encorajar a declaração do país de origem do recurso genético e origem do conhecimento tradicional, inovações e práticas de comunidades locais ou indígenas, por ocasião da requisição de direitos de propriedade intelectual (C, Responsibilities, 16, d, ii).

No plano da criação de medidas concretas para a criação de uma capacidade para a proteção dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais, as diretrizes sugerem o emprego de "avaliações, inventários e monitoramento dos recursos biológicos, e conhecimentos tradicionais, inclusive capacidade taxonômica, no contendo da iniciativa global de taxonomia" (Annex, Draft elements for an action plan for capacity-building for access to genetic resources and benefit-sharing, 2. Key areas requiring capacity-building, item 3, 'b').

Com relação aos aspectos que tangenciam a propriedade intelectual, as diretrizes orientam as partes e governos a encorajar a identificação da origem de conhecimentos tradicionais relevantes, inovações e práticas de comunidades locais e indígenas relevantes para a conservação e uso sustentável da diversidade biológica por ocasião da requisição de direitos de propriedade intelectual, quando a patente envolve o emprego desses recursos e conhecimentos (C. Role of intellectual property rights in the implementation of access and benefit-sharing arrangements, item 2).

Além disso, e talvez o aspecto mais importante das Diretrizes, são fixadas orientações a respeito da repartição de benefícios, que poderão ser monetários ou não monetários. As diretrizes identificam como possibilidade de benefícios monetários as modalidades de: taxas de acesso/taxa por amostra coletada ou de outra forma adquirida; pagamentos iniciais; pagamentos de marco; pagamento de *royalties*; taxas de licenciamento em caso de comercialização; taxas especiais a serem pagas para fundos fiduciários de apoio à conservação e ao uso sustentável da biodiversidade; salários e condições preferenciais quando mutuamente acordados; financiamento de pesquisa; empreendimentos conjuntos; propriedade conjunta de direitos de propriedade intelectual relevantes. De outra parte, os benefícios não-monetários sugeridos pelas diretrizes são: compartilhamento de resultados de pesquisa e desenvolvimento; colaboração, cooperação e contribuição em programas de pesquisa científica e desenvolvimento, particularmente atividades de pesquisa biotecnológica, quando possível no país provedor; participação no desenvolvimento de produtos; colaboração, cooperação e contribuição em educação e treinamento; admissão em instalações *ex situ* de recursos genéticos e em bases de dados; transferência para o provedor dos recursos genéticos de conhecimento e tecnologia sob termos justos e mais favoráveis, inclusive em termos concessionais e preferenciais, quando acordados, em particular, conhecimento e tecnologia que façam uso de recursos genéticos, incluindo biotecnologia, ou que sejam relevantes para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica; fortalecer as capacidades de transferência de tecnologia para as partes países em desenvolvimento usuárias e para as partes que são países com economias em

transição e desenvolvimento tecnológico no país de origem que fornece recursos genéticos; também para facilitar as habilidades das comunidades indígenas e locais para conservar e usar de forma sustentável seus recursos genéticos; capacitação institucional; recursos humanos e materiais para fortalecer as capacidades de administração e aplicação de regulamentos de acesso; formação relacionada com recursos genéticos, com a participação total das partes fornecedoras e, sempre que possível, nessas partes; acesso a informação científica relevante para a conservação e uso sustentável da diversidade biológica, incluindo inventários biológicos e estudos taxonômicos; contribuições para a economia local; pesquisa voltada para necessidades prioritárias, como saúde e segurança alimentar, levando em consideração usos domésticos de recursos genéticos em países fornecedores; relacionamentos institucionais e profissionais que podem surgir de um acordo de acesso e compartilhamento de benefícios e subsequentes atividades de colaboração; benefícios de segurança alimentar e de subsistência; reconhecimento social; propriedade conjunta de direitos de propriedade intelectual relevantes.

O terceiro objetivo expresso da CBD (a partilha justa e equitativa dos benefícios resultantes da utilização de recursos genéticos), foi desenvolvido pelo Protocolo de Nagoia sobre Acesso a Recursos Genéticos e a Partilha Justa e Equitativa dos Benefícios Provenientes da sua Utilização. A respeito de seus antecedentes, na COP7, em 2004, constitui-se um Grupo de Trabalho *Ad Hoc* sobre Acesso e Repartição de Benefícios para elaborar um regime internacional sobre acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios, a fim de implementar efetivamente os artigos 15 (Acesso aos Recursos Genéticos) e 8 (j) (Conhecimentos Tradicionais) da Convenção. Finalmente, em 2010, na COP10, o protocolo complementar à CBD foi adotado, entrando em vigor em 12 de outubro de 2014, 90 dias após o depósito da quinquagésima ratificação. Hoje, é composto por 113 membros, dentre os quais a União Europeia e a Espanha.

O Brasil, embora tenha assinado o protocolo, ainda não o ratificou no Congresso Nacional. Dentre as contribuições do protocolo à convenção, três merecem ser destacadas:

a) base sólida para maior segurança jurídica e transparência tanto para os provedores quanto para os usuários de recursos genéticos;

b) as obrigações específicas de apoiar o cumprimento da legislação nacional ou os requisitos regulamentares da parte que fornece recursos genéticos e as obrigações contratuais refletidas em termos mutuamente acordados (deveres de *compliance*);

c) as disposições do Protocolo sobre o acesso ao conhecimento tradicional das comunidades indígenas e locais, quando associadas a recursos genéticos, fortalecerão a capacidade dessas comunidades de se beneficiar do uso de seus conhecimentos, inovações e práticas.³³

Nem todos os países signatários do CBD integram o Protocolo, que lhe é complementar; da mesma forma, nem todos os países que integram o CBD e o Protocolo já o integraram nas suas legislações domésticas. O seguinte resumo espelha a situação em 2017³⁴:

- Países parte do PN: 79;

³³ UNITED NATIONS. Convention on Biological Diversity. Secretariat of the Convention on Biological Diversity Montreal. *Nagoya Protocol on Access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization to the Convention on Biological Diversity*. 2001. Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

³⁴ PAUCHARD, N. "Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity and Its Protocol: What Can Some Numbers Tell Us about the Effectiveness of the Regulatory Regime?". *Resources*, 2017, v. 6, n. 11.

- Países parte do PN com legislação sobre ABS em vigor: 22 (Espanha, dentre eles);
- Países parte do CBD: 119;
- Países parte do CBD com legislação sobre ABS em vigor: 17 (caso brasileiro: parte apenas no CBD, com legislação sobre ABS em vigor).

1.1.4 Outros documentos internacionais: o Tirfaa e a Convenção Internacional para proteção de novas variedades vegetais

A CBD e o Protocolo de Nagoia necessariamente dialogam e compartilham espaço com, pelo menos, quatro outros tratados internacionais, além do já mencionado Trips: o Tirfaa (Tratado Internacional sobre recursos fitogenéticos para a alimentação e agricultura) e a Convenção Internacional para a proteção de novas variedades vegetais.

O Tirfaa, celebrado no âmbito da FAO (Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação), aprovado em 2001 e em vigor desde 29 de junho de 2004, é hoje integrado por 145 membros, dentre os quais: Brasil, Espanha e União Europeia; a Convenção internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais; a Convenção n. 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho); e a Declaração das Nações Unidas sobre povos indígenas.

O Tirfaa criou um sistema multilateral de compartilhamento dos recursos fitogenéticos de 64 espécies, consideradas determinantes para a segurança alimentar mundial que engloba cerca de 80% dos alimentos procedentes das plantas. O acesso a tais recursos fitogenéticos é gratuito para algumas finalidades, sobretudo investigação, melhoramento e capacitação para a alimentação e a agricultura, para os usuários nas nações que ratificaram o tratado. O tratado, ao mesmo tempo que prevê o compartilhamento desses recursos fitogenéticos, impede que os usuários reconheçam a propriedade intelectual na forma em que os receberam. Um dos objetivos do tratado é compartilhar, de forma justa e equitativa, os benefícios que derivam da utilização de tais recursos, de certa forma, antecipando o mecanismo posteriormente incorporado no Protocolo de Nagoia. Esse compartilhamento de benefícios, no entanto, não se dá em favor do Estado originário do recurso fitogenético, mas em favor do sistema multilateral, e pode se dar através de intercâmbio de informações, acesso à tecnologia e sua transferência, criação de capacidade e distribuição de benefícios derivados da comercialização (art. 13 do tratado)

O Tirfaa acentua que seus objetivos “serão alcançados por meio de estreita ligação deste Tratado com a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura e com a Convenção sobre Diversidade Biológica”.³⁵ Num primeiro momento, então, o que se percebe é uma complementaridade entre os tratados, que se distinguem, sobretudo, porque o Tirfaa prevê um sistema multilateral de repartição de benefícios, limitado atualmente às 64 espécies de seu anexo, ao passo que o Protocolo, além de não ter essa limitação, prevê o direcionamento dos benefícios para os países ou comunidades locais originárias. Ao mesmo tempo, o Protocolo de Nagoia, em seu art. 4º, n. 1, dispõe que os seus dispositivos

Não afetarão os direitos e obrigações de qualquer Parte decorrentes de qualquer acordo internacional existente, exceto se o exercício desses direitos e o cumprimento dessas obrigações possam causar grave dano ou ameaça à diversidade biológica.³⁶

³⁵ Art. 1º, item 1.2, do Tirfaa, incorporado ao direito brasileiro pelo BRASIL. *Decreto n. 6.476, de 5 de junho de 2008*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6476.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

³⁶ UNITED NATIONS. *Convention on Biological Diversity*. Secretariat of the Convention on biological Diversity Montreal. *Nagoya Protocol on Access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization to the Convention on Biological*

Além do Tirfaa, também se relaciona com o Protocolo de Nagoia e a CBD a Convenção internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais (*International Convention for the Protection of New Varieties of Plants, "UPOV Convention"*), adotada em 1961 e em vigor desde 1968, com revisões em 1972, 1978 e 1991, com 121 partes signatárias. Em síntese, a UPOV buscava uma padronização internacional na legislação a respeito da proteção dos direitos dos obtentores, responsáveis pela criação de novas variedades vegetais (novos "cultivares"), de certa forma, se relacionando com o art. 27, b 3, do Trips, que previa a possibilidade de as partes criarem um sistema *sui generis* para a proteção das variedades de plantas. No Brasil, esse foi o caminho adotado, com a promulgação da Lei de Cultivares, em 1997 (Lei n. 9.456/1997).

Por seu turno, no que se relaciona com os conhecimentos tradicionais, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, integrada ao direito brasileiro pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, art. 5º, letra 'a', dispõe que

Deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente.³⁷

A convenção não menciona expressamente a repartição de benefícios decorrentes de conhecimentos tradicionais, porém, em vários de seus dispositivos, prescreve a proteção da identidade cultural das comunidades indígenas.

No mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas, art. 31, que

1. Os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas. Também têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais.³⁸

Por fim, no mesmo art. 31, estabelece a declaração que "2. Em conjunto com os povos indígenas, os Estados adotarão medidas eficazes para reconhecer e proteger o exercício desses direitos".

Diversity. 2001. Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

³⁷ BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

³⁸ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Rio de Janeiro, mar. 2008. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf?view=1. Acesso em: 10 abr. 2019.

1.2 A DINÂMICA DA PROTEÇÃO NO PLANO DO DIREITO DOMÉSTICO NO BRASIL E ESPANHA

A CBD, as Diretrizes de Bonn e o Protocolo de Nagoia estabelecem apenas diretrizes e pressupostos que deverão ser internalizados pelas partes em seus direitos domésticos. Naturalmente, cada parte acentuará, e isso se verificou na realidade, aspectos que melhor atendam às suas características como nação: maior diversidade, maior propensão para a inovação, maior ou menor interesse no comércio internacional ou até mesmo o peso e a importância da opinião da sociedade civil organizada. No caso do Brasil e Espanha, essa assimetria no processo de incorporação é nítida, e reflete, simultaneamente, os perfis nacionais diversos e a ênfase em aspectos próprios de sua cultura e economia. Além disso, e talvez mais importante, a forma assimétrica de incorporação permite que virtudes de cada sistema sejam observadas e eventualmente incorporadas.

1.2.1 A incorporação legislativa e institucional no direito brasileiro

Nessa parte, serão abordadas a evolução legislativa do tratamento do tema no Brasil, partindo da Constituição Brasileira de 1988 e a legislação infraconstitucional posterior; as principais características da Lei n. 13.123/2015 (e decreto regulamentador) e a estrutura administrativa criada para atender aos propósitos da legislação.

1.2.1.1 O Brasil e o direito internacional dos conhecimentos tradicionais

O Brasil foi um dos países protagonistas na elaboração da Convenção da Biodiversidade, cujo ponto de partida deu-se no Rio de Janeiro, em 1992. A Convenção foi ratificada no país pelo Decreto Federal n. 2.519 de 16 de março de 1998.

Da mesma forma, e relacionado com o tema da propriedade intelectual, o Brasil também aderiu ao Trips, internalizado pelo Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Com relação à propriedade intelectual e o Trips, o Brasil, ao lado de outros países em desenvolvimento, lidera um movimento pela revisão do art. 27, 3, (b), que trata da possibilidade de plantas e animais serem protegidos por patentes, e como proteger novas variedades de plantas. Com relação ao segundo tema, proteção das variedades, o Brasil já dispõe de legislação especial, a chamada Lei de Cultivares (Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997), que de certa forma instituiu um sistema de proteção *sui generis* a que alude o art. 27, 3, 'b', do acordo Trips. No entanto, o grupo pretende emendar o Trips para o efeito de determinar que os solicitantes de patentes devam revelar o país de origem dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais empregados nas invenções, assim como apresentar comprovação de que obtiveram "consentimento prévio informado" e procederam à "justa e equitativa" repartição de benefícios.³⁹

No mesmo sentido, e no mesmo campo, o Brasil aderiu ao Tirfaa, tratado internacional que estabelece um sistema multilateral de compartilhamento de recursos genéticos relativos a 64 espécies consideradas estratégicas para a segurança alimentar mundial, estabelecendo também um sistema de repartição de benefícios para o caso de utilização exclusiva de melhoramentos genéticos realizados a partir dos recursos genéticos compartilhados (Decreto n. 6.476, de 5 de junho de 2008, promulgou o Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para Alimentação e Agricultura, aprovado em Roma, em 03 de novembro de 2001, e assinado pelo Brasil em 10 de junho de 2002). O Brasil também aderiu à Convenção Internacional para a Proteção das Novas Variedades de Plantas (*International Convention for the Protection of New Varieties of Plants, "UPOV Convention"*),

³⁹ WORLD TRADE ORGANIZATION. "Background and the current situation". *Trips: review, article 27.3 (b) and related issues*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_background_e.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

adotada em 1961 e em vigor desde 1968, com revisões em 1972, 1978 e 1991, com 121 partes signatárias. O Brasil internalizou a convenção com o Decreto n. 3.109, de 30 de junho de 1999. Essa convenção buscava uma padronização internacional na legislação a respeito da proteção dos direitos dos obtentores, responsáveis pela criação de novas variedades vegetais (novos “cultivares”).

Como já destacado anteriormente, as Diretrizes de Bonn, adotadas na COP 6 (Decisão VI/24) não eram vinculativas, mas apenas indicativas das linhas mestras que cada país deveria adotar para a internalização dos objetivos de acesso e repartição justa e equitativa dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais a eles associados. Posteriormente, as diretrizes imantaram a elaboração do Protocolo de Nagoia, pacto acessório à CBD. O Brasil, embora tenha assinado o protocolo, ainda não o ratificou, estando pendente de aprovação no Congresso Nacional, onde enfrenta alguma resistência dos representantes com vinculação ao agronegócio. Nesse aspecto, o temor é que recursos fitogenéticos, hoje sob a proteção do Tirfaa, venham a ser considerados recursos genéticos dignos de proteção sob o protocolo, determinando a migração do sistema multilateral de repartição de benefícios para o sistema bilateral do protocolo, que destina os benefícios para o país provedor do recurso genético, ou à comunidade local ou tradicional titular do conhecimento tradicional⁴⁰.

Enquanto prosseguir essa insegurança com relação aos limites de aplicação do Tirfaa e Nagoia, não é de se esperar a ratificação do protocolo. Alguns especialistas sustentam que a ratificação de Nagoia apenas criará, para o estado brasileiro, alguns deveres de *compliance* que ainda não estão contemplados na Lei n. 13.123/2015 (que, de resto, atende ao protocolo), tais como a) o dever de verificar se os recursos genéticos empregados no país atenderam às normas estrangeiras de onde proviera, (art. 15 do protocolo); b) o dever de notificar o Centro de Intermediação de Informações internacional sobre os acessos viabilizados conforme a legislação doméstica; c) estabelecer um ponto focal e uma autoridade competente; d) remeter ao Centro de Intermediação de informações sobre acesso e repartição de benefícios criado pelo protocolo informações sobre medidas legislativas, administrativas e políticas sobre acesso e repartição de benefícios e licenças emitidas; e) estabelecer pontos de verificação no processo para apurar se as normas estrangeiras foram obedecidas⁴¹.

1.2.1.2 A Constituição Brasileira e a legislação infraconstitucional

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao “poder público”, de modo genérico, a tarefa de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético” (art. 227, §1º, inciso II); o parágrafo 4º do mesmo artigo dispõe que “a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei,

⁴⁰ Ver parágrafo único do art. 46 da Lei n. 13.123. Parágrafo único. A repartição de benefícios prevista no Protocolo de Nagoia não se aplica à exploração econômica, para fins de atividade agrícola, de material reprodutivo de espécies introduzidas no País pela ação humana até a entrada em vigor desse Tratado. BRASIL. Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁴¹ LIMA, J. E. C. “Protocolo de Nagoia: dez questões fundamentais para entender esse acordo internacional sob a perspectiva brasileira”. *Âmbito Jurídico*, XIX, n. 153, out. 2016. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18111. Acesso em: 10 abr. 2019.

dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quando ao uso dos recursos naturais".⁴²

No plano infraconstitucional, a primeira norma brasileira que buscava atender aos propósitos da Convenção sobre Biodiversidade foi a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, que regulamentava os mencionados dispositivos constitucionais e os artigos 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispoendo sobre o acesso ao patrimônio genético; a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado; a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Embora editada antes das Diretrizes de Bonn, a medida provisória já incorporava mecanismos de repartição de benefícios, que posteriormente foram aperfeiçoados com a Lei n. 13.123/2015.

A Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015, introduziu no direito brasileiro um novo marco legal para a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético e para a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. A nova lei promoveu o aperfeiçoamento da Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, e cumpriu, no plano do direito doméstico, o papel de internalizar as recomendações da Convenção sobre Diversidade Biológica, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 03 de fevereiro de 1994, e promulgada pelo Decreto no 2.519, de 16 de março de 1998. A convenção amparava-se em três conceitos fundamentais, quais sejam: a conservação da diversidade biológica, uso sustentável da biodiversidade e repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes da utilização dos recursos genéticos.

O marco legal reconhece a importância jurídica da ação de gerações de comunidades tradicionais que, ao longo do tempo, mediante erro e acerto e observação da natureza, criaram conhecimento empírico a respeito das propriedades de espécies naturais. Em verdade, o marco legal atribui uma especial significação ao esforço informal gerador de conhecimento, do qual pode ser extraída uma relevância econômica em benefício das comunidades que criaram o conhecimento. Os conhecimentos, que até então subsistiram de forma dispersa e apenas eventualmente valorizados, passam a receber proteção jurídica, atribuindo-se-lhes a função de gerar benefícios para as comunidades tradicionais. A proteção dos conhecimentos tradicionais seguiu, na sua forma, o mesmo caminho trilhado pela proteção do meio ambiente, em sentido mais amplo: o que até então era tratado como *res nullius*, passa a receber tratamento jurídico, quer seja por suas vantagens para o ser humano, ou por sua dignidade intrínseca. Assim como a proteção do patrimônio genético só tem sentido a partir de um certo nível de evolução técnica, da mesma forma, a proteção aos conhecimentos tradicionais exige, num primeiro momento, o reconhecimento de sua relação com uma comunidade em particular, ou até mesmo uma especial sensibilidade para a potencialidade desses conhecimentos reverterem em benefício para as comunidades que os produziram.

Em breve síntese tem como objetivo regulamentar o acesso e a exploração científica e econômica do patrimônio genético brasileiro e os conhecimentos tradicionais a ele associados. Na própria dicção legal, conhecimento tradicional associado é a "informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético", e patrimônio genético, a "informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos" (art. 2º, incisos I e II da Lei n. 13.123/2015).⁴³ Em paralelo ao conhecimento tradicional associado, a nova lei

⁴² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁴³ BRASIL. *Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

reconhece o conhecimento tradicional de origem não identificável, assim entendido como aquele em que “não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional” (art.2º, inciso III, da lei). Segundo Antunes, uma distinção merece ser destacada:

O chamado conhecimento tradicional associado, nos termos da lei brasileira, pode ser dividido em dois grandes grupos: (i) origem identificável e (ii) origem não identificável. Ele é a informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético. No que se refere à identificação de sua origem, é considerado não identificável aquele conhecimento tradicional associado em que não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional.⁴⁴

A identificabilidade da comunidade a que se vincula o conhecimento tradicional associado é, sobretudo, importante, porque é a esse grupo que serão destinados os benefícios a que alude o art. 19 da Lei n. 13.123/2015, que poderão ser de natureza monetária ou não-monetária (projetos para conservação ou uso sustentável de biodiversidade ou para proteção e manutenção de conhecimentos, inovações ou práticas de populações indígenas, de comunidades tradicionais ou de agricultores tradicionais, preferencialmente no local de ocorrência da espécie em condição *in situ* ou de obtenção da amostra quando não se puder especificar o local original; transferência de tecnologias; disponibilização em domínio público de produto, sem proteção por direito de propriedade intelectual ou restrição tecnológica; licenciamento de produtos livre de ônus; capacitação de recursos humanos em temas relacionados à conservação e uso sustentável do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado; distribuição gratuita de produtos em programas de interesse social; conforme art. 19, inciso II, alíneas ‘a’ a ‘f’, da Lei n. 13.123/2015).

Segundo o novo marco legal, uma comunidade tradicional é “grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição”, e provedor de conhecimento tradicional, a “população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional que detém e fornece a informação sobre conhecimento tradicional associado para o acesso” (art. 2º, incisos IV e V).⁴⁵

Em resumo, o objetivo do novo marco legal é reverter, em favor dos provedores de conhecimento tradicional, os benefícios desse saber, que porventura sejam de valor para exploração científica ou comercial. Para tanto, necessariamente, a legislação prevê um consentimento prévio informado como condição para a exploração desse recurso por terceiros, assim entendido como o “consentimento formal, previamente concedido por população indígena ou comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários” (art. 2º, inciso IV, da Lei n. 13.123/2015).⁴⁶

⁴⁴ ANTUNES, P. B. *Direito Ambiental*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 903-904.

⁴⁵ BRASIL. *Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁴⁶ BRASIL. *Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

1.2.1.3 Principais características da Lei n. 13.123/2015 (e decreto regulamentador)

Alguns aspectos da Lei n. 13.123/2015 merecem ser destacados: a) a distinção entre acesso, remessa e notificação de produto; b) a intertemporalidade; e c) relação com a propriedade intelectual.

A lei brasileira considera acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, respectivamente, a ação de “pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre amostra de patrimônio genético” ou “sobre conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético que possibilite ou facilite o acesso ao patrimônio genético, ainda que obtido de fontes secundárias tais como feiras, publicações, inventários, filmes, artigos científicos, cadastros e outras formas de sistematização e registro de conhecimentos tradicionais associados” (art. 1º, VIII e IX).

O acesso, em qualquer de suas formas, exige um cadastro (instrumento declaratório obrigatório das atividades de acesso ou remessa de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado) e uma autorização (ato administrativo que permite, sob condições específicas, o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado e a remessa de patrimônio genético, art. 1º, XII e XIV).

Outra figura, que pode ou não estar relacionada com o acesso, é a remessa, que é a transferência de amostra de patrimônio genético para instituição localizada fora do País com a finalidade de acesso, na qual a responsabilidade sobre a amostra é transferida para a destinatária (art. 1º, XIII).

Por fim, a notificação de produto é o “instrumento declaratório que antecede o início da atividade de exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, no qual o usuário declara o cumprimento dos requisitos desta Lei e indica a modalidade de repartição de benefícios, quando aplicável, a ser estabelecida no acordo de repartição de benefícios” (inciso XIX do art. 2º da Lei n. 13.123/2015).⁴⁷

No que diz respeito à intertemporalidade, a Lei n. 13.123 criou um regime de transição, tratando de forma diferenciada os casos em que o acesso ou a remessa anterior a si tenham ocorrido em conformidade ou desconformidade com o regime instituído em 2001 pela Medida Provisória nº 2.186-16 (art. 37 e 38), exigindo, no caso de exploração em desconformidade, a celebração de um termo de compromisso de regularização que contempla, dentre outros requisitos, a repartição de benefícios passados.

Por fim, no que trata da relação do conhecimento tradicional com a propriedade intelectual em sentido estrito, regrada por legislação própria, a nova lei brasileira estabeleceu que “a concessão de direito de propriedade intelectual pelo órgão competente sobre produto acabado ou sobre material reprodutivo obtido a partir de acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado fica condicionada ao cadastramento ou autorização, nos termos desta Lei” (art. 47).⁴⁸

1.2.1.4 Estrutura institucional criada

O principal órgão é o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), integrado na estrutura do Ministério do Meio Ambiente. Esse conselho é um órgão colegiado de caráter deliberativo, normativo, consultivo e recursal, responsável por coordenar a elaboração e a implementação de políticas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e da repartição de benefícios (art. 6º, da Lei n. 13.123/2015). A sua composição é de representantes de órgãos da administração federal (até o limite de 60%) e da sociedade civil (no

⁴⁷ BRASIL. *Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁴⁸ BRASIL. *Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

mínimo 40%), estes representantes distribuídos entre setor empresarial, acadêmico, populações indígenas, comunidades e agricultores tradicionais.

O Conselho de Gestão do Patrimônio Genético foi complementado, através do Decreto n. 8.772/2016, pelo Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado, a ser implementado, mantido e operacionalizado pela Secretaria-Executiva do CGEN. Compete a esse sistema o gerenciamento do cadastro de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, como também do cadastro de envio de amostra que contenha patrimônio genético para prestação de serviços no exterior (I); do cadastro de remessa de amostra de patrimônio genético e do Termo de Transferência de Material (II); das autorizações de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado e de remessa ao exterior, para os casos de que trata o art. 13 da Lei n. 13.123, de 2015 (III); do credenciamento das instituições mantenedoras das coleções ex situ que contenham amostras de patrimônio genético (IV); das notificações de produto acabado ou material reprodutivo e dos acordos de repartição de benefícios (V); e VI - dos atestados de regularidade de acesso (VI) (art. 20 do decreto). Para os propósitos dessa pesquisa, a atribuição mais importante é a do gerenciamento das notificações de produtos acabados ou material reprodutivo e dos acordos de repartição de benefícios.

O mesmo regulamento autorizou o Fundo Nacional para a Repartição dos Benefícios (FNRB) a apoiar projetos e atividades relacionados à elaboração de protocolos comunitários (art. 100 do decreto).

Toda a estrutura institucional de proteção ao patrimônio genético brasileiro, e por extensão, do conhecimento tradicional associado a este patrimônio, está vinculada ao Ministério do Meio Ambiente do governo federal

O Decreto n. 8.772, de 11 de maio de 2016, ato normativo de caráter secundário, que regulamentou a Lei n. 13.123, atribuiu ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético a administração, por sua secretaria executiva, do Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (Sisgen), como um instrumento para auxiliar o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) na gestão do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado, com a função de gerenciar (art. 20 do decreto):

- I - do cadastro de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, como também do cadastro de envio de amostra que contenha patrimônio genético para prestação de serviços no exterior;
- II - do cadastro de remessa de amostra de patrimônio genético e do Termo de Transferência de Material;
- III - das autorizações de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado e de remessa ao exterior, para os casos de que trata o art. 13 da Lei n. 13.123, de 2015;
- IV - do credenciamento das instituições mantenedoras das coleções ex situ que contenham amostras de patrimônio genético;
- V - das notificações de produto acabado ou material reprodutivo e dos acordos de repartição de benefícios; e
- VI - dos atestados de regularidade de acesso.⁴⁹

As atividades do Conselho de Gestão Genética, anteriores à vigência da Lei n. 13.123/2015, estão indicadas no site do próprio conselho, onde podem ser encontradas as 1.169 solicitações diversas protocoladas desde o início do regime da

⁴⁹ BRASIL. *Decreto n. 8.772, de 11 de maio de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8772.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

Medida Provisória n. 2186-16/2001 até o último registro, datado de 9/11/2015⁵⁰, protocolado pela empresa Loréal Brasil Pesquisa e Inovação Ltda. Os registros indicam a data de entrada do pedido, número do processo, extrato, avisos/deliberação e arquivamento

Com relação às atividades iniciadas anteriormente ao novo marco legal, a Lei n. 13.123/2015 previu regras de transição diferenciadas, conforme a atividade tivesse sido realizada em conformidade ou não com os dispositivos previstos na Medida Provisória n. 2186-16/2001.

Com relação especificamente à repartição dos benefícios, a norma previu que, em se tratando de atividades realizadas antes da Lei n. 13.123/2015, porém em conformidade com a medida provisória, a regularização dependeria da repartição de benefícios a contar da entrada em vigor da lei, exceto quando já o tenha feito na forma da medida provisória.

Em se tratando de atividade que se desenvolveu em desacordo com o regime da medida provisória, a regularização depende, dentre outros requisitos, da celebração de um termo de compromisso entre o usuário e a União. Nesse termo de compromisso, deverá estar prevista a repartição de benefícios obtidos, referente ao tempo em que o produto desenvolvido após 30 de junho de 2000, oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, tiver sido disponibilizado no mercado, no limite de até 5 cinco anos anteriores à celebração do termo de compromisso, subtraído o tempo de sobrestamento do processo em tramitação no CGEN. O regime, de certa forma, penaliza o usuário que atuou em desacordo com o regime da medida provisória, impondo-lhe o dever de repartir benefícios retroativamente.

A partir do novo regime, as informações a respeito das notificações de produto acabado ou do material reprodutivo protocoladas podem ser encontradas no site do Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (Sisgen).

A partir de pesquisa no Sisgen,⁵¹ é possível consultar as notificações de acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional ou à combinação de patrimônio genético com conhecimento tradicional. Além disso, após a determinação do objeto do acesso, é possível identificar a modalidade de repartição de benefícios, monetária ou não monetária, ou ainda, se é caso de isenção.

O site do Sistema de Gerenciamento não informa qual o fundamento legal de cada uma das isenções, apontando apenas a modalidade de repartição de benefícios. De certa forma, a omissão dessas informações impede a fiscalização direta da regularidade e da adequação dessas isenções à legislação. De outra parte, nos casos em que se menciona a existência de acordos de repartição de benefícios, não se encontram informações suficientes *online* que permitam desenvolver uma pesquisa mais aprofundada a respeito da eficácia da legislação, de seu impacto na realidade social.

1.2.2 Incorporação legislativa e institucional na Espanha

Nessa parte, serão abordadas a evolução legislativa na Espanha a respeito da incorporação do direito internacional dos conhecimentos tradicionais e a estrutura

⁵⁰ Solicitações protocoladas desde o início do regime da Medida Provisória n. 2186-16/2011 podem ser consultadas em: BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Processo atuados e autorizações concedidas*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico/conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico/atividades-do-cgen-durante-a-vigencia-da-mp-n-2-186-16-2001/item/324>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁵¹ O *link* pode ser acessado por meio do endereço: BRASIL. Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (Sisgen). Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. *Pesquisar Notificações*. Disponível em: <https://sisgen.gov.br/paginas/pubpesqnotificacao.aspx>. Acesso em: 10 abr. 2019.

institucional criada para a regulação do acesso ao patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados

1.2.2.1 A normativa espanhola a respeito de acesso ao patrimônio genético e conhecimentos associados

Um aspecto que diferencia a análise do arcabouço legal brasileiro e espanhol é a relativa complexidade do sistema espanhol em razão de sua integração à União Europeia. Nesse sentido, é possível identificar uma sobreposição de ordens jurídicas e fontes, quais sejam, o direito internacional, o comunitário, o estatal e o autônomo. Outra variável a ser levada em consideração é o perfil diferenciado de Espanha e Brasil com relação à biodiversidade: o Brasil, como ressaltado anteriormente, integra o grupo dos 17 países com maior biodiversidade, inclinando-se naturalmente para o papel de país provedor de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados. A Espanha, por seu turno, ostenta um perfil de país desenvolvido, ocupando, junto com seus parceiros europeus, preponderantemente uma posição de país usuário de recursos genéticos.

Um dos objetivos desse trabalho é acentuar que, a partir de um mesmo objetivo, os definidos na CBD e no Protocolo de Nagoia, países com perfis tão diferentes como Brasil e Espanha podem incorporar nas suas ordens jurídicas legislações sobre acesso e repartição a benefícios (*ABS, Access and Benefit Sharing*) diferenciadas, adaptadas às suas próprias condições.

No plano do direito internacional, a Espanha é um dos signatários originais da Convenção sobre Biodiversidade (13/06/1992), tornando-se parte em 21/03/1994, assim como do Protocolo de Nagoia (2014), um dos protocolos complementares à convenção, que, como antecipado, tratou especialmente da repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes do acesso ao patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados. Além disso, a Espanha integra o Trips da Organização Mundial do Comércio desde 1995, e o Tirfaa (Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura da Organização Mundial para Alimentação e a Agricultura), da FAO, desde 2004⁵²

No plano comunitário, a norma de referência para o tema é o Regulamento Europeu n. 511/2014, cujos preceitos foram internalizados pela Lei n. 33/2015, de 21 de setembro de 2015, que reformou, em parte, a Lei n. 42/2007, modificando seus artigos 71, 72, 74, 80 e 81.

No plano do direito estatal, muito antes da Convenção sobre Biodiversidade (1992) ou do Protocolo da Nagoia (2014), o preâmbulo da Constituição Espanhola de 1978 já antecipava que, dentre os objetivos da nação, estavam “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones” e “promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”.⁵³

Em 2007, na Espanha, entrou em vigor a Lei n. 42/2007, de 13 de dezembro, que tratava do Patrimônio Natural e da Biodiversidade. Posteriormente, em 2015, diante das novas normas no plano europeu e, sobretudo, da superveniência do Protocolo de Nagoia e do Regulamento Europeu n. 511/2014, Espanha, com a Lei n. 33/2015, de 21 de setembro de 2015. O capítulo segundo do Título IV trata

⁵² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA. *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*. Disponível em: <http://www.fao.org/plant-treaty/countries/membership/country-details/es/c/359380?iso3=ESP>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁵³ A respeito do significado histórico do preâmbulo da Constituição Espanhola de 1978, ver os estudos: MORODO, R. “Anotaciones sal Preâmbulo Constitucional de 1978”; PENDÁS, B. “Una perspectiva orteguiana de los Preâmbulos Constitucionales”. In: *Revista de Occidente* n. 42, jan. 2019. Disponível em: <https://www.quioscultural.com/revista-de-occidente/899-revista-de-occidente-n-452.html>. Acesso em: 10 abr. 2019.

expressamente do acceso aos recursos genéticos e a repartición dos beneficios derivados de sua utilización, conforme o disposto na CBD e ressaltando, expressamente, o âmbito do Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentación e a Agricultura da Organización Mundial para Alimentación e a Agricultura (FAO). Mais adiante, o capítulo 4º do mesmo título trata dos conhecimentos tradicionais.

Conforme os artigos 9 e seguintes da Lei n. 42/2007, a Espanha atribuiu uma especial importância ao instrumento do inventário para implementar os seus objetivos do CBD e do PN, determinando-se a realização do Inventario Español do Patrimônio Natural e da Biodiversidade (art. 9, n. 2, §9º)⁵⁴. O cumprimento desse objetivo foi determinado pelo Real Decreto n. 556/2011, ordenando a realização do Inventario Español do Patrimônio Natural e Biodiversidade, “un documento de carácter técnico que contiene información relativa a la distribución, abundancia, estado de conservación y utilización de elementos de la biodiversidad.”⁵⁵. Segundo o inventario, na descrição de sua metodologia, como critério orientativo, “para que un conocimiento se considere tradicional debe ser conocido o practicado en una zona o comunidad durante al menos 30 años, período que permite la transmisión generacional”⁵⁶.

A respeito dos conhecimentos tradicionais, a Lei n. 42/2007 dedicou especialmente o art. 74. A norma espanhola, dentre outros aspectos, assinalou que os órgãos da administração pública “promoverán que los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos y prácticas se compartan equitativamente” (art. 74, n. 1, b), e “promoverán la realización de Inventarios de los Conocimientos Tradicionales relevantes para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad y geodiversidad, con especial atención a los etnobotánicos. Éstos se integrarán en el Inventario Español de los Conocimientos Tradicionales relativos al Patrimonio Natural y la Biodiversidad (art. 74, n. 1, ‘C’).”⁵⁷

Em atenção ao Protocolo de Nagoia, que se destaca por prescrever medidas de *compliance* entre as partes signatárias, determinou que “la utilización en España de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos provenientes de un tercer país se ajustará a lo dispuesto en la normativa nacional de acceso a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos de dicho país, todo ello conforme al Protocolo de Nagoya”. (art. 74, n. 2).⁵⁸

⁵⁴ Nesse aspecto, a Espanha privilegiou aspectos defensivos a respeito da proteção aos conhecimentos tradicionais, optando por inventaria-los antes de propriamente serem requisitados por usuários. A importância do inventário e registro por qualquer forma desses conhecimentos é sobretudo destacada quando se antecipa a possibilidade de sua inclusão em patentes de propriedade intelectual (Using patents, Texas Wesleyan). Outros países, ricos em biodiversidade, também optaram por essa estratégia de registro, a exemplo da Índia (Indian Traditional Knowledge Digital Library), e a China, principalmente com relação aos registros de sua medicina tradicional (China TCM Patent Database; Traditional Chinese Medical Literature analysis and retrieval system).

⁵⁵ ESPANHA. Governo de España. Ministerio para la Transición Ecológica. *Inventario Español de los Conocimientos Tradicionales relativos a la Biodiversidad (IECTB)*. Disponível em: https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/inventarios-nacionales/inventario-espanol-de-los-conocimientos-tradicionales/inventario_esp_conocimientos_tradicionales.aspx. Acesso em: 21 abr. 2019.

⁵⁶ ESPANHA. Governo de España. Ministerio para la Transición Ecológica. *Inventario Español de los Conocimientos Tradicionales relativos a la Biodiversidad (IECTB)*. Disponível em: https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/inventarios-nacionales/inventario-espanol-de-los-conocimientos-tradicionales/inventario_esp_conocimientos_tradicionales.aspx. Acesso em: 21 abr. 2019.

⁵⁷ ESPANHA. *Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/13/42>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁵⁸ ESPANHA. *Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/13/42>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Como já antecipado, em 2014, no plano europeu, para atender aos comandos do Protocolo de Nagoia, o Parlamento e o Conselho aprovaram o Regulamento (UE) n. 511/2014, de 16 de abril de 2014, para regulamentar o acesso aos recursos genéticos e a participação justa equitativa nos benefícios que derivem de sua utilização. O regulamento condicionava sua entrada em vigor a do próprio Protocolo de Nagoia, o que ocorreu em 12 de outubro de 2014. Conforme expressa disposição do regulamento, sua aplicação destinava-se aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados cujo acesso tenha ocorrido após a entrada em vigor do Protocolo de Nagoia.

Em 2015, a Comissão Europeia aprovou o Regulamento de Execução n. 2015/1866, de 13 de outubro de 2015, estabelecendo normas detalhadas para a aplicação do Regulamento n. 511/2014 no que diz respeito ao registro de coleções, supervisão do cumprimento o regulamento pelos usuários e aplicação de melhores práticas.

Finalmente, em 2017, pelo Real Decreto n. 124/2017, de 24 de fevereiro, a Espanha regulamenta com maior detalhamento o acesso aos recursos genéticos procedentes de espécies silvestres e a controle da utilização. Nos seus sete capítulo, o real decreto regula o procedimento de acesso aos recursos genéticos espanhóis e a distribuição de seus benefícios. Além disso, em atenção ao Protocolo de Nagoia, estabeleceu um sistema de informação estatal sobre acesso e uso de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados e prescreveu um procedimento para o acesso aos recursos genéticos espanhóis procedentes de espécies silvestres, tanto para a utilização com fins comerciais como para pesquisa. O real decreto contempla poucos dispositivos a respeito da repartição de benefícios ao contrário da legislação brasileira.⁵⁹

1.2.2.2 Estrutura institucional criada para a regulação do acesso ao patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados

Conforme o art. 149, 1, n. 23, da Constituição Espanhola, o governo central tem competência exclusiva para a “legislação básica sobre proteção do meio ambiente, sem prejuízo das facultades das Comunidades Autónomas de estabelecer normas adicionais de proteção”.⁶⁰ O Real Decreto insere-se no exercício dessa competência, deixando espaço para que as comunidades autonômicas possam estabelecer normas complementares de proteção.

O decreto detalhou a quem compete prestar o consentimento prévio informado e as condições mutuamente acordadas (PIC e MAT) na divisão de competências entre o Estado e as comunidades autônomas.

No âmbito do Estado, a autoridade competente para autorizar o acesso aos recursos genéticos será a “Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural”, então vinculada ao Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, hoje, o Ministério de Transição Ecológica (Miteco).

No plano estatal, caberá aos seguintes órgãos prestar o consentimento e estabelecer as condições:

- a) Cuando se trate de recursos genéticos marinos, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, será competente la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y

⁵⁹ ESPANHA. *Real Decreto 124/2017, de 24 de febrero, relativo al acceso a los recursos genéticos procedentes de taxones silvestres y al control de la utilización*. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2017/02/24/124>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁶⁰ ESPANHA. *La Constitución española de 1978*. Disponível em: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=137&fin=158&tipo=2>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Medio Ambiente.

b) Cuando se trate de recursos genéticos que se encuentran en bienes de dominio público de titularidad estatal, será competente el órgano de la Administración General del Estado al que se adscriba dicho dominio público.

c) Cuando se trate de recursos genéticos en instituciones de conservación *ex situ* de carácter o titularidad estatal será competente el órgano gestor de la institución de conservación *ex situ*.

d) Cuando se trate de recursos genéticos procedentes de taxones silvestres terrestres cuya área de distribución abarque más de una comunidad autónoma, será competente el órgano que determine la comunidad autónoma o comunidades autónomas donde se acceda a los recursos genéticos.⁶¹

Subsidiariamente, caso os recursos genéticos não se encontrem nas hipóteses acima, caberá ao órgão determinado pela comunidade autónoma prestar o consentimento prévio informado, estabelecer as condiciones mutuamente acordadas e autorizar o acesso aos recursos genéticos.

2 A REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS NA ESPANHA E BRASIL

O número de acordos celebrados em todo o mundo é desapontador,⁶² o que sinaliza que a expectativa presente na celebração da CBD e do PN podem ter sido exageradas. Embora as razões para a ausência de acordos de repartição de benefícios, em geral, não façam parte do objeto desta pesquisa, estudos empíricos indicam que pelo menos duas categorias de causas podem determinar essa falta de iniciativa. A primeira, a incompleta ou dissuasora implementação da legislação sobre ABS pelos estados parte do CBD e do PN. Legislações dissuasoras ou desestimulantes estão presentes, principalmente, em países provedores de conhecimento tradicional. Outra causa, a própria falta de demanda por recursos genéricos pelos usuários em potencial, que, diante do mosaico legislativo internacional e doméstico, optam por concentrar seus esforços em pesquisa de ponta, que dispensam o acesso ao patrimônio genético *in situ*. Em outras palavras, como mencionado no estudo citado supra, preferem buscar os objetos de pesquisa nos seus próprios quintais.

Independente desse desenvolvimento inesperado (baixa predominância de acordos), o objeto deste capítulo é identificar e descrever o perfil jurídico da repartição de benefícios decorrentes de conhecimentos tradicionais no direito brasileiro e na Espanha, assim como as informações disponíveis ao público ao respeito da efetividade desses mecanismos.

2.1 PERFIL NO BRASIL

O perfil da forma de repartição dos benefícios decorrentes dos conhecimentos associados ao patrimônio genético no Brasil passa, inicialmente, pelo exame da estrutura jurídica existente e, em seguida, pela análise das consequências observadas na realidade dos fatos.

2.1.1 A regulamentação brasileira

Um dos aspectos mais importantes do regime jurídico de acesso ao patrimônio genético nacional e aos conhecimentos tradicionais associados é a repartição dos

⁶¹ ESPANHA. *Real Decreto 124/2017, de 24 de febrero, relativo al acceso a los recursos genéticos procedentes de taxones silvestres y al control de la utilización*. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2017/02/24/124>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁶² PAUCHARD, N. "Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity and Its Protocol: What Can Some Numbers Tell Us about the Effectiveness of the Regulatory Regime?". *Resources*, 2017, v. 6, n. 11.

benefícios decorrentes de sua exploração com as comunidades das quais procedem tais conhecimentos.

Os pilares da ideia de repartição de benefícios procedentes do acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético já estavam presentes na Convenção sobre Biodiversidade (1992), sobretudo em seu art. 8, letra 'j', que tratava dos princípios da conservação *in situ*, a cujo teor, seria dever das partes,

Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas.⁶³

Mais adiante, a mesma convenção, art. 15, 7, dispõe que

Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso e em conformidade com os arts. 16 e 19 e, quando necessário, mediante o mecanismo financeiro estabelecido pelos arts. 20 e 21, para compartilhar de forma justa e equitativa os resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e os benefícios derivados de sua utilização comercial e de outra natureza com a Parte Contratante provedora desses recursos. Essa partilha deve dar-se de comum acordo.⁶⁴

Como já destacado anteriormente, um maior detalhamento dos meios de atingir esse objetivo surgiu nas Diretrizes de Bonn (2002), que introduziu os conceitos de PIC (*Previous Informed Consent*) e MAT (*Mutually Agreed Terms*). Além disso, as diretrizes detalharam as modalidades de repartição de benefícios monetárias e não monetárias.

As diretrizes foram incorporadas ao Protocolo de Nagoya (2014), que acrescentou mecanismos de *compliance* para países provedores e usuários, de modo a tornar obrigatório aos signatários do protocolo a verificação se os recursos genéticos empregados no seu território, procedentes de outros países, foram acessados de acordo com a legislação nacional do país originário. A respeito da repartição dos benefícios, determinou o protocolo em seu art. 5:

Article 5 FAIR AND EQUITABLE BENEFIT-SHARING

1. In accordance with Article 15, paragraphs 3 and 7 of the Convention, benefits arising from the utilization of genetic resources as well as subsequent applications and commercialization shall be shared in a fair and equitable way with the Party providing such resources that is the country of origin of such resources or a Party

⁶³ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Programa Nacional de Conservação da Biodiversidade. *A Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB*. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁶⁴ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Programa Nacional de Conservação da Biodiversidade. *A Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB*. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

that has acquired the genetic resources in accordance with the Convention. Such sharing shall be upon mutually agreed terms.

2. Each Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, with the aim of ensuring that benefits arising from the utilization of genetic resources that are held by indigenous and local communities, in accordance with domestic legislation regarding the established rights of these indigenous and local communities over these genetic resources, are shared in a fair and equitable way with the communities concerned, based on mutually agreed terms.

3. To implement paragraph 1 above, each Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate.

4. Benefits may include monetary and non-monetary benefits, including but not limited to those listed in the Annex.

5. Each Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, in order that the benefits arising from the utilization of traditional knowledge associated with genetic resources are shared in a fair and equitable way with indigenous and local communities holding such knowledge. Such sharing shall be upon mutually agreed terms.⁶⁵

Como destacado anteriormente, o Brasil ainda não ratificou o protocolo, sobretudo em razão da insegurança jurídica com relação à sua aplicação às espécies já abrangidas pelo Tratado, cuja convenção já criou um sistema de repartição de benefícios multilateral próprio.

Não obstante a não assinatura do Protocolo de Nagoya, o Brasil, em atenção aos objetivos da CBD, já em 2001 regulou pela primeira vez o acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados, assim como normatizou a repartição justa e equitativa dos benefícios, por meio da Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001.

Em linhas gerais, a medida provisória identificava a União como a receptora desses benefícios, quando não fosse parte no contrato de utilização de patrimônio genético e repartição de benefícios. Esse contrato deveria indicar e qualificar com clareza as partes contratantes, sendo, de um lado, o proprietário da área pública ou privada, ou o representante da comunidade indígena e do órgão indigenista oficial, ou o representante da comunidade local e, de outro, a instituição nacional autorizada a efetuar o acesso e a instituição destinataria (art. 27), e esse contrato deveria conter as seguintes cláusulas essenciais: I - objeto, seus elementos, quantificação da amostra e uso pretendido; II - prazo de duração; III - forma de repartição justa e equitativa de benefícios e, quando for o caso, acesso à tecnologia e transferência de tecnologia; IV - direitos e responsabilidades das partes; V - direito de propriedade intelectual; VI - rescisão; VII - penalidades; VIII - foro no Brasil (art. 28).⁶⁶

Embora não distinguisse expressamente entre benefícios monetários e não monetários, a medida provisória identificava as seguintes possibilidades: divisão de lucros; pagamento de *royalties*; acesso e transferência de tecnologias; licenciamento, livre de ônus, de produtos e processos; capacitação de recursos humanos (art. 25). Além disso, os contratos deveriam ser submetidos a registro no Conselho de Gestão e só teriam eficácia após sua anuência (art. 29).

Para o caso de exploração desses recursos em desconformidade com a lei ou seu regulamento, a norma brasileira, em seu art. 26, antevia, como penalidade

⁶⁵ UNITED NATIONS. Convention on Biological Diversity. Secretariat of the Convention on biological Diversity Montreal. *Nagoya Protocol on Access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization to the Convention on Biological Diversity*. 2001. Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁶⁶ BRASIL. *Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2186-16.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

equivalente ao pagamento de indenização o correspondente a, no mínimo, vinte por cento do faturamento bruto obtido na comercialização de produto ou de *royalties* obtidos de terceiros pelo infrator, em decorrência de licenciamento de produto ou processo ou do uso da tecnologia, protegidos ou não por propriedade intelectual, sem prejuízo das sanções administrativas e penais cabíveis (art. 26).

Quatorze anos após a medida provisória, após o Protocolo de Nagoia, sobreveio a nova brasileira a respeito do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, a Lei n. 13.123/2015. O conhecimento tradicional associado é definido como “a informação ou prática de população indígena, comunidade internacional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético” (art. 1º, inciso II)⁶⁷. Ao lado desse conhecimento identificável, a legislação brasileira também reconhece os conhecimentos de origem não identificável, assim entendidos como aquele em que “não há a possibilidade de vincular a sua origem a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional” (art. 2º, inciso III).⁶⁸ Não obstante essa impossibilidade de identificação, o direito brasileiro também prevê a necessidade de compensação, porém nesse caso, será sempre na modalidade monetária (art. 23), mediante acordo em que uma das partes é a União, representada pelo Ministério do Meio Ambiente, e a outra parte, “aquele que explora economicamente produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável” (art. 25, inciso I).⁶⁹

A repartição de benefícios poderá ser na modalidade monetária ou não monetária. Em se tratando de repartição monetária, equivalerá ao montante de 1% da receita líquida anual obtida com a exploração, ressalvada a possibilidade de redução para até 0,1 (um décimo por cento), em caso de acordo setorial celebrado com a União, para garantir a competitividade do setor contemplado, em caso de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável (art. 21 da referida Lei).

Embora a Medida Provisória n. 2.186-16 previsse modalidades não-monetárias de repartição de benefícios (divisão de lucros; pagamento de *royalties*; acesso e transferência de tecnologias; licenciamento, livre de ônus, de produtos e processos; e capacitação de recursos humanos), a nova lei tornou a distinção mais clara, elencando as seguintes modalidades de repartição de benefícios não monetárias: a) projetos para conservação ou uso sustentável de biodiversidade ou para proteção e manutenção de conhecimentos, inovações ou práticas de populações indígenas, de comunidades tradicionais ou de agricultores tradicionais, preferencialmente no local de ocorrência da espécie em condição *in situ* ou de obtenção da amostra quando não se puder especificar o local original; b) transferência de tecnologias; c) disponibilização em domínio público de produto, sem proteção por direito de propriedade intelectual ou restrição tecnológica; d) licenciamento de produtos livre de ônus; e) capacitação de recursos humanos em temas relacionados à conservação e uso sustentável do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado; e f) distribuição gratuita de produtos em programas de interesse social. Nos casos de repartição de benefícios não monetárias nas modalidades de projetos de conservação (a), de capacitação de recursos humanos (e) e de distribuição gratuita de produtos em programas de interesse social (f), a norma brasileira exige que a repartição seja equivalente a 75% do previsto na

⁶⁷ BRASIL. Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁶⁸ BRASIL. Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁶⁹ BRASIL. Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

modalidade monetária, conforme regulamento a ser expedido pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético.

A forma de repartição de benefícios deverá ser estipulada mediante acordo de repartição, negociado de “forma justa e equitativa entre as partes, atendendo a parâmetros de clareza, lealdade e transparência nas cláusulas pactuadas, que deverão indicar condições, obrigações, tipos e duração dos benefícios de curso, médio e longo prazo” (art. 24, §1).⁷⁰ Esse acordo é uma condição prévia para a exploração econômica de produtos acabados ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, conforme o art. 16, da Lei n. 13.123/2015, exceto quando se estiver diante das hipóteses de isenção da obrigação de repartição de benefícios (art. 17, §5º, da referida Lei) ou nas hipóteses de repartição monetária depositada diretamente no Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios, a critério do usuário, na forma do regulamento da lei.

A norma brasileira estipula duas modalidades de acordo, que se diferenciam conforme se trate de conhecimentos tradicionais associados de origem identificável ou não identificável. Quando se tratar de exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado de origem não identificável, o acordo de repartição de benefícios se estabelecerá entre a União, representada pelo Ministério do Meio Ambiente, e aquele que explora economicamente produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável. Naturalmente, na impossibilidade de se atribuir o conhecimento à alguma população, a União ingressa no acordo como representante dos interesses nacionais, da mesma forma como no caso do patrimônio genético, que também não pode ser atribuído a nenhuma população imediatamente.

Outra é quando se trata de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável: nesse caso, num dos polos do acordo figurará o provedor do conhecimento tradicional associado e, no outro, aquele que explora economicamente o produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao conhecimento tradicional associado. É nesses casos que a proteção da legislação assume uma maior relevância, uma vez que é perfeitamente identificável a população tradicional responsável pela guarda do conhecimento agora explorado economicamente⁷¹.

A legislação brasileira chega ao pormenor de identificar a possibilidade de um conhecimento tradicional ser compartilhado por mais de uma comunidade local. No seu art. 24, determina que “quando o produto acabado ou o material reprodutivo for oriundo de acesso ao conhecimento tradicional associado que seja de origem identificável, o provedor de conhecimento tradicional associado terá direito de receber benefícios mediante acordo de repartição de benefícios”.⁷² Segundo a norma brasileira, “a repartição entre usuário e provedor será negociada de forma justa e

⁷⁰ BRASIL. *Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁷¹ Um dos obstáculos que se prevê à aplicação dessa lei, e que deve chamar a atenção de todos os operadores, sobretudo quem se preocupa com os seus resultados, é a perfeita identificação das comunidades tradicionais e a avaliação de seus processos de tomada de decisão internos ou, até mesmo, da representatividade de seus líderes. Espera-se que o Poder Público, no caso, a União, que assumiu a gestão desse patrimônio, velará pela representatividade dos líderes que, de alguma forma, prestarão seu assentimento com as modalidades de repartição de benefícios a serem propostas pelos usuários. Isso nos conduz ao campo delicado da interculturalidade, ou da tentativa de analisar os processos culturais, sobretudo de liderança e representatividade, a partir do olhar “ocidentalizado”, ou “quase-weberiano” que tais processos assumem no Estado moderno. No entanto, esse viés deverá ser explorado em outro trabalho.

⁷² BRASIL. *Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

equitativa entre as partes, atendendo a parâmetros de clareza, lealdade e transparência nas cláusulas pactuadas, que deverão indicar condições, obrigações, tipos e duração dos benefícios de curto, médio e longo prazo" (§1º do art. 24).⁷³ Porém, em caso de codetenção, a repartição com os demais detentores do mesmo conhecimento tradicional associado dar-se-á na modalidade monetária, realizada por meio do Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios – FNRB (§2º). Segundo o §3º, "a parcela devida pelo usuário para a repartição de benefícios prevista no § 2º, a ser depositada no Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios - FNRB, corresponderá à metade daquela prevista no art. 20 desta Lei ou definida em acordo setorial".⁷⁴ Por fim, a norma brasileira prescreve que a repartição de benefícios com os codetentores independe da quantidade de demais detentores do conhecimento tradicional associado (§4º) e, em qualquer caso, presume-se, de modo absoluto, a existência de demais detentores do mesmo conhecimento tradicional associado (§5º).

Com já destacado acima, a norma brasileira prevê isenções do dever de repartir benefícios para "as microempresas, as empresas de pequeno porte, os microempreendedores individuais, conforme disposto na Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006", e para "os agricultores tradicionais e suas cooperativas, com receita bruta anual igual ou inferior ao limite máximo estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006" (art. 17, §5º).⁷⁵

O art. 54, do Decreto n. 8.772/2016, apresenta um maior detalhamento dos casos de isenção de repartição de benefícios na exploração econômica, acrescentando à lei regulamentada as seguintes hipóteses: operações de licenciamento, transferência ou permissão de utilização de qualquer forma de direito de propriedade intelectual sobre produto acabado, processo ou material reprodutivo oriundo do acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado por terceiros (III); produtos intermediários ao longo da cadeia produtiva (IV); material reprodutivo ao longo da cadeia produtiva de material reprodutivo, exceto a exploração econômica realizada pelo último elo da cadeia produtiva (V); material reprodutivo oriundo de acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado para fins de atividades agrícolas e destinado exclusivamente à geração de produtos acabados (VI); e produto acabado ou material reprodutivo oriundo do acesso ao patrimônio genético de espécies introduzidas no território nacional pela ação humana, ainda que domesticadas, ressalvado o disposto nos incisos I e II, do § 3º, do art. 18, da Lei n. 13.123, de 2015 (VII) (tais hipóteses são deduzíveis da própria lei regulamentada, nos parágrafos 1º a 4º, do art. 17, não se tratando de inovação que infringiria o caráter normativo secundário do regulamento).⁷⁶

2.1.2 De fato

As atividades do Conselho de Gestão Genética, anteriores à vigência da Lei n. 13.123/2015, estão indicadas no site do próprio conselho. Estão listadas as 1.169 solicitações diversas protocoladas desde o início do regime da Medida Provisória n. 2186-16/2001 até o último registro, datado de 9/11/2015⁷⁷, protocolado pela

⁷³ BRASIL. *Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁷⁴ BRASIL. *Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁷⁵ BRASIL. *Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁷⁶ BRASIL. *Decreto n. 8.772, de 11 de maio de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8772.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁷⁷ Solicitações protocoladas desde o início do regime da Medida Provisória n. 2186-16/2011 podem ser consultadas em: BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Processo autuados e*

empresa Loréal Brasil Pesquisa e Inovação Ltda. Os registros indicam a data de entrada do pedido, número do processo, extrato, avisos/deliberação e arquivamento. O último registro nesse site, que menciona acordo de repartição de benefícios, foi o protocolado pela empresa Beraca Sabará Químicos e Ingredientes Ltda., cujo aviso/deliberação, publicado no Diário Oficial da União, edição de 24 de junho de 2015, sob o número 657.

Nos avisos/deliberações publicados no Diário Oficial da União, observa-se o padrão de não fornecer todos os detalhes dos acordos de repartição de benefícios. Os detalhes desse acordo não estavam disponíveis na plataforma do CGEN por ocasião da consulta durante a elaboração deste trabalho (março/2019).

Com relação às atividades iniciadas anteriormente ao novo marco legal, a Lei n. 13.123/2015 previu regras de transição diferenciadas, conforme a atividade tivesse sido realizada em conformidade ou não com os dispositivos previstos na Medida Provisória n. 2186-16/2001.

Com relação especificamente à repartição dos benefícios, a norma previu que, em se tratando de atividades realizadas antes da Lei n. 13.123/2015, porém em conformidade com a medida provisória, a regularização dependeria da repartição de benefícios a contar da entrada em vigor da lei, exceto quando já o tenha feito na forma da medida provisória.

Em se tratando de atividade que se desenvolveu em desacordo com o regime da medida provisória, a regularização depende, dentre outros requisitos, da celebração de um termo de compromisso entre o usuário e a União. Nesse termo de compromisso, deverá estar prevista a repartição de benefícios obtidos, referente ao tempo em que o produto desenvolvido após 30 de junho de 2000, oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, tiver sido disponibilizado no mercado, no limite de até 5 cinco anos anteriores à celebração do termo de compromisso, subtraído o tempo de sobrestamento do processo em tramitação no CGEN. O regime, de certa forma, penaliza o usuário que atuou em desacordo com o regime da medida provisória, impondo-lhe o dever de repartir benefícios retroativamente.

A partir do novo regime, as informações a respeito das notificações de produto acabado ou do material reprodutivo protocoladas podem ser encontradas no site do Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (Sisgen), sistema eletrônico criado pelo Decreto n. 8.772, de 11 de maio de 2016, que regulamenta a Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015, como um instrumento para auxiliar o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) na gestão do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado.

A partir de pesquisa no Sisgen⁷⁸, é possível consultar as notificações de acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional ou à combinação de patrimônio genético com conhecimento tradicional. Além disso, após a determinação do objeto do acesso, é possível identificar a modalidade de repartição de benefícios, monetária ou não monetária, ou ainda, se é caso de isenção.

Até a data da elaboração da presente pesquisa⁷⁹, encontravam-se cadastradas 1528 notificações de acesso no Sisgen, sendo 982 relativas ao patrimônio genético, 243 ao conhecimento associado e 303 de patrimônio genético e conhecimento associado.

autorizações concedidas. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico/conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico/atividades-do-cgen-durante-a-vigencia-da-mp-n-2-186-16-2001/item/324>. Acesso em: 10 abr. 2019

⁷⁸ O *link* pode ser acessado por meio do endereço: BRASIL. Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (Sisgen). Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. *Pesquisar Notificações*. Disponível em: <https://sisgen.gov.br/paginas/pubpesqnotificacao.aspx>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁷⁹ Março 2019.

No conjunto das notificações de acesso ao patrimônio genético, constata-se que uma grande parte (396 notificações de 982) menciona repartição de benefícios na modalidade não monetária. Dentre as restantes, 380 são casos de isenção, e 206 de repartição de benefícios na modalidade monetária. Com relação ao aspecto que preocupa essa pesquisa, o site não oferece, diretamente, esclarecimentos sobre o fundamento legal da isenção, nem fornece informações básicas sobre o montante da repartição de benefícios monetária, ou sobre a modalidade escolhida de repartição de benefícios não-monetárias.

Considerando as notificações de conhecimento associado (243 registros), 55 indicam serem casos de isenção, 167 referem ser hipóteses de repartição de benefícios não-monetária e as restantes (21), indicam repartição de benefícios monetárias.

Por fim, com relação às notificações de acesso ao patrimônio genético com conhecimentos tradicionais associados (303 notificações), a maior parte (165 notificações) são casos de isenção, 16 mencionam repartição monetária e 124, repartição não monetária.

Focando apenas nessas 303 notificações de acesso ao patrimônio genético com conhecimentos tradicionais associados, verifica-se que as notificações se concentram num grupo relativamente pequeno de pessoas físicas e jurídicas, a saber:

- Com repartição de benefícios isentos: Marcos Rogério de Godoy (2 notificações); MÉI-COAÍ⁸⁰ (5 notificações); Plantus⁸¹ (108 notificações); Biozer da Amazônia (1 notificação); Dicas Cosméticos (17 notificações); Cristais de Oz (1 notificação); DBE Natural do Brasil⁸² (10 notificações); Lacosmo (7 notificações); Cris-mas Bicho S. Bom⁸³ (10 notificações); Neivo Robson dos Santos (1 notificação); Sache Professional Eireli (1 notificação).

- Com repartição de benefícios monetária: Kaivo (3 notificações); Maria do Carmo de Freitas (7 notificações); Acquaflora Cosmetics (3 notificações); Juliana Kessia Barbosa Soares Moreira (2 notificações); Wellington Paiano Linzmeier (1 notificação).

- Com repartição de benefícios não monetária: Procosa (3 notificações); Natura Inovação e Tecnologia de Produtos LTDA⁸⁴ (121 notificações).

A informação que inicialmente se destaca é que a maioria das notificações relativas ao acesso a conhecimentos tradicionais associados a patrimônio genético foram requeridas por duas empresas: a Natura Inovação e Tecnologia de Produtos Ltda. e a PLantus.

O site da PLantus não disponibiliza qualquer informação a respeito de sua ação sobre o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, nem é possível apurar o fundamento legal da isenção referida na tabela acima⁸⁵.

⁸⁰ Informações disponibilizadas em: BIOCOSMETICS. *Mei-Coai*. Goiânia – GO. Disponível em: <http://culturadigital.br/meicoai/>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁸¹ As informações podem ser conferidas em: PLANTUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ÓLEOS EXTRATOS E SANEANTES LTDA. *Plantus – innovation is our nature*. Nisia Flores – RN. Disponível em: <http://www.plantus.net/home>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁸² SINDI COSMÉTICOS-PR. *Dbe Natural do brasil Indústria Comércio Importação e Exportação Ltda*. Disponível em: <http://www.sindicocosmeticospr.com.br/associado/16/dbe-natural-do-brasil-industria-comercio-importacao-e-exportacao-ltda/>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁸³ CRISMAS BICHO S BOM. *Sobre nossa empresa*. Disponível em: <https://crismas.com.br/sobre/>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁸⁴ NATURA. *Ciência, tecnologia e inovação*. Disponível em: <https://www.natura.com.br/inovacao>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁸⁵ PLANTUS – INNOVATION IS OUR NATURE. *Social Responsibility*. Disponível em: <https://plantus.net/home>. Acesso em: 10 abr. 2019.

A Natura, por sua vez, disponibiliza informações consistentes. Como se pode depreender de seu relatório anual de 2018⁸⁶, a Natura teria sido a primeira empresa brasileira a aderir ao novo marco legal, com os acordos da região do Médio Juruá, que contemplava repartição de benefícios não monetária. No relatório de 2018, inicialmente a empresa se refere à sociobiodiversidade como um dos itens de risco do negócio que merece monitoramento e, como ações de mitigação, aponta o seguinte:

A utilização de insumos da sociobiodiversidade segue a Política Natura de Uso Sustentável de Produtos e Serviços da Sociobiodiversidade, que assegura a justa repartição de benefícios às comunidades fornecedoras e o manejo sustentável dos ativos, bem como o atendimento à nova legislação de acesso ao patrimônio genético. Por meio do Programa Amazônia, a Natura busca também impulsionar a geração de negócios sustentáveis a partir da biodiversidade e do conhecimento tradicional/cultural. Uma das frentes do programa, que trabalha o fortalecimento institucional, participou da implantação de um projeto para promover o desenvolvimento local no território do Médio Juruá (AM). A iniciativa inclui um piloto dedicado à gestão de riscos, que poderá ser expandido aos demais territórios de atuação da Natura.⁸⁷

No mesmo relatório, a Natura informa que, a título de repartição de benefícios, distribuiu, em 2015, a quantia de R\$ 2.411.000,00; em 2016, R\$ 3.070.000,00; e, em 2017, R\$ 6.075.000,00 (seis milhões e setenta e cinco reais). Em 2018, a Natura informa ter distribuído 18.711.000,00 (dezoito milhões, setecentos e onze mil reais)⁸⁸

Dessas informações, o que se pode concluir é que, no caso brasileiro, os reflexos positivos do acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético ainda não têm a capilaridade que se imaginava quando promulgado o novo marco legal. As ações efetivas nesse sentido, devidamente contratualizadas, se concentram em apenas uma empresa, a Natura, fabricante nacional de cosméticos.

A par disso, o site do Sistema de Gerenciamento não informa qual o fundamento legal de cada uma das isenções, apontando apenas a modalidade de repartição de benefícios. De certa forma, a omissão dessas informações impede a fiscalização direta da regularidade e da adequação dessas isenções à legislação. De outra parte, nos casos em que se menciona a existência de acordos de repartição de benefícios, não se encontram informações suficientes *online* que permitam desenvolver uma pesquisa mais aprofundada a respeito da eficácia da legislação, de seu impacto na realidade social.

2.2 PERFIL NA ESPANHA

Nessa parte, o objetivo é descrever o mosaico jurídico da repartição dos benefícios decorrentes dos conhecimentos associados ao patrimônio genético na Espanha, a partir da análise da Lei n. 42/2007, do Regulamento europeu e do Real Decreto e, em seguida, na segunda parte, uma exploração sobre o que de fato se verificou na Espanha a partir desse instrumental jurídico.

2.2.1 Estrutura legal

Lei n. 42/2007. A Lei n. 42/2007, de 13 de dezembro, do patrimônio natural e biodiversidade, dedica um capítulo exclusivo ao "acceso a los recursos genéticos

⁸⁶ NATURA. *Relatório anual – Natura 2018*. Disponível em: <https://js.rede.natura.net/html/home/2019/abril/categoria/relatorio-anual-natura-2018.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁸⁷ NATURA, 2018, p. 16.

⁸⁸ NATURA, 2018, p. 45.

procedentes de taxones silvestres y distribución de beneficios”, a partir de seu art. 71.

Em primeiro lugar, a lei estabelece que o acesso e a repartição de benefícios se regerá em atenção ao Convênio sobre a Diversidade Biológica (1992), o Protocolo de Nagoia e o Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura da Organização Mundial para Alimentação e a Agricultura (Tirfaa/FAO) (art. 71, n. 1), além de referir-se expressamente à necessidade de que o acesso se dê mediante consentimento prévio informado e condições mutuamente acordadas. O consentimento será atestado mediante uma autorização de acesso, a ser emitida de acordo com o real decreto, que preverá um procedimento simplificado quando se tratar de uso para investigação, e não comercial (n. 2).

O n. 3 estabelece que a “competencia para prestar el consentimiento previo informado, establecer las condiciones mutuamente acordadas y consiguientemente emitir la autorización de acceso para los recursos genéticos españoles” será compartilhada entre as comunidades autónomas e a administração geral do Estado.⁸⁹ Um maior detalhamento dessa divisão de competências está contido no n. 3 do art. 71, porém em nenhum momento a norma espanhola atribui esse consentimento ou acordo de condições às comunidades propriamente atingidas (não confundir, naturalmente, as comunidades titulares de um conhecimento tradicional com as comunidades autónomas).

O acesso com fins exclusivamente taxonômicos, a recursos fitogenéticos e zoogenéticos para a agricultura e alimentação, assim como recursos pesqueiros não estão incluídos nessa regulação legislativa (n. 4).

Em atenção ao Protocolo de Nagoia, a lei definiu como ponto focal nacional o Ministério de Agricultura, Alimentação e Meio Ambiente,⁹⁰ encarregado de prover informação aos interessados em acessar recursos genéticos na Espanha (n. 5), que enviará as notificações de autorização ao Centro de Intercâmbio de Informação previsto no protocolo, momento em que se converterão em certificados de cumprimento internacionalmente reconhecidos.

A respeito da utilização comercial dos recursos genéticos, estabelece a lei que, quando no transcurso de investigação com fins não comerciais surja uma possível utilização comercial, o interessado deverá solicitar uma nova autorização à autoridade competente (n. 6).

Os benefícios, segundo a lei, “serán destinados principalmente a la conservación de la biodiversidad y el uso sostenible de sus componentes”, e no caso de autorizações de acesso concedidas pela Administração Geral do Estado, serão canalizados para o “Fondo para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad” (n. 7).

No espírito do protocolo de Nagoia, “en los supuestos en los que las autoridades competentes de acceso a los recursos genéticos detecten infracciones en el acceso o en la utilización de los recursos genéticos bajo su competencia, por parte de usuarios que se encuentran fuera del territorio español, éstos notificarán dicha información al punto focal nacional para que se establezcan las oportunas consultas con el país en el que se haya producido esa posible utilización irregular de recursos genéticos españoles” (n. 8).⁹¹

A norma espanhola também estabelece uma esfera de competência especial para as comunidades autónomas, que, “en su ámbito territorial, podrán establecer

⁸⁹ ESPANHA. *Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/13/42>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁹⁰ Hoje, Ministério de Transição Ecológica.

⁹¹ ESPANHA. *Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/13/42>. Acesso em: 10 abr. 2019.

condiciones al acceso de recursos genéticos in situ cuando su recolección requiera de especial protección para preservar su conservación y utilización sostenible" (n. 9).⁹²

A norma espanhola também dedica um artigo específico para a promoção dos conhecimentos tradicionais para a conservação do património natural e a biodiversidade (art. 74).

Em primeiro lugar, a lei espanhola alude às "normas, resoluciones y principios del Convenio sobre la Diversidad Biológica y de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual", acentuando que as diversas esferas da administração pública, dentre outras ações, deverão assegurar "que los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos y prácticas se compartan equitativamente" (art. 70, 'b').⁹³

Em atenção ao Protocolo de Nagoia, prescreve a norma espanhola que "la utilización en España de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos provenientes de un tercer país se ajustará a lo dispuesto en la normativa nacional de acceso a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos de dicho país".

Em resumo, pode-se afirmar que a Lei n. 42/2007, embora parcialmente modificada pelo Protocolo de Nagoia e pelo regulamento europeu, em si é bastante vaga com relação às modalidades de repartição de benefícios. Além disso, com relação aos seus aspectos estruturais, parece ter optado por uma versão bastante tutelar, ao determinar, por exemplo, que o consentimento e as condições de acesso ao património genético serão concedidas pela administração geral do Estado ou pelas comunidades autônomas, sem detalhar a participação das comunidades tradicionais efetivamente atingidas no processo. Em certo sentido, a opção legislativa espanhola alienou do processo as comunidades tradicionais, estatizando o processo de autorização de acesso ao conhecimento tradicional associado ao património genético

Reglamento europeo. As disposições do Protocolo de Nagoia e da Convenção sobre Biodiversidade foram incorporadas ao direito europeu pelo Reglamento (UE) n. 511/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014. As disposições a respeito da forma de repartição de benefícios, sobretudo as decorrentes dos conhecimentos tradicionais associados ao património genético, no entanto, assim como a legislação espanhola, são bastante vagas. Nas considerações iniciais, acentua o regulamento que "el Convenio también obliga a todas las Partes a adoptar medidas para compartir de forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte del Convenio que haya aportado dichos recursos", que "esa participación debe llevarse a cabo en condiciones mutuamente acordadas", e, por fim, que "el Convenio también se refiere al acceso y participación en los beneficios en relación con los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que presentan interés para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica".⁹⁴

Real Decreto 124/2007. O Real Decreto 124/2017, que regulamenta os arts. 71, 72, 74, 80 e 81 da Ley 42/2007, com relação ao acesso aos recursos genéticos procedentes de espécies silvestres, contém algumas peculiaridades que o distinguem da norma brasileira. Uma delas é a divisão de competências para a regulação de acesso entre o Estado e as comunidades autônomas; na norma brasileira, compete apenas à União a autorização de acesso, para qualquer finalidade, de pesquisa ou comercial. Além disso, e como se destacará em seguida, o real decreto não inclui as próprias comunidades no polo do acordo de repartição de benefícios.

⁹² ESPANHA. *Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/13/42>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁹³ ESPANHA. *Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/13/42>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁹⁴ ESPANHA. "Reglamento (UE) n. 511/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014". *Diário Oficial de la Unión Europea*, 25 mai. 2014. Disponível em: <https://www.boe.es/doue/2014/150/L00059-00071.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Ao contrário da norma brasileira,⁹⁵ o Real Decreto, embora se reporte no campo das definições à Convenção sobre a Biodiversidade e ao Protocolo de Nagoia, não dedica nenhum artigo ao conceito de conhecimento tradicional. A expressão conhecimentos tradicionais é mencionada no curso da norma, porém não lhe é dedicada uma atenção especial.

A par disso, o art. 1º, letra 'e', estabelece uma diferença entre o tratamento aos conhecimentos tradicionais de recursos genéticos de terceiros países, que serão objeto de proteção pela lei, e os demais conhecimentos tradicionais, dentre os quais se subentende os conhecimentos tradicionais espanhóis. Literalmente, dispõe o art. 1º, letra "e", que um dos objetivos do decreto é "assegurar a utilização no Reino da Espanha dos conhecimentos tradicionais associados a recursos genéticos de terceiros países parte do protocolo de Nagoia obtidos legalmente em cumprimento das obrigações derivadas do Regulamento n. 511/2014, de 16 de abril de 2014, do Parlamento e do Conselho Europeu, assim como do protocolo de Nagoia" (a mesma distinção se repete no art. 12 do real decreto).⁹⁶

No mesmo sentido, colocando em segundo plano o tratamento aos conhecimentos tradicionais, o decreto, ao atender ao Protocolo, definindo a existência de um "certificado de cumprimento internacional" (art. 2, n. 4), não menciona os conhecimentos tradicionais, persistindo na regulamentação apenas do acesso ao patrimônio genético *tout court*.

Além disso, e essa parece ser uma opção legislativa que reflete uma decisão fundamental do legislador espanhol, ao regulamentar o consentimento prévio informado e as condições mutuamente acordadas, o decreto coloca no polo provedor apenas pessoas jurídicas de direito público, opção radicalmente diversa da adotada no direito brasileiro. Na lei brasileira, PIC e MAT, no polo ativo, apenas pessoas jurídicas de direito público, o Estado ou as comunidades autônomas. A título ilustrativo, dispõe o art. 2º, inciso VI, da norma brasileira, que o consentimento prévio informado é "consentimento formal, previamente concedido por população indígena ou comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários".

Segundo o real decreto, os pormenores da forma de repartição de benefícios serão definidos pela Conferencia Sectorial de Medio Ambiente (art. 7, n. 4); até a data da conclusão dessa pesquisa, não há notícias do estabelecimento formal dessas diretrizes.

2.2.2 Concretização da legislação na Espanha

O Ministério de Agricultura, Alimentação e Meio Ambiente, mencionado na legislação espanhola, foi cindido, e as atribuições relacionadas com o meio ambiente foram conferidas ao Ministério de Transição Ecológica⁹⁷. No sítio do Ministério, uma das abas é a Biodiversidade, que conduz, por sua vez, a outra página com os temas relacionados com esse assunto, dentre os quais, os recursos genéticos. Na página dos Recursos Genético, estão indicadas a "Normativa internacional", a "Normativa española", e a "Sede Electrónica", como "Acceso a los procedimientos de Sede Electrónica".

No "Acceso a los procedimientos de Sede Electrónica", no campo autorizações, surgem as alternativas de "solicitud de acceso a los recursos genéticos españoles para utilización con fines comerciales e solicitud de acceso a los recursos genéticos españoles para utilización con fines no comerciales". Ao exame do site espanhol,

⁹⁵ Art. 2º, incisos II a IV, da Lei n. 12.123/2015.

⁹⁶ ESPANHA. *Real Decreto 124/2017, de 24 de febrero, relativo al acceso a los recursos genéticos procedentes de taxones silvestres y al control de la utilización*. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2017/02/24/124>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁹⁷ ESPANHA. *Ministerio para la Transición Ecológica*. Disponível em: <https://www.miteco.gob.es/es/>. Acesso em: 10 abr. 2019.

verifica-se que não é possível consultar as autorizações efetivamente concedidas, de modo a averiguar a natureza dos benefícios e os termos de sua repartição.

No entanto, como a Espanha é parte do Protocolo de Nagoia, ao contrário do Brasil, é possível, no site do protocolo, consultar todos os certificados de cumprimento internacionalmente reconhecidos, emitidos pelo governo espanhol, no site "[The Access and Benefit-Sharing Clearing-House](#)".⁹⁸

O exame desses documentos eletrônicos dá conta de que, entre abril de 2017 e fevereiro de 2019, foram emitidos 35 certificados (*Internationally Recognized Certificates of Compliance, IRCC*), todos para uso não comercial dos recursos genéticos. Embora os certificados omitam o beneficiário, sob o fundamento da confidencialidade, é possível extrair algumas conclusões.

Inicialmente, verifica-se uma preponderância das comunidades autônomas na posição de concedente do consentimento prévio e informado. Nos 35 certificados comunicados ao Protocolo, apurou-se que, conforme dados de fevereiro de 2019, o governo estatal esteve presente na condição de concedente do consentimento em oito documentos. A par disso, é possível verificar uma preponderância de certificados com a anuência de algumas comunidades autônomas, sobretudo a Catalunha, com dez intervenções; Baleares, com oito; e Andalúcia, com sete. A soma de todas as intervenções ultrapassa o número de 35, pois em vários casos houve o consentimento prévio e informado por mais de uma comunidade para uma mesma autorização. As demais comunidades autônomas contam com quatro ou menos "consentimentos prévios e informados".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise da evolução do direito internacional a respeito da repartição de benefícios, e da sua incorporação ao direito doméstico brasileiro e espanhol, a primeira conclusão que se destaca é a forma diferenciada que a proteção desses interesses tomou.

Do lado espanhol, talvez estrategicamente, optou-se pela ênfase ao projeto dos inventários, de modo a registrar, desde já, os conhecimentos tradicionais passíveis de proteção pelas normas jurídicas. No Brasil, por sua vez, desde a primeira medida provisória editada em 2001, destaca-se a preocupação em estabelecer um processo burocrático-administrativo para garantir os objetivos de uma justa e equitativa repartição dos benefícios decorrentes do acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético.

Não há registro, no entanto, nem no Brasil, nem na Espanha, de passos no sentido do reconhecimento dos conhecimentos tradicionais como uma modalidade de propriedade intelectual submetida a alguma forma de registro, a partir de iniciativa dos diretamente interessados, as comunidades titulares de tais conhecimentos. Naturalmente, a opção espanhola de privilegiar o inventário parece ser a mais acertada sob o ponto de vista de preservação dos interesses futuros das prováveis comunidades a serem beneficiadas. É de se destacar, no entanto, em contraponto, que a Espanha adotou uma estrutura institucional mais paternalista com relação à repartição de benefícios, uma vez que as vantagens decorrentes da exploração econômica dos conhecimentos vertem em favor do Estado, e não diretamente em favor das comunidades, como prevê a legislação brasileira.

Com relação às opções legislativas, no Brasil, o fato mais notável, em contraste com a Espanha, é a não adesão ao protocolo de Nagoia, que, embora assinado, ainda não foi ratificado. Parte dessa resistência pode ser atribuída à desconfiança do agronegócio, determinante na economia brasileira, com relação à extensão do protocolo, e se afastaria a incidência do Tirfaa. Aparentemente, a lógica

⁹⁸ Plataforma oficial de coleta de dados em ABS: ABSCH - THE ACCESS AND BENEFIT-SHARING CLEARING-HOUSE. *Spain*. Disponível em: <https://absch.cbd.int/countries/ES/IRCC>. Acesso em: 10 abr. 2019.

do sistema multilateral do Tirfaa, em que os benefícios econômicos decorrentes da exploração do patrimônio genético relacionado a algumas espécies vertem para um fundo comum, e não para comunidades específicas, atende a um propósito mais universalista, em consonância com as ideias debatidas antes da celebração da CBD, no sentido de que o patrimônio genético pertenceria à humanidade como um todo, e não aos Estados e entes subestatais.

Além disso, não obstante a não adesão ao protocolo, o que se pode observar é o maior detalhamento da legislação brasileira com relação aos aspectos de repartição de benefícios. Enquanto a legislação espanhola relega a definição de percentuais para órgãos administrativos cada vez mais inferiores na escala burocrática, no Brasil, os percentuais e linhas gerais da repartição de benefícios encontram-se já predeterminados em lei. Tal circunstância pode ser lida de duas formas: de um lado, a predefinição de percentuais atribui maior segurança jurídica para provedores e usuários do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético; por outro lado, promove uma cristalização que dificulta a busca de um meio termo entre os interesses de provedores e usuários.

Outro aspecto que é determinante nos modos de incorporação das normas internacionais ao direito doméstico é a consideração conferida pelas normas à participação das comunidades tradicionais na concessão do prévio e informado consentimento e as condições mutuamente acordadas (PIC e MAT). No direito espanhol, tais manifestações de vontade estão atribuídas exclusivamente a entes públicos, em certo sentido, estatizando os conhecimentos tradicionais. Na norma brasileira, em contraposição, atribui-se às comunidades tradicionais um papel decisivo na estipulação das condições contratuais e na manifestação do consentimento. Da mesma forma, tal aspecto pode ser visto de duas formas: de um lado, simplifica o processo, no caso espanhol, ainda que adotando uma posição paternalista e tutelar das comunidades tradicionais provedoras do conhecimento tradicional. Simplifica o processo, porém dele aliena os interesses de participação dessas mesmas comunidades. No caso brasileiro, por seu turno, o reconhecimento do papel proativo das comunidades sugere outros problemas práticos, sobretudo a necessidade de determinação de formas de representação legítimas (quem representa a comunidade?), e de distribuição justa e equitativa dos benefícios (quem receberá os benefícios monetários e não monetários?). Na verdade, como já destacado anteriormente, a legislação brasileira chega ao detalhe de identificar a possibilidade de co-titularidade de conhecimentos tradicionais, isto é, quando o mesmo conhecimento é compartilhado por mais de duas comunidades, e como se repartição os benefícios nessas circunstâncias.

Com relação ao efetivo benefício revertido para as comunidades provedoras de conhecimento, o exame dos dados, na forma como indicada no corpo do trabalho, permite inferir que, por razões das mais variadas, não obstante a intenção do legislador, não se verifica um impacto significativo. Na esfera do acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, no Brasil, verifica-se que a grande maioria das notificações estão concentradas em apenas uma empresa, que de resto compromete-se com repartições de natureza não monetária. Na Espanha, por seu turno, leva-se em consideração as autorizações devidamente informadas ao centro concentrador de informações do Protocolo de Nagoia, e não se percebe nenhum registro de benefício monetário ou não monetário.

Para o futuro, no caso do direito brasileiro, o que resta pendente é se o país aderirá ou não ao Protocolo de Nagoia, circunstância que depende essencialmente da compatibilidade dos seus termos com os interesses do agronegócio, ramo de importância capital para o desenvolvimento econômico nacional. Na Espanha, por sua vez, um aspecto que parece pendente é um melhor detalhamento das formas de repartição de benefícios, não previstas nem antecipadas na legislação analisada, e relegada para órgãos burocráticos de estrato inferior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABSCH - THE ACCESS AND BENEFIT-SHARING CLEARING-HOUSE. *Spain*. Disponível em: <https://absch.cbd.int/countries/ES/IRCC>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- ANTUNES, P. B. *Direito Ambiental*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- BERGEL, S. D. "Qué sistema de protección para las innovaciones biotecnológicas en América Latina?" In: BARRAL, W.; CORREA, C (org.). *Derecho, Desarrollo y Sistema Multilateral del Comercio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- BIOCOSMETICS. *Meí-Coaí*. Goiânia – GO. Disponível em: <http://culturadigital.br/meicoai/>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. *Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. *Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. *Decreto n. 3.109, de 30 de junho de 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3109.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. *Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. *Decreto n. 6.476, de 5 de junho de 2008*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6476.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. *Decreto n. 8.772, de 11 de maio de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8772.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. *Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997*. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9456.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. *Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. *Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2186-16.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Processo autuados e autorizações concedidas*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico/conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico/atividades-do-cgen-durante-a-vigencia-da-mp-n-2-186-16-2001/item/324>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Programa Nacional de Conservação da Biodiversidade. *A Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB*. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (Sisgen). Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. *Pesquisar Notificações*. Disponível em: <https://sisgen.gov.br/paginas/pubpesqnotificacao.aspx>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Art. 1. Objectives*. Disponível em: <https://www.cbd.int/kb/record/article/6869?RecordType=article&FreeText=article%201>. Acesso em: 10 abr. 2019.

- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Art. 3. Principle*. Disponível em: <https://www.cbd.int/kb/record/article/6873?RecordType=article>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Article 8. In-situ Conservation*. Disponível em: <https://www.cbd.int/kb/record/article/6884?RecordType=article&FreeText=article%208>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Article 15. Access to Genetic Resources*. Disponível em: <https://www.cbd.int/kb/record/article/6897?RecordType=article&FreeText=article%208>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *History of the Convention*. Disponível em: <https://www.cbd.int/history/>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Preamble*. Disponível em: <https://www.cbd.int/convention/articles/default.shtml?a=cbd-00>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- CORREA, C. M. *Propriedade Intelectual e Saúde Pública*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- CRISMAS BICHO S BOM. *Sobre nossa empresa*. Disponível em: <https://crismas.com.br/sobre/>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- DUTFIELD, G. "TK Unlimited: The emerging but incoherent international law of traditional knowledge protection". *The Journal of World Intellectual Property*, 07 nov. 2017. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jwip.12085>. Acesso em: 13 abr. 2019.
- DUTFIELD, G. "Traditional Knowledge, Intellectual Property and Pharmaceutical Innovation: What's Left to Discuss?" 01 set. 2017. In: David & Halbert (eds). *The Sage Handbook of Intellectual Property*, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3030637>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- DUTFIELD, G.; SUTHERSANEN, U. "Traditional knowledge and genetic resources: observing legal protection through the lens of historical geography and human rights". *Washburn Law Journal*, v. 58, n. 2, 2019. Disponível em: <https://contentdm.washburnlaw.edu/digital/collection/wlj/id/6979/rec/60>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- ERSTLING, J. "Using Patents to Protect Traditional Knowledge". *Texas Wesleyan Law Review* 295, 2009. Faculty Scholarship. Paper 188.
- ESPAÑA. *La Constitución española de 1978*. Disponível em: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=137&fin=158&tipo=2>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- ESPAÑA. *Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/13/42>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- ESPAÑA. Governo de Espanha. *Ministerio para la Transición Ecológica*. Disponível em: <https://www.miteco.gob.es/es/>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- ESPAÑA. Governo de Espanha. Ministerio para la Transición Ecológica. *Inventario Español de los Conocimientos Tradicionales relativos a la Biodiversidad (IECTB)*. Disponível em: https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/inventarios-nacionales/inventario-espanol-de-los-conocimientos-tradicionales/inventario_esp_conocimientos_tradicionales.aspx. Acesso em: 21 abr. 2019.
- ESPAÑA. *Real Decreto 124/2017, de 24 de febrero, relativo al acceso a los recursos genéticos procedentes de taxones silvestres y al control de la utilización*. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2017/02/24/124>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- ESPAÑA. "Reglamento (UE) n° 511/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014". *Diário Oficial de la Unión Europea*, 25 mai. 2014. Disponível em: <https://www.boe.es/doue/2014/150/L00059-00071.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

- LESTER, S.; MERCURIO, B.; DAVIES, A. *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*. Oxford and Portland (Oregon): Hart Publishing, 2012.
- LIMA, J. E. C. "Protocolo de Nagoia: dez questões fundamentais para entender esse acordo internacional sob a perspectiva brasileira". *Âmbito Jurídico*, XIX, n. 153, out. 2016. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18111. Acesso em: 10 abr. 2019.
- MERCURIO, B. "Trips, Patents and Access to Life-Saving Drugs in the Developing World". *Marquette Intellectual Property Law Review* 211, v. 8, n. 2, pp.215-216.
- MORODO, R. "Anotaciones sal Preâmbulo Constitucional de 1978". In: *Revista de Occidente* n. 42, jan. 2019. Disponível em: <https://www.quioscocultural.com/revista-de-occidente/899-revista-de-occidente-n-452.html>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Rio de Janeiro, mar. 2008. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf?view=1. Acesso em: 10 abr. 2019.
- NATURA. *Ciência, tecnologia e inovação*. Disponível em: <https://www.natura.com.br/inovacao>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- NATURA. *Relatório anual – Natura 2018*. Disponível em: <https://js.rede.natura.net/html/home/2019/abril/categoria/relatorio-anual-natura-2018.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.
- NWAUCHE, E. S. "The Emerging Right to Communal Intellectual Property". *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2015, v. 19, n. 2, pp. 225-244.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA. *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*. Disponível em: <http://www.fao.org/plant-treaty/countries/membership/country-details/es/c/359380/?iso3=ESP>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- PAUCHARD, N. "Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity and Its Protocol: What Can Some Numbers Tell Us about the Effectiveness of the Regulatory Regime?". *Resources*, 2017, v. 6, n. 11.
- "PATENTLY problematic". *The Economist*, sep 12th 2002. Disponível em: <https://www.economist.com/science-and-technology/2002/09/12/patently-problematic>. Acesso em: 13 abr. 2019.
- "PAY UP or die". *The Economist*, 21 out. 2010. Disponível em: <https://www.economist.com/newsbook/2010/10/21/pay-up-or-die>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- PENDÁS, B. "Una perspectiva orteguiana de los Preâmbulos Constitucionales". In: *Revista de Occidente* n. 42, jan. 2019. Disponível em: <https://www.quioscocultural.com/revista-de-occidente/899-revista-de-occidente-n-452.html>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- PLANTUS – INNOVATION IS OUR NATURE. *Social Responsibility*. Disponível em: <https://plantus.net/home>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- PLANTUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ÓLEOS EXTRATOS E SANEANTES LTDA. *Plantus – innovation is our nature*. Nisia Flores – RN. Disponível em: <http://www.plantus.net/home>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- SANTILLI, J. "Ruralistas bloqueiam ratificação e Brasil passa a ter papel secundário no Protocolo de Nagoia". *Instituto Socioambiental*, 15 jul. 2014. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/ruralistas-bloqueiam-ratificacao-e-brasil-passa-a-ter-papel-secundario-no-protocolo-de-nagoia>. Acesso em 10 abr. 2019.
- SINDI COSMÉTICOS-PR. *Dbe Natural do Brasil Indústria Comércio Importação e Exportação Ltda*. Disponível em: <http://www.sindicocsmeticospr.com.br/associado/16/dbe-natural-do-brasil-industria-comercio-importacao-e-exportacao-ltda/>. Acesso em: 10 abr. 2019.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Ad Hoc Working Group of Experts on Biological Diversity*. Geneva, 16-18 nov. 1988. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/meetings/iccbd/bdewg-01/official/bdewg-01-03-en.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

UNITED NATIONS. Convention on Biological Diversity. Secretariat of the Convention on biological Diversity Montreal. *Nagoya Protocol on Access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization to the Convention on Biological Diversity*. 2001. Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

WORLD TRADE ORGANIZATION. "Background and the current situation". *Trips: review, article 27.3 (b) and related issues*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_background_e.htm. Acesso em: 10 abr. 2019

WORLD TRADE ORGANIZATION. "Article 27.3 (b), traditional knowledge, biodiversity". *Trips: issues*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_e.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

El amparo constitucional. Herramienta catalizadora de la función judicial en la nueva Constitución cubana

The constitutional protection. Catalyst tool for the judicial function in the new Cuban Constitution

Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez¹

Universidad de La Habana, Cuba

Sumario: Introducción, I. Amparo Constitucional, 1.1 Aproximación a un concepto, 1.2 Apuntes históricos, 1.3 Esencia del Amparo Constitucional, 1.4 Principios que rigen el Amparo Constitucional, 1.5 Sistema de control constitucional, II El Amparo Constitucional su huella en Cuba 2.1 Arquitectura normativa del Artículo 99 de la Constitución, 2.2 Propuestas para su implementación procesal, Conclusiones y Recomendaciones.

Resumen: Mediante un análisis conceptual e histórico nos proponemos demostrar que el Artículo 99 de la nueva Constitución cubana ha resurgido el amparo constitucional en Cuba y que ello catalizará la función judicial, en sus más de cuarenta y cinco años de existencia. El camino científico transita desde definir qué entendemos por Amparo Constitucional y sus diferentes conceptualizaciones en el Derecho comparado; cómo surgió y se desarrolló en el decursar histórico del Derecho Constitucional; su naturaleza jurídica; principios que lo informan; la huella de su existencia en Cuba, antes del período revolucionario; así como, la propuesta de su posible diseño en el nuevo escenario nacional. Se concluye que todo ello logrará un mayor empoderamiento de la función judicial en el país como protagonista fundamental del control de la ley superior de la nación, que a su vez impone el reto de una mayor calidad, efectividad y transparencia en la impartición de justicia, hoy justicia constitucional, que hasta estos momentos no la habíamos impartido directamente y para lo que se necesita desarrollar la cobija legal que nos permita alcanzar los horizontes procesales que nos informan, los pilares de: Acceso a la Justicia, Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso.

Palabras claves: Amparo, acción y jurisdicción constitucional, tutela judicial, acceso a la justicia y debido proceso.

Abstract: Through a conceptual and historical analysis we intend to demonstrate that Article 99 of the new Cuban Constitution has revived constitutional protection in Cuba and that this will catalyze the judicial function, in its more than forty-five years of existence. The scientific path starts by defining what we mean by Constitutional Protection and its different conceptualizations in Comparative Law; how it arose and developed in the historical development of Constitutional Law; its legal nature; principles that inform it; the trace of its existence in Cuba, before the revolutionary period; as well as, the proposal of its possible design in the new national scenario. It is concluded that all this will achieve a greater empowerment of the judicial function

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de La Habana, Cuba. Magistrada del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba. Jefa de la Unidad de Desarrollo e Innovación TSP. Profesora Titular de la Facultad de Derecho; Vicepresidenta de la Sociedad de Ciencias Penales y Criminología de la UNJC y Miembro del Secretariado Nacional de la FMC

Recibido: 18/09/2019

Aceptado: 29/10/2019

in the country as the fundamental protagonist of the control of the superior law of the nation, which in turn imposes the challenge of a greater quality, effectiveness and transparency in the imparting of justice, today constitutional justice, which until now we had not imparted directly and for which it is necessary to develop the legal cover that allows us to reach the procedural horizons that inform us, the pillars give: Access to Justice, Effective Judicial Guardianship and Due Process.

Keywords: Amparo, constitutional action and jurisdiction, judicial protection, access to justice and due process

“Si la primera garantía de un derecho esencial es su reconocimiento en la Constitución, ello significa que ese derecho ha recibido protección superior para todos y supone la obligación de respeto y cumplimiento por todos.”

Martha Prieto Valdés²

Introducción

Para entender la acción constitucional de protección o Amparo como una garantía, es necesario aclarar que la interpretación conceptual de garantía y derecho, originan con frecuencia una confusión debido a la amplitud que ambos términos denotan en sus diversos significados. Los derechos generalmente aparecen como garantías normativas en los cuerpos constitucionales, mientras que las garantías propiamente dichas aparecen como mecanismo de ejercicio de los derechos, en textos legales y constitucionales. Por ello, GUASTINI RICARDO³ asegura que: la garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que la confiere, porque una cosa es atribuir un derecho y otra, garantizarlo.

Ferrajoli,⁴ acertadamente, confronta la tesis de HANS Kelsen y de LUIS PRIETO SANCHÍS, al afirmar que los derechos desprovistos de garantías no son verdaderos derechos o simplemente se niega su existencia. Este autor asegura que los derechos existen independientemente de las garantías, caso contrario, afirma que los derechos escritos en las cartas internacionales no serían derechos y tampoco lo serían los derechos sociales desprovistos de garantías. La ausencia de garantías es simplemente una laguna jurídica, y las lagunas existentes en la legislación no pueden traducirse en la inexistencia del derecho; por eso, se hace necesario una remisión al legislador como competente en la creación de mecanismos que doten de eficacia a los derechos.

Entre la multiplicidad de conceptos desarrollados por los diversos autores sobre las garantías, está el formulado por PISARELLO GERARDO,⁵ quien dice que son: los mecanismos o técnicas predispuestos para garantizar los derechos. Por otra parte los derechos son concebidos por ZAGREBELSKI GUSTAVO⁶ como: pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley. Las mencionadas pretensiones son aquellas denominadas por FERRAJOLI⁷ como:

² Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

³ Guastini, Riccardo: *Estudios de teoría constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México / Fontamara, 2001, Pág. 220.

⁴ Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías, la Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, Pág. 59.

⁵ Pisarello, G.: *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007, Pág. 111.

⁶ Zagrebelski, G.: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, Pág. 47

⁷ Ferrajoli, L.: *Derechos fundamentales y derechos patrimoniales*, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, Págs. 29-35.

aquellos derechos fundamentales que son inherentes al ser humano en cuanto sea persona.

Se puede afirmar que en la actualidad existe un creciente interés en la evolución y expansión de los derechos, en su positivización, generalización, internacionalización, especificación gradual de los sujetos titulares de derechos y respecto de las fases de protección en consideración a las diferencias naturales de la existencia humana, según lo expuesto por BOBBIO NORBERTO,⁸ quien denomina a esta etapa como: la era de los derechos, en contraposición a una era de obligaciones impuestas por el Estado en cualquiera de sus formas.

La idoneidad de las garantías debe responder entonces a la necesidad del derecho a protegerse; por ello, un sólo mecanismo de protección no puede tutelar la multiplicidad de derechos existentes. En dicho sentido se hace necesario diferenciar el tipo de garantías, según su origen. Como afirma GUASTINI RICARDO:⁹ una cosa es atribuir un derecho y otra cosa es garantizarlo. El constitucionalismo propone limitar el poder estatal a través del ejercicio de los derechos;¹⁰ por ende, el papel de la garantía en el constitucionalismo actual, es el de reducir al máximo la arbitrariedad del poder público.

El reconocimiento constitucional de los derechos, según PISARELLO¹¹, implica la determinación de deberes impuestos a los poderes públicos y a particulares, respecto de los mandatos o principios configurados por el contenido esencial de los derechos constitucionalizados. Asimismo, la constitucionalización es la primera instancia en la que suele diseñarse el tipo de poder estatal al que se encomendará la protección de los derechos.¹²

La Jurisdicción Constitucional nació como consecuencia del reconocimiento del valor normativo de las Constituciones. Esto es, que las normas contenidas en ellas tienen plena validez y efectiva aplicación, y no son meras declaraciones de principios y valores.

La Constitución contiene el sentir y la voluntad del pueblo. Es superior a cualquier otra norma y se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico, por lo que el principio de la supremacía constitucional se configura incluso como un derecho de los ciudadanos, como lo dice el profesor BREWER CARÍAS:¹³ "El rol de los tribunales constitucionales es garantizar la Constitución y su supremacía y, a través de ella, la democracia, el control del poder y la vigencia de los derechos humanos. Los ciudadanos en un Estado democrático de derecho tienen en efecto un derecho constitucional a que se preserve la supremacía de la Constitución, pues ello es la garantía de su propio derecho a la democracia, a que se controle el abuso del poder y a que los otros derechos constitucionales tengan vigencia". Y agrega: "Una pieza

⁸ Bobbio, N.: *La era de los derechos, en el tercero ausente*, Milán, Cátedra, 1997, Págs. 154-173.

⁹ . *Op. Cit.* Guastini, R.: Págs. 220-235.

¹⁰ Silva, C.: *Las garantías de los derechos ¿Invención o reconstrucción?*, en Ávila Santamaría, R.: *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia Derechos Humanos, 2008, Pág. 65.

¹¹ Pisarello Carbonell, M.: *Los derechos fundamentales en la Constitución mexicana, una propuesta de reforma*, 25.09.08, en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02405076436240507976613/isonomia14/isonomia14_08.pdf>, consultada 8 de diciembre 2018 a las 2:30pm.

¹² *Op. Cit* : Pisarello, C., Pág. 116.

¹³ Brewer Carías, A.: "Nuevas reflexiones sobre el papel de Los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Disponible en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM en: www.juridicas.unam.mx Fecha de consulta: 24/05/2013 hora, 2:30pm.

esencial del proceso relativo al control del poder, la constituye el control judicial de la constitucionalidad de los actos estatales, que permite particularmente el control de la constitucionalidad de las leyes y garantiza la protección judicial de los derechos humanos. De allí la progresiva consolidación de los tribunales constitucionales en el mundo contemporáneo, precisamente como la pieza más importante para el control del poder, en orden a garantizar la supremacía de la Constitución, asegurar la democracia y servir de instrumentos para asegurar el cumplimiento de los Derechos Humanos". Nótese que se incluye como objeto esencial de la jurisdicción constitucional, el control de los actos estatales, o sea, que emanan de cualquier órgano estatal. Se hace esta aclaración porque en varias fuentes bibliográficas, al tratar el control constitucional, se refieren únicamente al control de las leyes, cuando otros actos de la administración también pueden llegar a violar o amenazar de transgresión los derechos fundamentales de las personas.

Por lo manifestado, a cada país le corresponde organizar su estructura estatal según sus principios democráticos, consecuentemente se encomienda la protección de los derechos a órganos políticos, legislativos y judiciales.

La experiencia adquirida en estos años de Revolución y los nuevos derroteros trazados a partir de la implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social aprobados en el VI Congreso del Partido, los objetivos emanados de su I Conferencia Nacional, así como las decisiones que se adoptaron en el VII Congreso de la organización partidista constituyen, entre otros aspectos importantes, elementos que favorecieron e hicieron necesario llevar a cabo una reforma de la Constitución de la República de Cuba.

El nuevo texto constitucional reafirma el carácter socialista de nuestro sistema político, económico y social, así como el papel rector del Partido Comunista de Cuba como fuerza dirigente superior de la sociedad y el Estado.

El Amparo Constitucional es una acción que tutela las garantías de los particulares establecidas en la Constitución, leyes y tratados internacionales, condenando acciones de los agresores, bien sean ciudadanos, organizaciones públicas o privadas y dado el espíritu del Artículo 99 del referido texto, renace esa figura en el ordenamiento jurídico cubano y con ello un mayor empoderamiento de la función judicial en el país.

La novedad del tema radica en que, aunque existen trabajos anteriores sobre la necesidad del control constitucional en Cuba, la arista de cómo ello puede potenciar y catalizar la función judicial, precisamente a 45 años de su existencia, nos dotará de un mayor protagonismo social, centrando en el juez como controlador efectivo del cumplimiento de la ley superior del Estado y límite a la función de la administración pública.

En tal sentido hay un empoderamiento de la función judicial en el país como protagonista fundamental del control de la ley superior de la nación, que a su vez impone el reto de una mayor calidad, efectividad y transparencia en la impartición de justicia, hoy justicia constitucional, que hasta estos momentos no la habíamos impartido directamente, para lo que se necesita ampliar la cobija que ampara el Artículo 99 de la Constitucional con nuevos horizontes procesales.

I. Amparo Constitucional

1.1 Aproximación a un concepto:

Universalmente el Amparo se ha conceptualizado como una acción, un juicio, un recurso, un proceso, una garantía, una acción de tutela, dependiendo de la legislación del país de que se trate,¹⁴ que protege los derechos constitucionales del

¹⁴Varios países denominan de distinta manera al Amparo como por ejemplo: Argentina. Ley n° 16.986. Acción de amparo, 1966; Bolivia. Ley n° 1836. Ley del Tribunal Constitucional, 1998; Brasil. Ley n° 1.533. Mandado de *Segurança*, 1951; Colombia. Decretos Ley n° 2591, 306 y 1382. Acción de tutela, 2000; Costa Rica. Ley n° 7135. Ley de la jurisdicción constitucional, 1989; Ecuador. Ley n° 000. ro/99. Ley de Control Constitucional, 1997; El Salvador. Ley de

ciudadano y del que conoce y falla un Tribunal Constitucional o un tribunal ordinario, según lo dispuesto en la legislación procesal de cada país. Cumple una doble función: de protección al ciudadano en sus derechos fundamentales y a la propia Constitución al garantizar la inviolabilidad de sus mandatos.

Mediante esta institución se busca tutelar desde el punto de vista jurídico los derechos constitucionales de las personas (naturales o jurídicas), frente a una amenaza o inminencia de daño grave e irreparable, y reponer, temporal o definitivamente, las cosas al estado anterior a la violación de los derechos constitucionales. SERRANO ROBLES¹⁵ afirma que "El juicio de amparo es guardián del Derecho y de la Constitución. La finalidad del juicio es precisamente esa: hacer respetar los imperativos constitucionales en beneficio del gobernado."

ALCÍVAR SANTOS¹⁶ lo define como un recurso de naturaleza urgente, breve, sumaria, encaminado a evitar un acto u omisión ilegítimo de una autoridad pública, o a remediar inmediatamente sus consecuencias, con el cual se viola o se puede violar algún derecho consagrado en la Constitución o en convenios internacionales. En tal sentido constituye un mecanismo extraordinario destinado a restablecer los derechos y garantías de rango constitucional vulnerados o amenazados, constituyendo una vía sumaria, breve y eficaz, cuyo empleo no está permitido si el quejoso dispone de otros medios ordinarios idóneos para proteger sus derechos.

Para BELLO TABARES y JIMÉNEZ RAMOS¹⁷ se trata de una acción de carácter extraordinario, cuya procedencia se limita a la violación o amenaza de violación del solicitante, de manera inmediata, flagrante, de derechos constitucionales, derechos subjetivos de rangos constitucionales o previstos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, para cuyo restablecimiento existen vías ordinarias, eficaces, idóneas y operantes.

El Amparo judicial se conforma no solo para la protección individual de derechos particulares, sino también a la defensa objetiva de la Carta Magna, no como un medio preferente, sino subsidiario, pues como declara la Sentencia 133/89 del Tribunal Constitucional español: "se ha de dar ocasión a los tribunales ordinarios de que restablezcan los derechos fundamentales vulnerados mediante su exhaustiva invocación en la vía judicial previa al Amparo constitucional".¹⁸ De estas definiciones se puede enfatizar la siguiente característica: Se trata de una acción que tiende a tutelar derechos constitucionales vulnerados o amenazados de vulneración, lo que se traduce en que no se trata ni de un recurso ni de un derecho, estando más dentro del mundo de las garantías¹⁹.

Procedimientos Constitucionales, 1960; Guatemala. Decreto n° 186. Ley de Amparo. Exhibición personal y constitucionalidad, 1986; Honduras. Ley sobre justicia constitucional, 2004; México. Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política, 1936; Nicaragua. Ley n° 49. Amparo, 1988; Panamá. Código judicial, libro cuarto: instituciones de garantía, 1999; Paraguay. Ley n° 1.337/88. Código Procesal Civil, título II. El Juicio de amparo, 1988. Ver Ferrer Mac-Gregor y Villavella Armengol Carlos Manuel (Coordinadores), Fundación de Derecho, Administración y Políticas Públicas, S.A, México, 2012.

¹⁵ Serrano Robles, A.: "El Juicio de Amparo en General y las Particularidades del Amparo Administrativo" en "Manual del Juicio de Amparo", 2ª Edición, México, Editorial Themis, 1999, Pág. 3.

¹⁶ Alcívar Santos, O.: "Comentarios a la Constitución Política del Estado, (La Asamblea Itinerante)", Guayaquil, Offset Abad, 1998, Pág. 85.

¹⁷ Bello Tabares Humberto Enrique Tercero y Jiménez Ramos Dorgi Doralys: *La acción de amparo Constitucional y sus modalidades judiciales*, Ediciones Libres, Caracas, Venezuela, 2006, Pág. 24.

¹⁸ Matilla Correa y Ferrer Mac-Gregor: Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho escritos sobre Derecho Procesal Constitucional, Instituto Mexicano de Investigaciones Jurídicas UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, UNIJURIS, Facultad de Derecho Universidad de La Habana, 2012, Pág. 294.

¹⁹ Ver al respecto la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 18, de fecha 24 de enero de 2001, con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta.

El Amparo Constitucional es un mecanismo jurisdiccional destinado a la protección exclusiva de los derechos y garantías constitucionales, cuya finalidad es restituir al ciudadano en el disfrute de sus derechos fundamentales o evitar o prevenir una amenaza contra los mismos, por lo que ante la existencia de una situación jurídica infringida, los efectos del amparo constitucional no pueden ser constitutivos, sino solamente restitutorios o restablecedores de esa situación que fue infringida en forma idéntica o en aquella que más se asemeja.

En sintonía con lo anterior podemos destacar que esta figura constitucional se encuentra destinada a la protección exclusiva de los derechos y garantías constitucionales, cuya finalidad es restituir al ciudadano en el disfrute de sus derechos fundamentales o evitar una amenaza mayor contra los mismos; por lo que ante la existencia de una situación jurídica infringida, los efectos del Amparo Constitucional no pueden ser constitutivos, sino solamente restitutorios de esa situación que fue infringida en forma idéntica o en aquella que más se asemeje.

A grandes rasgos pudiéramos definir la institución en estudio como el procedimiento de carácter jurisdiccional, extraordinario y de gran flexibilidad formal para la protección de los derechos consagrados constitucionalmente, tendente a lograr el restablecimiento de los mismos de una manera efectiva e inmediata.

En tal sentido el Amparo cumple una doble [función](#):

- 1- De protección al ciudadano en sus derechos fundamentales
- 2- De protección a la propia Constitución al garantizar la inviolabilidad de sus preceptos.

De todo lo anterior podemos concluir que la institución en estudio es aquel mecanismo jurisdiccional de carácter extraordinario y de gran flexibilidad formal para la protección de los derechos consagrados constitucionalmente, tendente a lograr el restablecimiento de los mismos de una manera efectiva e inmediata, a través de una decisión judicial y una vez cumpla con todos los requisitos establecidos en la ley para su procedencia.

1.2 Apuntes Históricos

Al igual que otras instituciones jurídicas el Amparo tiene una larga evolución hasta su configuración actual. Tiene por premisa una ley visigoda en Castilla: el Fuero Juzgo y las [leyes](#) castellanas, empezando por las Siete Partidas; además de los [recursos](#) contra los actos del [poder](#) utilizados en la Baja [Edad Media](#). Posteriormente surge en [México](#)²⁰ el Amparo colonial, en la etapa colonial, otorgado por el Virrey para resguardar los derechos de los individuos contra los actos de autoridades políticas o de particulares, con el objetivo de que fueran respetados en sus posesiones

²⁰ La doctrina mexicana ha puesto de relieve que el juicio de amparo tuvo su génesis en un conjunto de factores nacionales de carácter político social, pero que además sufrió la influencia de varias instituciones jurídicas externas, entre las cuales se encuentra la tradición hispánica, la que penetró profundamente en dicho espíritu nacional, si bien no en la forma tan aparente como otros influjos provenientes de los ordenamientos angloamericanos, particularmente de la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 y de algunos elementos del ordenamiento constitucional francés. Es bien sabido que los distinguidos juristas mexicanos que contribuyeron al nacimiento de la institución, es decir, Manuel Crescencio Rejón, quien participó decisivamente en la elaboración de la Constitución del Estado de Yucatán, expedida en 1841; Mariano Otero, autor del llamado «voto particular», que fue el origen del documento constitucional denominado «Acta de Reformas» a la Constitución Federal de 1824, promulgado en 1847, y finalmente, los constituyentes de 1856-1857, entre ellos especialmente Ponciano Arriaga, quienes intervinieron en la expedición de la Carta Federal de 5 de febrero de 1857, fueron influidos por la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes del sistema constitucional de los Estados Unidos, tal como fue divulgada por la obra clásica de A. J. de Tocqueville, *La democracia en América*.

o derechos. Después surge un recurso de nulidad por injusticia notoria que procedía en contra de las sentencias de vista y que al mismo [tiempo](#) fueran contrarias a la ley clara y terminantemente, y contra las ejecutorias de dichos tribunales cuando se hubiesen violado las normas de procedimientos.

La península de Yucatán, en su disgusto por el régimen centralista enmarcado en la entonces vigente Constitución mexicana de 1836, amenazó con separarse de [la República](#) mexicana, por lo que se le otorgó la facultad de legislar su propio régimen jurídico, y es en el proyecto de Constitución del Estado de Yucatán de 1840 (artículos 53, 63 y 64); [proyecto](#) elaborado por el ilustre jurista y político mexicano MANUEL CRESCENCIO REJÓN. Dicho proyecto constitucional, en su Artículo 53 expresaba que le correspondía a la Corte Suprema de [Justicia](#) reunida :amparar en el goce de sus derechos a los que pidan su protección contra las providencias del Gobernador o Ejecutivo reunido, cuando en ellas se hubiese infringido el [Código](#) Fundamental o las leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte que procediere. Así se habló por primera vez en el Derecho legislado, del Amparo decretado por órganos jurisdiccionales para combatir agravios contra las [garantías individuales](#). El 31 de marzo de 1841 quedó finalmente aprobado en sus Artículos 8, 9 y 62, aunque no se han encontrado sentencias de esta etapa.

Hace pocos años se puso de relieve lo que se considera el primer Amparo sustanciado con fundamento en el Artículo 8 de la mencionada Constitución, el que fue interpuesto ante el juez de primera instancia de la sección criminal el 7 de julio de 1842, por ESTEBAN VALEY DE GNZÁLEZ y otros que habían sido presos en la cárcel de Campeche por sospechas de complicidad en la desaparición de la embarcación ²¹ de guerra Yucatero.

El Amparo a nivel federal en México fue establecido 1847 mediante el documento denominado Acta Constitutiva y de Reformas expedida el 18 de mayo, que introdujo modificaciones a la Constitución Federal de 1824. En su Artículo 25 insertó la disposición calificada como Fórmula Otero, en honor al distinguido jurista mexicano MARIANO OTERO, considerado como el segundo padre del Amparo, aunque no existe ley reglamentaria a respecto²². De acuerdo con esta fórmula la sentencia que otorga el Amparo no debe contener declaraciones generales, de manera que cuando se combate la inconstitucionalidad de una ley, dicha tutela se traduce en la desaplicación del ordenamiento impugnado exclusivamente en beneficio de la parte reclamante.²³

Apoyándose en estos antecedentes, tiempo después los miembros del Congreso Constituyente de 1856-1857, en México, instituyeron en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857, los lineamientos fundamentales del [juicio de Amparo](#) en su concepción original²⁴. Esta debe considerarse como la etapa final del nacimiento de la institución y el punto de partida de su [desarrollo](#) posterior, hasta alcanzar el alto grado de complejidad con el que se conoce hoy. A partir de esta constitución se evidenció un notable desarrollo del juicio de Amparo que a pesar de haber nacido exclusivamente como un instrumento procesal para la tutela de las garantías individuales, amplió su ámbito protector de manera paulatina, pues al incorporarse en los Códigos de Procedimientos Civiles Federales de 1897 y 1908, se convirtió en un verdadero [proceso](#) contra las

²¹ Ver. Narváez, J. R.: Historia social de defensa de los derechos en México. El origen del juicio de amparo en la Península de Yucatán, SCJN, México, 2007.

²² Este precepto sirvió de fundamento al primer juicio de Amparo federal que se tiene registrado, el que fue promovido por Vicente García Torres editor del periódico *El Monitor Republicano*. Dos años después se dictó la primera sentencia de Amparo, pronunciada por el juez de distrito suplente de San Luis Potosí Pedro Sámara el 13 de agosto de 1849, contra una orden de destierro del gobernador de dicha entidad federativa, Julián de los Reyes, ante la petición de Manuel Verástegui.

²³ Fix Zamudio, H.: El amparo iberoamericano (Estudio de Derecho procesal comparado) en el juicio de amparo, Editorial Porrúa, México, 1964, Pág17.

²⁴ Aguiar Álvarez y de Alba, H.: El Amparo contra leyes, Editorial Trillas, México, 1990, Pág113.

autoridades infractoras para proteger la vida y la [libertad](#) de los gobernados; sin embargo, la transformación más importante fue la [introducción](#) del juicio de Amparo contra sentencias judiciales por incorrecta aplicación de la ley. Sesenta años más tarde esta institución jurídica se reguló en la Constitución [política](#) de los [Estados Unidos Mexicanos](#) de 1917.

El Amparo mexicano²⁵, en sus lineamientos originales, fue el [paradigma](#) de numerosos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en los cuales aun con matices y modalidades, tiene el significado original de instrumento procesal sencillo y rápido para proteger los derechos constitucionales, con excepción de la libertad y la integridad [personal](#), que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestra región se tutelan por medio del *habeas corpus*.

Desde fines del siglo XIX se introdujo el derecho de Amparo en algunas legislaciones latinoamericanas, con base en el [modelo](#) mexicano. El primer país que consagró esta institución con posterioridad a su establecimiento en la Constitución Federal Mexicana de 1857, fue [El Salvador](#), en su [Carta Fundamental](#) del 13 de agosto de 1886, y le siguieron Honduras y Nicaragua (1894) en sus Constituciones y Leyes de Amparo; [Guatemala](#), en la Reforma Constitucional del 11 de marzo de 1921 y Argentina, en la Carta de la Provincia de Santa Fe, del 13 de agosto del mismo año 1934, Brasil, Venezuela 1961, Bolivia, Ecuador y Paraguay en 1967, Perú 1979, Chile 1980, Uruguay 1988, Colombia 1991 y República Dominicana 1999.²⁶

En el derecho internacional esta institución se estableció desde 1948, con su figura en la Declaración Americana, Artículo XVIII, y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Artículo 8, que establecen la necesidad de que los países reconozcan en sus ordenamientos un procedimiento sencillo y breve que ampare a los particulares contra la violación de los derechos fundamentales. El Pacto internacional de las Naciones Unidas en 1966, sobre Derechos Civiles y Políticos, de manera genérica, se refiere a que los Estados se comprometen a garantizar los derechos y libertades reconocidos en el Pacto, y cualquier persona puede interponer un recurso efectivo, según su Artículo 2, fracción tercera.²⁷

Este antecedente propició la expansión hacia el Derecho Internacional de sistemas regionales de protección, con tribunales específicos, como el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo (Francia) y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (San José, Costa Rica). Estas sedes judiciales supranacionales motivan que, por un sector doctrinal, se reconozca la existencia de un amparo internacional como medio subsidiario para reforzar la protección jurisdiccional. Se advierte que el Amparo tiene una difusión universal, al contemplarse en las legislaciones nacionales e internacional.

En sentido general podemos plantear que el Amparo se ha constituido en una institución cotidiana de los sistemas de justicia constitucional del continente americano y de algunos países del continente europeo como Alemania y España.

1.3 Esencia del Amparo Constitucional

Como referimos en las páginas iniciales en la doctrina contemporánea, no, hay acuerdo en cuanto a su denominación; algunos prefieren llamarle acción de amparo y no recurso y lo diferencian teniendo en cuenta que el concepto de acción es más amplio que el de recurso; pero también se precisaron otras particularidades. El amparo era acción en cuanto involucra el derecho a la jurisdicción, o porque no

²⁶ *Op Cit*, Fix Zamudio, H., Pág.25.

²⁷ Fernández Segado, F.: *Los orígenes del control de la constitucionalidad y del juicio de amparo en el constitucionalismo mexicano de la primera mitad del siglo XIX. El impacto del voto particular de Don Mariano Otero*, Editorial, Porrúa, México, D.F. 2006, Págs.67.

perseguía la mera revisión de un acto lesivo, sino que importaba un verdadero proceso de contralor de la constitucionalidad, o debido a que el recurso constituía un remedio dentro de un proceso, y el Amparo, por el contrario, cuestionaba actos realizados fuera del proceso, sin perjuicio de que haya recursos procesales, dentro del trámite del Amparo.²⁸

Esta institución es, en la práctica, una acción independiente y unilateral. Los recursos, en cambio, generalmente están atados a una decisión precedente, derivada de un proceso. La independencia de la acción de amparo frente a otros procesos, se debe a criterio de SERRANO ROBLES²⁹, a que "El juicio de amparo es, por tanto, un procedimiento autónomo con características específicas propias de su objeto, que es el de lograr la actuación de las prevenciones constitucionales a través de una contienda equilibrada entre el gobernado y el gobernante."

El Amparo es una garantía eficiente y acabada que protege los derechos constitucionales, de ahí que su mera existencia presupone tranquilidad ciudadana, pese a la existencia del resto de las garantías o recursos existentes, este pudiera catalogarse como un acondicionamiento logístico imprescindible para poder hacer uso de determinada libertad individual, pero necesariamente aseguraría el efectivo disfrute de los derechos constitucionales.³⁰

Respecto a los derechos que resguarda, no existe uniformidad de criterios por parte de los diferentes autores ni en la legislación comparada, ni en la jurisprudencia; pues, mientras algunas constituciones, de manera taxativa, generalmente, a través de un catálogo, establecen qué derechos fundamentales son objeto de tutela, otras optan por ampliarlos mediante fórmulas que tutelan los derechos humanos consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales.³¹

La dificultad de establecer con precisión su naturaleza jurídica radica en la diversidad con que es entendido o definido el Amparo en diversas legislaciones, y, en consecuencia, su esencia surge en razón a que cada país tiene una amplitud de protección de los derechos y garantías, además de procedimientos totalmente diferentes a los de los otros países.

El Amparo puede concebirse como una acción jurisdiccional o un recurso procesal. Como acción, posición asumida en Argentina, fundamentalmente por los juristas SANCHEZ VIAMONTE y LINARES QUINTANA, consiste en la posibilidad de reclamar cuando somos privados de algún beneficio o se nos causa una lesión, asociada esa petición a un derecho subjetivo y en este caso constitucional diferente de la libertad física o ambulatoria, ya que estos se encuentran protegidos específicamente por el *habeas corpus*. Como recurso, el Amparo es un medio establecido en la ley para obtener la modificación, revocación o invalidación de una resolución judicial; es una garantía procesal añadida para el ciudadano.

Otras posiciones respecto a su naturaleza jurídica pueden ser:

- Juicio: es sostenida en México, donde la Suprema Corte de la Nación ha definido que: juicio, para los efectos del Amparo, debe entenderse como el procedimiento contencioso desde que inicia en cualquier forma (presentación de la demanda) hasta que queda ejecutada la sentencia definitiva.

- Proceso sustantivo e independiente: conjunto de actos o de actuaciones del órgano jurisdiccional y de las partes, incluso de terceros, encaminados a la realización del Derecho; actos estos que se vinculan todos alrededor del debate o contienda entre partes como concepto general.

- Derecho: este criterio se sostiene en su reconocimiento en los Tratados de Derechos Humanos, así por ejemplo, respecto al Artículo 25 apartado 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en

²⁸ Sagüés, N. P.: "Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo.", 4ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1995, Págs. 64-65.

²⁹ Op Cit, Serrano: "El Juicio de Amparo en General...", Pág. 14.

³⁰ González Piloto, L.. "El Amparo Constitucional como Garantía de los Derechos", Revista Justicia y Derecho No. 26, año 14, junio de 2016, Págs 135 y ss.

³¹ Martínez Pardo, V. José: *Principios del amparo*, en www.grupo.emagister.com, consultado 26-11-18 a las 2:00pm.

la Opinión Consultiva 8/87 sostuvo que: "... es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del Amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y las Leyes de los Estados Partes y por la Convención..." Además el derecho al Amparo interamericano se encuentra regulado en el Artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³²

Sin intentar dar una tesis absoluta, preferimos considerar al Amparo como un proceso constitucional autónomo, ya que el término, proceso, es íntimamente en el espacio jurídico como en toda relación, tanto social como en la naturaleza, una serie o sucesión de actos por los cuales se llega a un resultado que no es más que la resolución de los conflictos relativos a los derechos fundamentales, con el objeto de reparar las violaciones de los mismos.

Y no debe ser considerado un recurso, porque ello en términos jurídicos implica un replanteamiento de la cuestión litigiosa ante un órgano judicial superior del mismo orden que aquel que pronunció la resolución recurrida, cuestión que no se evidencia en esta institución que estamos tratando.

En tal sentido, podemos definir, a grandes rasgos, que la naturaleza jurídica del Amparo está dado en su carácter de proceso especial con naturaleza RESTABLECEDORA o RESTITUTORIA, al dársele poder al Juez para restablecer de inmediato la situación jurídica infringida, en forma inmediata, porque, aunque existen otras vías, éstas no son de restablecimiento inmediato, y el propósito de declarar con lugar una acción de Amparo, esta debe tener efecto inmediato y extraordinario.

1.4 Principios que rigen al Amparo Constitucional

1.- La Celeridad: Mediante esta acción se busca eliminar todo incidente o dilación que tienda a retardar el proceso. Se debe siempre buscar la economía procesal. El jurista argentino SAGÜÉS afirma que "Claro está que tanto por su tramitación comprimida y acelerada (dado que se diligencia en términos sumamente breves, y sin la amplitud normal del material probatorio común), como por la temática a la que comprende (que es limitada, aunque de fundamental importancia), el amparo no constituye un proceso ordinario, sino especial. Por ello, PALACIO lo denomina 'plenario rápido', MORELLO 'plenario rapidísimo', y BUZAID 'sumarísimo'." ³³

2.- La Protección: La acción de Amparo busca proteger los derechos constitucionales del individuo y de la colectividad. Es un proceso tuitivo, como lo afirma HERNÁN SALGADO³⁴, magistrado constitucional: "El objeto o finalidad de la institución del amparo consiste en que, al tiempo de brindar una protección inmediata al agraviado, busca restablecer o reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional, es decir, suspende los efectos violatorios."

3.- La Instancia de Parte: En Amparo Constitucional el juzgador no puede actuar de oficio. "El principio de iniciativa o instancia de parte (...) hace que el juicio jamás pueda operar oficiosamente y, por lo mismo, para que nazca es indispensable que lo promueva alguien, principio que resulta obvio si se tiene en cuenta que el procedimiento de control, como juicio que es, sólo puede surgir a la vida jurídica por el ejercicio de la acción, que en el caso es la acción constitucional del gobernado, que

³² Artículo 44 Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte. Organización de los Estados Americanos Convención Americana sobre Derechos Humanos. - 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural, 2016

³³ *Op Cit Sagüés, "Derecho Procesal Constitucional...", Pág. 352.*

³⁴ *Salgado Pesantes, H.: "De las Garantías de los Derechos" en Chiriboga Zambrano, Galo y Salgado Pesantes, Hernán, "Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana", Quito, ILDIS, 1995, Pág. 36.*

ataca al acto autoritario que considera lesivo a sus derechos" es la opinión del ya citado SERRANO ROBLES.³⁵

4.- La Relatividad de la Sentencia: La resolución del juzgador no tiene efecto *erga omnes*, se limitará al individuo agraviado y a la violación de derechos constitucionales a los que se refiera la acción. La resolución no tiene por qué hacer una declaración general sobre el acto que la motiva, sino que debe circunscribirse a amparar y proteger al agraviado.

5.- Exclusividad del Derecho Constitucional: El juzgador de la acción de amparo debe circunscribir su función a valorar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto pedido, a la luz del concepto de violación. No puede examinar ni analizar cuestiones legales ni reglamentarias. En opinión de RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ³⁶ "En la protección de los derechos constitucionales es incuestionable el ejercicio de la función jurisdiccional y su carácter constitucional surge porque los derechos son directamente protegidos por la Constitución. Existe pues una jurisdicción constitucional, es decir, el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado para resolver *litis* o conflictos constitucionales."

1.5 Sistemas de control constitucional

QUIROGA LAVIÉ³⁷ indica que si el sistema constitucional no consagrara un procedimiento efectivo que hiciera cierta la supremacía de la Constitución sobre el resto de la legislación y sobre actos de gobierno emanados de los poderes públicos, se corre el riesgo de convertir a la Constitución en una simple hoja de papel de carácter nominal. De igual manera, coincide BIDART CAMPOS³⁸ al indicar que "La doctrina de la supremacía de la Constitución es una construcción elaborada en el plano de los principios, que formula un deber-ser, y que se incorpora así a la normación constitucional. Pero si no desencadena como corolario algún mecanismo que la haga efectiva, corre riesgo de ineficacia y de falta de practicidad. En efecto, cuando la Constitución que no debe ser violada, lo es, se torna menester recuperar la supremacía ultrajada por la inconstitucionalidad, y nulificar a esta mediante algún sistema. El mecanismo y el sistema a que estamos aludiendo implican lo que se denomina el control constitucional, o la revisión constitucional, o la defensa constitucional, o la jurisdicción constitucional. Bajo cualquier nombre, se trata de una verificación o fiscalización que tiende a detectar si la Constitución ha sido transgredida, y a emitir un pronunciamiento afirmativo o negativo, con algunos efectos que dependen del sistema".

En la doctrina, regularmente se habla de control constitucional cuando se trata de la facultad de examen para declarar la conformidad o no de las normas de origen legislativo con las normas fundamentales de la Constitución, sin embargo, como ya se ha mencionado, el control constitucional abarca tanto los actos emanados del órgano legislativo como de otros órganos del Estado.

El citado autor divide los sistemas de control de la supremacía constitucional en: sistema de control político, efectuado por órganos o tribunales especialmente encargados de invalidar (derogar o nulificar) con efectos *erga omnes*, a las normas inconstitucionales, sustituyendo de alguna manera al órgano legislativo; y sistema de control judicial, llevado a cabo por los tribunales judiciales ordinarios, con el efecto de no derogar las leyes inconstitucionales sino de no aplicarlas al caso concreto. El sistema de control judicial puede ser concentrado, cuando sólo le corresponde a un órgano judicial especial resolver la cuestión de constitucionalidad, o puede ser difuso, cuando la función de control puede ser ejercida de forma descentralizada por los Tribunales ordinarios.

³⁵ *Op. Cit, Serrano Robles, Pág. 31.*

³⁶ *Rodríguez Domínguez, E. A.: "Derecho Procesal Constitucional", Lima, Grijley, 1997, Pág. 18*

³⁷ *Op. Cit. Quiroga Lavié, H.: Pág.19.*

³⁸ *Bidart Campos, G.: La interpretación y el control constitucional es en la jurisdicción constitucional, Editorial. Buenos Aires, 1987. Pág.45.*

II. El Amparo Constitucional. Su huella en Cuba

El estudio de la historia de Cuba, metodológicamente lo podemos dividir en tres grandes etapas: la de dominio colonial español que se extiende por cuatro siglos, el republicano de la primera mitad del siglo XX y el revolucionario-socialista que se abre a partir de 1959 hasta la actualidad.

La primera abarca el siglo XIX hasta la culminación de la posesión colonial de España sobre la isla mediante el Tratado de París. En esta existe una yuxtaposición de documentos constitucionales heterónomos y autóctonos de diferentes signos: las cuatro constituciones españolas extensivas a la isla, los proyectos constitucionales, fruto de la inquietud política del patriciado cubano, las cuatro constituciones promulgadas durante la guerra de independencia en contra de España y la Constitución dictada por las fuerzas de ocupación norteamericana a finales de la centuria.

La segunda etapa comienza el 20 de mayo de 1902 con la promulgación de la Orden Militar número 181 que pone en vigor la Constitución aprobada en febrero de 1901, que se extiende durante las seis primeras décadas del siglo. Durante este lapso se suceden cinco Constituciones, unas, resultado de procesos constituyentes y otras promulgadas como leyes derivadas de circunstancias políticas particulares que legitiman.

El tercer momento se extiende desde el triunfo de la revolución armada el 1ro de enero de 1959 hasta nuestros días. Pero una mirada a la historia de Cuba desde un prisma institucional y constitucional no siempre coincide con la cronología anterior. En este marco conceptual puede considerarse que existen cinco fuentes formales del constitucionalismo cubano: Derecho Constitucional español; el Derecho Constitucional Criollo; Derecho Constitucional Mambí; Derecho Constitucional republicano-burgués; Derecho Constitucional revolucionario-socialista.³⁹

En ellas están comprendidas diez modelos de constituciones, pertenecen al constitucionalismo español; cuatro, que fueron extendidas a la Isla, de la siete que se promulgaron durante el Siglo XIX en España: la Constitución de Cádiz⁴⁰ de 19 de marzo de 1812, el Estatuto Real de 10 de abril de 1836, la Constitución de 30 de junio de 1876 y la Constitución Autónoma de las Islas de Cuba y Puerto Rico de 25 de noviembre de 1897.⁴¹

Los proyectos constitucionales criollos se integraron por diversos documentos que se elaboraron como informes, memorandos, instrucciones o proyectos, los representantes de los partidos cubanos. Los autores de los más conocidos fueron: JOSÉ JOAQUÍN INFANTE (1810) FRANCISCO DE ARANGO Y PARREÑO (1811), JOSÉ AGUSTÍN Y CABALLERO (1811), FÉLIX VARELA MORALES (1823), GABRIEL CLAUDIO ZEQUEIRA (1822), NARCISO LÓPEZ (1851) y la Sociedad Ave María (1858).

Constituyeron propuestas jurídico-políticas algunas de las cuales ni siquiera fueron presentadas a Cortes, por lo que en ese sentido su trascendencia material es insignificante. No obstante, su valor estriba en que traslucen la dinámica del pensamiento político-constitucional decimonónico, que en un inicio se manifiesta como inconformidad económica hacia el *status quo* y luego progresa hasta una

³⁹ Villabella Armengol, C. M.: *La jurisdicción de la Libertad en el Derecho Constitucional cubano*, FUNDAP, México, 2012, Págs. 253³⁹ Villabella Armengol, Carlos Manuel: *La jurisdicción de la Libertad en el Derecho Constitucional cubano*, FUNDAP, México, 2012, Págs. 253

⁴⁰ Especial relevancia, para el sistema judicial español, tendría la Constitución de Cádiz de 1812, que significó una ruptura con el sistema de administración de justicia, pues los principios de raigambre feudal los adecuó –en España y sus colonias– a los de la Revolución Francesa, lo cual tuvo un sensible impacto en la reorganización del sistema de tribunales y, por ende, importantes modificaciones en los procedimientos jurisdiccionales. Ver Tribunal Supremo Popular: Apuntes para una historia, Memoria Judicial VII, I Habana, 2017, Pág 44.

⁴¹ En ellas se delinearon tres modelos constitucionales: progresista (1812), conservador (1836-1876) y descentralizador (1897).

postura ideológica más reflexiva hacia las problemáticas del país, entorno en el que se cultiva una incipiente conciencia nacional y se delinea la idea de patria-nación. En ese sentido constituyeron manifestación primigenia de la identidad cubana.

Es precisamente en esta etapa de nuestra historia en la que se establecen por vez primera las acciones de los órganos de poder, a fin de asegurar libertades y derechos individuales, contenido en su primer reclamo en las normas pensadas especialmente para Cuba con el proyecto de Constitución de JOAQUÍN INFANTE, 1810⁴², como se puede constatar mucho antes de lo que la doctrina ha reconocido como primera manifestación en México, un derecho patrio que debe ser reivindicado por la historia.

Este texto, que fue muestra del naciente ideario constitucionalista independentista, postuló, en cuanto nos interesa, el examen, conservación o anulación de todo acto inconstitucional; y aunque no se instrumentó, si ello constituyó un aporte temprano del constitucionalismo histórico cubano al control constitucional, en particular el de tipo político, como una manera de afianzar la supremacía del legislativo respecto a los demás poderes.

El Derecho Constitucional Mambí prosperó durante los catorce años de gesta independentista en contra de España: la Constitución de Guáimaro de 10 de abril de 1869, la Constitución de Baraguá de 15 de marzo de 1878, la Constitución de Jimaguayú de 16 de septiembre de 1895 y la Constitución de la Yaya de 29 de octubre de 1897. Trazaron dos modelos constitucionales: el de la Constitución de Guáimaro y el de la Constitución de La Yaya.

Mediante estas constituciones se institucionalizó la revolución en cuyo decurso se catalizó la nacionalidad cubana, en tanto la guerra de las que emanaron fue crisol de razas y clases, verdadera matriz de la nación cubana. Constituyeron en pureza las primeras constituciones cubanas a tenor de las cuales se creó un diseño organizacional de poder que legisló y gobernó, lo cual hizo que se contornara el Estado cubano.

Los textos mambises posteriores, tanto la Constitución de Jimaguayú y la de "La Yaya" mostraron una tendencia a la fusión de las funciones legislativas y ejecutivas en un mismo órgano, lo que imposibilitó la existencia de controles recíprocos.⁴³ Solo hay en "La Yaya" la garantía formal y general de que las

⁴² Proyecto de Constitución para la Isla de Cuba de J. Infante, Artículo 6, en Pichardo, H.: *Documentos para la Historia de Cuba*. (Época colonial), Editorial Universitaria, La Habana, 1965, p. 281. De la Constitución de INFANTE, ubicada en el tiempo entre los años 1810-1811 y su publicación en 1812 la primera referencia que se tiene es en 1883, en el tomo I de la Bibliografía del derecho español de TORRES CAMPOS, de donde lo toma Carlos M.TRELLES para incluirlo en su Bibliografía cubana del siglo XIX publicada en Matanzas en 1911; aunque el mérito de encontrarlo se le atribuye a Santiago KEY-AYALA, quien da con dos copias de él en folletos de 32 páginas, publicados en Caracas, en la Imprenta de BAILLÍO. El texto consta de 100 artículos, denota la preparación y el entendimiento de quien se recibiera, en dos ocasiones, como abogado y, aún más, muestra una multiplicidad de influencias, pensamientos y corrientes ponderados del periodo, que guiaron al jurista por este camino de conjunto con sus ideas de transformador y su espíritu de independentista. Tiene entre sus méritos el hecho de que en todo momento fue pensado para la Isla. Ver El Proyecto de Constitución para la isla de Cuba de Joaquín Infante Aproximaciones Histórico-jurídicas a propósito de su bicentenario ANDRY MATILLA CORREA (Compilador), Colectivo de autores, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y UNJC, La Habana, 2012.

⁴³ Constitución de Guáimaro, Artículo 14, Pág. 388. Deben ser objeto indispensablemente de ley: las contribuciones, los empréstitos públicos, la ratificación de los tratados, la declaración y conclusión de la guerra, la autorización del presidente para conceder patente de corso, levantar tropas y mantenerla, proveer de sostener una armada, y la declaración de represalias con respecto al enemigo. Así, en la primera, el órgano superior o Gobierno tenía facultades de dictar todas las disposiciones relativas a la vida civil y política de la revolución. En la segunda hay una mayor concentración y fusión de poderes, al significarse que el Poder ejecutivo radicaba en un Consejo de Gobierno con facultad de dictar leyes y reglamentos de carácter general conforme a la Constitución.

resoluciones del Consejo de Gobierno serían adoptadas por absoluta mayoría de votos.⁴⁴

La fuente del Derecho Constitucional republicano-burgués se integró por cinco textos: la Constitución de 21 de febrero de 1901, La Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934, la Ley Constitucional de 11 de junio de 1935, la Constitución de 5 de julio de 1940 y el Estatuto o Ley Constitucional de 4 de abril de 1952. Resaltan las constituciones de 1901 y 1940 debido a que fueron las únicas resultado de un proceso constituyente y que tuvieron en cuenta las corrientes doctrinales de la época. La última fuente del Derecho Constitucional revolucionario-socialista que llega hasta nuestros días se integra por dos textos: La Ley Fundamental de 7 de febrero de 1976 y la Constitución de 24 de febrero de 1976.

A grandes rasgos analizaremos la plasmación de las garantías constitucionales en las constituciones cubanas a las que hemos hecho referencia y solo así podremos percatarnos de los valores que tuvieron las mismas para llegar a lo que tenemos hoy día.

La Constitución autonómica de 1897 para Cuba y Puerto Rico, fue concebida por la angustia de las circunstancias, como señaló la Exposición de Motivos del Real Decreto que promulgó, fue un intento por resolver la problemática cubana aplicando una fórmula que satisfacía añejas demandas reformistas descentralizadoras-autonomistas que nunca fueron tenidas en cuenta, ya que en la relación metrópoli-colonia jamás existió intención real por variar el modelo contratista.

El texto tiene setenta y nueve artículos ordenados en nueve títulos y varios artículos adicionales y transitorios, los que desarrollan únicamente el sistema de órganos centrales y locales del poder, sustituyendo un gobierno autonómico compuesto por el Parlamento Insular bicameral y el Gobernador General. Reguló la defensa de la Constitución de manera difusa en el Título IX denominado: de las garantías para el cumplimiento de la Constitución Colonial.

Se refrendó formalmente en el texto una vía de Defensa de la Libertad la orgánica constitucional en manos de órganos judiciales. Esto supuso un cambio respecto al modelo que había instrumentado la Constitución de Cádiz de 1812, al reconocer que las Cortes cuando se reunieran tomaran en consideración las infracciones constitucionales que se les hubieran presentado, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que la hubieran contravenido.

La primera Constitución cubana es de 1901, en cuanto país libre y republicano, no obstante lo cual tenía su soberanía recortada por la llamada Enmienda Platt, que dio origen a un tratado entre la Isla y los Estados Unidos, en 1903.

La Carta de 1901 rigió, casi inalterable, hasta 1928, se volvió a ella en 1933, y luego se aprobó una nueva Ley Fundamental en 1934.

La Constitución de 1901 tenía 115 artículos organizados en catorce títulos y siete disposiciones transitorias, recogió los postulados del constitucionalismo liberal decimonónico con sobriedad técnica, siendo evidente la particular influencia de la Constitución norteamericana. Señala en su Artículo 83 que la defensa de la Constitución queda encargada al Poder Judicial (inciso 4) «cuando fuere objeto de controversia entre partes», precepto que fue luego desarrollado por la Ley de 31 de marzo de 1903, que precisó que el control de la constitucionalidad se analizaría diferenciando el tema dentro o fuera de actuaciones judiciales. Así, si se realizaba dentro de un proceso judicial, el control procedía a través de un recurso de casación

⁴⁴ Constitución de la Yaya, Artículo 24. Los acuerdos todos del Consejo habrán de tomarse por mayoría absoluta, concurriendo a la Sesión por lo menos cuatro Consejeros, entre ellos el que desempeñe la Secretaría del Ramo a que el asunto pertenezca.

o apelación ante el Tribunal Supremo de Justicia. Si esto ocurría fuera de actuaciones judiciales, se recurría directamente al Tribunal Supremo, a través de un recurso de inconstitucionalidad. Lo resuelto en estos casos tenía los alcances y la fuerza de una sentencia, con lo cual y con el tiempo se hizo obligatorio el seguimiento de los precedentes judiciales.

Las características que identificaban este tipo de recurso de inconstitucionalidad eran:

-Lo interponía una de las partes afectadas por una Ley, Decreto o Reglamento que afectara los intereses derivados de un derecho constitucional, causando daños o perjuicio.

-El juez ordinario en su fallo se abstendría de pronunciarse sobre ese extremo dando paso a la acción del interesado.

-La parte afectada contaba con el derecho de recurrir al Tribunal Supremo interponiendo recurso de casación o apelación.

-En el caso de los procesos que no contaran con los recursos señalados, el sujeto reclamante podía interponer Recurso de Casación por Infracción de Ley contra la sentencia dictada en la última instancia, citando como Ley infringida el artículo constitucional vulnerado.

-La sentencia pronunciada por el pleno del Tribunal Supremo tendría efectos concretos, declarativos y *ex tunc*.

Según los estudios de búsqueda realizados durante el desarrollo de esta investigación, en el archivo del Tribunal Supremo Popular, pudimos tener acceso al libro donde se asentaron las primeras sentencias sobre procedimientos de inconstitucionalidad en Cuba y que datan de 1903, el que pudimos escanear y aportar a los documentos sobre la memoria histórica de gran valor patrimonial, fueron asentadas cinco sentencias de las que pudimos conocer que de ellas solo se declaró con lugar un proceso, en este caso la sentencia número 3 de fecha 20 de agosto de 1903 de inconstitucionalidad contra un acuerdo del Consejo de Secretarios del Presidente de la República de fecha 23 de marzo de 1903, respecto al embargo de sueldos de los empleados públicos y contra lo resuelto por la secretaría de hacienda de 11 y 12 de junio de 1903 a trabajadores de la aduana, el ponente fue el magistrado José Cabancas Horta y el presidente, Rafael Cruz Pérez, la sala estuvo conformada por 8 magistrados y su presidente, todos graduados en ciencias.⁴⁵

Verificamos, además, en otro libro del mismo año, sobre autos de inadmisibilidad, que con las demandas presentadas se le daba cuenta al fiscal y se citaba a comparecencia, donde se saneaba el proceso y así algunas de ellas no eran admitidas al demostrarse la falta de un requisito de suma importancia, la violación de la Constitución, o que no había sido agotado el procedimiento ordinario establecido para el asunto. Por ejemplo, en 1903 fueron denegados por autos, dos procesos en materia administrativa contra el proceder de la alcaldía de La Habana, en el 1904 fueron cinco, de ellos, 4 de La Habana y uno de Pinar del Río, de los cuales: 1 en materia civil, 1 en laboral, 1 en penal, 1 electoral y 1 administrativo.

En 1905 se archivaron cuatro procesos, 2 en materia laboral y 2 en administrativo, todos pertenecientes a la provincia de La Habana y en 1906 solo se denegó 1 de la provincia de La Habana, en materia administrativa. Algo que nos llamó la atención, es que del total de autos no admitiendo el proceso que estudiamos en estos cinco años, que, fueron 12, solamente en 1 no existió voto particular de los jueces que conformaban el Pleno del Tribunal Supremo y en 4 de , más de un juez hizo voto particular.⁴⁶

Posteriormente, la ley de 17 de marzo de 1922, al analizar la consecuencia de los fallos judiciales en estos casos (lo que suponía una inaplicación), señalaba que

⁴⁵ Ver Anexo No. 1 donde aparece escaneado el libro de asiento de las cinco sentencias, a texto completo, sobre proceso los de inconstitucionalidad dictadas por el Tribunal Supremo en 1903, de forma manuscrita.

⁴⁶ Ver Anexo No. 2 donde se reflejan los datos de los casos estudiados.

la norma debía derogarse formalmente, y si esto no sucedía, la sentencia adquiría, en esta virtud, efectos *erga omnes*.

Pero la acción pública aparece en la Ley Constitucional (en realidad, una Constitución) de 3 de febrero de 1934 que rigió hasta el 8 de marzo de 1935 en que quedó suspendida, y se reafirma en la posterior Constitución de 1940, donde se faculta a 25 ciudadanos para que directamente pidan la anulación de una ley, y a sólo un ciudadano, si la ley se refería o atentaba a los derechos individuales.

En detalle, la Ley Constitucional de 1934 tuvo noventa y nueve artículos, organizados en dieciocho títulos y catorce disposiciones transitorias contemplaban las dos situaciones:

- a) El Artículo 78 señalaba que la parte afectada o 25 ciudadanos podían interponer un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo en pleno, y si ese recurso se declaraba fundado, no podía aplicarse más (inciso quinto).
- b) El Artículo 38 estableció la acción pública a favor de un solo ciudadano, cuando se atentaba los derechos individuales, dejando a salvo la procedencia, en su caso, del *hábeas corpus*, que existía desde 1900. Cabe señalar que esta modalidad desapareció en la posterior Ley Constitucional de 1952, sancionada por el presidente de la República Fulgencio Batista, sobre la base de que en el fondo resultaba una reiteración innecesaria de la primera.

Las características del recurso eran: procedía contra leyes. Decretos-leyes, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones, acuerdos y actos; debían ser interpuestos por 25 ciudadanos acreditados por certificado de nacionalidad o carta de naturalización; los promoventes tenían que estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos; debía ser presentado formalmente por escrito; no prescribe el tiempo para su imposición.

La Constitución de 1935 fue promulgada el 11 de junio y entró en vigor plenamente después de las elecciones generales efectuadas en 1936. Sus artículos reproducen la Constitución de 1901 a al que introdujo ligeras modificaciones y retomó el esquema orgánico de la Constitución de 1034.

El modelo de justicia constitucional establecido en estas dos últimas constituciones estuvo vigente hasta 1949. Ello quedó estipulado en una disposición transitoria de la Constitución de 1940 que señalaba: En tanto se cree la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales a que se refiere el artículo ciento setenta y dos de esta Constitución y se nombren sus magistrados, continuará conociendo de los recursos de inconstitucionalidad según se regulan en la Ley Constitucional de once de junio de 1935, el pleno del Tribunal Supremo de Justicia.

La Constitución de 1940 trajo indudables avances, como ya se ha indicado. Lo primero que hizo fue mantener lo que existía desde siempre, o sea, el recurso de inconstitucionalidad, que se desarrolló normalmente durante los años anteriores, como vemos en el siguiente cuadro.⁴⁷ Sentencias por procesos de inconstitucionalidad dictadas por el pleno del Tribunal Supremo, durante el periodo estudiado.

Año	Cantidad de Sentencias	Año	Cantidad de Sentencias	Año	Cantidad de Sentencias
1903	5	1915	33	1927	18
1904	5	1916	14	1928	17
1905	6	1917	21	1929	11

⁴⁷ Merino Brito, E. G.: El recurso de inconstitucionalidad, Cultural, S. A., La Habana, 1938. Y corroboradas en los libros de radicación de la época en el archivo del Tribunal Supremo Popular, donde pudimos obtener los textos completos de las resoluciones dictadas por el máximo órgano de justicia de 1903 y que como ejemplo de ello lo podemos ver a texto completo en el anexo No. 1 de este trabajo.

1906	1	1918	31	1930	72
1907	6	1919	9	1931	105
1908	8	1920	19	1932	52
1909	14	1921	10	1933	27
1910	24	1922	31	1934	54
1911	37	1923	37	1935	51
1912	21	1924	23	1936	111
1913	49	1925	23	1937	55
1914	21	1926	23	1938	—

Y a esto, agregó la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. Detengámonos en este punto:

- a) De acuerdo a los antecedentes y testimonios de la época, el nombre fue tomado literalmente de la Constitución española y republicana de 1931, que entonces ya no estaba en vigor. Recordemos que el Tribunal de Garantías Constitucionales español se crea con la Carta de 1931, se instalan 1933 y termina bruscamente en 1936, con el inicio de la guerra civil española.
- b) En cuanto al nombre, se nota una diferencia. El modelo español se llama Tribunal de Garantías Constitucionales. El cubano lo mantiene pero agrega una palabra al final: sociales. Con lo cual el nombre completo fue «Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales».
- c) Pero mientras el tribunal español se refería al típico modelo concentrado de corte kelseniano, esto es, independiente del resto de los poderes del Estado, y por cierto, independiente del Poder Judicial, en Cuba, el Tribunal era parte integrante del Poder Judicial, constituido como una de las Salas del Tribunal Supremo. Algo así como un antecedente de la Sala Constitucional de Costa Rica, creada en 1989, y que tanta influencia ha tenido en América Latina.

Ahora bien, ¿por qué siendo el nombre prácticamente el mismo, el modelo cubano se aparta sustancialmente del modelo español, en el que dice inspirarse?. La única explicación está dada por el contexto histórico-cultural de la Isla, y por la influencia americana, que confiaba en el juez, a diferencia de la europea, que desconfiaba de este. Este es, pienso, el motivo fundamental. La creencia en el valor de la judicatura explicará muchos de los intentos y las innovaciones latinoamericanas. Conviene señalar que el control de constitucionalidad sólo lo hacía el Tribunal Supremo, precisamente a través del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales (que era una de sus salas), no lo podían ejercer los jueces inferiores (o sea, de las demás instancias), ni tampoco las demás Salas del máximo Tribunal. Cuando algún cuestionamiento constitucional llegaba a manos de los jueces, estos suspendían el trámite y elevaban el expediente en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.

El control se efectuaba sobre todo tipo de normas, sin excepción alguna. El Título XIV de la Constitución de 1940 está dedicado al Poder Judicial. La Sección Primera, en sus disposiciones generales, dice que la justicia se administra en nombre del pueblo y su dispensación será gratuita. Los jueces son de carrera. Algunos dispositivos de interés son los siguientes:

- a) El Artículo 171 anota que el Poder Judicial se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Superior Electoral y demás tribunales y jueces que la Ley establezca. Agrega que una de estas Salas constituirá el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, señalando que, cuando conozca de asuntos constitucionales será presidida necesariamente por el Presidente del Tribunal Supremo y no podrá estar integrada por menos de quince magistrados. Cuando se trate de asuntos sociales, no podrá constituirse por menos de nueve magistrados (con lo cual se explicita los dos temas que tiene el Tribunal, esto es, no sólo constitucionales, sino también sociales).
- b) El Artículo 174, al señalar las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, indica, entre otras (inciso d), la siguiente: Decidir sobre la constitucionalidad

de las leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones y otros actos de cualquier organismo, autoridad o funcionario.

- c) El Artículo 182 está dedicado al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, señalando que le competen, entre otros puntos, conocer los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones o actos que nieguen, disminuyan, restrinjan o adulteren los derechos o garantías consignadas en esta Constitución, o que impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado. Igualmente:
- conocerán los recursos de *hábeas corpus*, en vía de apelación;
 - la validez del procedimiento y de la reforma constitucionales; y
 - los recursos contra los abusos del poder.
- d) El Artículo 183 señala que pueden acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales: el Presidente de la República, los miembros del Consejo de Gobierno, del Senado, de la Cámara de Representantes, Alcaldes, etc.; las universidades; toda persona individual o colectiva que haya sido afectada por un acto o disposición que considere inconstitucional, entre otros casos.

Sin embargo, el articulado constitucional agrega que «las personas no comprendidas en algunos de los incisos anteriores pueden acudir también al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, siempre que presten la fianza que la ley señale. Con lo cual, si bien la legitimación procesal activa está limitada, en la práctica, y mediante el pago de una fianza, está abierta a cualquiera, lo cual, en mi opinión, desnaturaliza el acceso al control de la constitucionalidad, que debe ser siempre limitado, en cuanto a las personas, y limitado, en cuanto a las causas, de lo contrario se convierte en una instancia más y se desnaturaliza su esencia.

La Sección VII está destinada al tema genérico de la inconstitucionalidad. Y ahí se precisa en su Artículo 194 que la declaración de inconstitucionalidad podrá pedirse: por los interesados; por veinticinco ciudadanos; por la persona a quien afecta la disposición que estime inconstitucional.

Se añade que los jueces y tribunales están sujetos a la Constitución y deben preferirla a las leyes y demás normas de orden inferior. Agregando que cuando un juez o tribunal considere inaplicable cualquier ley o norma alguna, suspenderá el procedimiento y elevará el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, a fin de que se declare o niegue la constitucionalidad del precepto en cuestión, y devuelva el asunto al remitente para que continúe el procedimiento. Los recursos de inconstitucionalidad se interponen directamente; ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. Toda norma declarada inconstitucional no podrá ser aplicada bajo ninguna circunstancia, bajo pena de inhabilitación en el desempeño de cualquier cargo público.

La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma obliga al funcionario, entidad u organismo que la haya dictado, a derogarla, bajo responsabilidad. En todo caso, se agrega textualmente, la disposición legislativa o reglamentaria o medida gubernativa declarada inconstitucional, se declarará nula y sin valor ni efecto desde el día de la publicación de la sentencia, en los estrados del Tribunal.

Bajo el imperio de esta Constitución se mantuvo la audiencia preliminar y tal es así que de 1940 a 1942 se denegaron por auto 199 asuntos, distinguiéndose que todos fueron presentados por personas jurídicas y que la causa de mayor incidencia en la no aceptación continúa siendo, el no agotamiento del procedimiento ordinario establecido para la materia específica con 83 casos; de ellos 61 en materia administrativa.

La Constitución de 1940⁴⁸ fue ejemplar por muchos motivos. El primero, sin lugar a dudas, es que por encima de vacíos y problemas económico- sociales que

⁴⁸Un hito verdaderamente significativo, en el universo legislativo de la primera mitad del siglo xx cubano lo constituyó la promulgación de la Constitución de 1940 –entró en vigor el 10 de

vivió el país, tuvo una observancia regular por parte de los actores políticos. Lo segundo es que intentó, sin mucho éxito, crear un modelo político con rasgos parlamentarios, lo que ha llamado la atención de los estudiosos extranjeros. Y finalmente, por su sistema de justicia, sobre todo, en lo relativo al control de la constitucionalidad.

En todo caso, la Constitución de 1940 constituía, como en tantas situaciones parecidas, un alto en el camino, que por un lado representaba la concreción de diversas experiencias que venían desde *antes*, y que se concretaron en diversos hechos realmente positivos. Y por otro, sentaba las bases para un desarrollo futuro que fuese más perfeccionado, más armonioso y, sobre todo, de mayor consistencia. Dicho en otras palabras, la Constitución de 1940 trajo una bocanada de aire fresco y con vientos democratizadores, que, si bien no llegaron a asentarse en forma definitiva, y tuvo multitud de carencias, constituía un primer paso importante para la democracia cubana de cara al futuro.

Igual puede decirse del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, que fue una experiencia interesante, en consonancia con el pasado jurídico y judicial de Cuba. En esta línea, y después de diversos ensayos, finalmente fue sancionada la ley número 7 de 31 de mayo de 1949, firmada por el Presidente CARLOS PRIO SOCARRÁS, que desarrolló y perfiló de manera expresa el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, así como los demás aspectos de carácter operativo (el control de la constitucionalidad, por cierto, no se había detenido, pues de acuerdo a la disposición transitoria del Título XIV, mientras el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales no fuese creado, sus funciones las asumiría el pleno del Tribunal Supremo). Todo este desarrollo lento, lineal, pero no regresivo, fue cortado bruscamente con el golpe de Estado que en 1952 dio el entonces general FULGENCIO BATISTA, que dejó sin efecto la Constitución de 1940, y la reemplazó por la Ley Constitucional de 1952 (en el fondo una constitución, pero dada por un gobernante de facto); que curiosamente mantuvo mucho de la Carta de 1940, y en lo relativo al control de la constitucionalidad, resultó prácticamente idéntica que su predecesora. Pero aquí la formalidad fue en realidad un juego de artificio, pues si bien existía el control a través del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, en la práctica el Tribunal, a través de magistrados complacientes y corruptos, no controló nada y se dedicó a avalar los estropicios del régimen, hasta que cayó en un descrédito total.

La historia (relativamente) reciente, y en todo caso, bastante fresca para cualquier lector, las corruptelas de BATISTA, y los excesos del régimen fueron tan notorios, que al final terminó acosado por diversos estallidos revolucionarios, hasta que fue derrotado y huyó del país los primeros días de enero de 1959, dejando la Isla, que desde el oriente gestaba el triunfo definitivo.

Lo importante es que el nuevo gobierno revolucionario cubano, se apresta a instaurar una nueva legalidad, y decide restaurar la vieja Constitución de 1940, a la cual hace muy pequeñas modificaciones, permitiendo concentrar las funciones legislativa y ejecutiva en la nueva dirección revolucionaria, incluyendo dentro de ella al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, y como tal figura en la

octubre de ese año—, considerada una de las más relevantes de América por su carácter social, aunque, por supuesto, fue una constitución de signo burgués. Dejó establecido que la justicia se imparte «en nombre del pueblo», en sustitución del postulado de que se ejercía «en nombre de la República de Cuba»; definió la independencia de los jueces en el ejercicio de sus funciones; instituyó la carrera judicial (Artículo 175), a la que se accedería mediante ejercicio de oposición; fijó la forma y procedimientos para el nombramiento de magistrados y jueces, en los distintos niveles del Poder Judicial, en concordancia con el Escalafón Judicial (artículos del 170 al 181); y estableció la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, en el TSJ, regido por el presidente de este e integrado por no menos de 15 magistrados. Tribunal Supremo Popular: Apuntes para una historia, Memoria Judicial VII, I Habana, 2017, Pág. 41.

denominada Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959. Ahí aparece el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales en forma casi idéntica a la Constitución de 1940 y con iguales atribuciones. Por cierto, una de las primeras medidas del régimen fue defenestrar a los más altos funcionarios, y fue entonces que el Tribunal de Garantías fue cubierto con nuevos miembros identificados con los ideales de justicia de la revolución.

Y así el Tribunal empezó a funcionar nuevamente. Pero al estar compuesto por como había personal nuevo, y todos los cambios se hacían por ley expresa, que además introducía medidas innovadoras que la propia Ley Fundamental de 1959 permitía a través de determinados artículos, introducidos al compás de la revolución, no hubo prácticamente nada que objetar a nivel constitucional.

Se instalaba en la Isla un nuevo *status* político, lo natural era que se diese formalmente una Constitución, que reflejase el nuevo orden de cosas. Y así, fue preparado largamente un proyecto, que fue sancionado en 1976, Constitución que estuvo vigente hasta 2019, y donde definitivamente se eliminó el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, y se adoptó el sistema socialista de control de la constitucionalidad, que se conoce como modelo político.

Recordar esta experiencia, valiosa como antecedente y como esquema conceptual, es algo estimulante dentro de la historia de la jurisdicción constitucional en América Latina, y en Cuba, que tantos aspectos creadores han tenido y tienen todavía.

Algunos estudiosos de nuestra experiencia latinoamericana, entusiasmados por el precedente cubano, han señalado que estamos aquí ante un verdadero Tribunal Constitucional, en puridad, el primero que existe en América Latina, y claro, desde un punto de vista amplio, esta tesis podría tener cierto predicamento. Sin embargo, cuando calificamos a un ente como tribunal Constitucional, hay que tener presente ciertos supuestos y rasgos definitorios, que desarrollaremos brevemente.

Lo primero que debemos tener presente es que el Tribunal Constitucional es una creación kelseniana, en rigor europea, del período de entreguerras (si bien existen antecedentes que se remontan a la época de Sieyès). Y aún más, que esa experiencia primigenia (1919-1939) fue interesante, pero fallida, y además escasa. El Tribunal constitucional austríaco funcionó poco, y en puridad, tan sólo desde 1921 hasta 1933. El checoslovaco, casi no funcionó y emitió una sola sentencia, y el tribunal español tuvo una vida efímera, truncada por el estallido de la Guerra Civil Española.

De esta experiencia, lo que tuvo presente la clase dirigente cubana fue la española, pero de manera muy *sui generis*, como ya se ha señalado.⁴⁹

Y así tenemos que:

- a) Los tribunales constitucionales tienen autonomía administrativa, legal y económica, esto es, no dependen de otros cuerpos.
- b) Sus magistrados tienen un proceso especial de selección, y son distintos a los comunes.
- c) Sus competencias son distintas a las de los demás, pues los otros jueces no las comparten.
- d) Actúan en instancia única.
- e) Tienden a ser órganos constitucionales autónomos, que no dependen de otros.
- f) Tienen en exclusiva los aspectos básicos del control de la constitucionalidad, y también de temas conexos (la defensa de los derechos fundamentales, etc.).
- g) Tienen una composición y atribuciones básicamente jurisprudenciales.
- h) La consecuencia de sus decisiones es que son definitivas; y que contra ellas no cabe recurso o impugnación alguna.

Estas son algunas de las características de lo que, básicamente, se entendió como tribunales constitucionales. Por cierto, alcanzan y son válidas en términos amplios y

⁴⁹ *Op Cit*, Villabella Armengol, Carlos Manuel, Pág. 257y ss.

admiten matizaciones y ciertas excepciones, que por norma general el tribunal constitucional es independiente, pero hay veces en las cuales está ubicado dentro del Poder Judicial, como en Alemania y Colombia.

Pero en el primer caso, desde la década del cincuenta del siglo XX, el Tribunal Constitucional Federal se hizo cada vez más independiente, y actúa de esa manera, pues no tiene ningún lazo administrativo ni financiero con el Poder Judicial, y el *status* de sus miembros también es distinto. Y en cuanto a Colombia, la Corte Constitucional es parte de la llamada «rama judicial», a la que pertenece por una razón que podríamos llamar de organigrama o de organización, pero que en todo lo demás es autónomo.

En el modelo cubano tenemos, entre otros aspectos, los siguientes:

- a) Originalmente, la constitucionalidad estaba encargada al Tribunal Supremo, y luego pasó a una de sus Salas, con el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.
- b) Dicho Tribunal (o Sala) tenía una total dependencia de la Corte Suprema.
- c) Sus miembros eran los mismos, y no se diferenciaban en nada del resto.
- d) El Tribunal (o Sala) tenía una dependencia total del Poder Judicial (Administrativa y económica).
- e) Los estatutos de sus miembros eran exactamente los mismos que los del resto de los jueces.
- f) Los jueces no tenían competencia para efectuar el control de constitucionalidad: sólo lo hacía el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, del que incluso dependían las demás Salas del Tribunal Supremo.

Por tanto, lo que en rigor existió en Cuba a partir de la Constitución de 1940 era una Sala Constitucional, pero con otro nombre. Que era un embrión de Tribunal Constitucional. En realidad, lo que consagró la Carta de 1940 era una especie de control concentrado en una sala al interior del Tribunal Supremo. Y en tal sentido, el caso cubano es un planteo original⁵⁰ en el tema del control de constitucionalidad, no sólo por lo que avizoró, sino porque creó una figura media, que hoy tiene su más relevante expresión en la Sala Constitucional que existe en Costa Rica desde 1989. Por tanto, el caso cubano se presenta, en 1940, como el primer y más elaborado esbozo de modelo concentrado en América Latina, a través de una Sala Constitucional y bajo el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, y que en rigor es la primera vez que en América Latina se daba el modelo concentrado en su máxima versión.

El mayor descredito de todos estos mecanismos de defensa constitucional se produjo al presentarse ante el referido tribunal un recurso de inconstitucionalidad por vía de acción pública de veinticinco ciudadanos contra los Estatutos Constitucionales por ilegítimos y su resultado, obrante en la sentencia número 127 de 17 de agosto de 1953, fue negativo, es decir sin lugar el recurso, brindando legitimidad al golpe militar.

La Ley de Reforma Constitucional de 11 de mayo de 1960 cambió la denominación de Tribunal por la de Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, remarcando su integración al Tribunal Supremo. A pesar de que este órgano sobrevivió al triunfo revolucionario, lo cierto es que su actividad fue languideciendo por auto-inhibición.⁵¹

La Constitución de 1976 fue promulgada el 24 de febrero de 1976 como resultado de un proceso de elaboración en el que el proyecto fue sometido a debate popular, y finalmente aprobada mediante referendo. Significó el punto culminante en la construcción de un Estado de nuevo tipo por su perfil ideológico, el modelo organizacional que instituyó y la forma de hacer política, finalizando así el proceso

⁵⁰ *Op Cit*, Villabella Armengol, Carlos Manuel, Pág. 265 y ss.

⁵¹ Ilustrativo de ello resulta la sentencia número 7 de junio de 1969 de la Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo, Boletín del Tribunal Supremo, Año IV, No.3, mayo-junio 1969, Págs. 169-189.

de reinstitucionalización que *lato sensu* comenzó en 1959 y que en la década del setenta entró en una fase final.

La Constitución tuvo una extensión original de 141 artículos, en ellos se acogieron los principios y tendencias doctrinales del constitucionalismo socialista respecto a los cuales hubo, en algunos aspectos, un distanciamiento luego del proceso de reforma de 1992. Respecto al Derecho Procesal Constitucional se produjo un cambio de paradigma al adoptarse la tipología de Control Constitucional Político y desmontarse en consecuencia, las vías jurisdiccionales que se habían desarrollado en el constitucionalismo anterior.

Con la promulgación de la Ley 1250 de 1973, Ley de Organización del Sistema Judicial, que reorganizó la función judicial en Cuba, desapareció definitivamente el Tribunal o Sala Constitucional.

La Constitución de 24 de febrero de 1976⁵² fue resultado de un proceso de elaboración en el que el proyecto fue sometido a debate popular, y finalmente aprobado mediante referendo. Significó el punto culminante en la construcción de un Estado de nuevo tipo por su perfil ideológico, el modelo organizacional que instituyó y la forma de hacer política, finalizando así el proceso de reinstitucionalización que *lato sensu* comenzó en 1959 y que en la década del setenta entró en una fase final.⁵³

El tratamiento de las garantías constitucionales al amparo de este texto se realiza desde una perspectiva amplia: La Constitución como garantía, los principios y otros preceptos garantistas del orden, la técnica y la sistemática jurídica en vinculación con las garantías y las garantías de los derechos constitucionales en su diversidad. Y teniendo en cuenta que en las constituciones se consagran los anhelos, principios y valores de la sociedad y los derechos que se han conquistado y que se defienden, especialmente aquellos que más interesan a la clase o grupos de clase en el poder, de acuerdo con la correlación de fuerzas internas e internacionales. Esto fue lo que sucedió con esta, concebido como garantía principal para los nuevos derechos y garantías resultado del proceso revolucionario, y de aquellos que se habían impulsado durante los 17 años de provisionalidad.

La Constitución se tomó como medio de declaración y consagración de las conquistas de las transformaciones operadas y no como un instrumento de límite al poder, fue expresión de ese proceso político popular que generó los grandes cambios. Por eso, además, propició que se definiera el nuevo diseño económico social y político que venía a constituir garantía para las grandes masas y expresaba el hacer del Estado para el aseguramiento de esas condiciones por igual para todos sus ciudadanos. Incluso, la propia inserción en la comunidad socialista, tuvo su referente

⁵² La historia de la constitución cubana de 1976 empieza en [1972](#) cuando se crea la Comisión de Estudios Jurídicos del Comité Central del Partido Comunista de Cuba, para buscar las bases para redactar una nueva constitución. El [22 de octubre de 1974](#), el [Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros](#) y el [Buró Político](#) del Partido Comunista de Cuba, en una reunión conjunta, adoptaron crear una comisión mixta del Partido y del Gobierno con el objetivo de preparar y redactar un anteproyecto de constitución. La comisión redactora quedó constituida el [23 de octubre de 1974](#). El [15 de febrero de 1976](#), tuvo lugar la [consulta popular](#) con un resultado favorable a ambos documentos, ya que de un total de 5.717.266 electores, ejercieron el voto 5.602.973 para un 98% de asistencia a las urnas. De ellos 5.473.534 dijeron SI, o sea un 97,7% de los que votaron, y 54.070 dijeron NO, el 1%. Asimismo, 44.221 votaron en blanco (el 0,8%) y hubo 31.148 boletas anuladas (el 0,5%). No ejercieron su derecho al voto 114.293 electores (el 2%). El [24 de febrero de 1976](#), fue proclamada esta Constitución en acto solemne y público⁵ celebrado en el Teatro "Carlos Marx" en la ciudad de [La Habana](#).

⁵³ En esta época se promulgaron 94 leyes que desde una renovada visión abordaron las más disímiles esferas de la sociedad y en 1974 se comienza la experiencia en Matanzas de los Órganos Locales del Poder Popular.

constitucional, y fue expresión de garantía para el desarrollo ulterior de la soberanía, del diseño y del aseguramiento de los derechos⁵⁴.

En el órgano legislativo se concentra la soberanía popular y se consideró el primer garante de los derechos, pues era el único intérprete de la Constitución, y no el aparato de justicia, influencia del modelo francés al mecanismo de defensa de los derechos, por lo que no se previó control judicial de la constitucionalidad.

A partir de 1976, resultó una nueva organización del aparato político-estata, la cual, de conformidad con la noción imperante acerca de la unidad de poder, el medio para la realización de las competencias propias de los órganos del Poder Popular y la Administración, pero acompañado de una vieja práctica de concentración de funciones y centralización de las decisiones; fórmula que vino a ser la entendida como válida para proveer al aseguramiento de los derechos esenciales del hombre en la sociedad, incluso de aquellos que no podía aportar garantía cierta para su disfrute.⁵⁵

Vale subrayar que, dentro de las garantías institucionales a los órganos vinculados a la impartición de Justicia, que aun cuando se vinculan estrechamente, la Constitución los previó de manera diferenciada. El aparato de justicia se organizaba sobre nuevas bases que constituyeron garantías: como es lo relativo a los jueces legos y su carácter colegiado para todas las decisiones. Órganos aplicadores de la Ley, garantes del orden y la legalidad, de los derechos y no constructores de doctrina o creadores de Derecho⁵⁶, lo que vino a brindar seguridad en las reglas a aplicar, teniendo a la Constitución como normativa superior de su actuación. A partir de los años 80, paulatinamente se fue dejando de mirar a la Constitución como norma marco para la contrastación en reclamaciones de antinomias o como regla de aplicación directa para solución de conflictos en caso de vacíos⁵⁷, salvo casos excepcionales. Como garante por excelencia de la legalidad, a la vez que representante del Estado y acusador, se conformó la Fiscalía General de la República.⁵⁸

La noción con que se plasman las garantías específicas de los derechos imperante no fue la que tradicionalmente se había empleado, referida a los derechos individuales y políticos como las primarias y con el necesario acceso a la justicia como medio de defensa mediante procesos especiales para ellos diseñados, sino la de una pluralidad de medios para su aseguramiento. Así, se entendió como garantías de los derechos y libertades, a las condiciones materiales, políticas, ideológicas, así como los medios jurídicos, asegurados a cada ciudadano para su implementación práctica, los que le posibilitan disfrutar sus derechos y libertades constitucionales, que no se limitan a lo plasmado constitucionalmente, sino que derivan y existen como resultado de la actuación del Estado y del sistema político, sujeto y a través de las leyes.

Desde el punto de vista de la técnica y la sistemática jurídica, en la regulación constitucional de 1976, se consignaron las garantías bajo el mismo título que los derechos y los deberes, expresando desde esta misma formulación la nueva lógica con que se asumían estas categorías, en estrecha interacción.

Algunos derechos se expresaron como garantía para el ejercicio o defensa de los mismos, como es el caso del derecho a la reclamación y a la obtención de reparaciones y, en especial, el del derecho a dirigir quejas⁵⁹. El primero, que debiera ser el cauce del acceso a la vía judicial para reclamarle responsabilidad a la Administración Pública, es totalmente ineficaz por las limitaciones introducidas

⁵⁴Ver Prieto Valdés, Martha. Conferencia en Evento Nacional de Derecho Constitucional, febrero 2016. Publicado en Matilla Correa Andry (Coordinador). *La Constitución cubana de 1976; 40 años de vigencia*, Editorial UH-UNIJURIS, La Habana, 2016.

⁵⁵ Ver Artículo 8. De la Constitución cubana de 1976.

⁵⁶ Ver. Artículo 123 de la Constitución cubana de 1976.

⁵⁷ Ver. Prieto Valdés, Martha: En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976, en *Revista cubana de Derecho* No. 31, enero- julio 2008, UNJC, La Habana, Pág 5-18.

⁵⁸ Ver. Artículo 130.

⁵⁹ Ver Artículo 26.

mediante la ley procesal de 1977, que exige la declaración previa de la Administración superior afirmando el carácter indebido de la actuación lesiva del inferior.

El segundo⁶⁰ ha sido el medio por excelencia empleado para dirigir reclamaciones, hacer denuncias, defender derechos o presentar descargos, ante los órganos de la Administración, e incluso ante los órganos del Poder Popular y los del Partido Comunista de Cuba, ante la carencia total de vía expedita y que con inmediatez –como regla- detenga u obligue la actuación administrativa para evitar mayores lesiones o amenazas; ante las reiteradas limitaciones de acceso a la justicia o ausencia de procedimiento judicial. Esta institución se ha empleado también ante la Fiscalía General de la República, que actuará en caso de violaciones de la legalidad, con el mandato de restablecerla. No obstante, la eficacia de actuación de la Fiscalía, y su Dirección de Protección de los Derechos ciudadanos en el control de la legalidad de las actuaciones de la Administración; los fiscales y los delegados o diputados del Poder Popular no pueden subrogarse en lugar y grado de la entidad vulneradora para adoptar con la urgencia requerida la decisión que reconozca, restituya o indemnice, según sea el caso, aunque sus determinaciones en esta esfera debiesen considerarse un mandato ineludible.

De manera inexplicable en el capítulo de los derechos, deberes y garantías se inscribió una institución cuya función, es todo lo contrario a garantizar, sino que existe como medio de delimitar los derechos patrimoniales. Es el caso de la confiscación en su carácter de sanción administrativa⁶¹ del no reconocido expresamente derecho de propiedad. Pudo haber sido una formulación garantista si se hubieran estipulado de manera expresa las reglas precisas para la imposición de la sanción y la exigencia de la judicialización de tal decisión. A mi juicio, es más bien un aviso de posible actuación de la Administración pública, por tanto, no debiera estar previsto en este capítulo de los derechos y sus garantías.

Antes de referir las garantías de los derechos civiles personales, vale recordar la noción sobre los que se asentaron, que no admitió su ejercicio contra o enfrentado al aparato de poder, y menos aún con carácter absoluto, lo que marcó la formulación de las primeras. El desarrollo posterior quedó encargado a leyes ordinarias, que aún hoy no se ha adoptado, aunque sí se fijaron los límites del ejercicio de los mismos en la letra constitucional, no para asegurar el derecho, sino el diseño político imperante. Es el caso de la imposibilidad de oponer la creencia religiosa a la Revolución, a la educación o al cumplimiento de los deberes de trabajar, defender la patria con las armas, reverenciar sus símbolos y los demás deberes establecidos por la Constitución. Este precepto, en ocasión de la reforma constitucional de 1992, sufrió un cambio esencial, llegando realmente a constituir expresión de una nueva garantía para el ejercicio de la libertad de culto religioso.

El control de las normas que pudieran violar esta Constitución se le atribuyó únicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular complementada con el Reglamento de este Órgano de 18 de julio de 1977.⁶² En el mismo se refrendaba, también, en sus artículos 70 y 71 la participación de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos durante el proceso de producción legislativa.

Este reglamento resultó modificado en 1982 y en 1996 y en este último no se estableció nada respecto al ejercicio del Control Constitucional y la técnica legislativa, solo en sus artículos 69 y 70 se refirió a la revisión de concordancia con la Constitución del proyecto de ley que tiene que hacer la referida comisión. Este silencio normativo tuvo que ver con el Acuerdo IV-57 que se promulgó el 25 de diciembre de 1996 de la Asamblea Nacional del Poder Popular y que encomendaba a los

⁶⁰ Ver Artículo 62.

⁶¹ Ver artículos. 57 y 58 (1).

⁶² Capítulo VIII sobre el modo de decidir acerca de las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, decretos- leyes, decretos y demás disposiciones normativas.

organismos correspondientes elaborar el proyecto de ley que regulara esta materia, propuesta que nunca se materializó, hasta la actualidad.

Es justo señalar que en la década del noventa se presentó una extrema crisis económica en el país y una elevadísima carestía de la vida, que acompañadas de la casi total ausencia de recursos estatales para asegurar con calidad los derechos sociales, y de las medidas restrictivas de los derechos adoptadas para salir de la crisis que permanecieron en demasía, se afectaron no solo derechos laborales, económicos, de disfrute, e incluso la materialización plena de la igualdad, así como los medios para la recreación y esparcimiento de la población.

A modo de conclusión podemos resumir que en materia de derechos y garantías la Constitución actual tiene las siguientes limitaciones:

-Asume una forma disgregada, al establecerse en el Capítulo VII dedicado a los derechos, deberes y garantías fundamentales, puede entenderse que solo se consideran derechos fundamentales los recogidos en los artículos 45 y 66.

-Carece de la llamada cláusula abierta de los derechos y libertades, que indica el carácter progresivo de estos y la posibilidad de incorporar otros nuevos, posibilidad que sí fue recogida en las Constituciones de 1901 y 1940.⁶³

-El texto no contiene garantías jurisdiccionales, no obstante el rico precedente histórico que hemos demostrado y el desarrollo del tema en el derecho procesal internacional y las oportunidades procesales existentes en las dos modificaciones realizadas.

-Las reformas constitucionales realizadas en 1992 y 2002 no tuvieron en cuenta los derechos de los ciudadanos ante el poder, los derechos del poder ni el control del poder.

-Carácter limitativo del Artículo 26 al relacionarse con la legislación ordinaria, específicamente con el Artículo 658 de la ley procesal civil, que restringe su aplicación a las materias civil y administrativa.

-El derecho de queja que se instituye en el Artículo 63 carece de la legislación ordinaria que lo materialice y desarrolle.

-La Constitución no reconoce expresamente una vía judicial especial para la defensa de los derechos que consagra en su articulado y los mecanismos existentes son fragmentarios y desprovistos de una sistemática adecuada. Sin embargo el Artículo 4 inciso c) de la Ley No. 82 de 1997 de los Tribunales Populares preceptúa que: La actividad de estos tiene, entre sus principales objetivos, el amparar la vida, la libertad, la dignidad, las relaciones familiares, el honor, el patrimonio y los demás derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Lo antes expuesto ha caracterizado a grandes rasgos la vida constitucional del país, que como se aprecia en materia de derechos y garantías, debía ser más efectiva y por tanto debe profundizarse respecto a: que la Constitución sea asumida como la norma superior del Estado y la Sociedad y por tanto debe tener aplicación directa por los Tribunales de justicia; reglamentar el control político de la constitucionalidad y la legalidad concentrada en la Asamblea Nacional del Poder Popular que asegure el ordenamiento posterior y coherente de sus preceptos; que el control constitucional asegure la eficacia directa de los derechos constitucionales y se garantice su materialización a través de una ley de desarrollo.

El 2 de junio del año 2018, la Asamblea Nacional del Poder Popular acordó iniciar el proceso de Reforma Constitucional y creó una Comisión integrada por 33 diputados para elaborar el anteproyecto de la nueva Constitución de la República. El 22 de julio de 2018, se analizó la primera versión del proyecto y se acordó someterla a consulta popular con toda la población.

La que se realizó del 13 de agosto al 15 de noviembre de 2018.

⁶³ Ver artículos 36 de la Constitución de 1903 y 40 de la Constitución de 1940.

El 22 de diciembre del referido año la Asamblea Nacional del Poder Popular aprobó la nueva Constitución y se sometió a referendo el 24 de febrero de 2019.⁶⁴

La Constitución fue proclamada en sesión extraordinaria de la Asamblea Nacional del Poder Popular el 10 de abril de 2019, el lenguaje empleado se corresponde con la realidad política, económica y social y sus contenidos confieren mayor flexibilidad, perdurabilidad, seguridad y aplicabilidad de la Constitución. Se reafirma el carácter socialista de nuestro sistema político, económico y social cubano, así como el papel rector del Partido Comunista de Cuba, se incorpora el concepto de Estado Socialista de Derecho, a fin de reforzar la institucionalidad y el imperio de la ley, dentro de ello, la supremacía de la Constitución.

El sistema económico que se refleja mantiene como principios esenciales la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de propiedad y la planificación, a lo que se añade el reconocimiento del papel del mercado y de nuevas formas de propiedad no estatal, incluida la privada.

De manera singular destaca el desarrollo de una amplia gama de derechos a tono con los instrumentos internacionales de los que en esta materia Cuba es parte. Resaltan los relativos al derecho a la defensa, el debido proceso, la participación popular y se reformulan los económicos y sociales, en particular el de la salud y la educación, los que se mantienen como función del Estado y con carácter gratuito. El contenido del derecho de igualdad adquiere mayor desarrollo al incorporar a los ya existentes (color de la piel, sexo, raza, etc.) la no discriminación por género, identidad de género, orientación sexual, origen étnico y discapacidad.

Establece la posibilidad de que las personas puedan acudir a los tribunales para reclamar la restitución de sus derechos o la reparación o indemnización por los daños o perjuicios generados por la acción u omisión de los órganos, directivos, funcionarios o empleados del Estado, en el ejercicio indebido de sus funciones. La ley establece la pertinencia y el procedimiento preferente, expedito y concentrado para su cumplimiento.

Es justamente el contenido de este Artículo 99 el que ha motivado nuestro trabajo, pues nos obliga a recorrer la historia transitada desde el punto de vista constitucional en Cuba, para que la nueva Constitución resguarde de forma efectiva los derechos y garantías de nuestros ciudadanos, partiendo del legado histórico que hemos demostrado en nuestras raíces patria y atemperándolas a la realidad actual, con una visión holística y transformadora.

2.1 La arquitectura normativa del Artículo 99 de la Constitución cubana

La importancia que reviste para la preservación del diseño económico, social y político democrático de cualquier país, el aseguramiento de la supremacía del texto y la integridad del orden constitucional en su conjunto, así como para la garantía de los derechos fundamentales, el control de constitucionalidad tiene que ser materia expresa en cualquier constitución.

El Artículo 99 de la nueva Constitución de la República, preceptúa: La persona a la que se le vulneren sus derechos consagrados en esta Constitución y, como consecuencia sufiere daños o perjuicios por órganos del Estado, sus directivos, funcionarios o empleados, con motivo de la acción u omisión indebida de funciones, así como por particulares o por entes no estatales, tienen derecho a reclamar ante los tribunales la restitución de los derechos y obtener, de conformidad con la ley, la correspondiente reparación o indemnización.

La ley establece aquellos derechos amparados por esta garantía, y el procedimiento preferente, expedito y concentrado para su cumplimiento.

⁶⁴ De 8 millones 705 mil 723 ciudadanos con derecho al voto, lo ejercieron 7 millones 848 mil 334 para el 90,15% de participación

Como se aprecia se necesita una ley de desarrollo para lo preceptuado en este artículo que es la génesis de nuestro trabajo, por su novedad e importancia para el sistema de tribunales.

2.2 Propuesta de aspectos para configurar el Amparo Constitucional para Cuba.

1- El proceso debe estar informado por los principios de: a) Principio de celeridad y economía procesal; b) Aplicabilidad Directa de la Constitución; c) Principio de protección o tuitivo; d) Principio de iniciativa de parte; e) Formalidad condicionada; f) Principio de Relatividad de la Sentencia; i) Principio de Exclusividad del Derecho Constitucional

2- El diseño procesal debe ser concebido en una ley procesal de tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales y en correspondencia con ello debe establecer que:

La demanda: podrá ejercitarse de manera escrita u oral y las formalidades que las normas establecen para ella se deben condicionar a la eficacia de la acción de tutela, no restringiendo el acceso a la justicia constitucional cuando las deficiencias formales sean subsanables o sujetas a convalidación.

Competencia: Son competentes para conocer de la acción de tutela constitucional los jueces de primera instancia de las Salas de Tutela de Derechos constitucionales que se creen, que a nuestro juicio deben ser a nivel provincial, con excepción de la tutela de hábeas corpus, el que de manera especial solo se sustanciará en sede penal y una Sala en el Tribunal Supremo Popular.

Composición de las Salas: Tanto a instancia provincial como a nivel del Tribunal Supremo estas Salas deben estar integradas solo por jueces profesionales dado la naturaleza de los asuntos para los que son competentes, deben tener tres jueces especializados en la materia constitucional y ampliarse con el resto de los presidente de Salas a su nivel, lo que propiciaría una integralidad superior de conocimientos, dado la diversidad de los asuntos que deben presentarse.

Tramitación: El proceso de tutela constitucional deberá ser un proceso expedito, sumario, breve, sencillo, oral, concentrado y contradictorio. El juez deberá sin dilación, notificar al fiscal, convocar a audiencia, en la que se contestará la demanda y se practicarán las pruebas.

Desistimiento: Se admite el desistimiento entendiéndose desestimada la pretensión del actor, y se puede configurar de manera expresa o tácita cuando el actor por causas no justificadas no comparece a la audiencia, lo que pone fin al proceso mediante auto fundado.

Práctica de pruebas: El juez deberá disponer las diligencias necesarias para que quede probado las alegaciones de las partes, practicando las pruebas en la audiencia o en caso necesario, nombrando comisión para recolectar el material probatorio necesario.

Régimen cautelar: Es aplicable un régimen cautelar que se sustancia dentro del proceso y que tiene como presupuestos la inminencia de la violación de los derechos y la gravedad del daño. El demandante en base a estos presupuestos puede interesar la suspensión de los efectos del acto violatorio.

Resolución judicial definitiva: El proceso debe resolverse con el dictado de la sentencia, la cual en un plazo sumarísimo se debe otorgar por escrito y fundamentada.

Recurribilidad: En principio las resoluciones definitivas son recurribles ante una segunda instancia, en este caso el Tribunal Supremo Popular.

Efecto de Cosa Juzgada: Es un efecto del proceso que individualiza la pretensión concreta en cuanto a los elementos objetivos y subjetivos. No limita el acceso a la justicia constitucional, por cualquier otra violación que incurra el demandado contra el accionante.

Prescripción de la acción para demandar: Dado los derechos y garantía que se protegen, no debe prescribir, mientras se mantenga su violación o riesgo.

Ejecutoriedad: El Tribunal que radique el asunto es el encargado de la ejecución de las decisiones que en esta materia se dicten y que deben tener efectos inmediatos.

Las sentencias que se generen como resultado de una acción de tutela constitucional producen efectos *inter partes*, decretando la inaplicabilidad de la norma o acto (acción u omisión) lesiva de los derechos constitucionales del actor.

Los Tribunales, por conducto de las vías legalmente establecidas y mediante una resolución fundada; podrán solicitar a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular la valoración de constitucionalidad de la norma que previamente se decretó inaplicable por inconstitucionalidad al caso concreto.

Se mantiene el control de la constitucionalidad de las leyes en la Asamblea Nacional del Poder Popular, pero debe legitimarse su procedimiento en el Reglamento de su funcionamiento.

CONCLUSIONES

- El Amparo constitucional, es el procedimiento de carácter jurisdiccional, extraordinario y de gran flexibilidad formal para la protección de los derechos consagrados constitucionalmente, tendente a lograr el restablecimiento de los mismos de una manera efectiva e inmediata.
- Preferimos considerar al Amparo como un proceso constitucional autónomo, ya que el término, proceso, es íntimamente en el espacio jurídico como en toda relación, tanto social como en la naturaleza, una serie o sucesión de actos por los cuales se llega a un resultado que no es más que la resolución de los conflictos relativos a los derechos fundamentales, con el objeto de reparar las violaciones de los mismos.
- La naturaleza jurídica del Amparo está dada en su carácter de proceso especial con naturaleza RESTABLECEDORA O RESTITUTORIA, al dárseles poder al Juez para restablecer de inmediato la situación jurídica infringida, de forma inmediata, porque, aunque existen otras vías, estas no son de restablecimiento inmediato, y el propósito de declarar con lugar una acción de amparo, esta debe tener efecto extraordinario e inmediato.
- El Amparo se informa en los principios de: celeridad; instancia de parte; relatividad de la sentencia y exclusividad del Derecho Constitucional.
- Su origen se ubica en México y es hoy día una institución recogida en la mayoría de las constituciones nacionales como se demuestra en más de 15 países estudiados, así como en instrumentos jurídicos internacionales.
- En Cuba el Amparo tiene raíces históricas en nuestro país que datan del proyecto constitucional de JOAQUÍN INFANTE de 1810, el cual no fue aprobado, pero que en fecha tan temprana como en 1901 se plasmó en la Constitución y se mantuvo en la de 1940.
- Que las primeras sentencias de procesos de inconstitucionalidad en Cuba datan de 1903 y que son conservadas en el archivo del Tribunal Supremo Popular, constituyendo un patrimonio documental histórico de la institución, que debe informatizarse para su preservación.
 - La constitución de un Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales en Cuba desde 1903, mediante una Sala dentro del propio Tribunal Supremo, constituye un aporte de Cuba a la jurisdicción única y a la jerarquía que siempre se la ha reconocido a la norma constitucional y con ello a la función judicial.
 - Los mecanismos de control constitucional y la estructura que a través de la historia prerevolucionaria se adoptó en Cuba, son las raíces más autóctonas de nuestra historia constitucional y no merecen ser olvidadas y despreciadas, porque quienes ostentaron el poder, la usaron contra la propia Constitución y las garantías del pueblo, nos corresponde a nosotros rescatarlas y darles su verdadera naturaleza jurídica.
- Que el proceso de reforma constitucional haya coincidido con el año en que el Sistema de Tribunales arribó a su 45 Aniversario y que en la Constitución se potencialice la intervención judicial como su máximo guardián, constituye

un catalizador y fertilizante inestimable para los que nos desarrollamos en la hermosa tarea de impartir justicia.

- El control judicial de la Constitución se instrumenta en el Derecho procesal constitucional que tiene sus bases fundamentales en la jurisprudencia como fuente de Derecho Constitucional.

-Una vez más coincidimos con nuestra profesora Martha Prieto Valdés que debemos aprovechar del pasado para instrumentar el presente, en tal sentido debe establecerse el control judicial de la Constitución desde una Sala de Garantías Constitucionales a las instancias provinciales y del Tribunal Supremo Popular.

-Los aspectos que proponemos para el esquema del control constitucional pueden constituir pautas para enriquecer el debate en cuanto al perfeccionamiento de su diseño y conformación legislativa.

RECOMENDACIONES

- 1- Que en el plan de estudio de la Escuela de Formación Judicial para los próximos años se incluyan los temas relacionados con el Control Constitucional en Cuba.
- 2- Que dentro de los temas que conformen el banco de problemas científicos del Sistema de Tribunales, se incluya la necesidad de preservación y conservación de la archivística judicial del país, donde se atesoran las pruebas más convincentes de nuestro control judicial constitucional.
- 3- Que en la estrategia de Comunicación Institucional se incluya la divulgación del Control Constitucional en la Historia Constitucional de Cuba y sus aportes al constitucionalismo en el continente e insertarlo con las nuevas funciones que nos serán atribuidas como muestra de confianza y respeto en los jueces y magistrados.
- 4- Que los antecedentes recopilados en el presente trabajo y la propuestas para el diseño del control judicial constitucional, sean tomados en cuenta por los grupos de trabajo que tendrán a su cargo la propuesta de las nuevas legislaciones derivadas de la Constitución de la República recién aprobada.
- 5- Aportar en soporte digital la bibliografía utilizada para la confección de este trabajo, los datos estadísticos sobre el estudio histórico realizado, recopilación de sentencias sobre control judicial constitucional y las leyes de Amparo judicial establecidas en Latinoamérica a la Escuela de Formación Judicial y al Centro Nacional de Información Judicial.
- 6- Aportar a la Secretaría de Gobierno del Tribunal Supremo Popular en soporte digital el contenido de las cinco sentencias dictadas por la Sala de lo Constitucional y Social del Tribunal Supremo en el año 1903 como valor patrimonial de la institución conservado.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR ÁLVAREZ Y DE ALBA, HORACIO: El Amparo contra leyes, Editorial Trillas, México, 1990.

ALCÍVAR SANTOS, ORLANDO: *Comentarios a la Constitución Política del Estado, (La Asamblea Itinerante)*, Guayaquil, Offset Abad, 1998.

ÁLVAREZ MOLINA, MARIANELLA: La tutela de los derechos fundamentales en Costa Rica por medio del recurso de amparo, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2007.

ÁLVAREZ TABÍO, FERNANDO: *Comentarios a la Constitución Socialista*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975.

_____: *Comentarios a la Constitución socialista*, Primera reimpresión, Edit. Pueblo y Educación, La Habana, 1988

_____: *El Recurso de Inconstitucionalidad*, Edit. Librería Martí, La Habana, 1960;

- _____: "La interpretación de las leyes", en *Política y Legalidad*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1977
- ANDRY MATILLA CORREA (Compilador), Colectivo de autores, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y UNJC, La Habana, 2012
- ARAGÓN M., "El Control como elemento inseparable del conceptode Constitución", en *Revista española de Der. Constitucional*, CEC, Madrid, 1987;
- ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO: *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia Derechos Humanos, 2008.
- BELLO, TABARES; HUMBERTO ENRIQUE, TERCERO Y JIMÉNEZ RAMOS, DORGI DORALYS: *La acción de amparo Constitucional y sus modalidades judiciales*, Ediciones Libres, Caracas, Venezuela, 2006.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Ediar. Buenos Aires, 1995.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J: *La interpretación y el control constitucional es en la jurisdicción constitucional*, Editorial. Buenos Aires, 1987.
- BOBBIO, NORBERTO: *La era de los derechos, en el tercero ausente*, Milán, Cátedra, 1997.
- BREWER-CARIAS, ALAN R.: *Ensayo de síntesis comparativa sobre el régimen del amparo en la legislación latinoamericana*, Bogotá, 2008.
- BURGOA, IGNACIO. "Derecho Constitucional Mexicano". Editorial Porrúa, México, 1973.
- CARRASCO DURÁN, M.: *El concepto constitucional de recurso de amparo*, en REDC, no. 15, septiembre-diciembre de 2002.
- CASCAJO CASTRO, JOSÉ y GIMENO SENDRA, VICENTE. *El recurso de amparo*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España. 1985.
- CASTRO LORÍA, JUAN CARLOS. *Recursos de Amparo y Habeas Corpus (Análisis Comparativo)*. Editorial Juritexto, San José, C.R. 1993.
- CHACÓN de MACHADO, JOSEFINA; GUTIÉRREZ de COLMENARES, CARMEN MARÍA. *Introducción al Derecho*. 2da Edición, IDEA, Guatemala, 1992.
- COLINA ORTEGA, IRINA y LISSETTE PÉREZ HERNÁNDEZ: *La queja como control constitucional de los derechos y garantías fundamentales en Cuba*, en Ferrer Mac-Gregor y Matilla Correa (coordinadores), *Homenaje cubano al profesor Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Unijuris, México, 2012.
- Constitución y Justicia Constitucional/Apuntamientos*. Publicación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Primera impresión, Guatemala, 2005.
- CORDÓN AGUILAR, JULIO CÉSAR. "El Tribunal Constitucional de Guatemala". Publicación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2009.
- Constituciones de la República de Cuba*, Academia de la Historia de Cuba, Artes Gráficas, S.A., La Habana, 1952.
- CUTIÉ MUSTELIER, DANELIA y JOSEFINA MÉNDEZ LÓPEZ: *Derechos y garantías judiciales en Cuba. Notas para una propuesta procesal en escritos sobre Derecho procesal constitucional*, en Ferrer Mac-Gregor y Matilla Correa (coordinadores): *Homenaje cubano al profesor Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Unijuris, México, 2012.
- EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. *Los tribunales constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*. Fundación Konrad Adenauer / Centro Interdisciplinario sobre el Desarrollo Latinoamericano. Buenos Aires, Argentina. 2000.
- FERNÁNDEZ ROCA, CYNTHIA, Coordinadora. *Desafíos actuales de la justicia penal, Proceso de Fortalecimiento del sistema de justicia, avances y debilidades noviembre 2008-octubre 2011*. Asociación de Investigación y Estudios Sociales –ASIES-. Guatemala, 2011.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: *Los orígenes del control de la constitucionalidad y del juicio de amparo en el constitucionalismo mexicano de la primera mitad del siglo XIX. El impacto del voto particular de Don Mariano Otero*, Editorial, Porrúa, México, D.F. 2006.

- FERRAJOLI, LUIGI: Derechos fundamentales y derechos patrimoniales, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- _____: *Derechos y garantías, la Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2000.
- FERRARI YAUNNER, MAJELA: Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba (tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas), Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.
- FERRER MAC-GREGOR y VILLAVELLA ARMENGOL CARLOS MANUEL (Coordinadores): *Fundación de Derecho, Administración y Políticas Públicas*, S.A, México, 2012.
- FIGUERELO, ÁNGELA: *El derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, primera edición, Bosch, Barcelona, 1994.
- FIX ZAMUDIO, HÉCTOR y EDUARDO FERRER MC-GREGOR (coordinadores): *El derecho de amparo en el mundo*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- FIX ZAMUDIO, HÉCTOR: *El amparo iberoamericano (Estudio de Derecho procesal comparado) en el juicio de amparo*, Editorial Porrúa, México, 1964.
- FLORES JUÁREZ, JUAN FRANCISCO: *Inconstitucionalidad y otras competencias. Recopilación de las conferencias dictadas en los seminarios de difusión, divulgación y actualización de la justicia constitucional. Corte de Constitucionalidad*. Guatemala, 1998.
- GARCÍA LAGUARDIA, JORGE MARIO. *Breve Historia Constitucional de Guatemala*. Editorial Universitaria. Guatemala 2010.
- GARCÍA LAGUARDIA, JORGE MARIO. *La Defensa de la Constitución*. Prólogo de Héctor Fix-Zamudio. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Guatemala, Editorial de la FCJS de la USAC, 1983.
- GONZÁLEZ PILOTO, LUISIS: "El Amparo Constitucional como Garantía de los Derecho", *Revista Justicia y Derecho* No. 26, año 14, junio de 2016.
- GREGORIO PECES-BARBA: *Las garantías de los derechos*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999.
- GUANCHE, JULIO CÉSAR y JULIO ANTONIO FERNÁNDEZ: "Derechos y garantías en Cuba: fundamentación y propuesta" (ponencia), SELA, 2013.
- GUASTINI, RICCARDO: *Estudios de teoría constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México / Fontamara, 2001.
- GUDIÑO PELAYO, JOSÉ de JESÚS: *Problemas fundamentales del amparo mexicano*. ITESO, México, D.F. 1991.
- GUZMÁN HERNÁNDEZ, MARTÍN RAMÓN: *El amparo fallido*, Corte de Constitucionalidad, 2ª Edición, Guatemala, 2004.
- JÁUREGUI MENESES, ALEJANDRO. "Procedencia de una acción de amparo planteada en contra de un acto de autoridad que conlleva la emisión de una disposición de carácter general, Sus incidencias y consecuencias. Análisis del caso", Guatemala, 1997, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar.
- KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.
- KESTLER FARNÉS, MAXIMILIANO: *Introducción a la teoría constitucional guatemalteca*. Centro Editorial José De Pineda Ibarra, 2ª edición, Guatemala, C.A., 1964.
- LANDA CÉSAR: "El Proceso de Amparo en América Latina". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XVII, Konrad Adenauer Stiftung. Montevideo, 2011.
- López Ulloa, Juan Manuel: *La Cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho Español*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, España, 2000.
- Los derechos constitucionales y sus garantías. De nuevo a la carga en pos de su aseguramiento», en Ferrer Mac-Gregor y Matilla Correa (coordinadores): *Homenaje cubano al profesor Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Unijuris, México, 2012.

- Lösing, Norbert. "La Jurisdicción Constitucional en México", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Konrad Adenauer Stiftung. CIEDLA. Edición 1999. Argentina.
- MARTÍNEZ PARDO, VICENTE JOSÉ: «Principios del amparo», en *www.grupo.emagister.com* [consulta: 3-4-14].
- MATILLA CORREA y FERRER MAC-GREGOR: Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho escritos sobre Derecho Procesal Constitucional, Instituto Mexicano de Investigaciones Jurídicas UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, UNIJURIS, Facultad de Derecho Universidad de La Habana, 2012.
- MEJICANOS JIMÉNEZ, MANUEL de JESÚS: "Análisis comparativo de la Acción Constitucional de Amparo en el Código Procesal Constitucional del Perú y la Acción Constitucional Homónima en Guatemala". Documento proporcionado por el propio autor, Guatemala, 2013.
- MEJICANOS JIMÉNEZ, MANUEL de JESÚS. "La Inconstitucionalidad de Leyes, Reglamentos y Disposiciones de Carácter General en el Ordenamiento Jurídico Guatemalteco, Análisis Sobre La Acción, El Proceso y La Decisión de La Inconstitucionalidad Abstracta" en Opus Magna Constitucional Guatemalteco, Instituto de Justicia Constitucional, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2010.
- MENDOZA DÍAZ, JUAN Y MARÍA ISABEL NUQUES MARTÍNEZ: "El derecho a la tutela judicial efectiva: una visión desde Ecuador", en: *El Derecho Procesal y los retos de la contemporaneidad*; Dirección de Publicaciones de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Guayaquil, 2017.
- MERINO BRITO, ELOY G.: El recurso de inconstitucionalidad, Cultural, S. A., La Habana, 1938.
- MONROY GÁLVEZ, JUAN: Introducción al Derecho Procesal Civil, Editorial Temis, Tomo I, Bogotá, Pág. 207.
- MORALES CASTRO, SAMUEL: Transexualidad y reasignación de sexo. Reflexiones sobre la jurisprudencia cubana (inédito).
- NARVÁEZ, JOSÉ RAMÓN: Historia social de defensa de los derechos en México. El origen del juicio de amparo en la Península de Yucatán, SCJN, México, 2007.
- PÉREZ TREMP, P.: *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PISARELLO, GERARDO: Los derechos sociales y sus garantías, Madrid, Trotta, 2007, Pág. 111.
- PRIETO VALDÉS, MARTHA: "El Derecho, la Constitución y su interpretación", en Pérez Gallardo, L. B., (coord.) *Perspectiva del Derecho Cubano Actual*, tomo I, 1ª ed., Reus, Madrid, 2006;
- PRIETO VALDÉS, MARTHA: "Las funciones de la Constitución", en *Revista Jurídica*, Año 5 no. 9, MINJUS, La Habana, enero-junio 2004.
- PRIETO VALDÉS, MARTHA: Conferencia en Evento Nacional de Derecho Constitucional, febrero 2016. Publicado en MATILLA CORREA ANDRY (Coordinador). La Constitución cubana de 1976; 40 años de vigencia, Editorial UH-UNIJURIS, La Habana, 2016.
- PRIETO VALDÉS, MARTHA: "El control de constitucionalidad en Cuba ¿Qué aprovechar del pasado para instrumentar el presente?" Revista electrónica de Estudios Jurídicos, Cubalex, Editorial UNIJURIS, No. 33, año 16, Tercera Época, La Habana, Cuba, 2013
- PRIETO VALDÉS, MARTHA: En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976, en Revista cubana de Derecho No. 31, UNJC, La Habana, enero-julio 2008, Págs 5-18.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, ELVITO A.: *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Grijley, 1997.
- ROLLA, G.: *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México D. F. [s.a.]. 151- 152

- SAGREBELSKI, GUSTAVO: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO: *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, 4ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- SALGADO PESANTES, HERNÁN: *De las Garantías de los Derechos. En: Chiriboga Zambrano, Galo y Salgado Pesantes, Hernán, "Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana"*, Quito, ILDIS, 1995.
- SERRANO ROBLES, ARTURO: *"El Juicio de Amparo en General y las Particularidades del Amparo Administrativo"*. En *"Manual del Juicio de Amparo"*, 2ª Edición, México, Editorial Themis, 1999.
- Tribunal Supremo Popular: Apuntes para una historia, Memoria Judicial VII*, La Habana, 2017, Pág. 41.
- VILLABELLA ARMENGOL, CARLOS MANUEL: *La jurisdicción de la Libertad en el Derecho Constitucional cubano*, FUNDA, México, 2012.
- ZAGREBELSKY y otros: *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1994.
- ZARCO FRANCISCO: *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, México, 1956.
- ZAVALA EGAS, JORGE, ZAVALA LUQUE JORGE, ACOSTA ZAVALA, JOSÉ F.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Edilex S.A., Quito, 2012.

DOCUMENTOS POLÍTICOS:

- Acuerdo del Consejo de Ministros y del Buró Político del PCC, de 22 de octubre 1974", *Algunas consideraciones sobre el anteproyecto de Constitución"*,
- CASTRO RUZ, R., "Discurso de en el Acto de proclamación de la Constitución" en *Revista Cubana Derecho*, años 5, N° 11, La Habana, 1976;
- Informe Central al Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba.

FUENTES LEGALES:

- Constitución de 1901 y 1940 en Barreras, A. *Textos de las Constituciones de Cuba*. Edit. Minerva, La Habana, 1940.
- Ley Fundamental de 1959, en Folletos de Divulgación legislativa, N° II, Edit. Lex, La Habana, 1959;
- Ley de Transito Constitucional de 1976, MINJUS.
- Constitución de la República de Cuba de 1976, ref. en GOE N° 3, año CI, de 31 enero 2003.
- Constitución de la República de Cuba de 10 de abril de 2019.
- Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 1996, en PRIETO y PÉREZ, *Selección legislativa de Derecho constitucional cubano*, Edit. Varela, La Habana, 1999.

Um itinerário jusfilosófico da “diferença” e suas repercussões no campo do direito

A jusphilosophical itinerary of “difference” and its repercussions in the field of law

André Leonardo Copetti Santos¹
UNIJUÍ e URI/SA

Doglas Cesar Lucas²
UNIJUÍ e CNEC Santo Ângelo

Sumário: 1. Notas introdutórias; 2. Diferença e Pluralismo em Nietzsche e a abertura principiológica da pós-Modernidade; 3. O Pós-Estruturalismo e o Giro Pós-Metafísico; 4. O Pós-Modernismo e a Oposição às Grandes Narrativas; 5. 5. Considerações Finais: A Importância da Teorização da Diferença para a Política e para o Direito; 6. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente texto objetiva apresentar a teorização da diferença e sua importância na construção de novas narrativas e institucionalidades nos campos do direito e da política. O trabalho centra-se na análise do pensamento de Nietzsche, Derrida, Foucault e Lyotard, pensadores que desafiam as verdades modernas e denunciaram, cada um a seu modo, as precariedades e homogeneizações propagadas pela ideia e pela institucionalização de igualdade abstrata. A diferença é enaltecida como condição de possibilidade para a alteridade e para o reconhecimento e visibilidade das minorias que foram excluídas da proteção jurídica pelos processos majoritários que construíram a sua pertença negando a diferença do outro. A diferença insere-se definitivamente no direito e na política e requer seu estatuto próprio de proteção.

Palavras-chave: minorias; diferença; direitos humanos; modernidade; pós-modernidade.

¹ Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, 2014) e pós-doutorando pela Universidade de Santiago do Chile (USACH). Possui mestrado (1999) e Doutorado (2004) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1988). Atualmente é professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da URI, Santo Ângelo, RS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ, Ijuí, RS. Coordenador Executivo do PPGD/URISAN. Editor da Revista Científica Direitos Culturais. Membro fundador da Casa Warat Buenos Aires e da Editora Casa Warat. Livros e artigos publicados nas áreas de direito penal, direito constitucional, teoria do direito e ensino jurídico. Advogado criminalista.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (1998), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001), Doutorado em Direito pela UNISINOS (2008) e Pós-Doutorado em Direito pela *Università Degli Studi di Roma Tre* (2012). É professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijuí e professor no Curso de direito da Faculdade CNEC Santo Ângelo. Professor colaborador no mestrado e doutorado em Direito da URI. Editor da Revista Direitos Humanos e Democracia. É coordenador da Coleção Direitos Humanos e Democracia, publicada pela editora Unijuí. Avaliador do MEC/INEP. Advogado.

Abstract: This paper aims to present the theory of difference and its importance in building new narratives and institutionalities on the fields of law and politics. The work focuses on the analysis on the thought of Nietzsche, Derrida, Foucault and Lyotard, thinkers who defied modern truths and denounced, each in his own way, the precariousness and homogenization propagated by the idea and the institutionalization of abstract equality. The difference is enhanced as a condition of possibility for the otherness and for the recognition and visibility of minorities that were excluded from legal protection by majority processes that built their belonging by denying the difference of the other. The difference is inserted definitely on law and policy and requires its own protection statute.

Keywords: minorities; difference; human rights; modernity; postmodernity.

1. Notas Introdutórias

O presente texto possui dois objetivos centrais. O primeiro constitui-se no desiderato de prover os leitores de alguns elementos teóricos fundamentais para um melhor e mais fácil entendimento da academização que se desenvolveu a partir dos acontecimentos sociais emergidos desde os anos 60 do século passado, tendo como mote central a diferença. O segundo é o de destacar a importância que a teorização da diferença exerceu sobre os campos das razões teórica e prática política e jurídica.

A compreensão desse processo de teorização, construído sobre a ideia de diferença, é de fundamental importância para quaisquer aproximações que se pretenda, seja no plano teórico, seja no prático, das novas institucionalizações políticas e jurídicas que têm garantido novos espaços e mobilidades sociais a grupos minoritários ou hipossuficientes. Legislações contramajoritárias, ações afirmativas, direitos especiais a hipossuficientes, descapacitados, mulheres, dentre outras, são institucionalizações impossíveis sob uma perspectiva igualitária moderna, marcadamente abstrata, pois afrontam incisivamente um dos pilares do imaginário político e jurídico liberal: a ideia de igualdade, que, neste caso, restringe-se a um viés eminentemente formal.

Desde a revolução francesa fala-se da igualdade de todos os cidadãos; da submissão igualitária de todos frente à lei. A partir disso, numa instituição imaginária da sociedade, todos passam a ter o direito a que a lei não lhes seja aplicada arbitrariamente, mas nada se diz da igualdade de participação efetiva na formação das leis, nem tampouco no direito de todos a que sejam respeitadas suas diferenças. O resultado dessa fantasia igualitária moderna é que o tratamento dos indivíduos com uma total ignorância da diferença de seus desejos significa, utilizando Warat (1991, p.36), "ignorá-los e submetê-los a certos desejos institucionalmente triunfantes. Psicanaliticamente falando: ignorar que os outros são diferentes é aniquilá-los como seres com existência autônoma".

A igualdade moderna impôs uma sociedade individualista e administrativa, com uma clara intenção de que todos pudessem ser igualmente dominados por uma instância que lhes é superior. A uniformidade, a igualização e a homogeneização dos indivíduos facilitou o exercício do poder absoluto em vez de impedi-lo.

Repensar esse imaginário político jurídico liberal, importou, desde Nietzsche, em constituir uma forte crítica a uma ficção moderna que foi, e continua sendo, extremamente útil para processos artificiais de homogeneização social tendencialmente excludentes. Reconsiderar o lugar da igualdade, a partir de um novo lugar – o da diferença - importa em repensar o modo como a sociedade se constitui. Colocar em tensionamento igualdade e diferença cumpre a função crítica interrogativa sobre as formas particulares de discriminação do verdadeiro e falso, do normal e do patológico, do justo e do injusto, do lícito e do ilícito. Significa, em outras palavras, como diria Warat, um reposicionamento interrogativo acerca os modos como uma sociedade pode articular significativamente o poder, a produção de bens

materiais, a lei, o saber e a personalidade. A teorização da diferença abriu uma nova instância de significação com fortes repercussões no campo das razões práticas política e jurídica.

Para melhor compreender todo esse quadro teórico, é preciso, antes de mais nada, ter em conta que as teorizações da Modernidade, contra as quais se estruturaram as teorias do que poderíamos chamar pós-modernismo, se constituíram como grandes narrativas, grandes tradições de reflexão e pesquisa, como o iluminismo, o liberalismo ou o marxismo. As “grandes narrativas” ou teorias abrangentes, que caracterizam o viés metodológico moderno, tinham como pretensão fornecer os elementos para análise e elaboração de juízos de valor sobre qualquer fenômeno cultural como a literatura, a arte, a música, sistemas políticos, sistemas jurídicos, esportes, relações raciais etc. De modo bastante ilegítimo, poderíamos dizer, as grandes narrativas autoproclamam-se como fonte de soluções para todos os problemas sociopolíticos. Culturas inteiras poderiam e ainda podem ser vistas sob a lente de uma teoria abrangente, pois elas formam um paradigma, uma cosmovisão. Assim, artefatos culturais são testados em contraste com uma dada projeção do mundo como é, ou como deveria ser, construído. Tomando o iluminismo como exemplo, veremos que o seu “projeto” de mundo, ao buscar ativamente o progresso material e a libertação sociopolítica ilimitados, constitui-se numa irrefutável amostra de uma “grande narrativa” em ação.

As teorizações, por exemplo, que muitos insistem em aglutinar sob a denominação de multiculturalismo, mas que aqui preferimos caracterizar como construções teóricas cujo elemento fundante é a diferença em um sentido amplo, constituíram-se como reações e respostas teóricas a essas grandes narrativas, não se enquadrando no que poderíamos definir como tradição teórica. Na verdade, trataram, fundamentalmente, de afrontar essas grandes narrativas, colocando-as numa situação de crise como jamais ocorrera. Nesse aspecto, as “pequenas narrativas” da diferença estão mais próximas a microcosmos teóricos do que propriamente a grandes tradições.

Assim, os acontecimentos/movimentos sociais próprios dos anos 60, o que para alguns inaugurou o pós-modernismo, criaram as condições concretas do que viria a ser uma espécie de colapso das grandes narrativas, pois a potencialidade teórica analítica das teorias abrangentes da modernidade estava sucumbindo diante de fatos que escapavam a todos os modelos explicativos até então propostos. Disso decorreu, segundo o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos (2003), que as abordagens das ciências humanas e sociais convergiram para o campo transdisciplinar dos estudos culturais para pensar a cultura como um fenômeno associado a repertórios de sentido ou de significado partilhados pelos membros de uma sociedade, mas também associado à diferenciação e à hierarquização, no quadro de sociedades nacionais, de contextos locais ou de espaços transnacionais. A cultura, segundo ele, tornou-se, assim, um conceito estratégico central para a definição de identidades e de alteridades no mundo contemporâneo, um recurso para a afirmação da diferença e da exigência do seu reconhecimento e um campo de lutas e de contradições.

Assim, os movimentos “alternativos” dos anos 60, em sua reivindicação de uma nova “política da diferença”, encontram um aliado acadêmico bem particular no que se pode chamar “giro pós-moderno”, inicialmente denominado de “neoestruturalista”, mas majoritariamente “pós-estruturalista”, que protagonizou a filosofia francesa dos anos setenta e oitenta (Frank, 1989).

2. Diferença e Pluralismo em Nietzsche e a abertura principiológica da pós-Modernidade

Ainda que outros autores tenham se debruçado sobre o tema da diferença, tais como Heidegger, Derrida, Foucault e Deleuze, como veremos alguns deles mais adiante, foi Nietzsche quem inaugurou este deslocamento crítico do pensamento moderno. Para entendermos a importância da diferença e do pluralismo na sua obra e na modulação efetiva que tal proposta representou no pensamento ocidental, três elementos da sua reflexividade reclamam uma análise obrigatória: a função crítica da filosofia, as noções de sentido e interpretação e, por fim, a sua perspectiva genealógica de aproximação.

Segundo Nietzsche, a filosofia crítica tem dois movimentos inseparáveis: primeiro, referir valores a algo que seja, em primeiro lugar, como sua origem e que, posteriormente, decida seu valor. É aqui onde podemos ver a dupla luta de Nietzsche (2009) contra os que subtraem os valores à crítica, contentando-se em fazer um inventário dos valores existentes ou em criticar as coisas em nome dos valores já estabelecidos, luta dirigida contra Kant e Schopenhauer. Mas também contra os que criticam, ou respeitam, os valores fazendo-os derivar de simples fatos, de pretendidos fatos objetivos: os utilitaristas, “os sábios”. Em ambos os casos a filosofia nada no elemento *indiferente* do que vale em si ou do que vale para todos.

Nietzsche se lança, ao mesmo tempo, contra a elevada ideia de fundamento, que deixa os valores indiferentes à sua própria origem, e contra a ideia de uma simples derivação causal ou de um simples e plano início que propugna uma origem indiferente aos valores. Contra isto, Nietzsche cria o novo conceito de genealogia. Em sua concepção o filósofo é um genealogista, não um juiz do tribunal à maneira de Kant, nem um mecânico ao modo utilitarista. O filósofo é Hesíodo. Ao princípio da universalidade kantiana, assim como ao princípio da semelhança, grato aos utilitaristas, Nietzsche opõe o sentimento de diferença ou de distância (elemento diferencial). Segundo ele, ao analisar a genealogia, a dos valores, a fonte do conceito “bom”,

Foram os “bons” mesmos, isto é, os nobres, poderosos, superiores em posição e pensamento, que sentiram e estabeleceram a si e a seus atos como bons, ou seja, de primeira ordem, em oposição a tudo que era baixo, de pensamento baixo, e vulgar e plebeu. Desse *pathos da distância* é que eles tomaram a si o direito de criar valores, cunhar nomes para os valores: que lhes importava a utilidade!
(...)

O *pathos da nobreza e da distância*, como já disse, o duradouro, o dominante sentimento global de uma elevada estirpe senhorial, em relação com uma estirpe baixa, como um “sob” – eis a origem da oposição “bom” e “ruim” (Nietzsche, 1987, p. 21-22).

Para Nietzsche, genealogia quer dizer ao mesmo tempo valor da origem e origem dos valores. Genealogia se opõe tanto ao caráter absoluto dos valores como ao seu caráter relativo ou utilitário. Genealogia significa o elemento diferencial dos valores dos quais se desprende seu próprio valor. Genealogia quer dizer, pois, origem ou nascimento, mas também diferença ou distância na origem. Genealogia quer dizer nobreza e baixeza, nobreza e vilania, nobreza e decadência na origem. O nobre e o vil, o alto e o baixo, tal é o elemento propriamente genealógico ou crítico. Mas assim entendida, a crítica é ao mesmo tempo o mais positivo. O elemento diferencial não é a crítica do valor dos valores, sem ser também o elemento positivo de uma criação. Por este motivo a crítica não foi jamais concebida por Nietzsche como uma *reação*, mas como uma *ação* (Deleuze, 2008).

Dessa construção da genealogia, resulta em Nietzsche uma outra percepção teórica extremamente relevante e profundamente atual, com sérias e graves consequências no campo político e jurídico, que é a ideia do pensamento filosófico como um pensamento pluralista. Segundo Deleuze (2008), a filosofia de Nietzsche não se compreende enquanto não se tenha em conta seu essencial pluralismo. Em

Nietzsche, o pluralismo (também chamado empirismo) e a própria filosofia são a mesma coisa. O pluralismo é o modo de pensar propriamente filosófico, inventado pela filosofia: única garantia da liberdade no espírito concreto, único princípio de um violento ateísmo. Na ideia pluralista de que uma coisa tem vários sentidos, observamos a mais alta conquista da filosofia, a conquista do conceito verdadeiro, sua maturidade, e não sua renúncia nem sua infância, porque a valoração disto ou daquilo, o delicado ato de pesar as coisas e os sentidos de cada uma, a estimação das forças que definem em cada instante os aspectos de uma coisa e suas relações com as demais, tudo aquilo revela a arte mais alta da filosofia, a da interpretação, a da interpretação pluralista. Nesta perspectiva, uma coisa tem tanto sentido quanto as forças capazes de apoderarem-se dela. Mas a própria coisa não é neutra, e se acha mais ou menos em afinidade com a força que atualmente a possui. Assim, se denominará essência, contrariamente, entre todos os sentidos de uma coisa, àquele que lhe dá a força que apresenta com ela maior afinidade. Disso resulta que, partindo da ideia de que interpretar, e inclusive valorar, é pesar, a noção de essência não se perde nisto, mas adquire uma nova significação; porque todos os sentidos não vêm a ser o mesmo.

Para ele, nunca encontraremos o sentido de algo (fenômeno humano, biológico ou inclusive físico), se não sabemos qual é a força que se apropria da coisa, que a explora, que se apodera dela ou se expressa nela. Um fenômeno não é uma aparência, nem tampouco uma aparição, mas um signo, um sintoma que encontra seu sentido em uma força atual. Toda a filosofia é uma sintomatologia. À dualidade metafísica da aparência e da essência, e também à relação científica do efeito e da causa, Nietzsche opõe a correlação fenômeno e sentido. Qualquer força é apropriação, dominação, exploração, de uma parte da realidade. Inclusive a percepção em seus diversos aspectos é a expressão de forças que se apropriam da natureza. Em geral, a história de uma coisa é a sucessão de forças que se apoderam dela, e a coexistência das forças que lutam para consegui-lo. Um mesmo objeto, um mesmo fenômeno muda de sentido de acordo com a força que se apropria dele. Os Deuses estão mortos; mas se morreram de risada ao ouvir dizer a um Deus que ele era único. “Não é precisamente isto a divindade, que haja deuses, que não haja um único Deus?” (Nietzsche, 2010, p.23).

A história é a variação dos sentidos, é dizer, a sucessão dos fenômenos de sujeição mais ou menos violentos, mais ou menos independentes uns dos outros. O sentido é, para Nietzsche, uma noção complexa: sempre há uma pluralidade de sentidos, uma constelação, um conjunto de sucessões, mas também de coexistências, que faz da interpretação uma arte. Para ele “qualquer subjugação, qualquer dominação equivale a uma nova interpretação”. Nas palavras do próprio Nietzsche (1987, p. 121):

Todos os fins, todas as utilidades são apenas indícios de que uma vontade de poder se assenhorou de algo menos poderoso e lhe imprimiu o sentido de uma função; e toda história de uma “coisa”, um órgão, um uso, pode desse modo ser uma ininterrupta cadeia de signos de sempre novas interpretações e ajustes, cujas causas nem precisam estar relacionadas entre si, antes podendo se suceder e substituir de maneira meramente casual. Logo, o “desenvolvimento” de uma coisa, um uso, um órgão, é tudo, menos o seu *progressus* em direção a uma meta, menos ainda um *progressus* lógico e rápido, obtido com um dispêndio mínimo de forças – mas sim a sucessão de processos de subjugamento que nela ocorrem, mais ou menos profundos, mais ou menos interdependentes, juntamente com as resistências que a cada vez encontram, as metamorfoses tentadas com o fim da defesa e reação, e também os resultados de ações contrárias bem sucedidas.

O sentido para Nietzsche é, pois, uma noção complexa: sempre há uma pluralidade de sentidos, uma constelação, um conjunto de sucessões, mas também de coexistências, que faz da interpretação uma arte. Por isso Nietzsche (2010) não acredita nos “grandes acontecimentos” ruidosos, mas na pluralidade silenciosa dos sentidos de cada acontecimento. Não há nenhum acontecimento, nenhum fenômeno, palavra nem pensamento cujo sentido não seja múltiplo. Algo às vezes é isto, às vezes aquilo, às vezes mais complicado, de acordo com as forças (os deuses), que se apoderam dele.

Nietzsche, na sua missão filosófica sempre negou seu tempo ao pensar criticamente. Esteve sempre adiante de seu tempo; pensou em tempos futuros. Todo filósofo é um visionário. Nietzsche adiantou teses de realidade que estão muito mais adequadas aos tempos hodiernos do que propriamente ao seu tempo. A unidade funcional de uma sintaxe que se constituía na diferença está muito mais próxima da complexidade pós-moderna do que das experiências do real político e jurídico acontecidas ao final do século XIX.

3. O Pós-Estruturalismo e o Giro Pós-Metafísico

O ponto de partida desse giro – a crítica à metafísica universalista das onipresentes “estruturas elementares” que segundo Lévi-Strauss operam de forma subjacente em todo o tipo de sociedade humana – e sua consequência epistemológica –, a ruptura com as noções ocidentais supostamente eurocêntricas e reificadas, de “indivíduo”, “sociedade” e “história”, constituem, por sua vez, um ponto de chegada dos primeiros movimentos multiculturalistas de finais dos anos sessenta.

As diferentes correntes pós-estruturalistas coincidem em seu afã de desconstruir os grandes relatos hegemônicos, as narrativas ocidentais “autorizadas” pelos grandes sistemas de dominação que dotam de sentido e com isso legitimam os poderes fáticos vigentes nas sociedades contemporâneas (Dreyfus, 1982).

Este afã desconstrutivista, crítico e dissidente do pós-estruturalismo é retomado e aproveitado pelos protagonistas dos movimentos pela diferença, em sua tentativa de demonstrar o caráter subversivo e potencialmente contra hegemônico do próprio multiculturalismo. Dois conceitos são nucleares ao paradigma discursivo pós-estruturalista: as noções de identidade e poder.

A corrente pós-estruturalista retoma a noção “novos movimentos sociais” dando ênfase especial em sua face identitária. A identidade se torna uma preocupação constante dos movimentos. Longe de ser uma simples expressão dos interesses comuns de um grupo, a identidade se converte em “política identitária”, em negociação de múltiplas identidades frente a diversos adversários sociais (Slater, 1994).

Como as identidades já não são simples expressões fidedignas das posições que ocupam os indivíduos no processo de produção, estas identidades se diluem: já não correspondem a sujeitos identificáveis, mas a meras “posições de sujeito”. Daí que, segundo Slater,

A subjetividade de um determinado agente social nunca poderá ser definitivamente fixada, posto que se constitui de forma provisória e frequentemente precária na interseção de vários discursos. Este tipo de análise nos oferece a possibilidade de interpretar o espaço do sujeito em termos de uma série de posições que evidentemente geram seu sentido dentro de uma matriz de práticas discursivas (1994, p. 15).

Nessa perspectiva, os “sujeitos sociais” são descentrados e desessencializados. O indivíduo já não é concebível como um “agente completamente coerente, racional, autoconsciente e capaz de aceder diretamente a realidade e à verdade”, mas se reduz a “um conjunto de potencialidade e atuais posições de sujeito” (Rattansi, 1999, p.79). Por conseguinte, para que um determinado

movimento multiculturalista se fixe e sobreviva aos vaivéns de suas manifestações espontâneas e pontuais, necessitará engendrar práticas culturais específicas do grupo ou movimento em questão. Com isso, os movimentos heterogêneos que desde os anos sessenta começam a articular interesses específicos das minorias subalternas das sociedades contemporâneas logo adquirem um matiz eminentemente cultural. Vários estudiosos dos novos movimentos contestatórios tanto norte-americanos, como europeus e latino-americanos afirmam a necessidade de indagar a respeito da relação entre um determinado movimento social e as práticas culturais de seus membros (Escobar, 1992; Dietz, 2007). Sobre tudo em contexto de marginalização socioeconômica e política, a cultura pode se converter em pilar básico de uma ação coletiva. Segundo Eckstein:

A cultura é um âmbito da vida sobre o qual os grupos subordinados costumam manter algum controle. Precisamente por isso pode oferecer um reduto do qual os grupos subordinados nutrem sua dissidência moral contra a dominação. As expressões culturais de desafio à ordem têm sem dúvida seu maior alcance onde as privações foram sofridas de forma coletiva durante gerações e onde a vida institucional aproxima a gente que passou por situações similares (1989, p.35).

Recriando práticas culturais locais e adaptando-as a novas situações extra locais, o movimento é “re-significado”, gera sua própria identidade e pode converter-se com isso em uma nova “comunidade” para seus membros (Escobar, 1992). Este processo, no entanto, encontra-se limitado e condicionado pela influência e vigência exercida pelo segundo dos conceitos teóricos aportados pelo pós-estruturalismo: a noção basicamente foucaultiana do “poder”.

O estruturalismo foi longe demais enquanto forma de análise, enquanto teoria abrangente, aparentemente capaz de explicar toda e qualquer coisa sobre as questões humanas e sobre o mundo à nossa volta. Tudo virou um sistema de signos, e nada poderia escapar de ser parte deste sistema. Cada parte constituinte pode ser conectada em termos de seu papel dentro de um dado sistema gramático. Há, neste sentido, uma proposta perfeccionista no estruturalismo; havia uma pretensão de ordenação quase perfeita do mundo na reivindicação estruturalista, o que a tornou, até mesmo, ideologicamente suspeita.

Em reação ao estruturalismo, o pós-estruturalismo surgiu no fim dos anos 60, e cobriu uma ampla gama de posições, todas elas concordando que a vertente de análise estruturalista construtora de sistemas possui muitas falhas, tais como a supressão de elementos perniciosos ou o descarte ou recodificação de tudo o que não se encaixa no sistema. Para a razão pós-estruturalista, essas operações de purificação sistêmica eram a máxima expressão do autoritarismo em ação. A proposta pós-estruturalista é de introduzir um tom de ceticismo radical na teoria crítica.

O ramo mais influente do pós-estruturalismo e, definitivamente, um dos mais céticos, foi, indiscutivelmente, o da desconstrução, como praticado por seu maior expoente, Jaques Derrida. As primeiras obras de Derrida constituem um ataque contínuo aos fundadores do estruturalismo – Saussure e Lévi-Strauss, em especial. Para ele, o estruturalismo é tanto autoritário em sua postura quanto baseado em premissas filosóficas questionáveis. Enquanto o estruturalismo requer que o significado esteja presente nos artefatos, esperando para serem desvelados pelo ato de análise, a teoria pós-estruturalista derridiana do significado o concebe como um fenômeno mais transitório e, com certeza, muito menos estável. Derrida afirma (2005) que a concepção convencional de significado no Ocidente depende da pressuposição de uma “metafísica da presença”, ou seja, o significado real de uma palavra deve estar “presente” na mente do falante, ou escritor, no momento em que ela é usada. Ele nomeou essa suposição de “logocentrismo”.

Essa presença transparente do significado não pode ser alcançada, de acordo com Derrida, por causa da ação da *différance* (postergar ou diferenciar). Ele criou essa palavra em francês para descrever o processo por meio do qual o significado “escorrega” no ato de transmissão. As palavras contêm dentro de si traços de outros sentidos que não os do primário assumido. Seria, provavelmente, melhor falar em um *campo* de significados em vez de uma correspondência precisa, palavra e sentido frente a frente. Assim, para Derrida, um campo que for crítico o suficiente, nunca pode ser restrito, porque sempre existe um “excedente” de significado em qualquer ponto, o que de certa complementa a afirmação de Adorno de que, dada essa amorfia, as totalidades nem podem e nem devem se formar.

Na desconstrução, passamos de uma construção de sistema para um desmantelamento do sistema. A maior preocupação de Derrida é dirigir nossa atenção para as muitas lacunas em nossos sistemas de discurso que, por mais que tentemos, nunca conseguirão disfarçar. A desconstrução é uma filosofia que, de modo deliberado, se encaminha para esvaziar as pretensões filosóficas sobre nossa habilidade de ordenar o mundo, tal qual pretenderam as grandes narrativas racionalistas modernas.

Parte da objeção de Derrida (2005) ao estruturalismo se dá à sua dependência das oposições binárias. Ele considera o discurso ocidental em geral como fundado em uma série de tais oposições altamente redutoras e opressoras. Um dos termos do binário sempre assume uma prioridade dominante sobre o outro. A oposição homem/mulher seria um exemplo de tal binarismo “opressor”. Fazendo frente a isto, a desconstrução tem como objetivo desestabilizar o binarismo e a autoridade ligada ao termo dominante, assim como as alegações feitas sobre as implicações políticas da teoria.

A desconstrução, nesse sentido, opõe-se à ideia de hierarquia, que ainda está profundamente arraigada até mesmo nas sociedades democráticas mais liberais. As feministas certamente concordariam com a noção de que o par binário homem/mulher é distorcido em favor do homem. O patriarcado se resume à manutenção desse *status*. As teorias de sustentação do movimento gay se interessam igualmente por desestabilizar o par binário hetero/homossexual, em que o termo “heterossexual” é considerado o termo dominante.

Michel Foucault (1984) é outro pensador francês que reagiu contra a rigidez formal do estruturalismo e sua insistência de que tudo seja classificado impecavelmente em termos de seu papel restrito no sistema. Foucault aprofundou a investigação de Gramsci quanto ao problema da hegemonia, mais especificamente do fator hegemônico do poder na criação e manutenção dos sistemas sociais. Para ele, a criação de tais sistemas implicou na marginalização e exclusão de certos grupos sociais vulneráveis em nome da “ordem”. O destino de tais grupos se tornou a questão central das investigações históricas de Foucault: o inconsciente, a agenda oculta que ele estava determinado a trazer à superfície. Ele investigou profundamente o “inconsciente” do poder.

Foucault, em sua proposta de revelar o discurso escondido do poder, descreve suas pesquisas históricas como “arqueologias” ou “genealogias”, destinadas a trazer à luz os discursos suprimidos da sociedade ocidental. As exumações genealógicas de Foucault revelam que as culturas são, de fato, fundamentadas no poder “legitimado”, e não, como elas em geral gostam de afirmar, em ideais de verdade e justiça. O que estamos estudando em cada caso - conhecimento como classificação, poder como marginalização e ordem como controle sistematizado -, é, segundo Foucault, um discurso em particular que, na sua base, é estruturado em relações de poder.

Para Foucault, não existe algo como uma “essência humana” universal. Comportamento, ética, discurso e sociedade podem – e todos o fazem – mudar no decorrer do tempo. Tampouco há um padrão na história da humanidade, nenhum sentido de que estejamos progredindo – por exemplo, como para algumas utopias marxistas. Na verdade, Foucault considerava a nossa concepção de “homem” – como, de acordo com a visão liberal humanista, indivíduo possuidor de determinados direitos naturais inalienáveis – como uma invenção bem recente. Em sentido diverso,

a visão Foucault da espécie humana enfatizou a *diferença* em vez dos elementos comuns, servindo seu discurso teórico como base de defesa de grupos sociais marginalizados – homossexuais, prisioneiros, minorias étnicas – algo que ele mesmo fez em sua atividade de militância.

4. O Pós-Modernismo e a Oposição às Grandes Narrativas

Outra corrente/movimento que merece destaque na teorização da diferença é o pós-modernismo. Aqui, é importante destacar o pensamento de Jean-François Lyotard (1988), quem definiu o ponto de vista pós-moderno como caracterizado por uma atitude de “incredulidade acerca das metanarrativas”, ou seja, na expressamente aberta descrença na ideologia ou grande narrativa que justificam a Modernidade e o projeto do iluminismo. A Modernidade tendeu, nesse sentido, a adotar a supressão do que Lyotard chamou de *differends*, ou, em outras palavras, as disputas insolúveis em que nenhum lado pode aceitar os termos de referência do outro. Segundo este autor, a menos que esses *differends* sejam respeitados, nós flutuaremos em direção a uma sociedade autoritária em que muitas vozes são simplesmente silenciadas pela força superior de seus oponentes, como no caso da maioria das comunidades indígenas do “Novo Mundo”, que se viram marginalizadas e ignoradas por seus colonizadores, até mesmo no que propõe a “grande narrativa” democrática.

Nesse sentido, “A Condição Pós-Moderna: um Informe sobre o Conhecimento” de Lyotard pode ser considerada a bíblia do pós-modernismo como teoria crítica. Esta obra propeliu Lyotard a um lugar de destaque na academia e influenciou profundamente escritores pós-modernos e filósofos dos anos 80 em diante, como, por exemplo, vários que se ocuparam do tema da diferença em micronarrativas e, também, alguns outros que podem ser rotulados como multiculturalistas. Seu ataque à grande narrativa, e a consequente defesa das “pequenas narrativas” marginalizadas – inspirou toda uma geração de teóricos e contribuiu na criação de uma agenda do movimento pós-moderno em geral.

A definição enganosamente simples de Lyotard acerca do pós-modernismo como uma “incredulidade relativamente às metanarrativas” introduz um novo conceito na discussão da epistemologia pós-modernista – a do papel das metanarrativas, a narrativa que explica as outras narrativas (Deus, liberdade, Estado e assim por diante) – na construção das verdades científicas e sociais. Lyotard (1979, p. 47) foca-se sobre duas das maiores metanarrativas que ele vê como determinantes para Revolução Iluminista e para a Modernidade: “A libertação da humanidade” via progresso científico e social e a “unidade especulativa do conhecimento”.

Para definir o pós-moderno, Lyotard primeiro coloca uma definição de trabalho de Modernismo. Para ele, Modernismo é

Um discurso de legitimação com relação ao seu próprio status, um discurso chamado filosófico. Eu usarei o termo *moderno* para designar qualquer ciência que legitime-se a si própria com referência a um metadiscurso ... fazendo um explícito apelo para algumas grandes narrativas, tais como a dialética do Espírito, a hermenêutica do significado, a emancipação do racional ou o tema do trabalho ou da criação da riqueza (1979, p. 23).

Nesta definição de Modernismo, Lyotard consegue se distanciar de muitos dos mais importantes filósofos que formularam muitas das grandes histórias (metanarrativas) que foram usadas para explicar a vida social: hegelianismo (dialética do Espírito, fenomenologia (hermenêutica do significado), liberalismo e marxismo (emancipação do racional e o tema do trabalho) e capitalismo (criação da riqueza).

Para Lyotard, a narrativa só se torna problemática quando elaborada de forma “grandiosa”, o que exige precedência autoritária, ou até totalitária, sobre a multiplicidade de “pequenas” narrativas (individuais ou de pequenos grupos) que qualquer sociedade contém. Nota-se aqui uma afinidade com a ideia de *differends* de Lyotard e a ênfase de Derrida e Foucault na *diferença*. Do mesmo modo, sua ideia de “narrativa construída” o alia a Barthes e a outros pós-estruturalistas.

Dada sobre a rejeição de Lyotard das metanarrativas, podemos perguntar o que fazemos sem nossos confortáveis relatos explicativos? Onde penduramos nossos chapéus filosóficos? A resposta que Lyotard dá não é confortante: nós não penduramos em lugar algum. Embora Lyotard anuncie que seu foco é o conhecimento científico, sua definição de condição pós-moderna engloba todas as formas de conhecimento e sistemas de crença. Sua hipótese de trabalho é que todo conhecimento e as formas sociais que ele afeta resultam de jogos particulares de linguagem. Estes jogos mesmos se estendem para um conceito tão básico e profundo como o “self”:

Um *self* não importa muito, mas o não *self* é uma ilha (cf. John Donne, “No Man is an Island”); cada um existe em uma fábrica de relações que é agora mais complexa e móvel que antes. Jovem ou velho, homem ou mulher, rico ou pobre, uma pessoa está sempre localizada em ‘pontos nodais’ de circuitos específicos de comunicação, por mais minúsculos que estes possam ser. Ou melhor: alguém está sempre localizado num lugar através do qual vários tipos de mensagens passam (Lyotard, 1979, p. 15).

Em sua análise do conhecimento na sociedade pós-moderna, Lyotard não foca sobre tipos de sistemas sociais que são alvos usuais do pensamento estruturalista e pós-estruturalista. Ele não analisa discursos sociais, políticos, semióticos ou literários, antes ele orienta sua análise em torno da revolução na ciência, e em particular, computadores. *A Condição Pós-Moderna* busca entender “a mudança na natureza do conhecimento” numa crescente sociedade computadorizada. Assim, a questão torna-se se o conhecimento científico é outro tipo de jogo de linguagem? E se é assim, como podemos acreditar na ciência se ela é também um jogo? Como a legitimidade é possível num tal contexto?

Para Lyotard a legitimidade nunca é possível. A ciência sempre se legitimou por via do discurso científico; quando ela foi impulsionada para se legitimar por outro tipo de discurso, voltou-se para um tipo de discurso que ela implicitamente rejeitou: o discurso narrativo. É importante para entender esta construção de Lyotard, compreender a diferenciação que ele faz entre discurso científico e discurso narrativo. O discurso científico procede através da denotação: ele diz o que é, tal como no “o núcleo de um átomo é composto de nêutrons, prótons e elétrons”. Asserções denotativas não carregam juízos de valor; eles simplesmente afirmam o modo como as coisas são *neutramente*. Em contraste, o discurso narrativo é muito mais complexo: ele engloba enunciados denotativos, prescritivos e performativos. O discurso narrativo é constitutivo do conhecimento narrativo; diferentemente do conhecimento científico, que é baseado sobre “o que é” – o que é visível, falseável, provável, testável – o conhecimento narrativo é autorreflexivo – narrativas ou histórias são tanto o conteúdo como a legitimação do conhecimento, particularmente porque as funções do conhecimento narrativo se dão através do ritual, da repetição e do resultante senso de atemporalidade. Por conta desta inerente irracionalidade do conhecimento narrativo, o conhecimento científico tenta definir ele mesmo contra isto. Entretanto, quando solicitado a explicar por seus próprios processos de pensamento – por seus próprios processos de legitimação – o conhecimento científico repousa sobre conhecimento narrativo como suporte, e faz uso das grandes narrativas que o conhecimento narrativo fornece para isto: o conhecimento científico

é legitimado ou porque ele conduzirá para um grande entendimento do mundo (unidade especulativa) ou porque um dia fará do mundo um lugar melhor (a narrativa do progresso contínuo – liberalismo). Assim, a ciência legitima-se via o que ela implicitamente rejeita: o conhecimento narrativo.

No mundo pós-moderno, entretanto, há outro critério para legitimação que Lyotard vê operando na ciência. Enquanto no Modernismo, o mérito da ciência mediou-se pela sua contribuição para o bem-estar geral da sociedade, agora o mérito científico é medido através da sua performatividade – para que uso prático o conhecimento pode ser posto. Dessa forma, a ciência na pós-Modernidade é ligada ao capitalismo, sendo seus valores medidos em termos de potencial de riqueza que pode resultar de suas descobertas e inovações. Esta ligação também determina se a inovação científica é validade:

Sem dinheiro, sem prova – o que significa sem verificações de afirmações e sem verdade. Os jogos de linguagem científica tornam-se os jogos do rico, no qual seja quem for é o mais rico que tem a melhor chance de estar certo. Uma equação entre a riqueza, a eficiência, e a verdade é assim estabelecida (Lyotard, 1979, p.5).

Mas deixando a ciência, devemos considerar onde reside a formulação de Lyotard. É a Verdade (com “V” maiúsculo) possível no contexto pós-moderno? A resposta de Lyotard é um tanto quanto ambígua para esta questão. Se nós nos libertamos das metanarrativas, o que nos resta são metanarrativas disciplinares-específicas: verdades com “v” minúscula que são somente verdade em certas situações e em certos contextos ideológicos. Assim, se entendemos o conhecimento como constituído de jogos de linguagem, os jogos de linguagem de uma disciplina ou área particular determina suas “verdades” particulares ou metanarrativas. A sociedade não é então unificada por uma ou duas grandes metanarrativas, mas por uma conglomeração de jogos de linguagem. Como Lyotard observa sucintamente em sua introdução, *[t]here are many diferents language games – an heterogeneity of elements. They only give rise to institutions in patches – local determinism*³.

Para os adeptos do pós-estruturalismo, a dissolução de grandes narrativas pode, num primeiro relance, parecer como um sopro de ar fresco filosófico, libertando pensadores do confinamento em certos paradigmas explicativos. Mas Lyotard (1979) é mais pessimista e vê o *ethos* pós-moderno em torno da ciência e campos relacionados como perigosamente dependentes das forças de mercado. Há, neste sentido, uma corporatização da produção do conhecimento que necessariamente afeta o acesso a ele, e dessa forma, as inovações científicas que não contribuem diretamente para a centralização do poder corporativo e governamental são “abandonadas pelo fluxo do capital e [são] condenadas ao envelhecimento Assim,

³ Lyotard, 1979.p. 24. Deixamos o texto original, pois há um trocadilho na primeira palavra da citação *[t]here*, podendo significar, se considerarmos a palavra “there” junto com a palavra “are”, portanto “there are”, “existem”; ou, por outro lado, se excluirmos o “t” entre colchetes, e, portanto, considerarmos somente a palavra “here”, o significado será “aqui”, o que é válido na tradução se entendermos uma referência ao “aqui” como “local”, algo particularizado a um determinado lugar. A tradução seria: “Existem muitos diferentes jogos de linguagem: uma heterogeneidade de elementos. Eles somente dão origem a instituições em fragmentos: determinismo local”.

em suma, o pós-moderno, de acordo com Lyotard, não diz respeito ao que é ou não possível, mas o que é lucrativo para aqueles que estão em posição de lucrar.

Dessa sucinta exposição do pensamento de Lyotard acerca do pós-modernismo, podemos extrair algumas conclusões que nos interessam, quando estamos a tratar da questão da diferença. Em primeiro lugar, não há dúvida alguma que a teorização de Lyotard insere-se no rótulo do que poderíamos chamar de teorias críticas da Modernidade, podendo irmos além no sentido de destacar que é crítica até mesmo de algumas críticas da Modernidade, como é o caso das suas reflexões tardias acerca do marxismo considerado como uma grande narrativa. Por outro lado, sua percepção da ciência pós-moderna guarda suas profundas influências do marxismo, absorvidas no início de sua carreira. Mas o que mais nos importa de seu pensamento, quando focamos na questão da diferença e da diversidade, é a abertura que Lyotard faz em termos de ruptura com as grandes narrativas e a sua categoria conceitual fundamental dos *differends*, ou, em outras palavras, conforme já marcamos, as disputas insolúveis, que no plano cultural e identitário parece mais atual que nunca.

5. Considerações Finais: a Importância da Teorização da Diferença para a Política e para o Direito

A título de fechamento deste texto, a partir dessas teorizações fundantes da questão do pluralismo e da diferença, queremos ressaltar que, como fenômenos de conjuntura, diferença e pluralismo representam novas possibilidades críticas de fuga das categorias conceituais positivadas, para novas amplitudes de sentido e de verdade que reclamam a Pós-Modernidade e toda a sua complexidade política e jurídica. Há, contemporaneamente, uma multiplicidade de forças políticas atuando sobre os diferentes corpos (biológicos, políticos etc.) – e os próprios corpos se constituem em forças – que as sintaxes da igualdade, da universalidade, da semelhança não possuem mais sofisticação conceitual e analítica que permita dar conta da compreensão de tal complexidade. Se este primeiro passo está prejudicado, o que dizer de uma etapa seguinte consistente na crítica e na projeção de soluções para a imensidão de problemas que reclamam ações positivas de criação e recriação de espaços vitais. Jamais houve tantas vontades mandando e tantas vontades obedecendo; jamais houve tantas forças agindo e tantas reagindo; jamais houve tantas vontades sendo exercidas sobre outras vontades. O fenômeno da globalização está permitindo a todos uma observação cada vez mais transparente desta complexidade caleidoscópica e a demanda por saberes que não representem um processo de lobotomização com o real.

A sintaxe da igualdade e da universalidade são portadoras de uma perspectiva individualista/solipsista, enquanto a sintaxe da diferença se funcionaliza numa projeção da alteridade. Neste sentido, precisamos entender que o fenômeno jurídico da Modernidade, cunhado sob a influência de uma sintaxe da igualdade e da universalidade, revela-se, diante da complexidade do mundo contemporâneo, como totalmente ineficaz para a solução dos tipos de conflitos característicos da Pós-Modernidade. Não temos mais hoje uma prioridade de manifestações de conflitos de natureza interindividual, mas num sentido diverso, o que hoje mais acontece são conflitos em que a multiplicidade de forças envolvidas é muito mais complexa do que a de um indivíduo versus outro. Observamos grupos sociais contra outros grupos; grupos contra entidades abstratas como os Estados; nações contra corporações; etnias contra outras etnias; maiorias contra minorias, enfim, uma fragmentariedade de partes envolvidas que uma engenhosidade como o Direito moderno, construído sobre bases sintáticas tão restritas como a igualdade e a universalidade, não possui potencialidade significativa e hermenêutica capaz de dar conta de tal complexidade.

O que pretendemos dizer é que as possibilidades de articulação de soluções a partir de uma sintaxe igualitária formal e universalista são extremamente limitadas, pois há nelas teses de realidade que em muito se distanciam das demandas decorrentes da experiência multifacetada, fragmentária e diferenciada que está a acontecer na atual época. É impossível pensar-se novas categorias jurídicas, a partir do arsenal conceitual moderno, que sejam adequadas e aptas a solucionar conflitos

onde o centro da discussão esteja na diferença das partes envolvidas no conflito. É preciso, definitivamente, radicalizar a estruturação de uma sintaxe da diferença e do pluralismo, como condição necessária para uma nova articulação ético-política das relações sociais adequadas às demandas da Pós-Modernidade.

Nesse sentido, a academização da diferença apontou para um trabalho que deve ser feito sobre as instâncias de significação, de definição e redefinição, em cada contexto histórico, da prática simbólica da democracia e do futuro do espaço público como lugar de produção da singularidade. A teorização da diferença, ao permitir reproposições e redimensionamentos do espaço público, como lugar de produção da política e do jurídico (com ordem simbólica), produziu um faturamento de objetos de conhecimento tradicionalmente fechados, tornando-os abertos, inacabados, imprevisíveis, em muitos aspectos previamente impensados, portanto incontrolláveis pelas normas de produção das verdades científicas que estavam há longo tempo estabelecidas.

6. Referências Bibliográficas

- DELEUZE, G. *Nietzsche y la filosofía*. 8. ed. Barcelona: Anagrama, 2008.
- DERRIDA, J. *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução: Leila Perrone-Moises – 2. Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- DERRIDA, J. *Pensar a Desconstrução*. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.
- DIETZ, G. *Multiculturalismo, interculturalidad y diversidad en educación. Una aproximación antropológica*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2012.
- DREYFUS, H. L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault – Beyond Structuralism and Hermeneutics*. Harvester Wheatsheaf: Nueva York, 1982.
- ESCOBAR, A. "Culture, Economics and Politics in Latin American Social Movements Theory and Research". In: ESCOBAR, Arturo; ALVAREZ, Sonia (Eds.). *The making of Social Movements in Latin America: Identity, Strategy and Democracy*. Boulder, CO: Westview, p. 62-85, 1992.
- FOUCAULT, M. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.
- FRANK, M. *What's is Neostructuralism?* Minneapolis, MN: University of Minnesota Press, 1989.
- LACLAU, E. "New Social Movements and the Plurality of the Social". In: SLATER, D. (ed.). *New Social Movements and the State in Latin America*. Amsterdam: CEDLA, p. 27-42, 1985.
- LYOTARD, J. *The Differend. Phrases in dispute*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1988.
- LYOTARD, J. *The postmodern condition. A report on knowledge*. MN: University of Minnesota Press, 1979.
- MODOOD, T. *Multiculturalism: a civic idea*. Cambridge: Polity, 2007.
- NIETZSCHE, F. *Além do Bem e do Mal: prelúdio de uma filosofia do futuro*. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2009.
- NIETZSCHE, F. *Assim Falava Zaratustra*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, II.
- NIETZSCHE, F. *Ecce Homo*. Trad. Marcelo Backes. Porto Alegre: LPM, 2003.
- NIETZSCHE, F. *Genealogia da Moral*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- NIVÓN BOLÁN, E. "El Consumo cultural y os Movimientos Sociales". In: GARCIA CANCLINI, N. (COORD.). *El Consumo Cultural em México*. México: CNCA, p.123-162, 1993.
- RATTANSI, A. "Racism, 'Postmodernism', and Reflexive Multiculturalism". In: MAY Stephen. (ed.). *Critical Multiculturalism: Rethinking Multicultural and Antiracist Education*. Londres: Falmer, p. 77-112, 1999.

- SANTOS, B. "Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade". In: SANTOS, B. S. (org.). *Reconhecer para libertar*. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SLATER, D. "Power and Social Movements in the Other Occident: Latin America in an International Context". In: *Latin America Perspectives* 21, n. 2 (edición 81), p. 11-37, 1994.
- WARAT, L A. "A Fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade". In: *BuscaLegis*, n.º 24, Setembro de 1992, p. 36-54.

Direito ao desenvolvimento e organismos geneticamente modificados (OGMs): impactos do agronegócio brasileiro

Right to development and genetically modified organisms (GMOs): impacts of brazilian agribusiness

Estefânia Naiara da Silva Lino¹
Universidade de Rio Verde (UniRV)

Carlos Augusto de Oliveira Diniz²
Universidade Federal de Goiás (UFG)

Fernanda Peres Soratto³
Universidade de Rio Verde (UniRV)

Sumário: 1. Introdução. 2 Organismos Geneticamente Modificados. 3 Regulamentação dos OGMs no Direito Internacional. 4 Regulamentação dos OGMs no Brasil. 5 OGM'S e o Agronegócio. 6 Direito ao desenvolvimento e crescimento econômico: os riscos advindos das novas tecnologias. 7 Considerações Finais. 8 Referências.

Resumo: O objetivo do artigo é observar se os Organismos Geneticamente Modificados aplicados à produção de alimentos estão, de fato, garantindo o direito ao desenvolvimento, na perspectiva proposta pela Organização das Nações Unidas (Resolução n.º 41/128) e na de Amartya Sen. Para tanto, buscará em literatura de outras áreas pesquisas sobre os OGMs, mormente acerca da biossegurança e se de fato há respeito aos direitos fundamentais, como a liberdade substantiva. Conclui-se que inobstante a competitividade global, o objetivo fundamental dos Estados e dos povos não deve ser apenas o crescimento econômico, mas que este ocorra observando o ser humano como sujeito, assim, a produção e o consumo de

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP (UNITOLEDO). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (2007) (UEMS) e em Administração pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2006) (UFMS). Professora Adjunta nível II na Universidade de Rio Verde - GO. O artigo é resultado de pesquisa contemplada por bolsa institucional da UniRV. Contato: estefanialino@msn.com.

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP (UNITOLEDO). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS (2008). Professor da Carreira de Magistério Superior do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG). Contato: carlosaugustodiniz@hotmail.com.

³ Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestra em Educação, Linguagem e Sociedade pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS (2013) e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS (2005). Atualmente, é professora adjunta no curso de Direito da Universidade de Rio Verde – UniRV. É membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica Impressa da Universidade de Rio Verde – UniRV. Desenvolve pesquisas no campo da filosofia do direito, direito civil, análise econômica do direito, direito ao desenvolvimento e direito cooperativo. E-mail: fersoratto@hotmail.com.

Organismos Geneticamente Modificados devem se restringir àqueles em que há comprovada segurança ao ser humano e ao meio ambiente, razão pela qual é imprescindível que haja participação popular na discussão de aprovação de alimentos transgênicos, de maneira que se possa exercer as liberdades substantivas. A pesquisa, quanto à abordagem é qualitativa, em relação aos procedimentos técnicos é bibliográfica e de análise documental e, por fim, a forma de condução do raciocínio é o dedutivo.

Palavras-chave: Alimentos, liberdade, biotecnologia, autodeterminação.

Abstract: The aim of this paper is to observe if Genetically Modified Organisms applied to food production are, in fact, guaranteeing the right to development, in the perspective proposed by the United Nations (Resolution No. 41/128) and Amartya Sen. To this end, it will search the literature of other areas for research on GMOs, especially biosafety and whether there is in fact respect for fundamental rights, such as substantive freedom. It is concluded that despite global competitiveness, the fundamental objective of states and peoples should not only be economic growth, but that it should be observed by observing human beings as subjects, thus the production and consumption of Genetically Modified Organisms must be restricted. those in which there is proven safety to human beings and the environment, which is why it is essential that there is popular participation in the discussion of approval of transgenic foods, so that substantive freedoms can be exercised. The research, as the approach is qualitative, in relation to the technical procedures is bibliographic and documental analysis and, finally, the way of reasoning is deductive.

Keywords: Food, freedom, biotechnology, self-determination.

1 INTRODUÇÃO

A complexidade da sociedade atual se dá, especialmente, por diversos mecanismos que se inter-relacionam, embora o conhecimento científico esteja em constante evolução, dele advém inúmeros problemas, o ser humano que se aliena do mundo em que vive, notadamente da natureza, passa a ameaçá-la e por consequência a própria existência.

Se antes era comum o debate sobre a biodiversidade – todos os níveis de vida orgânica – passa-se ao paradigma da biotecnologia, a qual especialmente após a década de setenta passa a integrar o cotidiano produtivo por meio da manipulação genética.

Dessa mudança paradigmática novas questões éticas passam a surgir, especialmente referentes aos limites, riscos e privatização de vida, como as patentes de cultivares e a criação de sementes estéreis, impondo aos produtores uma constante submissão à grandes corporações.

No entanto, dentro de um modo de produção capitalista, no qual a economia se preocupa em primeiro lugar com a tecnologia busca-se por em pauta somente os benefícios dos organismos geneticamente modificados, assim é que os organismos geneticamente modificados – OGMs. – são utilizados especialmente com o fim de aumentar a produtividade e diminuir o uso de insumos agrícolas.

Nesse sentido, no âmbito jurídico brasileiro a Lei n. 11.105/2005 – a denominada Lei de Biossegurança – define OGMs em seu artigo 3º, inciso V, a saber: “organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética”.

O Brasil é um dos maiores produtores de alimentos transgênicos do mundo, mais de 90 % da soja e do milho produzidos no país são oriundas de manipulação genética. Tendo em vista a reprimarização da economia brasileira a agricultura industrial – agronegócio – é o principal item da economia nacional. De fato, acordo

com o CEPEA – Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada – e a ESALQ – Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz – o Agronegócio é responsável por cerca de 25 % do Produto Interno Bruto brasileiro⁴.

Apesar da defesa de muitos setores para a liberação da comercialização de produtos modificados geneticamente é preciso ter em mente que o crescimento econômico deve estar atrelado ao direito ao desenvolvimento. Com efeito, a Organização das Nações Unidas – ONU – reconhece o direito ao desenvolvimento como direito humano, constante na Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, trata-se de é um direito humano inalienável, por meio do qual “toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados”⁵.

A declaração enfatiza “a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento”. De fato, qualquer tecnologia, qualquer avanço científico deve servir ao ser humano em sua totalidade e este deve ser sujeito destas relações, jamais objeto.

Neste sentido, o objetivo da pesquisa é observar se os Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) propiciam a efetividade do direito ao desenvolvimento, utilizando-se para tanto de pesquisas de outras áreas, especialmente a genética, a bioética e a de saúde coletiva. Como complemento, analisar a complexa relação entre poder econômico e os direitos fundamentais e de que maneira o agronegócio brasileiro influencia estas relações.

O direcionamento metodológico da pesquisa que culminou com a produção deste artigo, quanto à abordagem é qualitativo, em relação aos procedimentos técnicos, é precipuamente bibliográfico e de análise documental e, por fim, a forma de condução do raciocínio é o dedutivo.

2 Organismos Geneticamente Modificados

O interesse pela alimentação é antes de tudo social, eis que “de tudo o que os seres humanos têm em comum, o mais comum é que precisam comer e beber”⁶, e a refeição como relação social desde os primórdios, constituindo desde cultos sacrificiais até formas de socialização.

Assim é que a socioantropologia da alimentação observa o ato de alimentar-se do ser humano para além do espaço doméstico, é observado toda a cadeia, o fluxo alimentar “é controlado por indivíduos e grupos sociais que agem de acordo com suas próprias lógicas, sejam familiares, religiosas, econômicas ou profissionais, entre outras”⁷.

Como relação social, mas também a partir da necessidade de subsistência da vida humana, a alimentação é ponto crucial no desenvolvimento humano, eis que sem alimentos a nutrição é impossível e a vida se mostra inviável, pelo menos dentro dos conhecimentos científicos existentes até o momento.

⁴ CEPEA. *Relatório do PIB do Agronegócio Brasileiro*. Outubro/2016. Disponível em: <<http://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>>. Acesso em: 01 de março de 2017.

⁵ ONU. *Declaração do Direito ao Desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

⁶ SIMMEL, G. Sociologia da refeição. *Estudos Históricos*, v. 33, p. 159- 166, 2004; p. 160.

⁷ FONSECA, A. B. *et al.* Modernidade alimentar e consumo de alimentos: contribuições sócio antropológicas para a pesquisa em nutrição. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 9, p. 3853-3862, Sept. 2011; p. 3854.

É de observação notória que a produção de alimentos não ocorre mais como outrora, se antes a produção era voltada para o abastecimento de pequenas comunidades e armazenamento em tempos de improdutividade ou de intempéries meteorológicas, agora a produção de alimentos é setor importante do mercado global e item principal de economias de vários países, inclusive do Brasil.

O alimento deixa de ser item de socialização e de nutrição somente, e integra principalmente os aspectos econômicos, tem-se, portanto, o conceito de modernidade alimentar o qual resume e “representa os impactos que a alimentação tem sofrido em função das transformações sociais, econômicas e culturais ocorridas na sociedade contemporânea”. O cerne deste debate varia desde a discussão “sobre o grau de estabilidade-deseestruturação da alimentação contemporânea ou ainda discussões sobre a pertinência do conceito de classe ou de diferenciação social como geradores de normas alimentares”⁸.

A partir da perspectiva moderna surgem percepções e preocupações sobre sustentabilidade, preocupação do consumidor sobre os riscos dos alimentos recentes⁹ e de outro lado problemas na produção, crises alimentares e crescimento demográfico.

Nota-se, pois, uma tensão entre as necessidades alimentares, nutrição e sociológicas, e o desenvolvimento de novas formas de produção para aumentar o lucro e suprir a demanda por alimentos. O conflito é evidente e a maneira de equalizar é complexa, não poderia ser diferente, observando a partir da perspectiva da complexidade¹⁰.

É dentro desta crise, a partir de perspectivas transdisciplinares é que se insere os Organismos Geneticamente Modificados, doravante OGMs, tidos como evolução científica apta a aumentar a produtividade e reduzir os insumos agrícolas.

Destarte, “o tema dos Organismos Geneticamente Modificados confronta o ser humano com as suas convicções mais profundas, os seus hábitos milenares e os seus medos, racionais e irracionais”, também coloca em questão técnicas e hábitos dos agricultores, como a de guardar e reutilizar a semente¹¹.

Pode-se dizer que os “OGMs são organismos (com exceção do ser humano) cuja matéria genética foi alterada de um modo que não ocorre naturalmente [...] aplica-se um processo artificial que altera este mapa de construção” – ADN – o resultado é decorrente da manipulação humana do material genético¹².

No Brasil os OGMs (*Genetically Modified Organisms*) estão disciplinados na Lei n. 11.105/2005 – a denominada Lei de Biossegurança – a qual define OGMs em seu artigo 3º, inciso V, a saber: “organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética”¹³.

De acordo com o conceito legislativo, OGMs é o produto de qualquer alteração genética realizada em plantas, animais – desde o manuseio de material genético até a manipulação das características genéticas com a finalidade de atender determinados interesses. A Lei explica nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 3º e no artigo 4º quais práticas não se enquadram na categoria de organismos geneticamente modificados, a saber:

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ ESTORNINHO, M. J. *Segurança alimentar e proteção do consumidor de organismos geneticamente modificados*. Coimbra: Almedina, 2008; p. 8.

¹² *Ibid.*, p. 21.

¹³ BRASIL. *Lei no 11.105*, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados [...], e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm> 01 de março de 2019.

[...] § 1º Não se inclui na categoria de OGM o resultante de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, inclusive fecundação *in vitro*, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural.

[...] § 2º Não se inclui na categoria de derivado de OGM a substância pura, quimicamente definida, obtida por meio de processos biológicos e que não contenha OGM, proteína heteróloga ou ADN recombinante.

Art. 4º Esta Lei não se aplica quando a modificação genética for obtida por meio das seguintes técnicas, desde que não impliquem a utilização de OGM como receptor ou doador:

I – mutagênese;

II – formação e utilização de células somáticas de híbrido animal;

III – fusão celular, inclusive a de protoplasma, de células vegetais, que possa ser produzida mediante métodos tradicionais de cultivo;

IV – autoclonação de organismos não-patogênicos que se processe de maneira natural¹⁴.

As ressalvas realizadas pela legislação se enquadram principalmente em mecanismos naturais de alteração do ser vivo, ou seja, quando não há alteração genética por técnica de engenharia genética.

Maria João Estorninho explica que nos finais dos 80 e início dos anos 90, os frutos de décadas de pesquisa molecular, entregaram ao mercado vários produtos alimentares geneticamente modificados, os transgênicos, o autor chama a atenção que na gíria tais alimentos são conhecidos como *Frankenstein*. Por exemplo, nos EUA, foi inserida no mercado, no ano de 1994, depois de autorização de comercialização recebida da *Food and Drug Administration*, uma diversidade de tomates (*Flavr Savr*), modificados geneticamente para que, por meio de uma técnica de amadurecimento especial, tivessem uma vida, depois de colhidos.¹⁵

Continuando a contextualização dos OGMs, embora comumente se tenha em mente que os OGMs referem-se apenas aos alimentos a manipulação genética não tem se restringido à produção de gêneros alimentares, como exemplo pode-se citar a transgenia de mosquitos (*Aedes aegypti*) realizada pela empresa britânica de biotecnologia a Oxitec, a qual utiliza, para modificar insetos, uma técnica “conhecida como RIDL (do inglês, Liberação de Insetos que Carregam um Gene Letal Dominante)”, com o objetivo de liberar machos que tenham uma descendência incapaz de sobreviver¹⁶.

Entre as vantagens demonstradas pelos defensores das técnicas de manipulação genética em alimentos, está o aumento da resistência das colheitas e como consequência a redução de químicos a diminuição do uso de insumos químicos. “O aumento da resistência a insectos, através da incorporação na própria planta de gene responsável pela produção da toxina *Bacillus Thuringiensis*”, assim, as plantas

¹⁴ BRASIL. *Lei no 11.105*, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados [...], e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm> 01 de março de 2019.

¹⁵ ESTORNINHO, M. J. Segurança alimentar e proteção do consumidor de organismos geneticamente modificados. Coimbra: Almedina, 2008; p. 22.

¹⁶ WALLACE, Helen. *Mosquitos Geneticamente Modificados: Preocupações Atuais*. Fundação Heinrich Böll Brasil: Rio de Janeiro, 2013; p. 8.

modificadas com passam a produzir de forma permanente esta toxina, reduzindo a quantidade de pesticidas. No entanto, tal toxina “é utilizada com frequência como insecticida convencional e que, sendo letal para certas pragas, se alega não ser tóxica para outros seres humanos e mamíferos [...] o pólen do milho BT constitui perigo para as chamadas Borboletas Monarca”, fato que levanta debates sobre o efeito da referida alteração genética¹⁷.

Outros meios de manipulação genética incluem a modificação do valor nutritivo dos alimentos, do teor de proteínas, como aconteceu com a soja, ou tornar o alimento mais saboroso ao paladar como “aumentar o sabor adocicado da chicória, reforçar o aroma do café ou reduzir o seu teor de cafeína [...] as empresas de biotecnologia estão também a aplicar as técnicas da engenharia genética a animais destinados ao consumo humano”¹⁸, o exemplo é o salmão, com a finalidade aumentar as taxas de crescimento insere-se genes de porcos¹⁹, ou a vaca, com a intenção de aumentar a produção de leite adiciona-se um hormônio geneticamente modificado (*somatotropina bovina*).

Poderia citar inúmeros casos de modificação genética com o intuito de aumentar produtividade, atratividade e reduzir custos, mas é possível, sem elencar mais exemplos que “o universo dos OGM é um universo imenso e de fronteiras ainda indefinidas”, estão na lista desde alimentos direcionados diretamente ao consumo humano e outros destinados a produção de rações. Tais modificações genéticas, em animais ou plantas, se inserem na cadeia alimentar, seja o alimento em si mesmo modificado geneticamente, seja o produto derivado deste alimento”²⁰.

Maria João Estorninho elucida que é possível identificar diversas gerações de OGM, a primeira foi na agricultura, com o escopo de melhorar produtividade, resistência e aspecto; a segunda geração é dos denominados alimentos funcionais, e cita como exemplo o arroz dourado modificado geneticamente para incorporar o gene do betacaroteno e aumentar o nível de vitamina A; vê a terceira nos produtos alimentares denominados de *biofábricas*, alimentos modificados geneticamente a fim de conter medicamentos como vacinas²¹.

Nota-se, pois que a dimensão e as possibilidades decorrentes da biotecnologia são inegáveis o que não se mensura, ainda, são os impactos e os riscos desta tecnologia para a saúde humana, para os comportamentos sociais atrelados ao consumo de alimentos e para o meio-ambiente.

3 Regulamentação dos OGMs no Direito Internacional

A segurança alimentar há muito tempo é preocupação humana, na Grécia antiga os *agoranomi*, e em Roma os *aediles curules* eram responsáveis pelo cidade e também pelos mercados²².

Internacionalmente, dada a globalização e o mercado de produtos alimentícios a preocupação é clara. Destarte, o primeiro texto normativo internacional sobre os OGMs e sua segurança foi a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. A Convenção ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 1994. Os objetivos da convenção estão previsto no artigo 1º: “a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição

¹⁷ ESTORNINHO, M. J. *Segurança alimentar e proteção do consumidor de organismos geneticamente modificados*. Coimbra: Almedina, 2008; p. 23.

¹⁸ *Ibid.*, p. 24-25.

¹⁹ GREENPEACE. *Cartilha ao consumidor*. Disponível em http://greenpeace.org.br/transgenicos/pdf/guia_consumidor_4.pdf. Acesso em 08 de agosto de 2017.

²⁰ ESTORNINHO, M. J. *Segurança alimentar e proteção do consumidor de organismos geneticamente modificados*. Coimbra: Almedina, 2008; p. 26

²¹ *Ibid.*, p. 26

²² *Ibid.*, p. 30

justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos”²³.

Em complemento à Convenção sobre a Diversidade Biológica no dia 29 de janeiro de 2000, a Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) aprovou o primeiro acordo suplementar, denominado como Protocolo Cartagena sobre Biossegurança, entrou em vigor em 11 de setembro de 2003. Cujo objetivo, insculpido em seu artigo 1, é: “[...] contribuir para assegurar um nível adequado de proteção no campo da transferência, da manipulação e do uso seguros dos organismos vivos modificados [...] que possam ter efeitos adversos na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica”, também levando em conta os riscos para a saúde humana, e os movimentos transfronteiriços²⁴.

Antes de das convenções específicas acerca da biotecnologia, a preocupação com a qualidade dos alimentos iniciou-se na década de 50 por meio da FAO – Organização para Alimentação e Agricultura – e da OMS – Organização Mundial da Saúde – tais organizações são vinculadas à ONU – Organização das Nações Unidas. No ano de 1962 a FAO e a OMS decidiram criar a Secretaria do Programa de Padrões de Alimentos, a qual se tornaria a Secretaria do Comitê do *Codex Alimentarius*.

O *Codex Alimentarius* é composto por 165 países, considerado como uma organização intergovernamental incumbida de implementar o programa da FAO/OMS para a padronização mínima de segurança e qualidade alimentar²⁵. Tem como objetivo principal proteger a saúde dos consumidores e aplicar práticas justas ao comércio de alimentos, trata-se, pois, de uma coleção de normas alimentares internacionais aprovadas e apresentadas de maneira homogênea, possuem regras norteadoras de caráter consultivo, com vistas a orientar e promover a enumeração de critérios e requisitos mínimos para os alimentos, contribuindo para a harmonização e facilitando o comércio internacional²⁶.

No que diz respeito aos OGM's o *Codex* no ano de 1999, estabeleceu a Força Tarefa Intergovernamental sobre Alimentos Derivados de Biotecnologia – FBT com a intenção de ditar padrões, normas ou recomendações para alimentos provindos de biotecnologia moderna ou características colocadas em alimentos por meio dessa tecnologia, baseado em evidências científicas e análise de risco²⁷.

Em 1997 foi concluída a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, a qual foi apresentada para adoção na 29ª sessão da Conferência Geral da Unesco (de 21 de outubro a 12 de novembro de 1997). Em seu artigo primeiro dispõe que: “O genoma humano subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes. Num sentido simbólico, é a herança da humanidade”, tal a preocupação dos riscos inerentes à manipulação genética²⁸.

O direito internacional tem a preocupação em evitar danos ao meio ambiente e à saúde humana e impõe a observância de padrões de controle mínimos a fim de

²³ BRASIL. *Decreto Legislativo no 2*, de 3 de fevereiro de 1994. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica. Diário do Congresso Nacional (Seção II) de 08/02/1994, pp. 500-510.

²⁴ ONU. *Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity: text and annexes*. Montreal: United Nations, 2000.

²⁵ LINO, E.N.S.; COSTA, P.S.P; SORATTO, F.P. *Direito ao Desenvolvimento e Organismos Geneticamente Modificados: Breves Considerações*. In SILVERIO JR., J.P.; FERREIRA, R.M. *Direito do Agronegócio – aplicações interdisciplinares*. Goiânia, Kelps, 2017, p. 175.

²⁶ CODEX ALIMENTARIUS. Disponível em http://www.actionlive.pt/docs/actionalimentar/codex_alimentarius_VersaoPortuguesa_2003.pdf. Acesso em 09 de agosto de 2019.

²⁷ Ministério da Saúde. Organização Pan-Americana da Saúde. *Marco Legal Brasileiro Sobre Organismos Geneticamente Modificados* / Ministério da Saúde, Organização Pan-Americana da Saúde, – Brasília : Ministério da Saúde, 2010

²⁸ UNESCO. *The Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights: from theory to practice*. In: 29ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO. November, 11, 1997.

evitar danos em longo prazo, especialmente diante da inovação que tais técnicas demonstram e da ausência de estudos eficazes que elucidem a segurança em longo prazo.

A União Europeia (EU) possui a “Diretiva 2001/18/CE relativa à libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados”, a diretiva utiliza o princípio da precaução como norteador das decisões sobre a liberação do cultivo e disponibilização no mercado, a saber:

Artigo 4.º

Obrigações gerais

1. Os Estados-Membros devem assegurar, em conformidade com o princípio da precaução, que sejam tomadas todas as medidas adequadas para evitar os efeitos negativos para a saúde humana e para o ambiente que possam resultar da libertação deliberada de OGM ou da sua colocação no mercado. A libertação deliberada de OGM ou a sua colocação no mercado só são autorizadas nos termos, respectivamente, da parte B ou da parte C²⁹.

O princípio da precaução, de origem grega, refere-se a um cuidado, a uma reverência que o ser humano deve ter na manipulação da natureza de forma a proteger em primeiro lugar os ecossistemas e a saúde humana, evitando o risco de um dano que em algumas vezes pode ser irreparável.

Além disso, a referida diretiva restringe essa permissão a um período de 10 anos, podendo se renovado, e insere a monitorização obrigatória depois da liberação do OGM no mercado.

4 Regulamentação dos OGMs no Brasil

O Brasil possui um sistema normativo completo acerca dos Organismos Geneticamente Modificados, havendo legislação federal e órgãos para fiscalização da atividade no Brasil.

A Lei n. 11.105/2005, Lei de Biossegurança, regulamenta normas de segurança e dispõe sobre as estruturas de fiscalização de atividades que abarquem os organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, institui o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, além de dispor acerca da Política Nacional de Biossegurança – PNB³⁰.

A CTNBio tem sua definição e composição regulada no Decreto n. 5.591/2005 e foi criada pela antiga lei de biossegurança – Lei n. 8.974/95 – que dispõe em seu artigo 4º, ser a CTNBio, órgão do Ministério da Ciência e Tecnologia, instância colegiada multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo, com a finalidade de prestar apoio técnico e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da Política Nacional de Biossegurança - PNB de OGM e seus derivados, além de estabelecer normas técnicas de segurança e elaborar pareceres técnicos referentes à autorização para atividades que envolvam pesquisa

²⁹ EUROPEU, P. *Diretiva 2001/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 12 de Março de 2001, relativa à libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados e que revoga a Diretiva 90/220/CEE do Conselho. Disponível online em: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=301L0018&model=guichett > Acesso em 20 de agosto de 2019.

³⁰ LINO, E.N.S.; COSTA, P.S.P.; SORATTO, F.P. *Direito ao Desenvolvimento e Organismos Geneticamente Modificados: Breves Considerações*. In SILVERIO JR., J.P.; FERREIRA, R.M. *Direito do Agronegócio – aplicações interdisciplinares*. Goiânia, Kelps, 2017, p. 175.

e uso comercial de OGM e seus derivados, com base na estimativa de seu risco zoofitossanitário, à saúde humana e ao meio ambiente³¹.

De fato, a pesquisa ou produção, bem como os produtos com a técnica de Organismos Geneticamente Modificados, precisa de autorização da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio (§3º do art. 2º da Lei n. 11.105/2005), a qual é conferida a partir da emissão do denominado Certificado de Qualidade de Biossegurança – CQB, a normatização para emissão do CQB é definida pela CTNBio, na Resolução Normativa n. 01/2006, senão veja:

Art. 12. A instituição de direito público ou privado que pretender realizar pesquisa em laboratório, regime de contenção ou campo, como parte do processo de obtenção de OGM ou de avaliação da biossegurança de OGM, o que engloba, no âmbito experimental, a construção, o cultivo, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a liberação no meio ambiente e o descarte de OGM, deverá requerer, junto à CTNBio, a emissão do CQB³².

É importante demonstrar que a CTNBio elaborou diversas resoluções com o fim de regulamentar os OGMs, dentre elas ressalta a Resolução Normativa n. 5 de 13 de fevereiro de 2015, a qual trata aborda da liberação comercial dos OGMs; a Resolução nº 21, de 15 de junho de 2018, que dispõe sobre normas para atividades de uso comercial de Microrganismos Geneticamente Modificados e seus derivados.

Há, além da CTNBio o órgão de assessoramento superior do Presidente da República vinculado à Presidência da República, o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, tem a finalidade de formular e implementar a Política Nacional de Biossegurança – PNB (art. 8º da Lei n. 11.105/2005)³³. A competência da CNBS está definida no § 1º do artigo 8º³⁴.

A regulamentação da Lei de Biossegurança está definida no já citado Decreto 5.591/2005, o qual também como regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Possui como finalidade “o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente” (art. 1º)³⁵.

³¹ BRASIL. *Decreto n. 5.591*, de 23 de novembro de 2005. Regulamenta dispositivos da Lei no 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, v. 142, n. 224, Seção 1, p. 1-6, nov. 2005b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5591.htm. Acesso em: 25 abril. 2019.

³² BRASIL, Ministério da Ciência e Tecnologia. Comissão Técnica Nacional de Biossegurança. *Resolução Normativa Nº 1*, de 20 de Junho de 2006 (Alterada pela Resolução Normativa Nº 11, de 22 de outubro de 2013 e pela Resolução Normativa Nº 14, de 05 de fevereiro de 2015) [on-line], Disponível em < <http://encurtador.com.br/ABVW0> > Acesso em 23 de outubro de 2019.

³³ LINO, E.N.S.; COSTA, P.S.P.; SORATTO, F.P. *Direito ao Desenvolvimento e Organismos Geneticamente Modificados: Breves Considerações*. In SILVERIO JR., J.P.; FERREIRA, R.M. *Direito do Agronegócio – aplicações interdisciplinares*. Goiânia, Kelps, 2017, p. 175.

³⁴ BRASIL. *Lei no 11.105*, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados [...], e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm > 01 de março de 2019.

³⁵ BRASIL. *Decreto n. 5.591*, de 23 de novembro de 2005. Regulamenta dispositivos da Lei no 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, v. 142, n. 224, Seção 1, p. 1-6, nov. 2005b. Disponível em:

O plantio de organismos geneticamente modificados em unidades de conservação está previsto na Lei n. 11.460/2007, a qual em seu o artigo 1º proíbe a pesquisa e o plantio de OGMs em terras indígenas e áreas de conservação, desde que não se tratem de áreas de proteção ambiental.

Sobre a regulamentação dos OGMs ou transgênicos, muita discussão paira acerca do direito ao consumidor de ser informado sobre a existência de tais substâncias no produto consumido, neste sentido, o Decreto n. 4.680, de 24 de abril de 2003 regulamenta o direito à informação, garantido pela Lei no 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – dos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que possuam ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados³⁶.

Referido Decreto foi questionado judicialmente eis que a obrigatoriedade de informar nos rótulos só ocorre se houver a presença acima de um por cento do produto, o TRF da Primeira Região entendeu que o Código de Defesa do Consumidor prevalece sobre o decreto e que a informação deve existir qualquer que seja a quantidade³⁷. O Supremo Tribunal Federal por meio da Reclamação n. 14873, confirmou tal decisão, garantindo ao consumidor o direito de escolha e de autodeterminação.

Não obstante o direito de escolha do consumidor e sobretudo de autodeterminação o Projeto de Lei da Câmara n° 34, de 2015, busca alterar a Lei n. 11.105/ 2005, com a finalidade de liberar os produtores de alimentos de informar ao consumidor sobre a presença de componentes transgênicos quando esta se der em porcentagem inferior a 1% da constituição total do produto alimentício³⁸.

5 OGM'S e o Agronegócio

O agronegócio brasileiro, assim compreendido toda a cadeia produtiva de produtos agropecuários e insumos agrícolas representa em média 23,5% do total do PIB – produto interno bruto – o que demonstra a importância do setor para a economia brasileira³⁹.

Diante da necessidade de manutenção dos índices e da necessidade de crescimento deste setor para alavancar a economia, há ferrenha defesa da utilização das técnicas de biotecnologia para aumento da produtividade e redução dos custos neste setor.

Explica José Roberto Rodrigues Peres que a biotecnologia moderna modificará as vantagens competitivas da agricultura, sobretudo em razão do acréscimo da agilidade de criação de novas tecnologias que oferecerão: “a) aumento de produção e produtividade com redução de custos; b) geração de produtos e processos mais seguros; c) geração de produtos com novos atributos (sabor, composição, cor, tamanho, valor nutritivo etc)”⁴⁰.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5591.htm . Acesso em: 25 abril. 2019.

³⁶ LINO, E.N.S.; COSTA, P.S.P.; SORATTO, F.P. *Direito ao Desenvolvimento e Organismos Geneticamente Modificados: Breves Considerações*. In SILVERIO JR., J.P.; FERREIRA, R.M. *Direito do Agronegócio – aplicações interdisciplinares*. Goiânia, Kelps, 2017, p. 176

³⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Ação Civil Pública n. 2001.34.00.022280-6/DF*. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/consultajurisprudencia>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

³⁸ BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara n° 34*, de 2015. Disponível em < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120996> > Acesso em 20 de agosto de 2019.

³⁹ CNA. *PIB do Agronegócio*. Disponível em < https://www.cnabrazil.org.br/assets/arquivos/pib_agronegocio_balanco_2017.pdf > Acesso em 10 de outubro de 2019.

⁴⁰ PERES, J. R. R. Transgênicos: os benefícios para um agro- negócio sustentável. *Cadernos de Ciência e Tecnologia*, Brasília, v. 18, n. 1, p. 13-26, jan./abr. 2001; p. 16.

A biotecnologia agrícola abarca múltiplos grupos que motivam as características do produto resultante. Zilberman *et al.* citado por Duarte, Garcia e Cruz, enumeram cinco destas categorias voltadas para o plantio: 1) inovações que aumentam a oferta, 2) as que controlam pestes e pragas, 3) as biotecnológicas capazes de aumentar a qualidade dos produtos, 4) inovação de produtos e 5) processos melhorados de monitoramento e detecção de enfermidades⁴¹.

Afirma o ISAAA – *Service for the Acquisition of Agri-biotech Applications*, Serviço Internacional para Aquisição de Aplicações em Agrobiotecnologia – uma organização internacional sem fins lucrativos que compartilha os ditos benefícios da biotecnologia agrícola, que em 2018 o Brasil é o país que mais alarga a produção de alimentos transgênicos no mundo, permanecendo em segundo lugar no ranking mundial, atrás dos Estados Unidos⁴².

O ISAAA, afirma que a taxa média dos cinco maiores países produtores mundiais de alimentos transgênicos – OGM – chegou próximo do máximo, o Brasil conta com 94% da produção de soja, milho e algodão transgênicos⁴³⁴⁴.

Os OGMs são considerados tão importantes no desenvolvimento do agronegócio brasileiro que há inúmeras instituições públicas e privadas com a finalidade de desenvolver novas plantas, novos animais e tecnologias com o uso da técnica de manipulação genética.

No Sudoeste Goiano⁴⁵, além da Embrapa, há em inovação tecnológica a Comigo – Cooperativa Agroindustrial dos Produtores Rurais do Sudoeste Goiano – a qual possui um centro tecnológico e realiza pesquisas na área de biotecnologia, afirma a cooperativa que “nos últimos 40 anos, o setor agrícola vem investindo em tecnologia, obtendo incrementos consideráveis em produtividade. Faz parte deste incremento a evolução genética dos cultivares de soja”⁴⁶.

⁴¹ ZILBERMAN, D.; YARKIN, C.; HEIMAN, A. Knowledge management and the economics of agricultural biotechnology. Rome: University of Rome Tor Vergata, 1999 *apud* DUARTE, J. O.; GARCIA, J. C.; CRUZ, J. C. Aspectos econômicos da produção de milho transgênico. *Circular Técnica*, Sete Lagoas, n.127, p.1-15, 2009.

⁴² ISAAA. *Situação Global dos Cultivos de Transgênicos em 2017*. Disponível em < <https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/50569/15306214042018-07-03-ISAAA-Resumo-Executivo.pdf> > Acesso em 15 de agosto de 2019.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Tendo em vista as restrições aos OGMs pela União Europeia, produtores do Centro-oeste, especialmente cidades como Rio Verde-GO têm voltado a investir em grãos, especialmente soja, convencionais com a finalidade de atender o mercado europeu; “As principais vantagens econômicas para os produtores são oportunidades de acesso a mercados internacionais e programas de financiamento, possibilidade de recompensa decorrente da venda de material certificado, redução dos custos, devido ao maior controle sobre os insumos”; FIGUEIREDO, N. *Na era dos transgênicos, grão de soja convencional ganha espaço no país*. 2017. Disponível em < <https://www.dci.com.br/agronegocios/na-era-dos-transgenicos-gr-o-de-soja-convencional-ganha-espaco-no-pais-1.663896> > Acesso em 20 de outubro de 2019.

⁴⁵ Sudoeste goiano é uma microrregião, a qual “são partes das mesorregiões que apresentam especificidades quanto à organização do espaço tais como: estrutura da produção agropecuária, industrial, extrativismo mineral, entre outras, podendo ainda resultar da presença de elementos do quadro natural ou de relações sociais e econômicas particulares. Essas especificidades não significam uniformidade de atributos, nem conferem às microrregiões auto-suficiência e tampouco o caráter de serem únicas. Esses espaços foram identificados, também, pela vida de relações ao nível local, isto é, pela possibilidade de atender às populações, através do comércio de varejo ou atacado ou dos setores sociais básicos”. O Sudoeste goiano é composto por 15 cidades, dentre elas Rio Verde. IMB, Instituto Mauro Borges De Estatísticas E Estudos Socioeconômicos. *Microrregião do Sudoeste de Goiás*. Disponível em < http://www.imb.go.gov.br/files/docs/mapas/microrregioesibge/microrregiao_do_sudoeste_d_e_goiias.pdf > Acesso em 10 de outubro de 2019.

⁴⁶ COMIGO. *Anuário de Pesquisa CTC Agricultura - Resultados 2018*. 17. ed. Rio Verde, GO: Centro Tecnológico COMIGO, 2018. 180 p.; p. 164

Aduz a cooperativa acima citada que o investimento efetivado pelas principais firmas do setor, em genética, biotecnologia, ocasionou para as regiões cultivares apropriados e com “alto teto produtivo, permitindo assim incrementos consideráveis em produtividade. Segundo dados gerados a partir do censo agropecuário do IBGE, em 2006, a tecnologia foi a responsável por quase 70% do crescimento da produção de grãos (SF Agro, 2017)”⁴⁷.

Além do aumento da produtividade afirma-se sobre a resistência a pragas, doenças, proliferação de plantas diversas; o melhoramento das qualidades agrônômicas, comportando uma melhor adequação às reivindicações de mecanização da lavoura; o aprimoramento da qualidade; a máxima adequabilidade as condições climáticas⁴⁸.

No entanto, apesar de ter sido anunciada como uma tecnologia adequada para majorar a produtividade das lavouras, a transgenia tem como maiores efeitos, em marcos econômicos, a diminuição dos custos e a amortização das perdas geradas por fatores bióticos que atuam no meio ambiente onde são cultivadas. Os resultados de pesquisa nos Estados Unidos da América demonstraram que, quando se confronta a produção de cultivares semelhantes, por exemplo, OGM e convencional, concluiu-se que, controlando outros fatores, a produtividade do cultivo convencional é igual ou suavemente superior à produtividade do cultivo com OGM⁴⁹.

Tal informação derruba o argumento difundido pelo senso comum de que os transgênicos são responsáveis por garantir um maior abastecimento de alimentos para a população mundial, já que não produz mais que a lavoura convencional, embora seja mais rentável.

Todavia, conforme se vê o investimento nas novas tecnologias de modificação dos genes dos alimentos é crescente, levando-se em consideração, conforme dados apresentados fatores eminentemente econômicos, não há se olvidar da importância do setor para o crescimento econômico a indagação que se faz é: o é para o desenvolvimento?

6 Direito ao desenvolvimento e crescimento econômico: os riscos advindos das novas tecnologias

Da quantidade de alimentos transgênicos produzidos no mundo e o aumento exponencial de autorizações “está diretamente relacionada ao fato de, no plano mercadológico de bens de consumo, os produtos da biotecnologia compõem um dos ramos mais promissores do capitalismo atual”⁵⁰.

No entanto, apesar dos benefícios alegados a manipulação genética não é isenta de riscos, tal afirmação é tão notória que há legislações internacionais e nacionais que buscam garantir a segurança ao ser humano e que priorizam o princípio da precaução, como é o caso da União Europeia.

Em estudo conduzido por Francese e Folguera foi possível concluir que há uma exacerbação dos aspectos econômicos e produtivos atrelados a uma inseparável omissão de fatores complexos e de riscos potenciais, compreendendo que as escolhas teóricas de simplificação das técnicas e omissão dos riscos funciona mais como uma publicidade para influenciar na escolha dos consumidores e aumentar o mercado dos transgênicos, assim “três elementos aparecem fortemente associados aos elementos

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ LACADENA, J. R. Plantas y alimentos transgênicos. Madrid: *Departamento de Genética*, Facultad de Biología, Universidad Complutense. Disponível em: < <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/Ptransg0.html>. > Acesso em: 7 dez. 2016.

⁴⁹ DUARTE; GIANESSI; CARPENTER, NILL; SHOEMAKER et al., *apud* DUARTE, J. O.; GARCIA, J. C.; CRUZ, J. C. Aspectos econômicos da produção de milho transgênico. *Circular Técnica*, Sete Lagoas, n.127, p.1-15, 2009.

⁵⁰ GARCIA, Maria Alice. Alimentos transgênicos: riscos e questões éticas. *Revista de Agricultura*, v. 76 fascículo 3, Piracicaba-SP, 2003.

epistêmicos que apresenta: simplificação, promessas e omissão de fatores de risco”, há promessas exacerbadas acerca dos benefícios e omissão dolosa sobre os riscos⁵¹.

Lacadena⁵² aponta como riscos diretamente ao ser humano a toxicidade, efeitos alergênicos, resistência a antibióticos – tendo em vista a inserção de bactérias em genes de plantas. Em relação ao meio ambiente há o risco de uma dispersão sem controle da descendência genética da produto transgênico, seja planta ou animal, transferência dos genes transgênicos a outras espécies não transgênicas, riscos, portanto, à diversidade biológica, indução à resistência dos produtos transgênicos à agentes patogênicos e pragas.

Nodari e Guerra⁵³ explicitam que uma grande parte de plantas transgênicas de primeira geração possuem genes de resistência a antibióticos. E se questionam se esta resistência teria relação com a saúde humana, afirmam que nos últimos 20 anos, apareceram mais de 30 doenças na espécie, dentre elas ebola, hepatites e a AIDS, além de reaparecer doenças como a tuberculose, malária, cólera e difteria, de uma maneira mais agressiva, enquanto que no mesmo período houve um decréscimo na eficiência dos antibióticos e complementam:

Segundo comprovam estudos, tanto a recombinação como a transferência horizontal entre bactérias aceleraram a disseminação contínua de regiões genômicas na natureza e, por isso, também entre os organismos causadores de doenças. O mesmo pode ocorrer com os genes de resistência a antibióticos (Ho *et al.*, 1998). É conhecido o exemplo da estreptomicina em suínos; após um ano de aplicação nos animais (1983), genes de resistência a estreptomicina estavam presentes nos plasmídeos de bactérias que viviam na garganta e estômago dos suínos. Uma das implicações disto é que, embora a frequência de transformação e, conseqüentemente, a transferência horizontal em bactérias sejam extremamente baixas, os genes de resistência a antibióticos inseridos em plantas transgênicas poderão ser transferidos para bactérias humanas, constituindo-se um risco a ser considerado⁵⁴.

Ou seja, se o DNA de uma planta ou animal geneticamente modificado não é destruído no aparelho gástrico quais as conseqüências de transferência de genes resistentes a antibióticos que estão em plantas transgênicas para bactérias e até mesmo para o próprio ser humano?

O segundo risco enfatizado por Nodari e Guerra⁵⁵ são as intolerâncias e alergias decorrentes da toxicidade e exemplificam “no caso da variedade transgênica *Soja Roundup Ready*, os testes realizados não foram suficientes para discriminar as possíveis variações nas 16 proteínas alergênicas presentes na soja” e citam o estudo Padgett *et al* que ao comparar perfis proteicos de soja transgênicas e não transgênicas observaram, *in vitro*, um acréscimo de 26,7% no teor do inibidor de tripsina, tido como alergênico⁵⁶.

⁵¹ FRANCESE, C. F. FOLGUERA, Guillermo., Saberes simplificados, tecnociencia y omisión de riesgos. El caso de los organismos genéticamente modificados. *Runa* [en línea]. 2018.

⁵² LACADENA, J. R. Plantas y alimentos transgênicos. Madrid: *Departamento de Genética*, Facultad de Biología, Universidad Complutense. Disponível em: < <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/Ptransg0.html>. > Acesso em: 7 dez. 2016

⁵³ NODARI, R. O.; GUERRA, M. P. Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar (Biossegurança de plantas transgênicas). *Rev. Nutr.*, Campinas, v. 16, n. 1, p. 105-116, Jan. 2003.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

Além disso, as autoridades de fiscalização e controle não têm tido êxito na limitação da introdução de alimentos transgênicos ao consumo humano, de fato, os autores Nadori e Guerra explicam que no ano de 2000, foram identificados nos Estados Unidos e em outros países produtos alimentícios contendo derivados de uma tipo de milho *Bt* liberado apenas para ingestão animal face ao seu potencial alergênico. Um Comitê Científico agindo como membro do *Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act* (FIFRA), agregado pela *Environmental Protection Agency* (EPA, EUA), avaliando 34 casos, concluiu que entre 7 e 14 pessoas possivelmente despontaram reações alérgicas a alimentos contendo derivados da variedade de milho *Bt StarLink*⁵⁷.

Camara *et al* realizaram estudo para revisar a bibliografia acerca da segurança do uso dos OGMs ao consumo humano e ao meio ambiente, para tanto localizou "716 estudos [...] o período da pesquisa foi de 1987 a 2008, e verificou-se que a maior parte das publicações ocorreu a partir de 1998 (aproximadamente 95%), em especial em 2007, ano que compreendeu 13,2% das publicações (94 estudos)"⁵⁸.

O principal resultado do estudo realizado pelos autores apontados no parágrafo anterior foi acerca da impossibilidade de se atestar a segurança dos alimentos geneticamente modificados especialmente diante da escassez de estudos. Uma importante indagação realizada pelos autores é o mencionado abaixo:

Outra conclusão refere-se ao fato de todos os estudos discursarem sobre a insegurança alimentar dos alimentos geneticamente modificados, o que permite apontar uma questão importante: que estudos embasaram a CTNBio na permissão para as liberações comerciais de transgênicos, se na amostra por nós analisada todos afirmam que tais alimentos não são seguros?⁵⁹

Ou seja, não há segurança evidenciada para o consumo humano e ainda assim houve liberação pela CTNBio, como já visto o Brasil é o país que mais aumenta a produção de transgênicos no mundo, sendo que as culturas de soja, milho e algodão são 93,4% geneticamente modificadas.

Os autores questionam ainda a aprovação de três tipos de milho transgênico, o "milho Liberty Link (evento LL25), o milho Guardian (evento MON810) e o milho Bt11 (evento Bt11), sem estudos acerca de sua segurança alimentar e riscos ao meio ambiente nos ecossistemas brasileiros"⁶⁰.

Apesar da consciência dos riscos e da ausência de estudos que comprovem a segurança dos OGMs ao meio ambiente e à saúde humana o que há, de fato, é uma grande experiência em que toda a sociedade consumidora destes alimentos está sendo alvo de testes que só se demonstrarão seguros ou inseguros num futuro distante, apesar disso os interesses econômicos têm prevalecido sobre os mais basilares interesses da pessoa humana.

Habermas⁶¹ ao avaliar a relação entre capital e poder nos liames da União Europeia, adota que "enquanto no plano mundial a economia opera basicamente livre de controles políticos, no plano nacional os governos nacionais estão limitados a fomentar a modernização de suas economias", não há, pois, interesse em garantir o desenvolvimento humano, mas que os números demonstrem o crescimento econômico.

⁵⁷ FEDERAL INSECTICIDE..., *apud* NODARI, R. O.; GUERRA, M. P. Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar (Biossegurança de plantas transgênicas). *Rev. Nutr.*, Campinas, v. 16, n. 1, p. 105-116, Jan. 2003.

⁵⁸ CAMARA, M. C. C. *et al.* Transgênicos: avaliação da possível (in)segurança alimentar através da produção científica. *Hist. cienc. saude-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 669-681, Sept. 2009.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 678.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 679.

⁶¹ HABERMAS, J. *A Crise de legitimação no Capitalismo Tardio*. São Paulo: Tempo Universitário, 1995. p. 99.

Neste sentido, países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, que necessitam ampliar seus mercados e ampliar sua lucratividade, acabam por priorizar questões econômicas, inobstante os riscos que possam advir de tais escolhas.

A assunção dos governos nacionais do plano mundial ocorre principalmente para que exista competitividade a nível internacional e nesta assertiva se enquadra os OGMs, há aumento de produtividade por metro quadrado de terra, diminuição dos custos de produção com a redução de insumos e agrotóxicos.

A economia tem papel imprescindível para a tutela dos direitos fundamentais, os ditos direitos básicos do ser humano e da sociedade e que são cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988, essa assertiva é válida na medida em que só há desenvolvimento humano se existir dinheiro para implantar políticas públicas para acesso a direitos nucleares da existência humana.

No entanto, não basta o aumento do PIB – produto interno bruto – o dito crescimento econômico, eis que este conceito se difere do de desenvolvimento, de fato enquanto o primeiro retrata apenas o crescimento em aspectos econômicos e quantitativos, o segundo se refere aos aspectos qualitativos, de desenvolvimento humano e social. É no último sentido que o economista Amartya Sen⁶² foi prêmio Nobel de Economia ao se referir ao desenvolvimento como liberdade.

Max Weber afirma que “a luta constante, em forma pacífica e bélica, entre Estados nacionais concorrentes pelo poder criou as maiores oportunidades para o moderno capitalismo ocidental”⁶³. Neste sentido, a base do Estado moderno está alicerçada na forma de produção capitalista e é desta concepção, de uma priorização do aumento dos lucros e do capital que muitos Estados ignoram os riscos de novas tecnologias.

O Estado e, portanto, os mecanismos de controle que há com vistas a garantir o bem estar humano, acaba se esquecendo deste e coloca em primeiro lugar a economia, o crescimento econômico, assim a autorização de produção e consumo de OGMs sem o devido atestado de segurança coloca em risco a própria existência humana.

Por este motivo a diferenciação entre desenvolvimento e crescimento: “este último seria apenas o crescimento da renda e do PIB, porém sem implicar ou trazer uma mudança estrutural mais profunda [...]”. O desenvolvimento, então, “é um progresso com alterações estruturais, afirmando-se com forças próprias; – o crescimento – “é induzido por um fator por de fora, não provoca propriamente o progresso mas infla a economia, a qual porém se esvazia uma vez cessada a causa”⁶⁴.

Amartya Sen⁶⁵ esclarece que a economia tem a tendência de afastar o enfoque sobre o valor das liberdades em benefício do valor das utilidades, rendas e riquezas e que esse enfoque pró-mercado ocasionou a desconsideração da própria liberdade como valor central; no entanto, a perspectiva é contrária a economia deve centrar-se no sujeito e não no objeto, o ser humano deve ser o foco de toda e qualquer ação. É neste sentido que o Amrtya Sem encara o desenvolvimento a partir das liberdades substantivas, destarte, “os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco”, as pessoas são ativamente envolvidas –

⁶²SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. 6 ed. São Paulo: Companhia Das Letras, 2000.

⁶³WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 2. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UnB, 2004; p. 517.

⁶⁴ NUSDEO, F.. *Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas*. In SALOMÃO FILHO, C. (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002; p. 354-355.

⁶⁵ SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. 6 ed. São Paulo: Companhia Das Letras, 2000.

“dada a oportunidade – na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento”⁶⁶.

Há, segundo tal perspectiva, a necessidade de que os seres humanos estejam cientes dos riscos e benefícios reais dos transgênicos e que participem de forma ativa das tomadas de decisões sobre a colocação de tais produtos no mercado, visto que a própria existência humana tal como é conhecida é colocada em risco, há pois a necessidade de participação substantiva do ser humano no processo de tomada de decisão.

Além disso, Juan Alvarez Vita explica que, com base no artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nasceu a ideia do direito ao desenvolvimento. Proclama o artigo 28 que “toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados” e igualmente na Declaração das Nações Unidas que dispõe acerca do progresso e o desenvolvimento social, proclamada na resolução n. 2542 (XXIV) da Assembleia Geral, de 11 de dezembro de 1969, a qual possui como desígnio “a contínua elevação do nível de vida tanto material quanto espiritual de todos os membros da sociedade, dentro do respeito e cumprimento dos direitos humanos”, bem como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992⁶⁷.

Assim, a Organização das Nações Unidas – ONU – reconhece o direito ao desenvolvimento como direito humano, constante na Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, o artigo 1º, §1, assim dispõe:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

A declaração enfatiza que “a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento”. De fato, qualquer tecnologia, qualquer avanço científico deve servir ao ser humano em sua totalidade e este deve ser sujeito destas relações, jamais objeto. Para compreender, portanto, o direito ao desenvolvimento é necessário levar em consideração a sua complexidade, eis que ele sintetiza todos os direitos humanos⁶⁸.

A procura por participar de forma competitiva nesta ordem econômica internacional é consequência do choque entre as estratégias de desenvolvimento e a desordem econômica mundial com os parâmetros sociais, culturais e políticos, juntamente com a necessidade de sopesar o campo econômico, contemplando o desenvolvimento integral de todo os homens com vista a uma mudança qualitativa no processo de desenvolvimento mundial, eis que os países em desenvolvimento suportam 70% da população mundial e auferem apenas 30% dos rendimentos da riqueza mundial⁶⁹.

Boaventura Sousa Santos analisa o direito ao desenvolvimento em tensão entre outros direitos humanos individuais e coletivos, especialmente os referentes à autodeterminação, a um ambiente saudável, à terra e à saúde. Tudo está atrelado à crise civilizatória: a crise alimentar, ambiental, genética, energética, especulação financeira sobre as *commodities* e recursos naturais, grilagem e latifúndios de terras,

⁶⁶ *Ibid*, p. 77.

⁶⁷ VITA, J.A.. *Derecho al desarrollo*. Lima: Instituto Peruano de Derechos Humanos – Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Cultural Cuzco, 1988.

⁶⁸ *Ibid*.

⁶⁹ *Ibid*.

expansão das fronteiras agrícolas, escassez de água, expulsão de população indígena, aumento de câncer em pessoas que vivem em zona de intensa produção agrícola e os organismos geneticamente modificados⁷⁰.

O autor ao analisar a tensão em direito ao desenvolvimento e os direitos ambientais analisa a agricultura industrial, agronegócio no Brasil, que este fenômeno, em terras brasileiras, se dá principalmente pela reprimarização da economia, expansão desordenada da fronteira agrícola e “afirmação do modelo da modernização agrícola conservadora e da monocultura químico-dependente”, os produtos agrícolas estão ocupando cada vez mais terras, “para alimentar, não as populações, mas ciclos produtivos vários, ao mesmo tempo que avançam sobre biomas como o cerrado e Amazônia”⁷¹.

Os efeitos desta forma de produzir sobre a agricultura familiar e a dependência dos agrotóxicos e fertilizantes químicos somados à larga utilização de organismos geneticamente sem a certeza dos riscos ocasionam graves afrontas ao direito à saúde e à determinação dos povos, visto que a produção de alimentos passa a ficar vinculada a sementes estéreis produzidas por grandes corporações.

A saída para tais entraves aos direitos humanos e ao reconhecimento do direito ao desenvolvimento como liberdade é participação substantiva na luta pelos direitos contra-hegemônicos priorizando os direitos humanos em detrimento do mercado.

Daí que com vistas nesta concepção humanista de economia de que os seres humanos devem estar em primeiro lugar o consumo dos OGM's deveriam ser repensados pelo direito, sendo autorizados somente após a ciência, imparcial e destituída do peso do poder econômico, demonstrar a segurança para a vida humana e do restante dos seres vivos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço científico, a biotecnologia, é uma presença constante em nossa sociedade atual e tende a intensificar nos próximos anos, não se questiona que a manipulação genética tenha a capacidade de proporcionar avanços na produção de alimentos e possa até mesmo ter a capacidade de resolver os problemas de abastecimento mundial, embora não seja esta a finalidade do mercado.

O que se pode observar a partir da pesquisa realizada é que o direito reconhece a necessidade de tutelar e dar mecanismos seguros para aprovação de organismos geneticamente modificados, devendo prevalecer o princípio da precaução, na prática o agronegócio brasileiro, como fonte principal da economia nacional, acaba procurando meio de aumentar a rentabilidade e encontra nos OGMs um dos meio de priorizar a utilidade.

Tal argumento é corroborado com o fato do país ser um dos maiores produtores mundiais de transgênicos e pelo fato de haver pouca transparência na CTNbio e nenhuma participação popular no processo de tomada de decisão. O que se vislumbrou é que em vez de ser objetivo de qualquer prática científica e econômica o ser humano tem sido objeto, conforme referência bibliográfica utilizada não há certeza da segurança no uso e consumo de alimentos geneticamente modificados.

Os riscos são diversos, tanto para a saúde quanto para o meio ambiente, a disseminação de plantas e animais transgênicos, comprometendo a biodiversidade alimentar, o perigo de cruzamento com outras espécies resultando em variedades desconhecidas, os transtornos alimentares decorrentes da toxicidade destes alimentos e a resistência a antibióticos são questões que só poderiam ser respondidas em longo prazo, no entanto, antes destas respostas a produção e o consumo foram

⁷⁰ SANTOS, B. S.. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento* - 1º edição. São Paulo: Cortez, 2013.

⁷¹ *Ibid.*

autorizados, transformando-nos em verdadeiras cobaias, objetos de experimentos que podem ser catastróficos à vida.

Há ainda a limitação da liberdade do produtor, o qual pode, nos próximos anos ficar refém de sementes estéreis e privatizadas por grandes corporações, a produção de alimentos pode ficar adstrita aos produtores de sementes patenteadas.

Nota-se, pois, que o direito ao desenvolvimento, como direito humano, como garantia das liberdades substantivas do ser humano não é objetivo do agronegócio brasileiro, sabe-se que o direito ao desenvolvimento, difere do crescimento econômico, ele é o meio pelo qual a pessoa humana terá acesso a todos os outros direitos e garantias fundamentais, trata-se de implementação da qualidade de vida das pessoas e não apenas em relação ao aspecto quantitativo que o crescimento econômico abarca.

Portanto, inobstante a competitividade global, o objetivo fundamental dos Estados e dos povos não deve ser apenas o crescimento econômico, mas que este ocorra observando o ser humano como sujeito, e neste sentido, a produção e o consumo de Organismos Geneticamente Modificados devem se restringir àqueles em que há comprovada segurança ao ser humano e ao meio ambiente é esta, aliás, a concepção adotada pela União Europeia, que ainda se mostra resistente à liberação dos OGM's, razão pela qual é imprescindível que haja participação popular na discussão de aprovação de alimentos transgênicos, de maneira que se possa exercer as liberdades substantivas.

8 REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Decreto Legislativo no 2*, de 3 de fevereiro de 1994. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica. Diário do Congresso Nacional (Seção II) de 08/02/1994, pp. 500-510.
- BRASIL. *Decreto n. 5.591*, de 23 de novembro de 2005. Regulamenta dispositivos da Lei no 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, v. 142, n. 224, Seção 1, p. 1-6, nov. 2005b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5591.htm. Acesso em: 25 abril. 2019.
- BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Comissão Técnica Nacional de Biossegurança. *Resolução Normativa Nº 1*, de 20 de Junho de 2006 (Alterada pela Resolução Normativa Nº 11, de 22 de outubro de 2013 e pela Resolução Normativa Nº 14, de 05 de fevereiro de 2015) [on-line], Disponível em < <http://encurtador.com.br/ABVWO> > Acesso em 23 de outubro de 2019.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Organização Pan-Americana da Saúde*. Marco Legal Brasileiro Sobre Organismos Geneticamente Modificados / Ministério da Saúde, Organização Pan-Americana da Saúde, – Brasília : Ministério da Saúde, 2010
- BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara nº 34*, de 2015. Disponível em < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120996> > Acesso em 20 de agosto de 2019.
- BRASIL. *Lei no 11.105*, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados [...], e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm > 01 de março de 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Ação Civil Pública n. 2001.34.00.022280-6/DF*. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/consultajurisprudencia>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

- CAMARA, M. C. C. et al. Transgênicos: avaliação da possível (in)segurança alimentar através da produção científica. *Hist. cienc. saúde-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 669-681, Sept. 2009.
- CEPEA. *Relatório do PIB do Agronegócio Brasileiro*. Outubro/2016. Disponível em: <<http://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>>. Acesso em: 01 de março de 2017.
- CNA. *PIB do Agronegócio*. Disponível em <https://www.cnabrazil.org.br/assets/arquivos/pib_agronegocio_balanco_2017.pdf> Acesso em 10 de outubro de 2019.
- CODEX ALIMENTARIUS. Disponível em http://www.actionlive.pt/docs/actionalimentar/codex_alimentarius_VersaoPortuguesa_2003.pdf. Acesso em 09 de agosto de 2019.
- COMIGO. *Anuário de Pesquisa CTC Agricultura - Resultados 2018*. 17. ed. Rio Verde, GO: Centro Tecnológico COMIGO, 2018. 180 p.; p. 164.
- DUARTE, J. O.; GARCIA, J. C.; CRUZ, J. C. *Aspectos econômicos da produção de milho transgênico*. Circular Técnica, Sete Lagoas, n.127, p.1-15, 2009.
- ESTORNINHO, M. J. *Segurança alimentar e proteção do consumidor de organismos geneticamente modificados*. Coimbra: Almedina, 2008.
- EUROPEU, P. *Diretiva 2001/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 12 de Março de 2001, relativa à libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados e que revoga a Diretiva 90/220/CEE do Conselho. Disponível online em: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=301L0018&model=guichett > Acesso em 20 de agosto de 2019.
- FIGUEIREDO, N. *Na era dos transgênicos, grão de soja convencional ganha espaço no país*. 2017. Disponível em <<https://www.dci.com.br/agronegocios/na-era-dos-transgenicos-gr-o-de-soja-convencional-ganha-espaco-no-pais-1.663896>> Acesso em 20 de outubro de 2019.
- FONSECA, A. B. et al. *Modernidade alimentar e consumo de alimentos: contribuições sócio antropológicas para a pesquisa em nutrição*. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 9, p. 3853-3862, Sept. 2011.
- FRANCESE, C. F.; FOLGUERA, Guillermo., Saberes simplificados, tecnociencia y omisión de riesgos. El caso de los organismos genéticamente modificados. *Runa* [en línea]. 2018.
- GARCIA, M. A. *Alimentos transgênicos: riscos e questões éticas*. *Revista de Agricultura*, v. 76 fascículo 3, Piracicaba-SP, 2003.
- GREENPEACE. *Cartilha ao consumidor*. Disponível em http://greenpeace.org.br/transgenicos/pdf/guia_consumidor_4.pdf. Acesso em 08 de agosto de 2017.
- HABERMAS, J.. *A Crise de legitimação no Capitalismo Tardio*. São Paulo: Tempo Universitário, 1995. p. 99.
- IMB, Instituto Mauro Borges De Estatísticas E Estudos Socioeconômicos. *Microrregião do Sudoeste de Goiás*. Disponível em <http://www.imb.go.gov.br/files/docs/mapas/microrregioes-ibge/microrregiao_do_sudoeste_de_goiias.pdf> Acesso em 10 de outubro de 2019.
- ISAAA, *Situação Global dos Cultivos de Transgênicos em 2017*. Disponível em <<https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/50569/15306214042018-07-03-ISAAA-Resumo-Executivo.pdf>> Acesso em 15 de agosto de 2019.
- LACADENA, J. R.. *Plantas y alimentos transgênicos*. Madrid: Departamento de Genética, Facultad de Biología, Universidad Complutense. Disponível em: <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/Ptransg0.html>. Acesso em: 7 dez. 2016.
- LINO, E.N.S.; COSTA, P.S.P; SORATTO, F.P. *Direito ao Desenvolvimento e Organismos Geneticamente Modificados: Breves Considerações*. In

- SILVERIO JR., J.P.; FERREIRA, R.M. Direito do Agronegócio – aplicações interdisciplinares. Goiânia, Kelps, 2017, p. 175.
- NODARI, R. O.; GUERRA, M. P.. Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar (Biossegurança de plantas transgênicas). *Rev. Nutr.*, Campinas, v. 16, n. 1, p. 105-116, Jan. 2003.
- NUSDEO, F. *Desenvolvimento econômico* – um retrospecto e algumas perspectivas. In SALOMÃO FILHO, C. (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ONU. *Declaração do Direito ao Desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.
- ONU. *Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity: text and annexes*. Montreal: United Nations, 2000.
- PERES, J. R. R. Transgênicos: os benefícios para um agro- negócio sustentável. *Cadernos de Ciência e Tecnologia*, Brasília, v. 18, n. 1, p. 13-26, jan./abr. 2001; p. 16.
- SANTOS, B. S. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento* - 1º edição. São Paulo: Cortez, 2013.
- SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. 6 ed. São Paulo: Companhia Das Letras, 2000.
- SIMMEL, G. Sociologia da refeição. *Estudos Históricos*, v. 33, p. 159- 166, 2004.
- UNESCO. *The Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights: from theory to practice*. In: 29ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO. November, 11, 1997.
- VITA, J. A. *Derecho al desarrollo*. Lima: Instituto Peruano de Derechos Humanos – Instituto InterAmericano de Derechos Humanos/Cultural Cuzco, 1988.
- WALLACE, H. *Mosquitos Geneticamente Modificados: Preocupações Atuais*. Fundação Heinrich Böll Brasil: Rio de Janeiro, 2013.
- WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 2. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UnB, 2004.

Atuação do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça para o *accountability* do Poder Judiciário

Performance of the Federal Supreme Court and the National Council of Justice for the accountability of the judicial branch

Zelia Luiza Pierdoná¹

Universidade Presbiteriana Mackenzie

José Carlos Francisco²

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Patrícia Schoeps da Silva³

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Sumário: 1. Introdução. 2. Fundamentos da independência judicial. 3. Judiciário e Política. 4. Democracia e *accountability*. 5. Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça. 6. A problemática da transparência. 7. Conclusão. 8. Referências.

Resumo: Este estudo, partindo do problema do crescimento do Poder Judiciário brasileiro no jogo institucional (“protagonismo judicial”, inclusive no controle de atos políticos), analisa a necessidade de aperfeiçoar o *accountability* para controle de suas atividades, notadamente com a atuação do Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça. O trabalho, realizado por meio de pesquisa bibliográfica, normativa e documental, conclui que o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça (órgãos de cúpula da estrutura judiciária brasileira) possuem competência e dever institucional para aperfeiçoar o *accountability* e a responsividade do Poder Judiciário, sem embargo do problema de “quem controla o controlador”, e de desafios relevantes como a neutralidade do exercício jurisdicional diante da sedução da “política”, em vista da transparência exigida no âmbito estatal.

Palavras-Chave: *accountability*; Poder Judiciário; Conselho Nacional de Justiça; Supremo Tribunal Federal; protagonismo judicial.

¹ Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, vinculada à graduação e à pós-graduação; mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; doutora em Direito do Estado, também pela PUC/SP; realizou estágio de pós-doutorado na Universidade Complutense de Madri; Procuradora Regional da República e autora de diversos artigos e livros (capítulos) nas áreas componentes da seguridade social (que no Brasil incluiu previdência social, assistência social e saúde).

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP (vinculado à Graduação e ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico), Coordenador do Grupo de pesquisa “Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito”, Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo-USP, Pós-Doutor pela Université de Paris1 (Panthéon-Sorbonne) e Juiz Federal na 3ª Região.

³ Pesquisadora do Grupo de pesquisa “Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito” (Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP), Mestre em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC, *Máster en Democracia y Buen Gobierno* pela Universidad de Salamanca – Espanha, Advogada.

Abstract: This study, starting from the problem of the growth of the Brazilian Judiciary in the institutional game (“judicial protagonism”, including the control of political acts), analyzes the need to improve the accountability to control its activities, notably with the Federal Supreme Court and National Council of Justice. The work, conducted through bibliographic, normative and documentary research, concludes that the Federal Supreme Court and the National Council of Justice (top organs of the Brazilian judicial structure) have institutional competence and duty to improve the accountability and responsiveness of the judiciary. However, the problem of “who controls the controller”, and relevant challenges such as the neutrality of the judicial exercise in the face of the seduction of “politics”, in view of the transparency required at the state level.

Keywords: accountability; judicial branch; National Council of Justice; Supreme Court; judicial protagonism.

1. INTRODUÇÃO

Partindo da constatação do problema pertinente ao crescimento do Poder Judiciário brasileiro no jogo institucional (também chamado de “protagonismo judicial”, inclusive porque há controle de atos políticos), o presente trabalho analisa a necessidade de aperfeiçoar o *accountability* para controle de suas atividades, diante do que emergem os papéis do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, órgãos de cúpula da estrutura judiciária brasileira com competência para aperfeiçoar o *accountability* e a responsividade da atuação dos membros da magistratura brasileira.

Esse tema também traz a inerente preocupação de “quem controla o controlador” (ou seja, quem controla o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça), além de outros desafios relevantes para garantir a neutralidade do exercício jurisdicional diante da sedução da “política” e do risco de fóruns se tornarem “arenas” de discussão político-partidária, postas na perspectiva da transparência imposta ao funcionamento estatal.

Para comprovar sua hipótese, este estudo se serve de pesquisa normativa, bibliográfica e documental, assentando-se também em valores jurídicos essenciais ao sistema constitucional brasileiro, como a separação de poderes, o republicanismo e o Estado de Direito.

2. FUNDAMENTOS DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

A ideia de controle sobre o Poder Judiciário tem por objetivo aumentar o nível de *responsividade* da instituição, e provoca intensas discussões quanto ao risco que representaria à imparcialidade da prestação jurisdicional (garantida por meio da independência funcional dos magistrados), que ao menos em tese seria limitada, gerando um déficit democrático.

A aproximação ao debate enseja um breve esboço acerca dos fundamentos da noção de independência judicial como elemento do sistema político-institucional. Desde o início da idade moderna, muitas teorias sustentam a necessidade de independência dos três poderes convencionalmente previstos (Executivo, Legislativo e Judiciário), que devem por outro lado limitar-se mutuamente de forma a evitar o abuso de poder e a tirania.

Uma das obras mais influentes sobre o assunto foi elaborada por Montesquieu⁴, que efetivamente constrói a base teórica da democracia liberal ao analisar o sistema político inglês instituído após a Revolução Gloriosa, evento que destituiu a dinastia

⁴MONTESQUIEU, C. S. *Do Espírito das Leis*, São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 171 e seguintes). Sobre o sistema de governo presidencialista na lógica da separação de poderes, ver FRANCISCO, J. C. “Poder Executivo e Presidencialismo - Art. 76”, in GOMES CANOTILHO, J. J.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L.; LEONCY, L. F. (coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, v. 1, p. 1265-1278, p. 1265-1278.

Stuart do poder e restabeleceu o respeito à Magna Carta e aos direitos naturais do homem.

A teoria elaborada por Montesquieu está fundamentada no princípio de fragmentação do poder como forma de evitar sua concentração nas mãos de uma pessoa ou grupo, evitando assim o surgimento de regimes despóticos, e na possibilidade de se opor vetos a decisões políticas finais⁵. Assim, o modelo clássico de separação de poderes elaborado por Montesquieu está calcado sobre estes dois pilares essenciais – fragmentação do poder e possibilidade de vetos – sendo o terceiro pilar um órgão ou instância cuja função seria a de “moderação” da vontade das maiorias políticas de momento.

A conjuntura inglesa oferece à análise de Montesquieu a *representação política* no âmbito do Poder Legislativo bicameral, composto pela Câmara dos Lordes (cujos integrantes são oriundos da aristocracia, e chegam ao cargo pela hereditariedade) e pela Câmara dos Comuns (integrada por representantes da sociedade, normalmente eleitos pela população). Montesquieu observa ainda que cada uma das casas é espaço para a discussão de determinados tipos de conflitos sociais, que constituem a natureza de cada uma delas; à Câmara dos Lordes, composta pela aristocracia conservadora, caberia a proteção dos valores construídos historicamente.

Já a Câmara dos Comuns seria portadora dos interesses revolucionários da maioria política – naquele momento histórico identificada com a burguesia mercantil. O equilíbrio do sistema político advém da tensão entre os interesses de cada casa, impedindo que interesses aristocráticos se sobreponham aos do povo, mas ao mesmo tempo evitando que a vontade da maioria política de momento acabe com direitos que devem permanecer imunes à deliberação, constituindo uma contenção à própria democracia.

Nota-se que o esquema proposto por Montesquieu implica em meios destinados à contenção do Poder Executivo e do Poder Legislativo, constituindo o sistema de freios mútuos do qual está excluído o Poder Judiciário, cuja função é unicamente julgar conflitos de natureza privada e aplicar a lei de forma neutra, sem qualquer interferência no jogo político havido entre as outras duas instâncias de poder, dado que não representa nenhum grupo ou profissão da sociedade⁶, e por isso qualificado por Montesquieu como “nulo” e “invisível”. Ao juiz “boca da lei” caberia apenas pronunciar as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor⁷.

A teoria de Montesquieu alcançou tamanha relevância a ponto de influenciar tanto a modificação do sistema político francês após a Revolução, quanto a criação do sistema político norte-americano, cujas semelhanças residem essencialmente no princípio de separação de poderes, porém com desenhos institucionais substancialmente distintos conforme se privilegie o aspecto republicano ou o aspecto liberal⁸.

Os franceses arruinaram toda a estrutura institucional vigente no Antigo Regime. Para Alexis de Tocqueville, a revolução política ocorreu da mesma forma que uma revolução religiosa, tomando o cidadão em um sentido abstrato, descolado de particularidades como tempo e lugar, possibilitando a sua compreensão a um sem número de pessoas ao redor do mundo.

A Revolução Francesa funcionara, com relação a este mundo, precisamente do mesmo modo como a revolução religiosa

⁵ MARCHETTI, V. “Democracia-liberal e o Poder Judiciário”, *ATENA* (IESB. Impresso), v. 3, 2009, p. 11-32.

⁶ ARON, R. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 22.

⁷ MONTESQUIEU, C. S. *Do Espírito das Leis*, São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 179.

⁸ SCHOEPS DA SILVA, P. *Controle democrático do Poder Judiciário: o processo político e o papel dos atores na criação do Conselho Nacional de Justiça*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais) - Universidade Federal do ABC, São Bernardo do Campo, 2015.

agindo com vistas ao outro. Ela considerou o cidadão de um modo abstrato, fora de todas as sociedades particulares, assim como a religião considerou o homem, em geral, independentemente do país e do tempo. Não procurou somente saber qual era o direito particular do cidadão francês, mas quais eram os deveres e direitos gerais dos homens em matéria política. Foi assim, remontando sempre ao que tinha de menos particular e, por assim dizer, mais natural, em matéria de estado social e de governo, que pode tornar-se compreensível para todos e pode ser imitada em cem lugares ao mesmo tempo⁹.

Tocqueville aponta ainda a dificuldade de se estabelecer, após a tempestade revolucionária, uma nova ordem fundamentada na liberdade, ou seja, de características liberais – o que favoreceria a nascente classe burguesa. A dificuldade dos grupos em chegar a um consenso sobre a melhor forma de governar o país¹⁰ levou a uma proeminência do Poder Legislativo como órgão de representação dos interesses e conflitos em relação ao Poder Executivo, naquele momento ainda muito identificado com as ruínas do Antigo Regime despótico. Ao Judiciário foi negado qualquer papel de cunho político, e estabelecida sua função de julgar casos particulares e aplicar a lei de modo neutro. Naquele momento histórico a criação de um órgão que moderasse a vontade da maioria política estava fora de questão, e o aspecto republicano se sobrepôs ao aspecto liberal¹¹.

Já o contexto histórico e político norte-americano deu lugar a um sistema em que a liberdade era o principal elemento constitutivo, em oposição à postura da coroa britânica ao taxar produtos norte-americanos sem que estes estivessem representados no parlamento inglês. Além da desconfiança advinda da falta de representação na metrópole¹², os norte-americanos estavam às voltas com a própria fragmentação política, lidando com realidades e interesses de treze estados que relutavam em abrir mão da própria autonomia, o que prejudicava a formação de uma unidade nacional. Neste ambiente surgem os artigos Federalistas, escritos por Hamilton, Madison e Jay, com o objetivo de esclarecer a população sobre a necessidade e os benefícios de uma constituição nacional. O núcleo da ideia defendida pelos federalistas é a supremacia do poder nacional do Executivo sobre os legislativos estaduais¹³, e a supremacia do Poder Judiciário como órgão moderador da vontade da maioria política de momento.

No desenho institucional pensado pelos federalistas, o Poder Judiciário ganha um papel político até então inédito; os juizes teriam a missão de proteger a constituição nacional, documento no qual estariam previstos e assegurados os direitos e valores mais caros à sociedade norte-americana. Os direitos dos cidadãos estariam então protegidos do arbítrio, evitando que o poder se transforme em privilégio. No âmbito do Legislativo, a modificação da Constituição demandaria um processo muito mais complexo que o normalmente previsto às leis ordinárias, impondo requisitos que assegurassem o máximo de consenso possível em torno da

⁹ ARON, R. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 344/345

¹⁰ ARON, R. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 349.

¹¹ TREMP, P. P. *Tribunal constitucional y poder judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 141.

¹² FIORAVANTI, M. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 104.

¹³ No artigo nº 1, escrito por Hamilton, expõe-se o princípio da autoridade como garantia da liberdade: “Por outro lado, será igualmente esquecido que a força do governo é essencial à proteção da liberdade; que, a um julgamento sólido e bem informado, os interesses de um e de outra jamais podem ser separados; e que uma ambição perigosa oculta-se com mais frequência sob a máscara enganosa do zelo pelos direitos do povo que sob a aparência ameaçadora da firmeza e eficiência do governo”, MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. “*Os artigos federalistas, 1787-1788*”. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 95.

reforma constitucional. A supremacia constitucional sobre as demais leis do ordenamento caracterizaria a harmonia do ordenamento jurídico como um todo.

Diante da relevância capital assumida pela Constituição, os partidários da federação atribuíram ao Poder Judiciário o poder de interpretar as leis elaboradas no Legislativo, a chamada *judicial review*¹⁴. A guarda da Constituição também caracterizou a função contramajoritária do Judiciário na democracia liberal norte-americana, evitando que a maioria de momento avançasse sobre direitos previstos constitucionalmente.

Mas a ideia de controle de constitucionalidade foi além da criação de uma corte suprema para dar a última palavra sobre a adequação das leis à Constituição; o sistema de controle de constitucionalidade difuso foi instituído de forma a possibilitar a todos os juízes singulares a verificação daquela adequação, submetendo-os à jurisprudência vinculante da corte suprema como última instância recursal¹⁵. Não é difícil concluir que, neste desenho institucional, a independência funcional dos juízes em relação aos demais poderes é de suma importância para a saúde do sistema democrático.

O exemplo francês e o americano (países de extraordinária influência cultural, sobretudo no Brasil) servem para ilustrar que a noção de independência judicial relaciona-se à defesa do próprio Estado de Direito e da democracia, sendo uma ferramenta essencial para a proteção de direitos contra o arbítrio estatal, estando prevista inclusive no artigo 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos:

Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal sobre ele¹⁶.

Não é simples manter a idoneidade de membros da magistratura em temas essencialmente políticos, tanto que, nos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial (projeto de Código Judicial em âmbito global elaborado pelo Escritório Contra Drogas e Crime - Unodc, da ONU)¹⁷, o VALOR 4 – IDONEIDADE estabelece: "A idoneidade e a aparência de idoneidade são essenciais ao desempenho de todas as atividades do juiz". É verdade que, no presente, não há um consenso internacional acerca da possibilidade de os juízes serem livres ou de que devam se abster da participação política, razão pela qual cada país deve buscar o próprio equilíbrio entre a liberdade de opinião e expressão dos juízes sobre problemas de significância social e a necessidade de neutralidade.

Na ordem constitucional brasileira vigente, está clara a opção do Constituinte de 1988, porque há diversos bloqueios normativos para o exercício das funções judiciárias com neutralidade (imparcialidade, impessoalidade, exclusividade profissional etc). Na forma de garantias e de vedações para independência e imparcialidade, há o art. 95 da Constituição (vitaliciedade, proibição de atividade político-partidária etc), além de leis orgânicas das carreiras, regimentos do CNJ etc.

¹⁴ TREMP, P. P. *Tribunal constitucional y poder judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 28.

¹⁵ ARANTES, R. B. "Jurisdição Constitucional" em VV. AA. (SADEK, M. T. coord.) *Reforma do Judiciário*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 28.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 10 out. 2019.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial/Escritório Contra Drogas e Crime; tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008, p. 21.

3. JUDICIÁRIO E POLÍTICA

É necessário cautela para aceitar como legítima qualquer posição de destaque do Poder Judiciário no jogo político, na medida em que as jurisdições são essencialmente relativas à aplicação da lei, e apenas em grandes linhas pode-se falar no seu papel *político* (isto é, no sentido de poder que integra instituições governamentais e não de função ou atuação política).

Desde a antiguidade e, especialmente, na conformação moderna (acima analisada), o Judiciário tem competências neutras (e não políticas), de um lado figurando no cenário da separação de poderes com objetivo de fracionar o poder político (de forma a evitar sua concentração e os efeitos deletérios que adviriam de uma única figura que o detivesse inteiramente – a tripartição de poderes visa exatamente evitar a tirania), e de outro lado trabalhando com o ordenamento jurídico de modo técnico e não ideológico. Logo, é possível afirmar que o Poder Judiciário detém uma parte fundamental do poder político (aplicação da lei e a guarda da Constituição), mas cujo exercício deve se dar de modo neutro, independente e imparcial.

Diferenciando “o político” e “a política”, explica Vincent Peillon: “esta última diz respeito a um complexo de poderes e representações que nada tem a ver com a busca do bem comum e a participação de todos nesta busca, que se chama o político”¹⁸. Nesse sentido, a intervenção do Judiciário “na política” (distinta “do político”) acaba como algo inevitável no atual sistema brasileiro, em muito semelhante ao norte-americano no que se refere à *judicial review*, dado que os juízes são chamados constantemente a dizer sobre a constitucionalidade das leis.

Mas não apenas neste sentido (previsível) o Judiciário brasileiro participa “da política”, mas especialmente quando é instado a exercer a jurisdição em circunstâncias que o leve a beneficiar ou prejudicar atores que se encontram em posições antagônicas em eventuais disputas políticas, submetendo-o por vezes à pressão e exposição a que se submetem normalmente os representantes eleitos, daí a necessidade imprescindível das garantias da magistratura, as quais possibilitam ao Judiciário que seja o elemento “neutro”, o fiel da balança que indicará o equilíbrio.

Se de um lado é verdade que o sistema normativo brasileiro permite importante controle judicial do mérito de atos políticos (judicialização da política), de outro lado também é verdade que é tênue a linha que separa essa legítima judicialização (vale dizer, casos de manifesta ou inequívoca violação dos limites da discricionariedade política) da invasão indevida da seara de outros poderes por decisões judiciais ideológicas (politização do Poder Judiciário)¹⁹.

Nesse ponto é necessário ressaltar que o exercício da jurisdição exige do magistrado uma isenção de interesses que possibilite o afastamento e a análise estritamente jurídica do conflito sob seu julgamento, o que igualmente suscita inúmeros questionamentos acerca da própria ideologia do julgador e em que medida esta pode influenciar em seu juízo, discussão que não será objeto do presente trabalho.

No Brasil, as referidas garantias e vedações da magistratura buscam assegurar a independência do juiz, especialmente na função de controle sobre o Executivo e Legislativo, de forma a afastá-lo das disputas políticas e colocando-o numa posição equidistante dos interesses em conflito.

Esse afastamento mostra-se cada dia mais difícil, pois cotidianamente o Judiciário é chamado a resolver toda sorte de conflitos que dizem respeito ao Executivo e ao Legislativo, e adentra na arena da política sem se submeter, no entanto, à lógica da competição que vigora neste espaço, ocasionando uma evidente assimetria nas relações travadas com os demais poderes de estado, um efeito indesejado e frequente no caso brasileiro, caracterizando uma disfuncionalidade do

¹⁸ PEILLON, V. *Elogio do Político: uma introdução ao século XXI*. São Paulo: Edições SESC, 2018, p. 16)

¹⁹ Sobre esse problema, por todos, VERBICARO, L. P. *Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial* – 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

sistema político, com alto custo para o regime democrático: “Governo de juízes, ativismo judicial, protagonismo judicial, tentação da justiça redentora... São muitas as palavras que permitem designar os novos perigos que a justiça pode criar à democracia”²⁰.

Do outro lado, a realidade mostra que nem sempre as garantias da magistratura são suficientes para colocar os membros do Judiciário a uma distância ‘segura’ das disputas políticas, sendo frequentes as notícias de ameaças contra magistrados incumbidos de julgar casos de grande repercussão política²¹. Tratando-se especificamente do Supremo Tribunal Federal, a questão assume proporções críticas, pois é a última instância de decisão e a instituição encarregada de dizer sobre a constitucionalidade de toda a legislação brasileira.

4. DEMOCRACIA E ACCOUNTABILITY

Na perspectiva da separação de poderes, a crescente importância institucional do Poder Judiciário deve ser compreendida também como exigência de novos mecanismos de controle para evitar abusos, até porque os juízes não estão submetidos às avaliações periódicas impostas aos poderes políticos pelo voto popular (medida pouco recomendável pela experiência histórica, diante do risco de comprometimento da imparcialidade e da independência necessárias à atuação jurisdicional).

Nesse horizonte de novos mecanismos de controle do exercício do poder estatal, destacamos a *accountability*, entendida como o dever de o agente político ser responsável por seus atos e decisões e de prestar contas à sociedade. Guillermo O'Donnell define a *accountability* de tipo horizontal, que interessa diretamente ao presente estudo:

(...) la existencia de agencias estatales que tienen la autoridad legal y están dispuestas y capacitadas para emprender acciones que van desde el contralor rutinario hasta sanciones legales o impeachment, en relación con actuaciones u omisiones de otros funcionarios o instituciones del Estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificadas como ilícitos²².

Depreende-se que a *accountability* horizontal opera institucionalmente entre agentes estatais, mediante a solicitação de informações ou esclarecimentos entre os órgãos, e eventualmente pela imposição de punições a atos reputados ilícitos. No Brasil, o Poder Judiciário é um dos principais agentes de *accountability* horizontal, tanto pelo princípio de separação de poderes que está na base do sistema político, quanto pelas novas funções institucionais atribuídas constitucionalmente após a redemocratização e em decorrência do fenômeno da judicialização da política. Tendo em vista a proeminência do judiciário na *accountability* das demais instituições, dotá-lo de mecanismos que melhorem sua própria *accountability*, tornando-o mais permeável ao controle de outros órgãos e/ou atores é um tema atualíssimo e de importância ímpar para o aperfeiçoamento do sistema político brasileiro.

²⁰GARAPON, A. *O guardador de promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 54)

²¹O atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, determinou a instauração de inquérito para verificar ofensas, ameaças e *fakenews* direcionadas à corte e aos ministros, conforme notícia amplamente veiculada na mídia. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/16/entenda-o-inquerito-do-supremo-que-investiga-ameacas-a-corte-e-veja-os-pontos-polemicos.ghtml>. Acesso em 06 ago. 2019.

²²O'DONNELL, G. “Hacia un Estado de y para la democracia”, VV. AA. (MARIANI, R. coord.), *Democracia/estado/ciudadanía: hacia un estado de y para la democracia en América Latina*, Lima: PNUD, 2008, p. 38.

Um primeiro ponto que pode representar algum problema em termos de *accountability* é o modelo de seleção de juízes adotado no Brasil, por meio de concurso público de provas e títulos ou por indicação política, afastando o modelo de eleição por voto popular normalmente aplicado ao Legislativo e Executivo, submetidos portanto ao escrutínio público.

Não obstante a questão ainda inconclusa da legitimidade democrática da magistratura (a respeito do que pode se dizer que há apenas a legitimação pelo procedimento constitucional e legal, que visa a seleção dos “melhores candidatos” em concurso de provas e títulos), e sobre o modelo tecno-burocrático de seleção de juízes (seleção técnica, carreira estruturada e concentração do poder interno na cúpula), adotado pelo Brasil, este sistema de seleção goza de prestígio internacional, como afirma Regina Maria Groba Bandeira: “Há que se reconhecer, contudo, que se comparado aos modelos judiciários latino-americanos, a estrutura do Poder Judiciário brasileiro se destaca como a mais avançada e democrática de toda a região”²³, representando uma via de *accountability* diferente da normalmente exercida pelo voto popular.

Por outro lado, as extensas garantias e vedações da magistratura, estabelecidas justamente para assegurar a independência e imparcialidade necessárias ao ato de julgar, conferem ao Judiciário uma autonomia que por vezes o torna disfuncional, criando um *déficit* de *accountability* quando ele se afasta da racionalidade própria que o rege, e permite a aparição de fenômenos como a corrupção, o baixo desempenho nas suas funções institucionais, a espetacularização indevida de casos sob julgamento e a auto atribuição de privilégios que de outra forma seriam vedados por outros atores políticos²⁴, fenômenos estes que diminuem a eficiência na prestação jurisdicional.

É nesse ambiente que emerge a necessidade de aperfeiçoamento do *accountability* para controle do Poder Judiciário, notadamente com a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça (sem embargo do problema de “quem controla o controlador”).

5. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

No atual desenho institucional, o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça ocupam o lugar destinado à fiscalização dos membros do Poder Judiciário, razão pela qual têm competência para o *accountability* do Poder Judiciário. Baseamos essa afirmação no direito positivo vigente no Brasil, notadamente na Constituição de 1988, de tal modo que essas atribuições do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça já fazem parte do desenho normativo brasileiro como preceitos de eficácia jurídica integral, direta e imediata.

A Constituição brasileira vigente reserva ao Supremo Tribunal Federal as funções de guardião da Constituição (funcionando como tribunal constitucional), mas também de órgão de cúpula do Poder Judiciário, situando-o no topo da pirâmide hierárquica do sistema de justiça. Dessa atribuição institucionalmente superior deriva o poder-dever de o Supremo Tribunal ser vetor para todos os outros órgãos jurisdicionais.

Diversos preceitos constitucionais positivam essa competência do Supremo Tribunal Federal para o *accountability* do Poder Judiciário, dentre os quais destacamos os seguintes pontos do art. 102 da Constituição 1988, justamente por exibirem esse posicionamento hierárquico e institucional do referido tribunal:

²³ BANDEIRA, R. M. G. “Democratização e controle externo do poder Judiciário”. Câmara dos Deputados, *Consultoria Legislativa*, 2002, p. 4.

²⁴ O'DONNELL, G. “Accountability horizontal e novas poliarquias”, *LUA NOVA*, São Paulo, n. 44, São Paulo, 1998, 1998.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

(...)

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

(...)

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

(...)

Já o Conselho Nacional de Justiça é órgão criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, após longo debate no Congresso Nacional, onde diversos atores políticos²⁵ enfrentaram-se durante cerca de uma década até que se chegasse ao consenso final sobre um órgão inserido na estrutura judiciária com a finalidade de promover o controle administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário. Superadas discussões sobre sua institucionalização (especialmente argumentos de incompatibilidade com as garantias da separação dos poderes e da independência da magistratura), esse Conselho atende à necessidade de controle do poder (basilar do Estado Democrático de Direito e republicano), justamente em momento histórico no qual o Judiciário adquire grande relevância institucional²⁶. Ao desenvolver medidas aplicáveis a todo o corpo da magistratura, prevenindo o aparecimento (ou o aumento) do corporativismo, o Conselho Nacional de Justiça busca evitar que o Judiciário escape ao controle público, contribuindo para o *accountability* e para o aumento da legitimidade democrática do único poder republicano não eleito pelo povo.

As atribuições do Conselho Nacional de Justiça, previstas no art. 103-B, §4º, da Constituição Federal, contemplam várias outras competências além da disciplinar de fiscalização dos magistrados, sendo responsável, também e principalmente, por elaborar planos e ações de aperfeiçoamento da política de administração de justiça e conferir maior grau de transparência ao Judiciário. Ainda, no exercício das suas funções, cabe ao Conselho Nacional de Justiça a expedição de atos regulamentares aplicáveis ao Poder Judiciário em âmbito nacional, o que já ensejou críticas à suposta equiparação do órgão ao legislador ordinário²⁷. Dentre essas regulamentações, destacamos a necessária proibição do nepotismo em órgãos do Poder Judiciário²⁸ e a regulamentação do teto salarial do Poder Judiciário de acordo com o salário do ministro do Supremo Tribunal Federal²⁹.

Destacamos os seguintes pontos do art. 103-B da Constituição de 1988, com redação dada pelas Emendas Constitucionais nº 45/2004 e 61/2009, também por exibirem esse posicionamento hierárquico e institucional do Conselho Nacional de Justiça para o *accountability* do Poder Judiciário:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009](#)

(...)

²⁵ Sobre o papel dos atores no processo de criação do Conselho Nacional de Justiça conferir SCHOEPS DA SILVA, P. *Controle democrático do Poder Judiciário: o processo político e o papel dos atores na criação do Conselho Nacional de Justiça*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais) - Universidade Federal do ABC, São Bernardo do Campo, 2015.

²⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante*. Revista do Advogado, Ano XXIV, Abril de 2004, nº 75, p. 23-27.

²⁷ Conforme noticiam MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; GONET, P. G. B. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2009, p. 1034/1035.

²⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 7/2005- Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. Motivou o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 12) no Supremo Tribunal Federal.

²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 14/2006 - Dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional para os servidores do Poder Judiciário e para a magistratura dos Estados que não adotam o subsídio.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 6º Junto ao Conselho oficialão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

É claro que o republicanismo induz à preocupação legítima sobre “quem controla o controlador”. É verdade que a questão sobre a hierarquia entre Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça foi solucionada com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367-1³⁰, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, na qual foi reconhecida a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça - CNJ e a impossibilidade de fiscalização deste órgão sobre o Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, é também verdade que o “círculo de controle jurídico” submete tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Conselho Nacional de Justiça, porque o parâmetro básico de funcionamento desses dois órgãos superiores da estrutura judiciária é o ordenamento positivado pelo Constituinte e pelo Legislador (complementar e ordinário).

6. A PROBLEMÁTICA DA TRANSPARÊNCIA

Ponto sensível para análise do *accountability* do Poder Judiciário se refere à transparência, elemento fundamental para que a própria sociedade civil possa exigir mais responsividade da atividade jurisdicional.

A transmissão de julgamentos por várias mídias (tais como TV e Youtube), bem como criação de portais com informações administrativas e financeiras dos

³⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367-1. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 25/04/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em 10 out. 2019.

tribunais já é uma realidade, além de pesquisas empíricas (qualitativas e quantitativas, com destaque para a “Justiça em Números”, elaborada anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça) que auxiliam na verificação da gestão e da eficiência dos órgãos, possibilitando que se tenha maior conhecimento sobre que tipo de aperfeiçoamento é necessário em determinado momento.

Há ainda muito a se fazer, dentre o que destacamos a necessidade de aperfeiçoamento de meios que deem ampla transparência quanto a eventuais relações políticas mantidas entre membros do Judiciário e elementos externos, de modo a evitar o *déficit* na imparcialidade do magistrado (conforme acima referido, nos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, o Valor 4 exige “idoneidade” e “aparência de idoneidade”, ambas essenciais ao desempenho de todas as atividades do juiz).

No mesmo âmbito de problema está o uso da judicialização como instrumento de oposição política (prática que não fica restrita apenas às ações populares), que pode transformar fóruns em arenas políticas.

A jurisdição é uma parte “do político” e nem sempre se mantém alheia e neutra “à política”, mas essas vicissitudes movidas por interesses “mundanos” devem ser combatidos pelo aperfeiçoamento de *accountability* do Poder Judiciário.

7. CONCLUSÃO

Pelo que constatamos, o crescimento do Poder Judiciário no jogo institucional (ou “protagonismo judicial”, inclusive viabilizando controle de atos políticos) exige novos mecanismos de controle, dada a essência de vetores jurídicos como a separação dos poderes, o republicanismo e o Estado de Direito).

É dever (jurídico e institucional) do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, no desenho organizacional brasileiro no qual constam como órgãos de cúpula do Poder Judiciário, aperfeiçoar o *accountability* para controle de atividades da magistratura brasileira.

A preocupação legítima sobre “quem controla o controlador” (próprias da separação de poderes, do republicanismo e do Estado de Direito) é contornada pelo “círculo de controle jurídico”, porque tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Conselho Nacional de Justiça tomam o ordenamento positivado pelo Constituinte e pelo Legislador (complementar e ordinário) como parâmetro básico e obrigatório de suas tarefas.

Há ainda relevantes desafios a serem enfrentados para que seus perversos efeitos ao menos sejam minimizados. Na perspectiva da transparência (elemento fundamental da responsividade da atividade jurisdicional), com transmissão ao vivo de julgamentos por várias mídias, com portais com informações administrativas e financeiras dos tribunais, e com pesquisas empíricas (qualitativas e quantitativas), há o viés positivo de aumento do *accountability* na gestão e na eficiência dos órgãos, mas há também o viés negativo de fragilização da “idoneidade” e “aparência de idoneidade” (essenciais ao desempenho neutro da atividade jurisdicional), com o risco de potencializar a judicialização como instrumento de oposição política e de transformação de fóruns em arenas políticas.

Mas essas vicissitudes devem ser detectadas por contínuo e permanente controle, revisitando e reconstruindo os mecanismos de *accountability* do Poder Judiciário.

8. REFERÊNCIAS

- ARANTES, R. B. “Jurisdição Constitucional” em VV. AA. (SADEK, M. T. coord.) *Reforma do Judiciário*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- ARON, R. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BANDEIRA, R. M. G. “Democratização e controle externo do poder Judiciário”. Câmara dos Deputados, *Consultoria Legislativa*, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

- _____. Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. Diário Oficial da União, de 31 de dezembro de 2004.
- _____. Emenda Constitucional nº. 61, de 11 de novembro de 2009. Diário Oficial da União, de 12 de novembro de 2009.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2716>. Acesso em 06 ago. 2019.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 14, de 21 de março de 2006. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2709>>. Acesso em 06 ago. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367-1. Relator: Ministro César Peluso. DJ: 25/04/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em 10 out. 2019.
- FIORAVANTI, M. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- FRANCISCO, J. C. "Poder Executivo e Presidencialismo - Art. 76", em VV.AA. (GOMES CANOTILHO, J. J.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L.; LEONCY, L. F. coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, v. 1, p. 1265-1278.
- GARAPON, A. *O guardador de promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. "Os artigos federalistas, 1787-1788". Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MARCHETTI, V. "Democracia-liberal e o Poder Judiciário", *ATENA* (IESB. Impresso), v. 3, p. 11-32, 2009.
- MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; GONET, P. G. B. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2009.
- MONTESQUIEU, C. S. *Do Espírito das Leis*, São Paulo: Martins Fontes, 1993;
- O'DONNELL, G. "Accountability horizontal e novas poliarquias", *LUA NOVA*, São Paulo, n. 44, São Paulo, 1998.
- _____. "Hacia un Estado de y para la democracia", VV. AA. (MARIANI, R. coord.), *Democracia/estado/ciudadanía: hacia un estado de y para la democracia en América Latina*, Lima: PNUD, 2008.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial / Escritório Contra Drogas e Crime; tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth*. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.
- _____. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 10 out. 2019.
- PEILLON, V. *Elogio do Político: uma introdução ao século XXI*. São Paulo: Edições SESC, 2018.
- SCHOEPS DA SILVA, P. *Controle democrático do Poder Judiciário: o processo político e o papel dos atores na criação do Conselho Nacional de Justiça*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais) - Universidade Federal do ABC, São Bernardo do Campo, 2015.
- TREMPS, P. P. *Tribunal constitucional y poder judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- VELLOSO, C. M. S. "Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante". *Revista do Advogado*, Ano XXIV, Abril de 2004, nº 75, p. 23-27.
- VERBICARO, L. p. *Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial – 2ª Ed.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Democracia, laicidade e intolerância religiosa como desafio aos direitos humanos na contemporaneidade brasileira

Democracy, laicity and religious intolerance as a challenge to human rights in the brazilian contemporaneity

Celso Gabatz *

(Faculdades EST e UNISINOS – São Leopoldo, RS, Brasil)

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais 2. Os Fundamentos da Laicidade na Perspectiva da Liberdade e Diversidade Religiosa 3. Democracia, Espaço Público e Direitos Humanos 4. Conclusão 5. Referências.

Resumo:

As demandas pela liberdade de culto e o reconhecimento da diversidade religiosa a partir das diretrizes preconizadas pelos direitos humanos torna-se um grande desafio no contexto brasileiro atual. O acolhimento da diversidade se encontra diretamente ligada a uma perspectiva de superação dos preconceitos, discriminações e intolerâncias. Trata-se de não acentuar apenas um determinado sistema de valores e verdades como parâmetro universal para as pessoas. Liberdade religiosa não deveria ser confundida com liberdade de promoção religiosa em espaços de órgãos públicos e nem na interferência da religião e seus sistemas em atos civis de interesse público. Esta abordagem busca, portanto, compreender o papel das religiões no espaço público brasileiro e de que maneira estas devem ser respeitadas, mas, ao mesmo tempo, são desafiadas a acolher a diversidade, promovendo a igualdade, a justiça, a solidariedade, a liberdade de expressão, convicção ou crença, a superação dos preconceitos, discriminações e os direitos humanos.

Palavras Chave: Intolerância; Diversidade; Laicidade; Democracia; Direitos Humanos.

Abstract: The demands for freedom of worship and the recognition of religious diversity based on the guidelines advocated by human rights become a great challenge in the current Brazilian context. The acceptance of diversity is directly linked to a perspective of overcoming preconceptions, discriminations and intolerances. It is about not accentuating only a certain system of values and truths as a universal parameter for people. Religious freedom should not be confused with the freedom of religious promotion in spaces of public organs or in the interference of religion and its systems in civil acts of public interest. This approach seeks, therefore, to understand the role of religions in the Brazilian public space and how they should be respected, but, at the same time, they are challenged to embrace diversity, promoting equality, justice, solidarity, freedom of expression, conviction or belief, the overcoming of preconceptions, discriminations and human rights.

Keywords: Intolerance; Diversity; Laicity; Democracy; Human Rights.

* Pós-Doutorando nas Faculdades EST, São Leopoldo, RS. Doutor em Ciências Sociais (UNISINOS). Mestre em História (UPF). Pós-graduado em Ciência da Religião e Docência no Ensino Superior. Graduado em Sociologia, Filosofia e Teologia. E-mail: gabatz12@hotmail.com

Recibido: 07/07/2019

Aceptado: 19/09/2019

1. Considerações Iniciais

Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se elas aprendem a odiar, podem ser ensinadas a amar.

(Nelson Mandela)

Quando do estabelecimento do Brasil colônia, Dom João III, rei de Portugal, escreveu ao primeiro Governador-geral, Tomé de Sousa, nos seguintes termos: “a principal causa que me levou a povoar o Brasil foi que a gente do Brasil se convertesse à nossa fé católica”.¹ Para os colonizadores, as grandes navegações eram como “cruzadas”. Uma mentalidade marcada pela “guerra santa” contra os “infiéis”. Foi com base nessa perspectiva que batalhas foram motivadas pela intolerância religiosa durante o período colonial, imperial e também republicano.

De acordo com o Jornal Estado de São Paulo, entre janeiro de 2015 e junho de 2017, o Brasil registrou, em média, uma denúncia a cada 15 horas, conforme dados do Ministério dos Direitos Humanos (MDH). Segundo levantamento da pasta, o Disque 100, canal que reúne denúncias, recebeu quase 1.500 relatos de discriminação religiosa no período. A análise evidencia que a maioria das vítimas de intolerância é ligada a religiões de matriz africana. Há casos nos quais templos são invadidos e profanados. Em outros momentos, há agressões verbais, destruição de imagens, incêndios e até tentativas de homicídio.²

A intolerância religiosa é uma forma de pensar e também uma forma de agir. Ser intolerante, na perspectiva religiosa, é defender, sobretudo, que o seu credo seja *melhor* ou *mais correto* em comparação com os demais. Ser intolerante é agir como se apenas a sua própria convicção de fé devesse existir e ser seguida pelos demais. Ser intolerante é exacerbar o preconceito. É violentar a liberdade de escolha de outro ser humano. Ser intolerante é não conseguir entender que a convicção de fé é subjetiva e deveria atender a uma prerrogativa pessoal.

A intolerância religiosa pode se revelar das mais variadas formas: por meio de olhares de estranheza e desdém; barreiras familiares; agressões verbais; danos ao patrimônio; preconceitos. Trata-se, pois, da imposição de um fundamento hegemônico no qual a premissa religiosa, por vezes, pode redundar em violência. Na verdade, é injustificável pensar que a busca pelo equilíbrio espiritual, pela virtude e pelo divino, possam gerar ódio. Lamentavelmente, apesar do seu arcabouço legal, a intolerância religiosa encontra meios para se justificar e subsistir.³

O Brasil sofre com a intolerância religiosa há centenas de anos. É lamentável que um país que se pretende democrático e adepto dos propósitos humanitários, por vezes, se mantenha inerte e compassivo diante dos abusos ao direito fundamental de crer e cultuar. Os casos de intolerância têm crescido de forma exponencial, revelando uma face violenta e preocupante de grupos que, a título de agirem em nome de Deus, querem estabelecer uma verdade e um credo enquanto projeto estratégico de poder. Numa sociedade equânime, a liberdade de crer e de cultuar o seu sagrado é um conceito inalienável pactuado nas diretrizes fundamentais dos direitos humanos.

O fundamentalismo religioso ganhou nova força, não somente no mundo islâmico, ou entre os imigrantes muçulmanos da Europa, mas também entre os judeus ortodoxos de Israel ou em certas denominações evangélicas na América Latina,

¹ HOORNAERT, E. *Formação do catolicismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Vozes, 1974, p. 32.

² ESTADÃO, 2017. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-registra-uma-denuncia-de-intolerancia-religiosa-a-cada-15-horas,70002081286> Acesso em: 04 de Out. 2018.

³ CUNHA, C. V.; LOPES, P. V. L. *Religião e Política: Uma Análise da Atuação de Parlamentares Evangélicos sobre Direitos das Mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2013.

particularmente no Brasil, país no qual a laicidade do Estado nunca passou de um princípio abstrato, escassamente respeitado, começando pela presença invasiva de símbolos religiosos nos espaços públicos ou no lema “Deus seja louvado” impresso nas notas da moeda oficial brasileira.⁴

Sociedades plurais como a brasileira necessitam da igual proteção da liberdade de crença para os seus cidadãos, além de um compromisso consolidado nas premissas institucionais que possibilitem a garantia do convívio pacífico com vistas à superação da intolerância. A laicidade é, pois, uma diretriz que organiza a vida em um estado democrático que enseja o empenho individual e coletivo, ao mesmo tempo em que sublinha a liberdade e a igualdade. Além disso, o respaldo em favor da laicidade oportuniza também o exercício do respeito ao próximo e o diálogo através de uma abertura construtiva para o mundo melhor.

A participação é um valor democrático, embora não seja fácil ser concretizado. A corrupção, a distância entre governantes e governados, a desconfiança ou indiferença, acabam por esfacelar as funções preconizadas pelo estado democrático e de direito: a representação, a presença de um protagonismo competente para governar e o reconhecimento dos cidadãos como atores políticos.⁵ O resultado é um modelo marcado pela ambiguidade e que facilita a emergência de oportunismos em meio a movimentos efêmeros.⁶ Nossa intenção é, pois, apresentar algumas questões que auxiliem a compreender e ampliar o horizonte desta incidência na perspectiva da ameaça à estabilidade democrática e aos direitos fundamentais. Busca-se retratar, nesta abordagem, certas peculiaridades presentes no imaginário da população brasileira e de que maneira estas impactam, sobretudo, no espaço público.

2. Os Fundamentos da Laicidade na Perspectiva da Liberdade e Diversidade Religiosa

Por um mundo onde sejamos socialmente iguais, humanamente diferentes e totalmente livres.

(Rosa Luxemburgo)

Quando se fala em laicidade é preciso destacar que esta é, entretanto, uma resposta à pluralidade religiosa. No plano político, trata-se de uma consequência advinda das muitas guerras religiosas vivenciadas pela humanidade e de uma consequente disposição para encontrar formas de convívio que não acentuassem com tanta desenvoltura a opressão de minorias religiosas.⁷ A laicidade pactua, portanto, mais um método do que um conteúdo.⁸ É um caminho para a convivência harmoniosa e pacífica. No âmbito jurídico, ela engendra diferentes arranjos constitucionais, destacando-se, sobretudo, na experiência ocidental, os modelos de neutralidade religiosa e de confessionalidade plural.

É preciso salientar que diferentes matrizes religiosas esboçam questões peculiares em relação ao convívio democrático e plural, bem como, quando pretendem ser abrangentes, fundamentalistas ou proselitistas. Isso tem a ver mais com a requisição para que os adeptos sigam uma doutrina, sobrepondo seus deveres morais e religiosos àqueles decorrentes da participação de seus seguidores na

⁴ RODRIGUES, E. B. *Estado Laico e Símbolos Religiosos no Brasil: As Relações entre Estado e Religião no Constitucionalismo Contemporâneo*. Curitiba, Juruá, 2014.

⁵ ZARKA, Y. C. *Diffícil Tolerância. A coexistência de culturas em regimes democráticos*. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

⁶ TÜRCKE, C. *Sociedade Excitada*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2010.

⁷ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 383.

⁸ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

comunidade política.⁹ De igual modo ao estabelecer certos conteúdos como indiscutíveis, vinculados a uma totalidade das dimensões da vida e buscarem a ampliação de seu grupo de seguidores, as religiões tendem a entrar em colisão com o pluralismo e a diversidade, cujo pressuposto é o convívio não excludente de diferentes visões de mundo, decorrentes ou não de convicções religiosas.¹⁰

A ratificação da liberdade religiosa enquanto direito civil relacionada à liberdade de expressão, encontra grande repercussão no ideário descortinado por John Locke. Para ele, o “problema da intolerância” era o resultado de uma confusão entre os domínios civil e religioso. Locke se propôs a estabelecer as bases para o princípio da laicidade do Estado ao indagar “até onde se estende o dever de tolerância, e o que se exige de cada um por este dever” e também que “pessoa alguma tem o direito de prejudicar de qualquer maneira a outrem nos seus direitos civis por ser de outra igreja ou religião”.¹¹

Na opinião do jurista português Jónatas Machado, a questão da liberdade religiosa se situa no contexto do discurso jurídico-constitucional. Tem a ver com os valores inerentes à igual dignidade e liberdade dos cidadãos. Trata-se, pois, de um conceito de religião e de liberdade religiosa dotado de um grau de inclusão compatível com aqueles valores que afastem dos domínios das opções de fé e da vivência religiosa qualquer forma de coerção, discriminação jurídica, imposição social.

O exercício da liberdade religiosa individual e coletiva supõe a proteção do exercício da liberdade de associação religiosa em sentido amplo, incluindo a constituição de pessoas coletivas de natureza e finalidade religiosa dotadas dos necessários direitos de auto definição doutrinal e autodeterminação moral e autogoverno institucional [...]. O Estado tem que ser garantidor de igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos e grupos de cidadãos, religiosos ou não.¹²

Por explicitar questões concernentes ao pluralismo e a diversidade, as prerrogativas teóricas da laicidade acentuam aspectos decorrentes dos arranjos políticos e institucionais. Trata-se de uma configuração jurídica e constitucional mais apropriado à proteção da liberdade de pensamento, de opinião e de crença. Com efeito, a laicidade revela-se como princípio de organização estatal que possibilita, simultaneamente, a proteção em face do perigo de intervenção e manipulação estatal no âmbito religioso e a defesa de indivíduos e de grupos diante da tentação de maiorias que almejem impor suas convicções religiosas sobre os demais por meio do processo político.

A compreensão acerca da liberdade religiosa e as possíveis proibições constitucionais, assim como a interferência estatal nas religiões e de intromissão de argumentos religiosos na vida estatal é um aspecto importante. Nesta perspectiva, não se acentua uma oposição entre laicidade e liberdade religiosa.¹³ A laicidade sublinha dentre seus conteúdos essenciais os enunciados acerca da liberdade em favor de indivíduos e grupos, de adesão ou rejeição de uma determinada matriz religiosa, resguardando, inclusive, uma decisão favorável do indivíduo em favor do ateísmo. A laicidade se entabula como garantia institucional para a liberdade religiosa, cujo alcance inclui não somente a esfera pública, mas também o âmbito

⁹ RIOS, R. R.; RESADORI, A. H.; SILVA, R.; VIDOR, D. M. Laicidade e Conselho Federal de Psicologia: Dinâmica Institucional e Profissional em Perspectiva Jurídica. *Psicologia: Ciência e Profissão*. N.1, Vol. 37, Jan-Mar, Brasília, 2017, p. 159-175.

¹⁰ CATROGA, F. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil: uma perspectiva histórica*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 442.

¹¹ LOCKE, J. *Carta a Respeito da Tolerância*. São Paulo: Ibrasa, 1964, p. 17-18.

¹² MACHADO, J. E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, p. 146.

¹³ SARMENTO, D. O Crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, R. A. (Org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 190-193.

particular. Trata-se, em última análise, por exemplo, no fenômeno do assédio religioso em ambientes de trabalho.¹⁴

A relação entre laicidade e igualdade é também direta e inestimável. A laicidade, como princípio de organização da vida estatal na democracia, leva a sério a igualdade de todos os cidadãos. Ela impede vantagens ou prejuízos na esfera estatal a indivíduos e grupos por motivo de crença religiosa. Afastando qualquer consideração religiosa do debate político estatal, ela viabiliza a igualdade de todos diante do Estado, ao tornar argumentos religiosos não somente irrelevantes no processo de deliberação estatal, como também ao proscrevê-los.¹⁵

Na perspectiva da laicidade, a não incidência de conteúdos religiosos atinentes a uma tradição de fé na esfera política e nas articulações estatais decorre dos pressupostos indispensáveis para o convívio democrático. É relevante destacar que em sociedades plurais as diretrizes da laicidade não se coadunam com as dinâmicas sublinhadas pela adesão a uma compreensão de fé em particular. Sociedades democráticas que buscam valorizar o pluralismo, a tomada de decisão coletiva e a execução, sobretudo, de políticas públicas, necessitam facultar o acesso dos seus cidadãos pelos instrumentos de participação presentes e incentivar o debate livre e aberto enquanto parte indispensável aos processos políticos.¹⁶

Pressupostos religiosos são, por excelência, verdades que se encontram diretamente vinculadas a alguma revelação divina. Trata-se de argumentos diante dos quais se supõe uma obediência.¹⁷ Para quem crê, a fé é, ao fim e ao cabo, a luz que tudo deve iluminar.¹⁸ É possível que certos grupos religiosos tomem a revelação divina como um elemento central para a verificação dos resultados decorrentes também na ciência.¹⁹ Premissas religiosas que buscam veicular conteúdos ou defender determinadas posições fundam-se na obediência àquilo que se acredita revelado pela divindade, não na razão. Daí não haver, conforme postula a laicidade, a incidência de argumentos religiosos no processo de deliberação política e estatal. Não sendo desta maneira, restaria prejudicada a liberdade religiosa, a igualdade, o pluralismo e a diversidade.²⁰

Resoluções deliberadas pela maioria ou decisões jurídicas propugnadas mediante aquilo que se vislumbra no ordenamento constitucional haverão de fomentar os ideais de liberdade religiosa, igualdade, pluralismo e diversidade quando forem construídas mediante argumentos facultados à compreensão e debate dos indivíduos de maneira plena e plural.²¹ Conceber uma ação política tendo como base a crença religiosa de certo grupo, mesmo que este compreenda uma maioria, na verdade, inibe qualquer procedimento decisório e cria desigualdades entre indivíduos

¹⁴ LOREA, R. A. (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 170.

¹⁵ RIOS, R. R.; RESADORI, A. H.; SILVA, R.; VIDOR, D. M. Laicidade e Conselho Federal de Psicologia: Dinâmica Institucional e Profissional em Perspectiva Jurídica. *Psicologia: Ciência e Profissão*. N.1, Vol. 37, Jan-Mar, Brasília, 2017, p. 161.

¹⁶ GABATZ, C. Religião, laicidade e direitos sexuais e reprodutivos: a presença de grupos religiosos conservadores nos espaços públicos da contemporaneidade. *Revista Estudos de Religião*. Vol. 31, n. 1, UESP: São Paulo, 2017.

¹⁷ CONSTITUIÇÃO "DEI VERBUM". In: *Compêndio do Vaticano II: Constituições, Decretos, Declarações*. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 124.

¹⁸ CONSTITUIÇÃO "GAUDIUM ET SPES". In: *Compêndio do Vaticano II: Constituições, Decretos, Declarações*. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 152.

¹⁹ CONSTITUIÇÃO "GAUDIUM ET SPES", p. 179.

²⁰ ROUANET, L. P. *Paz, justiça e tolerância no mundo contemporâneo*. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

²¹ GELLNER, E. *Pós-Modernismo, Razão e Religião*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

perante o Estado por conta da crença. Logo, o que se vislumbra é um prejuízo ao pleno exercício da liberdade religiosa.²²

Argumentos religiosos são, por definição, incompatíveis com imperativos democráticos, dada sua origem na revelação divina. Para quem professa esta ou aquela religião, não há espaço para compromissos em matéria de fé. Não há negociação diante da vontade divina, pois neste terreno qualquer composição implica contrariedade aos desígnios divinos e traição àquilo que se considera a única e indiscutível verdade. A democracia pluralista é o domínio da diversidade de opiniões e crenças, cujo convívio requer composição, negociação e conciliação diante de pontos de vista divergentes, numa dinâmica aberta à tomada de decisões mutáveis ao longo do tempo. Disposições constitucionais, que expressam valores merecedores de especialíssima proteção constitucional (como, por exemplo, a igual dignidade de todos os seres humanos e a proibição da tortura), não deixam de serem decisões políticas humanas fundamentais.²³

Quando se observa os fundamentos que consolidam o princípio da laicidade é possível encontrar questões correlatas aos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, como também questões suscitadas pelo pluralismo delineado enquanto princípio de organização do Estado capaz de se contrapor à concentração e unificação do poder.²⁴ Nesta direção, aparece ainda a diversidade vista numa dimensão que acentua a multiplicidade de convicções religiosas e não religiosas (ateísmo). Portanto, a diversidade religiosa inerente à realidade brasileira, se afirma, entretanto, como elemento jurídico do mesmo modo como as diversidades étnica, sexual, cultural, presente nos enunciados constitucionais.

Observando a realidade brasileira, o modelo de laicidade respaldado pelas normas constitucionais, tem muito a ver com as relações históricas entre política, cultura e religião, em um contexto no qual sempre houve um grande déficit educacional e que perdura também nas intensas expressões de massa nas igrejas, sobretudo naquelas ligadas ao espectro neopentecostal. É salutar compreender que a laicidade não supõe uma democracia das maiorias que se efetiva mediante certas imposições religiosas. Não há garantia de liberdade, igualdade, pluralismo e diversidade, em sociedades regidas por modelos políticos que engendram verdades religiosas de forma impositiva.

A secularização do aparato jurídico-político, além de reiterar a autonomia e a supremacia do direito em relação às outras formas de ordens normativas, de reduzir praticamente a pó as pretensões dos grupos religiosos em impor suas normas ao conjunto da sociedade, de submetê-las ao império da lei, relativiza, relega a um segundo plano e desqualifica as demais fontes de normatividade.²⁵

A laicidade, portanto, jamais deveria ser compreendida como prerrogativa impeditiva para alguns cidadãos dentro do sistema político. Também não deveria ser confundida com a imposição da fé por parte de determinados grupos, violando, desta maneira, não apenas a igualdade de todos perante a lei, mas, também a dignidade humana. Não é possível transformar grupos religiosos em objeto da deliberação alheia. Não há, pois, fé vencedora de acordo com os atributos da laicidade.

A laicização, enquanto acontecimento histórico concreto, não é mais do que a separação da Igreja do Estado, da religião e da política, e isto, do ponto de vista religioso, evoca um regresso ao Cristianismo primitivo – “dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”

²² HABERMAS, J. *Entre Naturalismo e Religião*. Estudos Filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

²³ RIOS, R. R.; RESADORI, A. H.; SILVA, R.; VIDOR, D. M. Laicidade e Conselho Federal de Psicologia: Dinâmica Institucional e Profissional em Perspectiva Jurídica. *Psicologia: Ciência e Profissão*. N.1, Vol. 37, Jan-Mar, Brasília, 2017, p. 162

²⁴ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Vol. 1. Brasília: Editora da UNB, 1998, p. 928.

²⁵ MARIANO, R. Efeitos da secularização do Estado, do pluralismo e do mercado religiosos sobre as igrejas pentecostais. Porto Alegre. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. v. 3, nº 1, jun. 2003, p. 112.

– mais do que uma perda de fé e de transcendência ou do que uma paixão reforçada pelas coisas do mundo.²⁶

Não se trata, pois, de um regime no qual ocorre o domínio religioso sobre o poder político e nem a inserção de denominações religiosas nos poderes públicos. Não deveria existir esta inserção no conteúdo do princípio democrático, de qualquer dever ou valores professados por comunidades religiosas, sejam elas, majoritárias ou não, na medida em que o respeito aos fundamentos da laicidade não depende de fé religiosa, sendo perfeitamente observados em comunidades políticas onde eventualmente cidadãos ateus ou agnósticos sejam majoritários.

O diálogo genuíno exige o respeito às identidades. Nele os interlocutores entram com a alegria de suas convicções. É a própria autenticidade e sinceridade do diálogo que convoca os parceiros a embarcarem nessa travessia, mantendo viva a integralidade de sua própria fé. Da mesma forma em que a convicção pessoal vem reconhecida e exigida na conversação dialogal, o mesmo vale para a convicção do outro. Há que resgatar assim o valor da convicção religiosa do outro e a percepção de que esta está fundada numa experiência autêntica de revelação. É dessa forma que se processa uma legítima interlocução criadora, que envolve troca de dons.²⁷

É importante, portanto, não confundir o direito de participação política de cidadãos que professam publicamente sua fé, independente de crença religiosa, com certos projetos de poder político estatal que se valem da força persuasiva de conteúdos religiosos, buscando mobilizar setores estratégicos da sociedade. A participação política, com ou sem motivação religiosa, na verdade, não encontra outro caminho na seara democrática que não seja a defesa de posições por meio de argumentos racionais, legais e discutíveis pelo conjunto da sociedade.

3. Democracia, Espaço Público e Direitos Humanos

As religiões são caminhos diferentes convergindo para um mesmo ponto. Que importância faz se seguirmos por caminhos diferentes, desde que alcancemos o nosso objetivo?

(Mahatma Gandhi)

A vida política não pode ser vista como uma luta de opostos que se excluem mutuamente. É necessário imaginar modos criativos para solucionar as diferenças entre atores sociais. É isso que faz da política uma arte e um atributo da cultura. Esta é uma questão especialmente relevante nas sociedades modernas e democráticas, marcadas por forte viés pluralista.²⁸ O desafio é pensar este enfrentamento conectado de forma clara com as noções de bem comum e de ampliação do regime democrático.

É salutar compreender que a globalização através de suas premissas acabou por negligenciar muitos dos valores, jeitos particulares, vidas diferentes. Culturas e identidades, maneiras de ensinar e aprender, fazer política, viver em família, passaram a ser vistos e orientados por determinados princípios. A globalização induziu para uma clara tendência a uniformizar vivências, relacionamentos e afetividades através da racionalidade.²⁹ Somos capazes de dar e receber múltiplas informações, mas desaprendemos a respeitar, valorizar os semelhantes, caminhar na diversidade. A

²⁶ MACHADO, J. E. M. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.97.

²⁷ TEIXEIRA, F. O Imprescindível Desafio da Diferença Religiosa. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana – REMHU*. Brasília, Ano XX, Nº 38, p. 181-194, jan./jun. 2012, p.191.

²⁸ CASSIRER, E. *Ensaio sobre o Homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. Martins Fontes: São Paulo, 1994.

²⁹ TAYLOR, C. *Uma Era Secular*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

uniformização reforça o sentimento de constante ameaça, intolerância, ódio e resistência.³⁰

É possível constatar que as várias mudanças históricas, sociais, econômicas e religiosas a partir dos parâmetros da ideologia capitalista neoliberal, apresentando-se como solução para os problemas em diferentes contextos e lugares. Por outro lado, acaba sendo criada uma lógica de acúmulo de bens e serviços e que, por consequência, explicita as desigualdades. As desigualdades redundam em várias formas de ações violentas de natureza política, econômica, moral, sexual, no âmbito da educação formal, nas famílias; na mídia; em apologia à falsa liberdade.³¹

Cumprir destacar que de acordo com as diretrizes constitucionais fundamentais não existe direito mais importante que aquele relacionado ao outro. O filósofo alemão Immanuel Kant³² realçou esta perspectiva ao afirmar de forma incisiva que “o ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e nunca como instrumento para a consecução de outros fins”. Portanto, para o pleno exercício da cidadania, é preciso a garantia do conjunto dos direitos humanos. Cada indivíduo deve ter assegurada a plena capacidade para se desenvolver e de participar como protagonista de sua história de vida. O direito à alimentação, saúde, moradia, educação, afeto, livre expressão, locomoção, trabalho, segurança, paz e justiça são direitos humanos universais.

Líderes, religiosos ou não, utilizam-se da fragilidade de indivíduos assustados, inseguros e desestruturados para servir a seus próprios interesses e impor verdades pessoais, assegurando-os de que essas são as certezas e verdades absolutas, instaurando processos de dominação.³³ O controle sobre o outro, seja por meio da violência simbólica, seja física, representa a eliminação de uma constante ameaça de retorno à desordem.³⁴

É preciso destacar que nenhum grupo deveria ter a hegemonia acerca das questões religiosas em uma sociedade plural e que amplia modos de pensar e de agir. Diante deste quadro complexo e desafiador que se vive, cabe, pois, a pergunta acerca da real possibilidade de as religiões se tornarem espaços de construção da harmonia, da solidariedade, da paz na sociedade atual.³⁵ É provável que tal expectativa não se concretize enquanto continuarem a se expandir tantas premissas fundamentalistas, os dogmatismos, as intolerâncias, pois é através destas atitudes que se nega o diálogo e o entendimento. Compreende-se o outro, o diferente, como aquele que possui uma contribuição para ser acolhida como válida e portadora de sentidos.³⁶

Boaventura de Sousa Santos ilustra este desafio da seguinte maneira. “As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito de ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.³⁷ Na mesma direção, de acordo com Paulo César Carbonari,

[...] a abertura ao outro se dá na concretude infinita da relação, que é constitutiva da vida. Não há vida sem relação, não há vida sem alteridade. Mas o outro da relação não é um outro generalizado nem abstrato [...]. O outro da relação é diverso e diferente. Sua diversidade é específica e sua diferença concreta [...]. Por isso a relação de

³⁰ GIRARD, R. *Eu vi satanás cair do céu como um raio*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

³¹ ARENDT, H. *O que é política*. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 1998.

³² KANT, I. *A Religião nos Limites da Simples Razão*. São Paulo: Escala, 2008.

³³ CARDOSO, C. M. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade*. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

³⁴ DIP, A. *Em Nome de Quem? A Bancada Evangélica e seu Projeto de Poder*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 133-140.

³⁵ BEATY, D. M. *A Essência do Estado de Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2014.

³⁶ LUCKMANN, T. *A Religião Invisível*. São Paulo: Loyola, 2014.

³⁷ SANTOS, B. S. (Org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.10.

alteridade, que é sempre uma relação entre sujeitos (de direitos), é, a um só tempo, concreta e infinita.³⁸

O ressurgimento aguçado do fundamentalismo manifesta a ausência de consenso relacionado com o poder instituído. O sociólogo polonês, Zygmunt Bauman, mostra a *vontade de liberdade* como a principal característica da sociedade contemporânea e afirma que “o fascínio do fundamentalismo provém de sua promessa de emancipar os convertidos das agonias de suas escolhas”.³⁹ De acordo com o autor, o fundamentalismo tornou-se um remédio radical contra o veneno da sociedade de consumo. É possível afirmar que os indivíduos encontram na autoridade do movimento as respostas do que pensar, dizer ou fazer, quase em um resgate da escala de valores das tradições ancestrais; algo capaz de fornecer sentido à vida e propiciar uma sensação de controle sobre a incessante chegada do novo.⁴⁰

Para além do espaço público, cada indivíduo tem o seu ambiente privado no qual pode selecionar e estabelecer comportamentos que julgar adequados. Todavia, é preciso ressaltar que o espaço público nunca deveria ser visto como extensão do espaço doméstico. O espaço público tem outra função e outra organização. O Brasil através de sua herança histórica acabou transformando o espaço público como um lugar pouco valorizado, e, em geral, capturado pelas lógicas domésticas do grupo que no momento está no poder. Algo que, entretanto, não fornece segurança para a vida dos demais grupos constituídos.⁴¹

Muitas religiões no Brasil têm um papel de criação de espaços comunitários com importante visibilidade pública. Por isso, fica difícil dizer que religião é algo exclusivamente da esfera privada. Talvez um caminho adequado esteja em oportunizar aos sujeitos terem o direito de portar símbolos religiosos nos espaços públicos e as religiões, sendo atores sociais de direito, poderem repercutir suas manifestações no espaço público.⁴² Todavia, é preciso salientar que ao adentrar no espaço público, as religiões deveriam sempre atender as regras preconizadas pelas diferenças e os conflitos destes espaços. Assim, não se pode querer que o espaço público venha a ser regrado por normas particulares.⁴³

As normas de uma determinada confissão religiosa têm validade para os fiéis da própria denominação, não podendo, pois, ser imposta às demais pessoas. A adesão de um indivíduo é um ato livre. Dentre o conjunto das liberdades laicas e, para além destas, existe o amplo direito da liberdade de expressão. Não é possível admitir no debate público e republicano argumentações em que determinados grupos desejam o aumento de suas liberdades à custa da diminuição da liberdade de outros grupos. Este é um jogo perigoso, que em geral redundará em decisões autoritárias.⁴⁴

Em geral, não havia no Brasil, por exemplo, até algum tempo atrás, indivíduos com pertencimento religioso alinhado com o budismo e as religiões islâmicas, mas, hoje, esta é uma realidade presente e que também suscita igualdade de direitos.⁴⁵ De igual forma, não havia no Brasil a expressão das identidades sexuais com tamanha visibilidade. No entanto, hoje, elas têm maior visibilidade, e, igualmente, a reivindicação de direitos. O estado laico protege os direitos de cada um destes grupos, pois ele se liga ao pluralismo. Os elementos essenciais da laicidade são o

³⁸ CARBONARI, P. C. *Direitos Humanos: Sugestões Pedagógicas*. Passo Fundo: IFIBE, 2008, p. 39.

³⁹ BAUMAN, Z. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 228.

⁴⁰ ŽIŽEK, S. *O amor impiedoso* (ou: Sobre a crença). Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 161-201.

⁴¹ DAMATTA, R. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

⁴² GIUMBELLI, E. A Presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil. *Religião e Sociedade*. Rio de Janeiro. Vol. 28, n. 2, 2008, p. 80-101.

⁴³ BIRMAN, P. *Religião e Espaço Público*. Rio de Janeiro: Attar, 2003.

⁴⁴ LEITE, F. C. *Estado e Religião*. A Liberdade Religiosa no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014, p. 338-436.

⁴⁵ ORO, A. P.; STEIL, C. A. *Globalização e religião*. Petrópolis: Vozes, 1997.

respeito à liberdade de consciência; a autonomia do estado frente às ideologias, doutrinas, normas e filosofias particulares; a igualdade e a não discriminação.⁴⁶

Não compete ao estado envolver-se, entre outras demandas, na autorização para o casamento de sacerdotes, se mulheres podem ou não ser ordenadas, se determinada autoridade ou liderança religiosa é apta para ocupar uma função no âmbito de sua congregação. Apenas quando os indivíduos e as instituições religiosas cometem ilícitos é que o estado e a justiça devem cumprir a sua atribuição. Este alargamento dos modos de ser e também de crer implica num processo de negociações que possibilite o convívio das diferenças do modo mais harmônico. Deveriam ser rejeitadas posturas que visam abolir as diferenças, estabelecendo modos hegemônicos de viver, e impedindo a diversidade dos grupos sociais (MONTERO, 2012, p. 167-183).⁴⁷

No Brasil sempre houve certa polêmica, por exemplo, em torno da presença dos símbolos religiosos nos espaços públicos. Esta questão, analisada do ponto de vista da laicidade, explicita que as instituições públicas se legitimam pela soberania popular e não por normativas religiosas.⁴⁸ As escolas, os ambientes do sistema judiciário, as repartições policiais e os hospitais são mantidos com subvenções públicas e visam o atendimento igualitário. Assim, não poderiam conter em seus espaços determinados símbolos a indicar ou sugerir adesão a uma verdade religiosa. Isso, em última análise, configuraria constrangimento aos fiéis de outras confissões religiosas, bem como, ateus ou agnósticos.

Nos escritos que dedicou à teologia política, o jurista e filósofo alemão, Carl Schmitt,⁴⁹ explicitou que a moderna doutrina do Estado se encontra umbilicalmente ligada a conceitos teológicos secularizados. O autor expõe os elos entre o mando transcendente e o movido na finitude. Existiria, pois, uma continuidade entre os planos teológicos e políticos. Para além deste espectro, haveria também, segundo Schmitt, nas duas formas de pensar e agir, algo no sistema capaz de reuni-las. Tal estrutura seria necessária para entender a base sociológica de ambas. O autor enuncia o dilema que entabula o estado de exceção em um significado análogo ao milagre para a teologia.

Para uma parte da população, o estado de exceção é permanente. Contrariamente à retórica democrática hegemônica, existe uma relação íntima entre democracia e violência, uma coexistência entre democracia e extermínio. Instaura-se um estado de exceção no qual a guerra torna-se necessária para o funcionamento do sistema. As sociedades periféricas são vistas como sociedades de inimizade. A brutalidade e a democracia, por conseguinte, não são vislumbradas como excludentes. O medo passa a ser um dos principais argumentos do discurso político.⁵⁰

Outro aspecto relevante para a compreensão da realidade vigente é o discurso que acentua temas morais e o endurecimento penal em direta subordinação com as questões econômicas e sociais numa perspectiva punitiva.⁵¹ São guerras culturais para além de algumas polarizações de quem no passado defendia a meritocracia baseada na livre iniciativa ou que defendia a intervenção política para acentuar os sentidos da justiça social. O que é sublinhado agora é a substituição destas questões

⁴⁶ GABATZ, C. Religião, laicidade e direitos sexuais e reprodutivos: a presença de grupos religiosos conservadores nos espaços públicos da contemporaneidade. *Revista Estudos de Religião*. Vol. 31, n. 1, UESP: São Paulo, 2017, p. 3-6.

⁴⁷ MONTERO, P. Controvérsias religiosas e esfera pública: repensando as religiões como discurso. *Religião e sociedade*. Vol.32, n.1, 2012, p. 167-183.

⁴⁸ CAVALIERE, A. M. "Quando o Estado pede socorro à religião". *Revista Contemporânea de Educação* (Rio de Janeiro), n° 2, 2006.

⁴⁹ SCHMITT, C. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁵⁰ BUTLER, J. *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

⁵¹ ROSANVALLON, P. *El buen gobierno*. Buenos Aires: Manantial, 2016.

em um antagonismo entre um conservadorismo punitivo, autoritário, não plural e, de outro, um discurso inclusivista.⁵²

A difusão desta “guerra cultural” tem muito a ver com os processos pelos quais temas como os direitos das populações LGBTT, legalização do aborto, controle de armas e drogas passou a ganhar maior proeminência no debate político norte americano no final dos anos 1980 ao opor “conservadores” e “progressistas”. O embate opunha visões de mundo baseadas em uma concepção de autoridade moral enquanto reação conservadora aos movimentos de contracultura, sobretudo, feministas e negros.⁵³ A tônica supunha a reestruturação da disputa discursiva em termos de um saudosismo com os velhos tempos da lei e da ordem e da hegemonia branca e masculina. O paralelo com as pautas atuais é evidente. A maior incidência das lutas com vistas ao direito de minorias provoca uma reorganização de quem pensa seu mundo ameaçado.⁵⁴

Os debates políticos, em geral, deveriam ampliar as condições da cidadania, em especial para os grupos sociais minoritários. A laicidade não reduz igrejas a um lugar secundário, mas, as toma como instituições em igualdade de condições com as demais instituições da sociedade civil. Sem uma laicidade mais efetiva a democracia fica comprometida, pois pode dar respostas favoráveis, sobretudo, às demandas de minorias.⁵⁵ É necessário alargar o olhar, para além das fronteiras, e perceber os muitos modos das relações que envolvem o estado, o espaço público e as religiões. Aprender a negociar as crenças em virtude das interpelações dos espaços. Mesmo para chegar a consensos, sempre é necessário um longo caminho de debates, argumentações, concessões e reconhecimento das diferenças.

4. Conclusão

Que nada nos limite. Que nada nos defina.
Que nada nos sujeite. Que a liberdade seja
a nossa própria substância
(Simone de Beauvoir)

Apesar de o Brasil ser um país em que vigora o estatuto jurídico da liberdade religiosa, associada à liberdade de consciência, liberdade de associação e liberdade de expressão, próprias da democracia moderna, é possível perceber que diversas denominações religiosas desrespeitam aparatos legais, em razão de representações etnocêntricas ou ideológicas construídas ao longo do tempo, corroborando para uma perpetuação das intolerâncias através das discriminações e perseguições, ora declaradas, ora mais veladas.

Assim como é possível perceber, nos dias atuais, algumas confissões religiosas contribuindo para o avanço da liberdade religiosa, há também aqueles que sempre perseguiram, mas que agora lutam pela igualdade e pela pluralidade dos diversos seguimentos religiosos e não religiosos. Por vezes, uma ação em defesa da vida e dos direitos já pode representar o início de um diálogo e uma oportunidade para congregar esforços em prol da solidariedade e um compromisso com a defesa de direitos e construção da cidadania. A base de sustentação das religiões deveria ser o amor e o respeito.

Embora sejamos um país majoritariamente cristão, é fato que o pluralismo religioso faz parte da nossa cultura. A diversidade religiosa que deveria ser motivo de orgulho torna-se um problema quando posturas exclusivistas tentam apagar a

⁵² LAVAL, C.; DARDOT, P. *A nova razão do mundo*. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

⁵³ MBEMBE, A. *Políticas da inimizade*. Lisboa: Antígona, 2017.

⁵⁴ ALVES, A. R. C. *O conceito de Hegemonia: de Gramsci a Laclau e Mouffe*. In: Lua Nova, São Paulo, 80, 2010, p. 71-96.

⁵⁵ MIGUEL, L. F. *Consenso e conflito na democracia contemporânea*. São Paulo: Editora UNESP, 2017.

riqueza de olhares e de maneiras de viver a fé. Exclusivismos, verdades absolutas e inquestionáveis ou demonização da religião do outro não contribuem para uma cultura de paz. Posições desrespeitosas ou violentas, não condizem com a absoluta maioria das matrizes religiosas, na medida em que elas delineiam princípios de promoção da paz.

O cenário religioso na contemporaneidade se destaca por sua informalidade, pela diluição de limites rígidos entre igrejas e religiões, pela possibilidade de cada indivíduo escolher e construir um mosaico próprio de crenças e, assim, de certa maneira, até relativizar valores, antes tidos como absolutos. Esse fenômeno tem aspectos positivos e negativos. Entre os principais desafios está a dificuldade de promover um diálogo frutífero com as diversas individualidades.

A sociedade humana que hoje vive a exacerbação dos conhecimentos técnicos e científicos, de estratégias pautadas para a consolidação do lucro, também se encontra imersa em um mundo sobrecarregado pela capacidade de destruição da própria vida. O grande esforço a ser viabilizado tem muito a ver com o resgate e a construção de alternativas que consolidem a harmonia social e criem soluções de consenso por meio do diálogo.

5. Referências

- ALVES, A. R. C. *O conceito de Hegemonia: de Gramsci a Laclau e Mouffe*. In: Lua Nova, São Paulo, 80, 2010, p. 71-96.
- ARENDRT, H. *O que é política*. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 1998.
- BAUMAN, Z. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BEATY, D. M. *A Essência do Estado de Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2014.
- BIRMAN, P. *Religião e Espaço Público*. Rio de Janeiro: Attar, 2003.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Vol. 1. Brasília: Editora da UNB, 1998.
- BUTLER, J. *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CARBONARI, P. C. *Direitos Humanos: Sugestões Pedagógicas*. Passo Fundo: IFIBE, 2008.
- CARDOSO, C. M. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade*. São Paulo: Editora UNESP, 2003.
- CASSIRER, E. *Ensaio sobre o Homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. Martins Fontes: São Paulo, 1994.
- CATROGA, F. *Entre deuses e césares: secularização, laicidade e religião civil: uma perspectiva histórica*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CAVALIERE, A. M. "Quando o Estado pede socorro à religião". *Revista Contemporânea de Educação* (Rio de Janeiro), nº 2, 2006.
- CONSTITUIÇÃO "DEI VERBUM". In: *Compêndio do Vaticano II: Constituições, Decretos, Declarações*. Petrópolis: Vozes, 1984.
- CONSTITUIÇÃO "GAUDIUM ET SPES". In: *Compêndio do Vaticano II: Constituições, Decretos, Declarações*. Petrópolis: Vozes, 1984.
- CUNHA, C. V.; LOPES, P. V. L. *Religião e Política: Uma Análise da Atuação de Parlamentares Evangélicos sobre Direitos das Mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2013.
- DAMATTA, R. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.
- DIP, A. *Em Nome de Quem? A Bancada Evangélica e seu Projeto de Poder*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- ESTADÃO, 2017. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-registra-uma-denuncia-de-intolerancia-religiosa-a-cada-15-horas,70002081286>
Acesso em: 04 de Out. 2018.

- GABATZ, C. Religião, laicidade e direitos sexuais e reprodutivos: a presença de grupos religiosos conservadores nos espaços públicos da contemporaneidade. *Revista Estudos de Religião*. Vol. 31, n. 1, UMESP: São Paulo, 2017.
- GELLNER, E. *Pós-Modernismo, Razão e Religião*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.
- GIRARD, R. *Eu vi satanás cair do céu como um raio*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- GIUMBELLI, E. A Presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil. *Religião e Sociedade*. Rio de Janeiro. Vol. 28, n. 2, 2008, p. 80-101.
- HABERMAS, J. *Entre Naturalismo e Religião*. Estudos Filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.
- HOORNAERT, E. *Formação do catolicismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Vozes, 1974.
- KANT, I. *A Religião nos Limites da Simples Razão*. São Paulo: Escala, 2008.
- LAVAL, C.; DARDOT, P. A nova razão do mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.
- LEITE, F. C. *Estado e Religião*. A Liberdade Religiosa no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014.
- LOCKE, J. *Carta a Respeito da Tolerância*. São Paulo: Ibrasa, 1964.
- LOREA, R. A. (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- LUCKMANN, T. *A Religião Invisível*. São Paulo: Loyola, 2014.
- MACHADO, J. E. M. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- _____. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.
- MARIANO, R. Efeitos da secularização do Estado, do pluralismo e do mercado religiosos sobre as igrejas pentecostais. Porto Alegre. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. Vol. 3, nº 1, jun. 2003.
- MBEMBE, A. *Políticas da inimizade*. Lisboa: Antígona, 2017.
- MÉSZÁROS. I. *A Montanha que Devemos Conquistar*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- MIGUEL, L. F. *Consenso e conflito na democracia contemporânea*. São Paulo: Editora UNESP, 2017.
- MONTERO, P. Controvérsias religiosas e esfera pública: repensando as religiões como discurso. *Religião e sociedade*. Vol.32, n.1, 2012, p. 167-183.
- ORO, A. P.; STEIL, C. A. *Globalização e religião*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- RIOS, R. R.; RESADORI, A. H.; SILVA, R.; VIDOR, D. M. Laicidade e Conselho Federal de Psicologia: Dinâmica Institucional e Profissional em Perspectiva Jurídica. *Psicologia: Ciência e Profissão*. N.1, Vol. 37, Jan-Mar, Brasília, 2017, p. 159-175.
- RODRIGUES, E. B. *Estado Laico e Símbolos Religiosos no Brasil: As Relações entre Estado e Religião no Constitucionalismo Contemporâneo*. Curitiba, Juruá, 2014.
- ROSANVALLON, P. *El buen gobierno*. Buenos Aires: Manantial, 2016.
- ROUANET, L. P. *Paz, justiça e tolerância no mundo contemporâneo*. São Paulo: Edições Loyola, 2010.
- SANTOS, B. S. (Org.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SARMENTO, D. O Crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, R. A. (Org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.
- SCHMITT, C. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TAYLOR, C. *Uma Era Secular*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.
- TEIXEIRA, F. O Imprescindível Desafio da Diferença Religiosa. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana – REMHU*. Brasília, Ano XX, Nº 38, p. 181-194, jan./jun. 2012.
- TÜRCKE, C. *Sociedade Excitada*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2010.
- ZARKA, Y. C. *Difícil Tolerância*. A coexistência de culturas em regimes democráticos. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

ŽIŽEK, S. *O amor impiedoso* (ou: Sobre a crença). Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

A indisponibilidade dos créditos tributários no Processo Especial de Revitalização

The unavailability of tax credits in the Special Revitalization Process

Patrícia Santos¹

Instituto Politécnico do Porto

Maria João Machado²

Instituto Politécnico do Porto

Sumário: 1. Introdução. 2. O processo especial de revitalização. 3. A indisponibilidade dos créditos tributários. 3. Conclusões. 4. Bibliografia.

Resumo: Neste artigo será abordado um problema que nos dias de hoje ainda dificulta o sucesso do Processo Especial de Revitalização (PER), que é a indisponibilidade dos créditos tributários. Há, quanto a este assunto, uma querela doutrinária e jurisprudencial. Enquanto uns entendem que o plano de recuperação que preveja o pagamento em prestações, o perdão e/ou redução da dívida tributária, sem o voto favorável da Autoridade Tributária (AT), sofre um vício que determina a sua nulidade, devendo a sua homologação ser recusada, outros entendem que o plano sofre de invalidade parcial que determina a sua redução, o que permite “aproveitar” o restante plano e apenas declarar essas cláusulas nulas.

Palavras-chave: Créditos Tributários, Insolvência, Processo Especial de Revitalização, Programa Capitalizar.

Abstract: This article will address a problem that still hinders the success of the Special Revitalization Process (PER), which is the unavailability of tax credits. There is a doctrinal and jurisprudential quarrel on this subject. While some understand that the recovery plan that provides for payment in installments, forgiveness and/or reduction of tax debt, without the favorable vote of the Tax Authority (AT), suffers a defect that determines its nullity, and approval should be rejected, others consider that determines its reduction, which allows it to “take advantage” of the remaining plan and only to declare these clauses null.

Keywords: Tax credits, Insolvency, Special Revitalization Process, Programa Capitalizar.

Introdução

Para a maior parte das empresas concretizar o seu objeto social (produzir um produto ou prestar um serviço), torna-se necessário fazer grandes investimentos, quer em capital fixo – infraestruturas, quer em capital circulante – trabalhadores, matérias-primas, etc. Além disso, no âmbito dos negócios, são tributados impostos, não só pela Autoridade Tributária e Aduaneira (por exemplo o IVA, IRC), como

¹ Mestre em Solicitoria, Instituto Politécnico do Porto. Email: 8130191@estg.ipp.pt

² Doutora em Direito, Professora Adjunta do Instituto Politécnico do Porto, membro do CIICESI - Centro de Inovação e Investigação em Ciências Empresariais e Sistemas de Informação, Escola Superior de Tecnologia e Gestão/Politécnico do Porto. Email: mjm@estg.ipp.pt.

também pela Segurança Social (taxa de retenção salarial). Assim sendo, com tantos encargos, há empresas que enfrentam sérias dificuldades em cumprir todas as suas obrigações, atravessando fases difíceis na sua vida económico-financeira.

Para evitar que essas empresas se tornem insolventes, surgiu o Processo Especial de Revitalização, um mecanismo que se aplica a empresas em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, com vista a conseguir a sua recuperação e, assim, evitar a sua declaração de insolvência.

O PER foi introduzido no ordenamento jurídico português pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, que alterou o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), aditando um capítulo constituído pelos artigos 17.º-A a 17.º-I, em contraciclo com a filosofia geral do CIRE, em vigor desde 2004, que tinha como objetivo assegurar a “satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores”³.

Constitui uma das medidas resultantes do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, subscrito pelo Governo Português, o BCE, a UE e o FMI em 17 de Maio de 2011⁴.

O PER foi pela primeira vez alterado pelo Decreto-Lei n.º 26/2015 de 06 de fevereiro, cujo objetivo foi promover “um enquadramento mais favorável à reestruturação e revitalização de empresas, ao financiamento de longo prazo da atividade produtiva e à emissão de instrumentos híbridos de capitalização, alterando o Sistema de Recuperação de Empresas por via Extrajudicial, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e o Código das Sociedades Comerciais”⁵.

Mais recentemente, o Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, que altera o CIRE, constitui uma das medidas do Programa Capitalizar lançado em 2015 pelo atual Governo⁶.

No que respeita ao PER, que constituiu o objeto deste estudo, tratou-se de instituir “um sistema menos burocrático, com uma intervenção do tribunal mais diminuta e que tem como ulterior escopo evitar que a empresa tenha de apresentar-se ao regime comum da insolvência e, em última instância à liquidação”⁷.

Contudo, apesar desta reforma, o PER ainda apresenta problemas, designadamente no que toca aos créditos tributários e da segurança social, que dificultam a sua homologação. O normativo previsto no artigo 30.º da Lei Geral Tributária (LGT⁸) dificulta a homologação do plano de revitalização resultante do PER, devido à indisponibilidade dos créditos tributários.

³ “Sendo a garantia comum dos créditos o património do devedor, é aos credores que cumpre decidir quanto à melhor efectivação dessa garantia, e é por essa via que, seguramente, melhor se satisfaz o interesse público da preservação do bom funcionamento do mercado.” - ponto 3. do preâmbulo do Decreto-Lei 53/2004, de 18 de março, que aprova o CIRE.

⁴ Sobre as origens do PER cfr., designadamente, GONÇALVES, F. O processo especial de revitalização. “*Estudos de Direito da Insolvência*”. Coord. EPIFÂNIO, M.R. Editora Almedina, Coimbra, 2015, p.51.

⁵ Sumário do Decreto-Lei 26/2015, de 06 de fevereiro.

⁶ XXI Governo Constitucional de Portugal

⁷ EQUIPA DE REESTRUTURAÇÕES E INSOLVÊNCIAS PLMJ. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.62.

⁸ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17/12, alterada pelos - Rect. n.º 7-B/99, de 27/02, - Lei n.º 100/99, de 26/07, [Lei n.º 3-B/2000, de 04/04](#), Lei n.º 30-G/2000, de 29/12, Lei n.º 15/2001, de 05/06, Lei n.º 16-A/2002, de 31/05, Decreto-Lei n.º 229/2002, de 31/10, Lei n.º 32-B/2002, de 30/12, Decreto-Lei n.º 320-A/2002, de 30/12, Decreto-Lei n.º 160/2003, de 19/07, Lei n.º 107-B/2003, de 31/12, Lei n.º 55-B/2004, de 30/12, Lei n.º 50/2005, de 30/08, Lei n.º 60-A/2005, de 30/12, Decreto-Lei n.º 238/2006, de 20/12, Lei n.º 53-A/2006, de 29/12, Lei n.º 67-A/2007, de 31/12, Lei n.º 19/2008, de 21/04, Lei n.º 64-A/2008, de 31/12, Lei n.º 94/2009, de 01/09, Lei n.º 3-B/2010, de 28/04, Lei n.º 37/2010, de 02/09, Lei n.º 55-A/2010, de 31/12, Decreto-Lei n.º 29-A/2011, de 01/03, Lei n.º 64-B/2011, de 30/12, Decreto-Lei n.º 32/2012, de 13/02, Lei n.º 20/2012, de 14/05, Lei n.º 55-A/2012, de 29/10, Lei n.º 66-B/2012, de 31/12, Decreto-Lei n.º 6/2013, de 17/01, Decreto-Lei n.º 71/2013, de 30/05, Decreto-Lei n.º 82/2013, de 17/06, Lei n.º 83-C/2013, de 31/12, Lei n.º 82-B/2014, de 31/12, Lei n.º 82-E/2014, de 31/12, Lei n.º 7-A/2016, de 30/03, Lei n.º 13/2016, de 23/05, Lei n.º 42/2016, de 28/12, Lei n.º 14/2017, de 03/05, Lei n.º 30/2017, de 30/05, Decreto-Lei

O Processo Especial de Revitalização

O PER caracteriza-se por ser um instrumento processual⁹, de cariz negocial, que funciona como um processo pré-insolvencial, cuja vantagem é a possibilidade de o devedor obter um plano de recuperação sem ser declarado insolvente¹⁰.

Como prevê o n.º1 do artigo 17.º-A do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, “o PER destina-se a permitir que o devedor estabeleça negociações com os credores, ou seja, visa criar as condições necessárias para que se estabeleçam negociações com o propósito de conseguir um acordo”¹¹.

O recurso ao PER está consagrado no artigo 1º n.º 2 do CIRE que prevê que “estando em situação económica difícil, ou em situação de insolvência meramente iminente, a empresa pode requerer ao tribunal a instauração de processo especial de revitalização (...)”.

No que respeita ao seu regime jurídico, o PER encontra-se previsto entre os artigos. 17.º-A e 17.º-J do CIRE, sendo que estes preceitos, em várias situações, remetem para outros do mesmo diploma legal.

O Decreto-Lei 79/2017, de 30 de junho, alterou a anterior redação do artigo 17º-A, cingindo o recurso ao PER apenas às empresas¹², ao contrário do que anteriormente se passava¹³ (não tinha necessariamente que ser uma pessoa coletiva¹⁴), que permitia a qualquer devedor lançar mão deste processo.

Nos termos do disposto no n.º1 do artigo 17.º-A do CIRE, o PER destina-se a devedor que se encontre comprovadamente em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, sendo portanto a sua recuperação algo de possível¹⁵, pelo que se subentende então que “este não poderá recorrer a este processo se já se encontrar em situação de insolvência efectiva, definida como a impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas (artigo 3º n.º1), e também, no caso das pessoas coletivas da manifesta superioridade do activo em relação ao

n.º 93/2017, de 01/08, Lei n.º 92/2017, de 22/08, Lei n.º 91/2017, de 22/08, Lei n.º 98/2017, de 24/08, Lei n.º 114/2017, de 29/12, Retificação n.º 6/2018, de 26/02 e Lei n.º 39/2018, de 08/08.

⁹ Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 17 de março de 2016 – Proc. 33/13.7TTBRG.P1.G1.S2. Relator: Ana Luísa Galdes.

¹⁰ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA de 07 de março de 2017 – Proc. 2710/16.1T8VIS.C1 Relator: António Domingos Pires Robalo. “O processo especial de revitalização (PER) funciona como um processo pré-insolvencial (no sentido de preventivo de uma potencial insolvência), cuja grande vantagem é a possibilidade de o devedor obter um plano de recuperação sem ser declarado insolvente e através do qual se reserva aos credores um papel fundamental: o de “consentirem (pelo menos momentaneamente) no sacrifício dos seus direitos para viabilizarem o PER ou, então, manterem-se irredutíveis”.

¹¹ CASANOVA, N.S.; DINIS, D.V. “Per - O Processo Especial de Revitalização. Comentários aos artigos 17º-A a 17º-I do Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas”. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2014, p.10.

¹² Objetivo do Programa Capitalizar - eixo III, ponto 3: “Reservar o recurso ao PER a pessoas coletivas (podendo as pessoas singulares já aceder ao PARI e ao PERSI)”.

¹³Cfr. ponto II do sumário do acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO – Proc. 503/14.0TBVFR.P1 de 01 de dezembro de 2014. Relator: Caimoto Jácome. No mesmo sentido: Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES – Proc. n.º 2699/17.0T8VCT-A de 02 de novembro de 2017. Relator: José Amaral.

¹⁴ CASANOVA, N.S.; DINIS, D.S. “Per - O Processo Especial de Revitalização. Comentários aos artigos 17º-A a 17º-I do Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas”. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.13. Quanto ao conceito de sociedade comercial, o artigo 1º n.º2 do CSC prevê que “São sociedades comerciais aquelas que tenham por objecto a prática de actos de comércio e adoptem o tipo de sociedade em nome colectivo, de sociedade por quotas, de sociedade anónima, de sociedade em comandita simples ou de sociedade em comandita por acções”.

¹⁵ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES de 17 de dezembro de 2015 – Proc. n.º 3245/14.2T8GMR.G1. Relator: António Santos.

passivo (artigo 3º n.º2), não podendo assim o processo de revitalização ser utilizado para elidir o dever de apresentação à insolvência (artigo 18º)”¹⁶.

Caso um devedor em situação de insolvência atual se apresente ao PER e o juiz se aperceba da atualidade da insolvência, deve o pedido ser indeferido liminarmente¹⁷, ou seja, quando não se verificarem os pressupostos materiais do PER (situação de pré-insolvência ou susceptibilidade de recuperação), deve o pedido ser indeferido liminarmente¹⁸.

Se, num estado mais avançado do PER, se detetar que a requerente se encontra em insolvência atual, o juiz deve recusar a homologação do plano de recuperação¹⁹.

Esta matéria gera alguma controvérsia, entendendo alguma jurisprudência que a alegada situação de insolvência atual não obriga o juiz a recusar a homologação do plano, uma vez que não se enquadra nos seus poderes²⁰.

Este entendimento justifica-se porque “[...], não compete ao Juiz a quem é comunicada a pretensão do devedor, averiguar (liminarmente) se materialmente se verificam os requisitos previstos no artigo 17º-B, para o recurso ao PER, bastando que o devedor declare e ateste que se encontra numa situação económica difícil e invoque os pressupostos referidos na lei para dar início ao processo”²¹.

Há também jurisprudência que defende que “Não cabe nos poderes do juiz a recusa oficiosa da homologação do plano com esse fundamento – a alegada insolvência actual da requerente”²².

Contudo, há quem entenda que, preliminarmente à nomeação de administrador judicial provisório, o juiz tem o poder-dever de averiguar se as condições declaradas da empresa devedora correspondem à realidade, questão esta que gera controvérsia entre a doutrina e a jurisprudência.

¹⁶ LEITÃO, L. M. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. Editora Almedina, Coimbra, 10ª ed. 2018, p.77.

¹⁷ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES de 20 de fevereiro de 2014 – Proc. n.º 8/14.9TBGMR.G1. Relator: Moisés Silva. No mesmo sentido: Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA de 01 de fevereiro de 2018 – Proc. n.º 791/15.4T8AGH-B.L1-2. Relator: Maria José Mouro.

¹⁸ Neste sentido, cfr., também, SERRA, C. *“O processo especial de revitalização na jurisprudência”*. 2ª ed. Coimbra: Almedina Editora, 2017, p. 49.

¹⁹ Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 27 de outubro de 2016 – Proc. n.º 741/16.0T8LRA-A.C1. Relator: José Rainho.

²⁰ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES de 22 de junho de 2017 – Proc. n.º 311/16.3T8VLN. Relator: Maria Amália Santos. Ver também: Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO de 12 de julho de 2017 – proc. n.º 841/14.1TYVNG.P1. Relator: Carlos Portela.

²¹ Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 15 de março de 2005, acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES de 16 de Maio de 2013 e acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, de 15 de novembro de 2012.

²² Acórdãos do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES de 22 de junho de 2017 – Proc. n.º 311/16.3T8VLN. Relatora: Maria Amália Santos, e de 16 de maio de 2013 – Proc. n.º 284/13.4TBEPs-A.G1. Relatora: Conceição Bucho. Sumário: “Apresentado o requerimento inicial pelo devedor nos termos do artigo 17º- C do CIRE, ao juiz compete averiguar se o mesmo foi apresentado em conformidade com o disposto nos artigos 17º-A e B, e proferir o despacho a que alude o n.º 3 do citado artigo 17º-C, não lhe competindo averiguar se materialmente se verificam os requisitos de que depende o procedimento”. Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA de 21 de abril de 2016 – Proc. n.º 39/16.4T8EVR-A.E1. Relator: Canelas Brás. “Na fase liminar do processo, o juiz não vai fazer uma avaliação completa da situação económico-financeira da entidade objecto da revitalização (...) Nesta fase, apenas lhe compete ver da verificação dos requisitos formais da apresentação à revitalização.” e acórdãos do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO de 18 de fevereiro de 2016 – Proc. n.º 3521/15.7T8AVR.P1. Relatora: Judite Pires e 15 de novembro de 2011 – Proc. n.º 1457/12.2TJPRT-A.P1. Relator: José Amaral. Sumário: No processo especial de revitalização criado pela Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, o juiz, ao proferir o despacho a que se refere a segunda parte da alínea a) do n.º 3 do artigo 17.º-C do CIRE, não tem que verificar a existência dos requisitos materiais de que depende o recurso a tal procedimento, nem o seu eventual abuso”.

Por outro lado, entende-se que, se o juiz observar razões óbvias de recurso indevido ao PER, tem a faculdade de encerrar o processo, havendo assim apreciação do processo. Esta ideia é reforçada com a letra do artigo 17º-E n.º 2 onde é utilizada a expressão “caso o juiz nomeie administrador judicial provisório”.

Luís M. Martins entende que o “imediato” não deve prejudicar a possibilidade de o juiz aferir da necessidade de aperfeiçoamento, havendo assim lugar a apreciação liminar²³.

Nesta linha de raciocínio, tem-se vindo a entender que “O processo especial de revitalização admite despacho de indeferimento liminar (...). O tribunal deve indeferir liminarmente o requerimento inicial do PER se o devedor não demonstrar os necessários requisitos adjectivos (designadamente, em matéria de legitimidade) e/ou se se revelar que se encontra numa situação de insolvência, recorrendo a tal procedimento de forma abusiva”²⁴.

De acordo com o acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA de 5 de maio de 2015, “Impende, pois, sobre o juiz, como garante da legalidade, nos termos dos artigos 17º-F, n.º 5 e 215º do CIRE, o dever de sindicar o cumprimento dos requisitos aplicáveis à homologação do plano e de a recusar ao devedor insolvente ou insusceptível de recuperação económica, se tiver elementos para o considerar como tal, para assim impedir o uso abusivo do processo de revitalização e preservar a natureza e o fim com que a lei o gizou, bem como a credibilidade que a lei lhe conferiu”²⁵. O desembargador Fernando Monteiro²⁶ subscreveu entendimento semelhante e esclareceu que apesar de o processo especial de revitalização ter uma “feição marcadamente extrajudicial, se a petição revelar inequivocamente que o devedor se encontra numa situação de insolvência, sendo o uso daquele ilegal ou abusivo, o juiz deve recusá-lo liminarmente”.

Não obstante, a reforma de 2017 do CIRE veio tentar diminuir o recurso abusivo ao PER, ao exigir que a declaração junta no início do processo ateste, por contabilista certificado ou revisor oficial de contas, a reunião das condições necessárias para a recuperação do devedor²⁷. Ao analisar-se esta nova exigência, à partida, poderá entender-se que esta questão tão controversa deixa de se colocar, sendo da inteira responsabilidade do contabilista certificado ou do revisor oficial de contas. Contudo, ficando os documentos instrutórios do PER arquivados na secretaria judicial, não sendo levados ao juiz no momento da nomeação do administrador judicial provisório, entende-se que não deveria caber nos seus poderes a averiguação

²³ MARTINS, L. M. *Recuperação de Pessoas Singulares. Comentário às disposições relativas ao processo especial de revitalização, exoneração do passivo restante e plano de pagamentos aos credores previstas no código da insolvência e da recuperação de empresas*, vol. I, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 31-32.

²⁴ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA de 14 de junho de 2016. Proc. n.º 4023/15.7T8LRA.C1. Relator: Fonte Ramos. Ponto 3. do Sumário: “3. Se, na prática, o processo de revitalização poderá ser usado em casos em que não deveria sequer ter sido aberto - maxime, que se aplique a devedores em situação de insolvência actual -, portanto, à margem dos pressupostos que definem o seu âmbito de aplicação (artigos 17ºA e 17º-B, do CIRE), tal possibilidade ou eventualidade deverá ficar arredada se e quando o Tribunal dispuser de elementos que permitam concluir pela falta dos necessários pressupostos de natureza adjectiva e/ou pela desconformidade entre o aduzido pelo devedor e os factos demonstrados pelos documentos juntos autos e/ou que o Tribunal venha a reunir, apontando, estes, para situação de insolvência actual, como tal, tradutora da inviabilidade de um qualquer plano de revitalização”.

²⁵ Proc. n.º 996/15.8T8CRA-A.C1. Relator: Alexandre Reis.

²⁶ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA de 19 de janeiro de 2015 – Proc. n.º 9425/15.6T8CBR.C1. No mesmo sentido: Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES de 20 de fevereiro de 2014 – Proc. n.º 8/14.9TBGMR.G1. Relator: Moisés Silva. Sumário: “Não pode recorrer ao PER (processo especial de revitalização) o devedor que, face ao que o próprio alega, está já em estado de insolvência, devendo ser indeferido liminarmente o respetivo pedido, para, além do mais, evitar a violação do dever de apresentação (artigo 18.º do CIRE)”.

²⁷ Cfr. artigo 17º-A n.º3 do CIRE.

da situação económica do requerente, tendo que proceder à nomeação imediata do administrador.

Assim, “O Processo Especial de Revitalização (PER) destina-se apenas aos devedores que se encontrem em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, que ainda seja suscetível de recuperação”²⁸, sendo bastante pressuposto do processo de revitalização o facto de o devedor se encontrar somente em situação económica difícil ou, em alternativa, em situação de insolvência meramente iminente²⁹.

O PER é um processo de “natureza híbrida, misto de negociação extrajudicial e aprovação judicialmente homologada³⁰”, entendendo-se, assim, como natureza mista, o facto de determinados atos serem praticados extrajudicialmente e os restantes serem judiciais. Assim, o PER combina uma fase informal (fase de negociações) e uma fase formal (judicial), aproveitando as vantagens de ambas. A principal característica é a homologação do acordo por uma autoridade independente – o tribunal – e a produção de efeitos pelo acordo, mesmo que haja oposição de alguns credores, sobrepondo-se o consentimento plural ao consentimento individual³¹. Este instrumento veio reduzir a hipótese de bloqueio por alguns credores e evitar processos de insolvência³². Além disto, impossibilitou os credores de requerer a insolvência do devedor e de propor ações de cobrança contra o devedor³³.

Sendo o PER um instrumento híbrido, goza de uma junção de características próprias dos instrumentos judiciais e extrajudiciais, importando fases de domínio judicial, como o despacho de nomeação do administrador judicial provisório e a homologação do acordo de recuperação³⁴.

O PER é um processo de carácter eminentemente urgente, de prazos procedimentais curtos, durante os quais os credores concedem ao devedor um período global de «tréguas», o chamado «*standstill*»³⁵.

Esta característica manifesta-se caso se observe atentamente o regime do PER. Logo de início esta urgência vem contemplada no artigo 17.º-A n.º3 do CIRE de forma direta³⁶. Há também outros normativos que revelam o carácter do PER, entre eles, os artigos 17.º-C n.º4 “o juiz nomeia de imediato”, artigo 17.º-D n.º1, “a empresa comunica, de imediato e por meio de carta registada”, o artigo 17.º-D n.º3, “A lista provisória de créditos é imediatamente apresentada na secretaria do tribunal e publicada no portal *Citius*...”, artigo 17.º-D n.º4, “Não sendo impugnada, a lista provisória de créditos converte-se de imediato em lista definitiva”, artigo 17.º-F n.º1, “...sendo de imediato publicada no portal *Citius* a indicação do depósito”.

²⁸ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA de 10 de julho de 2013 – Proc. n.º 754/13.4TBLRA.C1. Relator: Carlos Moreira.

²⁹ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES de 25 de setembro de 2014 – Proc. n.º 983/14.3TBBCL-A.G1. Relator: Estelita de Mendonça.

³⁰ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES de 24 de setembro de 2015 – Proc. n.º 378/14.9T8VNF.G1. Relator: Jorge Teixeira.

³¹ SERRA, C. “*O Processo Especial de Revitalização na Jurisprudência*”. Editora Almedina, Coimbra, 2ª ed. 2017, p.15.

³² CRUZ, N. G. “*Processo Especial de Revitalização. Estudo sobre os poderes do juiz*”. Lisboa: Petrony Editora. 2016. p. 26.

³³ IDEM – *Ibidem*, p.26.

³⁴ CARDOSO, S. F. P. “*O Processo Especial de Revitalização. O efeito standstill*”, Coimbra: Almedina, 2016, p. 26.

³⁵ Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 19 de abril de 2016 – Proc. n.º 7543/14.7T8SNT.L1.S1. Relator: Ana Paula Boularot. Cfr. também Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 06 de junho de 2016 – Proc. n.º 12966/16.4T8LSB.L1.S1. Relator: Ana Paula Boularot.

³⁶ “O processo especial de revitalização tem carácter urgente, aplicando-se-lhe todas as regras previstas no presente código que não sejam incompatíveis com a sua natureza”.

Também se pode denotar a urgência deste processo, por exemplo, quando o regime do PER não prevê a resposta às impugnações formuladas à lista provisória de créditos, ao contrário do que se verifica no processo de insolvência³⁷.

Contudo, apesar do caráter urgente do PER, este não “pode levar à desconsideração dos princípios essenciais que norteiam os processos de natureza judicial, nem à desconsideração dos direitos dos credores, na sua relação de conflito com os interesses do devedor”³⁸.

A indisponibilidade dos créditos tributários

A este respeito importa referir que há várias classes de credores, a saber, credores garantidos, privilegiados, subordinados e comuns (cfr. artigo 47.º n.º4 do CIRE)³⁹ e que, segundo o artigo 194.º do CIRE, que consagra o princípio da igualdade dos credores da insolvência – *par conditio creditorum* –, todos os credores do devedor devem exercer os seus direitos no âmbito do mesmo processo de insolvência, em condições de igualdade (dentro de cada classe), não tendo um credor quaisquer direitos ou garantias, que não aqueles que sejam reconhecidos pelo direito da insolvência, e nos precisos termos em que este os reconhece⁴⁰.

Neste contexto, uma das questões que se colocam prende-se com o tratamento, em sede de PER, dado a créditos provenientes da Segurança Social e da Fazenda Nacional. Admitindo que qualquer credor pode cooperar no sentido da recuperação da empresa, à exceção dos credores públicos (cujos créditos são indisponíveis), torna-se criticável que apenas determinados credores suportem esforços no sentido da recuperação da empresa – revelando esta situação uma violação do princípio da igualdade.

O princípio da indisponibilidade do crédito tributário, corolário dos princípios da igualdade e legalidade previstos na Constituição da República portuguesa (CRP)⁴¹, encontra-se previsto em alguns dispositivos legais, nomeadamente no artigo 85.º n.º 3 do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT)⁴², que prevê que “A concessão da moratória ou a suspensão da execução fiscal fora dos casos previstos na lei, quando dolosas, são fundamento de responsabilidade tributária subsidiária”, nos n.ºs 2 e 3 do artigo 36.º LGT em que “A administração tributária não pode

³⁷ Cfr. Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES de 20 de outubro de 2015 – Proc. n.º 749/14.OTBFUN-A.L1-7. Relator: Maria da Conceição Saavedra. “Tendo em conta a especial natureza do processo especial de revitalização, não está prevista no seu âmbito a resposta às impugnações formuladas à lista provisória de créditos por qualquer interessado que assumira posição contrária, contrariamente ao que sucede no processo de insolvência.” Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 27 de abril de 2017 – Proc. n.º 1839/15.8T8STR.E1.S1. Relator: Ana Paula Boularot.

³⁸ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES de 02 de maio de 2016 – Proc. n.º 5180/15.8T8VNF.G1. Relator: Fernando Fernandes Freitas.

³⁹ LEITÃO, L. M. “*Direito da Insolvência*”. Editora Almedina, Coimbra, 8ª ed., 2018, p.104.

⁴⁰ IDEM – *ibidem*, p.298.

⁴¹ [RUSSO, A. ; SILVA, F. R. “O processo especial de revitalização no espaço de conexão da jurisprudência dos tribunais comuns e dos tribunais tributários”. *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 1 \(2017\), dir. EPIFÂNIO, M. R.; BRANCO, J. M., p.165.](#)

⁴² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/99, de 26/10), com alteração dos seguintes diplomas: Lei n.º 3-B/2000, de 04/04, Lei n.º 30-G/2000, de 29/12, Lei n.º 15/2001, de 05/06, Lei n.º 109-B/2001, de 27/12, Lei n.º 32-B/2002, de 30/12, Decreto-Lei n.º 38/2003, de 08/03, Decreto-Lei n.º 160/2003, de 19/07, Lei n.º 55-B/2004, de 30/12, Lei n.º 60-A/2005, de 30/12, Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29/03, Decreto-Lei n.º 238/2006, de 20/12, Lei n.º 53-A/2006, de 29/12, Lei n.º 67-A/2007, de 31/12, Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26/02, Lei n.º 40/2008, de 11/08, Lei n.º 64-A/2008, de 31/12, Lei n.º 3-B/2010, de 28/04, Lei n.º 55-A/2010, de 31/12, Lei n.º 64-B/2011, de 30/12, Lei n.º 66-B/2012, de 31/12, Decreto-Lei n.º 6/2013, de 17/01, Lei n.º 83-C/2013, de 31/12, Lei n.º 82-E/2014, de 31/12, Lei n.º 82-B/2014, de 31/12, Lei n.º 7-A/2016, de 30/03, Lei n.º 13/2016, de 23/05, Decreto-Lei n.º 36/2016, de 01/07, Lei n.º 42/2016, de 28/12, Decreto-Lei n.º 93/2017, de 01/08, Lei n.º 100/2017, de 28/08 e Lei n.º 114/2017, de 29/12.

conceder moratórias no pagamento das obrigações tributárias, salvo nos casos expressamente previstos na lei”, e no artigo 37.º n.º 2, que prevê que “a lei pode prever que outros contratos sejam celebrados entre a Administração e o contribuinte, sempre com respeito pelos princípios da legalidade, da igualdade, da boa-fé e da indisponibilidade do crédito tributário”. Além de os créditos tributários serem indisponíveis, nos termos do artigo 60.º do CPPT são também irrenunciáveis.

Nesta linha de raciocínio, entende-se então que somente se podem conceder perdões e/ou moratórias nas situações em que o legislador o permita, não podendo a Autoridade Tributária e Aduaneira ou a Segurança Social estabelecer livremente qualquer tipo de negociação, mesmo que estas sejam imprescindíveis à recuperação do devedor⁴³, uma vez que a Autoridade Tributária e Aduaneira não tem poder discricionário e que se poderão violar “critérios de juridicidade que informam o direito tributário (princípio da igualdade na contribuição para os encargos públicos) e o direito económico europeu (princípio da concorrência e da proibição de auxílios de Estado)”⁴⁴.

Os tribunais administrativos já se pronunciaram sobre esta matéria, entendendo que o regime que disciplina o PER não afasta os normativos referentes à indisponibilidade dos créditos tributários⁴⁵.

Esta questão gera bastante controvérsia, tornando-se difícil harmonizar o direito da insolvência (após a reforma de 2012⁴⁶) com o preceituado no artigo 30.º da LGT que estipula que o crédito tributário integra a relação jurídica tributária (n.º1 alínea a), que é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou

⁴³ DIAS, S.L. “A afetação do crédito tributário no plano de recuperação da empresa insolvente e no plano especial de revitalização”, *Revista de direito da insolvência*, n.º0, Ed. Coimbra, Almedina, 2016.

⁴⁴ SILVA, S.T. ; SANTOS, M. C. *Os créditos fiscais nos processos de insolvência: reflexões críticas e revisão da jurisprudência*, p.11, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt>. [consult. 27/08/2019].

⁴⁵ Acórdão do TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL de 04 de fevereiro de 2016 (Relator: Joaquim Condesso) “7. É também por esta razão - por estarmos perante uma obrigação que materializa um dever fundamental de contribuição para os encargos públicos, segundo o princípio da igualdade relativa, medida pela capacidade contributiva de cada sujeito passivo de imposto - que a referida indisponibilidade do crédito tributário prevalece sobre qualquer legislação especial, incluindo o regime da insolvência (cfr. artigo 30, n.º3, da L.G.T.), 8. A “vinculação dos credores” consagrada no artigo 17.º-F, n.º6, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (C.I.R.E.), na redacção da Lei 16/2012, de 20/4, não se sobrepõe à natureza indisponível dos créditos tributários (cfr. artigo 30.º n.º2, da L.G.T.). 9. Os acordos celebrados no âmbito do PER (processo especial de recuperação de empresa que permite a rápida homologação de acordos conducentes à recuperação de devedores em situação económica difícil celebrados extrajudicialmente, num momento de pré-insolvência) passam a vincular também os credores que aos mesmos não se vincularam, desde que respeitada a legislação aplicável à regularização de dívidas à Administração Fiscal. Portanto, apesar do mote principal do novo regime jurídico assentar na optimização das soluções de recuperação e revitalização dos insolventes, é dado um sinal expresso de que isso não poderia sobrepor-se à natureza indisponível dos créditos tributários, tudo conforme se retira da exposição de motivos da proposta de lei que esteve na origem da Lei 16/2012, de 20/4 (elemento histórico de interpretação)”. No mesmo sentido: Acórdãos do SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO de 25 de março de 2015, proc. n.º 0278/15. Relator: Francisco Rothes, de 14 de maio de 2015, proc. n.º 0493/15. Relator: Ascensão Lopes e Acórdão do TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL de 19 de setembro de 2017, proc. n.º 94/17.OBELRA. Relator: Joaquim Condesso.

⁴⁶ Serra, C. “Créditos Tributários e o princípio da igualdade entre os credores – dois problemas no contexto da insolvência de sociedades”. *Direito das sociedades em revista.*, ano 4, vol.8., Editora Almedina, Coimbra, 2012, p.99. – Antes da reforma referida, “houve demonstrações de uma grande sensibilidade, por parte do legislador, ao interesse de recuperação de empresas e da necessidade de limitação dos poderes habituais dos credores públicos ... O exemplo mais claro foi a consagração, no artigo 152.º do CPREF, do efeito extintivo da declaração de falência relativamente aos privilégios creditórios do Estado, das autarquias locais e das instituições da Segurança Social”.

extinção com respeito pelo princípio da igualdade e da legalidade tributária (n.º2), e que este regime prevalece sobre qualquer legislação especial (n.º3)⁴⁷.

Catarina Serra questiona se se poderá legitimamente sustentar que os créditos tributários sejam objetivamente merecedores de um regime mais favorável do que os restantes créditos⁴⁸.

A querela surgiu a propósito do plano de insolvência⁴⁹ (artigo 215.º do CIRE) mas transferiu-se quase integralmente para o plano de recuperação do PER (artigo 17.º-F do CIRE)⁵⁰.

A posição adotada por Alexandre de Soveral Martins é de que o juiz deve recusar a homologação do plano de insolvência aprovado em assembleia de credores só no caso de violação não negligenciável de regras procedimentais ou das normas aplicáveis ao seu conteúdo⁵¹. Tudo está, portanto, em saber qual a qualificação da violação das normas da LGT, do CPPT (artigo 196.º) e do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (artigos 190.º, 191.º, 192.º e 199.º): negligenciável ou não negligenciável?⁵².

Uma das linhas de orientação do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA na interpretação do artigo 30.º da LGT, defendida pelo Juiz Conselheiro Fonseca Ramos, tem vindo a entender que a aprovação do acordo pelos credores, em violação do disposto na LGT, determina uma ineficácia relativa quanto às estipulações inerentes a estas entidades credoras (por nulidade das cláusulas que lhes são atinentes, sendo assim o plano parcialmente nulo)⁵³. E justifica: “mantendo-se estes créditos “intocáveis”, uma vez que normalmente representam quantias avultadas, quer os

⁴⁷Aditado pela Lei do Orçamento de Estado para 2011 – Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro. O artigo 3.º-a) do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (CRCSPSS) determina a aplicação subsidiária da LGT à relação jurídica contributiva. Cfr também os artigos 190.º a 192.º do CRCSPSS.

⁴⁸ SERRA, C. “Créditos Tributários e o princípio da igualdade entre os credores – dois problemas no contexto da insolvência de sociedades”. *Direito das sociedades em revista*. ano 4, vol.8., Editora Almedina, Coimbra, 2012, p.100.

⁴⁹ Catarina Serra entende que há diferenças significativas entre o plano de pagamentos e o plano de recuperação, sendo uma delas o momento da sua elaboração. Ao passo que o plano de pagamentos é elaborado estando o devedor em situação de insolvência atual, o plano resultante do PER é elaborado numa situação pré-insolvencial. Também há que ter em conta que o plano de pagamentos pressupõe a declaração de insolvência do devedor, enquanto que o PER se destina a evitar a declaração de insolvência e a possibilitar ao devedor desobrigar-se dos efeitos da referida declaração.

SERRA, C. – *O Processo Especial de Revitalização na Jurisprudência*. 2ª ed. Editora Almedina, Coimbra, 2017, pp.39-40.

⁵⁰ MARTINS, A. S. *Um curso de direito da insolvência*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2015, p.480.

⁵¹ IDEM, *Ibidem*, p.481.

⁵² IDEM, *Ibidem*, p.481.

⁵³ Acórdãos do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 17 de abril de 2018, proc. n.º 5781/16.7T8VIS-D.C1.S1. (relator: Pinto de Almeida), de 10 de maio de 2018, proc. n.º 4986/16.5T8VIS.C1.S1. (relator: Fonseca Ramos) e de 24 de março de 2015, proc. n.º 664/10.7TYVNG.P1.S1 (relatora: Ana Paula Boularot). Acórdãos do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA de 19 de setembro de 2016, proc. n.º 499/15.0T8SEI-A.C1 (relatora: Maria João Areias) e de 13 de janeiro de 2015, proc. n.º 1395/13.1TBCVL.C1 (relator: Moreira do Carmo). Acórdãos do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA de 24 de maio de 2018, proc. n.º 939/16.1T8OLH-D.E1 (relatora: Albertina Pedroso) e de 16 de junho de 2016, proc. n.º 2488/15.6T8STR.E1 (relator: Sílvio Sousa). Acórdãos do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES de 15 de dezembro de 2016, proc. n.º 1051/16.9T8GMR.G1 (Relatora: Cristina Cerdeira), de 15 de outubro de 2015, proc. n.º 1651/14.1TBCL.G1 (Relatora: Eva Almeida). Acórdãos do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA de 14 de janeiro de 2016, proc. n.º 295/14.2TBPTS.L1-6 (relatora: Anabela Calafate) e de 30 de abril de 2015, proc. n.º 2192/13.0TYLSB.L1-8 (Relatora: Octávia Viegas). Acórdãos do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO de 20 de março de 2018, proc. n.º 196/17.2T8AMT.P2 (Relator: Fernando Samões) e de 22 de maio de 2017, proc. n.º 2451/16.0T8STS.P1 (relator: Augusto de Carvalho).

créditos do Estado, quer os de outras entidades, como a Segurança Social, representam em grande número de casos, avultadas somas, daí que, a manterem-se intocados, todo o esforço de recuperação da insolvente ficará a cargo dos credores comuns ou preferenciais da insolvência, que terão de arcar com a modificabilidade e mesmo a supressão dos seus créditos e garantias, ante o Estado que nada cedendo, se coloca numa posição de *jus imperii*, num processo em que só, excepcionalmente, deveria ter tratamento diferenciado”.

Até porque, “numa perspectiva de adequada ponderação de interesses, tendo em conta os fins que as leis falimentares visam, pode violar o princípio da proporcionalidade admitir que o processo de insolvência seja colocado em pé de igualdade com a execução fiscal, servindo apenas para a Fazenda Nacional actuar na mera posição de reclamante dos seus créditos, sem atender à particular condição dos demais credores do insolvente ou pré-insolvente, que contribuem para a recuperação da empresa, abdicando dos seus créditos e garantias, permanecendo o Estado alheio a esse esforço, escudado em leis que contrariam o seu compromisso de contribuir para a recuperação das empresas, como resulta do Memorandum assinado com a troika e até das normas que, no contexto do PER, o legislador fez introduzir no CIRE”⁵⁴.

Por referência ao mesmo preceito da LGT, a Juíza Conselheira Ana Paula Boularot subscreve entendimento semelhante⁵⁵. Em acórdão de 24 de março de 2015 defende que “a Administração Fiscal e a Segurança Social, enquanto credores em processo de insolvência não podem vetar, sem mais, o plano de insolvência podendo este ser validado, com os votos dos restantes credores interessados, sem que tal afecte os créditos daqueles organismos. O plano de insolvência aprovado mesmo contendo propostas contrárias ao preceituado nos artigos 30.º, n.º s 1, 2, 3, 36.º, n.º s 2, e 3, da LGT, e 190.º, n.º s 1, 2 e 6, do CRCSPSS, não deve ser o mesmo objecto de recusa de homologação judicial, por nulidade do mesmo, antes enfermando de mera ineficácia, sendo, por isso, inoponível, relativamente ao Instituto da Segurança Social”⁵⁶.

Numa perspetiva diferente e minoritária, há quem entenda que “A inclusão, no acordo de recuperação de empresa, da redução dos créditos tributários e do seu pagamento em prestações, com um período de carência, conduz à nulidade dessas cláusulas, mas não à nulidade de todo o plano de recuperação – cf. artigo 292.º do CC”⁵⁷. É de notar que este acórdão contempla um voto vencido de Fonseca Ramos. O Conselheiro considera o negócio jurídico que baseia o plano como tendo um carácter atípico, dificultando, em sede de recurso de revista a possibilidade de se “considerar cumprido o ónus probatório que toda a redução implica (o ónus a cargo da parte que pretende a declaração de invalidade total do negócio)”⁵⁸. Nestas circunstâncias, Fonseca Ramos entende que “não se pode dar por demonstrado que os credores que aprovaram o plano o não aprovariam sem as propostas nulas”⁵⁹.

Quer isto dizer que, em vez de se considerar que o plano enferma de ineficácia relativa, nesta perspetiva, crê-se que se esteja perante uma nulidade parcial. Há que

⁵⁴ Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 18 de fevereiro de 2014 – Proc. 1786/12.5TBTNV.C2.S1. Relator: Fonseca Ramos. No mesmo sentido, cfr., acórdão do mesmo tribunal de 25 de março de 2014 – proc. n.º 6148/12.1TBBERG.G1.S1. Relator: Fonseca Ramos.

⁵⁵ CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. Auditório – *Os efeitos do Processo especial de Revitalização – Ana Paula Boularot*. 2015. Disponível em: <https://educast.fccn.pt>.

⁵⁶ Acórdãos do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 24 de março de 2015 – Proc. 664/10.7TYVNG.P1.S1. Relator: Ana Paula Boularot e de 01 de abril de 2014 – Proc. 185/13.6TBCHV-A.P1.S1. Relator: Fernandes do Vale.

⁵⁷ Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 13 de novembro de 2014 – Proc. 3970/12.2TJVNF-A.P1.S1. Relator: Salreta Pereira. No mesmo sentido: acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO de 14 de abril de 2015, proc. n.º 1529/14.9TBPRD.P1. Relator: Vieira e Cunha.

⁵⁸ Serra, C. *O processo especial de revitalização na jurisprudência*. 2ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2017, p.111.

⁵⁹ IDEM – *Ibidem*, p. 111.

se ter em conta que nenhuma das soluções é perfeita ou isenta de críticas⁶⁰. Contudo, independentemente da solução adotada, os resultados serão, certamente, os mesmos, minimizando-se a imediata não homologação do plano na hipótese de modificação dos créditos tributários⁶¹.

A questão está, pois, em saber se é ou não possível a homologação do plano, quando como credores figurem as entidades atrás referidas, se estes o vetarem ou não o votarem ou, até, se o plano pode ser validado com os votos dos restantes credores interessados sem que afete os créditos dos organismos referidos. No caso de não homologação, considerando o artigo 215.º do CIRE, far-se-ia “sucumbir a recuperação de uma empresa o que contrariaria em abstrato e absoluto os princípios programáticos resultantes do memorando de entendimento sobre os condicionalismos específicos da política económica”⁶².

Assim, entende-se que se pode considerar uma violação negligenciável das normas da LGT em prol da natureza e finalidade do direito insolvencial: “estando em causa um crédito da Fazenda Nacional correspondente a 3,46% do montante global dos créditos e tendo o plano de recuperação do devedor sido aprovado por credores titulares de 75,63% daquele montante, pode ser havida como negligenciável, atenta a natureza e finalidade associadas ao direito insolvencial, a violação de normas tributárias aplicáveis ao conteúdo do mesmo plano”⁶³. De facto, de acordo com o estipulado no artigo 17.º-F n.º 7 do CIRE, o juiz tem o poder de decidir se deve ou não proceder à homologação do plano.

Outra corrente da jurisprudência⁶⁴ considera ser motivo de recusa de homologação de plano de recuperação, em sede de PER, a falta de voto favorável da Fazenda Nacional, se o acordo contemplar a redução, extinção ou moratória de créditos fiscais⁶⁵, sendo que tal violação, em sede de plano de revitalização, fulmina o mesmo de vício que o atinge *in totum*, obrigando à sua não homologação.

A solução apresentada é a de se criarem mecanismos para as referidas entidades públicas que se apliquem em caso de reestruturação do devedor, que, conjuntamente com outros credores, e participando de forma ativa na reestruturação, revelem maior flexibilização das alternativas de reestruturação de créditos tributários, resultando na recuperação da empresa.

⁶⁰ IDEM - *Ibidem*, p. 111.

⁶¹ IDEM - *Ibidem*, p. 111.

⁶² CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. Auditório – *Os efeitos do Processo especial de Revitalização – Ana Paula Boularot*. 2015. Disponível em: <https://educast.fccn.pt>.

⁶³ Acórdãos do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 09 de julho de 2014 – Proc. n.º 3525/12.1TBPTM-A.E1.S1 e 25 de novembro de 2014, proc. n.º 1783/12.0TYLSB-B.L1.S1. Relator: Fernandes do Vale. Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA de 01 de abril de 2014, proc. n.º 1285/12.5TBPMS-F.C1 (Relator: Manuel Capelo). Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES de 11 de julho de 2013, proc. n.º 1411/12.4TBEPs-A.G1 (relator: António Sobrinho).

⁶⁴ Acórdãos do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA de 09 de novembro de 2014, proc. n.º 1556/12.0TBTNV.C2 (Relatora: Sílvia Pires) e 24 de setembro de 2013, proc. n.º 36/13.1TBNLS.C1 (Relator: Freitas Neto). Acórdãos do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA de 08 de outubro de 2015, proc. n.º 250/14.2 TBABT.E1 (Relator: Jaime Pestana) e de 08 de outubro de 2015, proc. n.º 250/14.2TBA-BT.E1 (Relator: Silva Rato). Acórdãos do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES de 25 de novembro de 2013, proc. n.º 7348/12.0TBBERG.G1 (Relator: António Santos) e de 29 de outubro de 2013, proc. n.º 8180/12.6TBBERG.G1 (Relator: Edgar Gouveia Valente). Acórdãos do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA de 11 de março de 2014, proc. n.º 1783/12.0TYLSB-B.L1-1, (Relator: Manuel Marques) e de 30 de janeiro de 2014, proc. n.º 1390/13.0TBTVD-B.L1-6 (relator: Gilberto Jorge) e Acórdãos do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO de 19 de janeiro de 2015, proc. n.º 3557/13.2TBGDM-C.P1 (Relator: Abílio Costa) e de 20 de maio de 2014, proc. n.º 3926/13.8TBVFR.P1 (relatora: Maria da Graça Mira).

⁶⁵ PRATA, Ana; CARVALHO, Jorge Morais; SIMÕES, Rui – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. Coimbra: Edições Almedina, 2013, p. 68.

A orientação maioritária do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA entende que, interpretando os artigos 202.º n.º 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa e 8.º e 9.º do Código Civil, e conjugando-os com os artigos 30.º n.ºs 2 e 3 e 36.º da LGT e 85.º do Código do Processo Tributário, pode concluir-se que será possível homologar um plano em que as decisões tocantes aos créditos da Segurança Social e Autoridade Tributária sejam ineficazes ou nulas. Assim, nesta linha de raciocínio, o princípio da igualdade é respeitado na medida que se trata de forma diversa aquilo que é diferente, na justa medida da sua diferença (créditos públicos são diferentes dos créditos privados)⁶⁶.

Portanto, pode concluir-se que, o principal objetivo ao declarar-se ineficaz o plano no que concerne aos credores públicos, é evitar a declaração de insolvência do devedor. Contudo, se estes credores decidirem executar os seus créditos⁶⁷, o resultado acaba por ser aquele que seria se não se recorresse ao PER – isto é, a declaração insolvência, pelo que Catarina Serra entende que, antes de decidir sobre a possível homologação do plano, seria bastante conveniente que o juiz convidasse o devedor e os credores privados a pronunciar-se sobre o plano de recuperação reduzido ou relativizado nos seus efeitos, para perceber se este continuava a ser desejado pela generalidade dos credores privados e a ser útil como via para a revitalização do devedor⁶⁸.

Tal como o acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO ⁶⁹, de 2 de fevereiro de 2010, contempla “O Estado soberano que elaborou as leis que protegem os seus créditos de impostos e de contribuições à Segurança Social – com prazos, garantias e exigências próprias – é o mesmo Estado soberano que fez o CIRE, pelo que, aquando da elaboração deste, conhecia bem a existência daquelas”, pelo que se apela à “intervenção do legislador para que a questão fique definitivamente esclarecida”⁷⁰.

O Programa Capitalizar (Eixo III – Reestruturação Empresarial⁷¹) contempla medidas que evitam este tipo de situações, mas as mesmas ainda não foram implementadas no ordenamento jurídico.

Conclusões

Quanto ao artigo 30.º da LGT e à sua articulação com o princípio estrutural do direito da insolvência, o princípio da igualdade de tratamento dos credores, foram confrontadas duas perspetivas.

Segundo os juízes do STJ citados, no que respeita aos créditos tributários, o plano que estipule pagamento em prestações e/ou perdão ou reduções de créditos

⁶⁶ CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. Auditorio – *Os efeitos do Processo especial de Revitalização – Ana Paula Boularot*. 2015. Disponível em: <https://educast.fccn.pt>.

⁶⁷ O acórdão do SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO n.º 0278/15 de 25 de março de 2015 prevê a possibilidade de execução fiscal ainda que tenha sido nomeado AJP num PER – “Pese embora o disposto no artigo 17.º-E, n.º 3, do CIRE – «A decisão a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo 17.º-C obsta à instauração de quaisquer acções para cobrança de dívidas contra o devedor [...]» –, a AT está obrigada a instaurar e fazer prosseguir contra o devedor execução fiscal para cobrança de dívida fiscal, a menos que tenha sido deferido o pagamento da mesma em prestações ao abrigo da legislação fiscal (e a dívida exequenda e o acrescido estejam garantidos ou tenha sido efectuada penhora que os garanta ou tenha havido dispensa da prestação de garantia, tudo nos termos do disposto nos artigos 196.º e 199.º, do CPPT, e do artigo 52.º da LGT), no âmbito do plano de revitalização judicialmente homologado ou fora dele”.

⁶⁸ Serra, C. *O Processo Especial de Revitalização na Jurisprudência*. 2ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2017, p.111.

⁶⁹ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO de 10 de fevereiro de 2010 – Proc. n.º 1671/08.5TJVNFD-P1. Relator: Canelas Brás.

⁷⁰ Serra, C. “Créditos Tributários e o princípio da igualdade entre os credores – dois problemas no contexto da insolvência de sociedades”. *Direito das sociedades em revista*. ano 4, vol.8., Editora Almedina, Coimbra, 2012, p.100.

⁷¹ Medida 19 do Eixo III – “Revisão da Lei Geral Tributária com vista à flexibilização das alternativas de reestruturação de créditos tributários e do quadro de garantias associadas, no contexto de processos de reestruturação empresarial”.

tributários ou da segurança social deve ser declarado ineficaz quanto às estipulações a estes credores atinentes. Persiste, no entanto, uma corrente que entende que o vício atinge o plano de recuperação *in totum*, obrigando à sua não homologação.

Em suma, e de acordo com a posição adotada por Fernandes do Vale⁷², deve-se, em cada caso, atender ao valor dos créditos tributários e/ou da segurança social em relação aos demais e perceber se se deve partir para o PER originando uma violação negligenciável ou não negligenciável das normas.

De facto, se o valor dos créditos públicos for muito superior ao dos restantes créditos, de nada serve que estes últimos suportem grandes esforços no sentido da recuperação da empresa porque, caso os credores públicos venham a executar os seus créditos, o pouco património que lhe resta é excutido, terminando assim a empresa insolvente, ou seja, nestes casos, a melhor decisão é a recusa de homologação do plano porque, caso contrário (homologação parcial do plano), estar-se-ia a adiar um problema que seria inevitável. Por outro lado, tendo o valor dos créditos tributários um menor significado no total dos créditos, deve-se partir para a homologação parcial do plano porque, à partida, tal não obstará ao sucesso do PER.

Bibliografia

- CARDOSO, S. F. P. *“O Processo Especial de Revitalização. O efeito standstill”*, Editora Almedina, Coimbra, 2016. ISBN: 9789-7240-6405-5.
- CASANOVA, N. S.; DINIS, D. S. *“Per - O Processo Especial de Revitalização. Comentários aos artigos 17º-A a 17º-I do Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas”*. Editora Almedina, Coimbra, 1ª ed., 2014. ISBN: 9789-7232-2237-1.
- CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. Auditório – Os efeitos do Processo especial de Revitalização – Ana Paula Boularot. 2015. Disponível em: <https://educast.fccn.pt>.
- CRUZ, N. G. – *Processo Especial de Revitalização. Estudo sobre os poderes do juiz*. Lisboa: Petrony Editora. 2016. ISBN: 9789-7268-5229-2.
- DIAS, S.L. – “A afetação do crédito tributário no plano de recuperação da empresa insolvente e no plano especial de revitalização”, *Revista de direito da insolvência*, n.º0, Ed. Almedina, Coimbra, 2016. ISBN: 9780-0083-8151-6.
- Decreto-Lei 53/2004, de 18 de março (aprova o CIRE).
- Decreto-Lei n.º 398/98, de 17/12 (aprova a LGT).
- GONÇALVES, F. O processo especial de revitalização. *“Estudos de Direito da Insolvência”*. Coord. EPIFÂNIO, M.R. Editora Almedina, Coimbra, 2015. ISBN: 978-972-40-5913-6.
- EQUIPA DE REESTRUTURAÇÕES E INSOLVÊNCIAS PLMJ. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, ISBN: 978-972-32-2100-8.
- LEITÃO, L.M. – *Direito da Insolvência*, 8ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2018. ISBN: 978-972-407-542-6.
- LEITÃO, L.M. – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. Editora Almedina, Coimbra, 10ª ed. 2018. ISBN: 978-972-40-7586-0.
- MARTINS, A.S. – *Um curso de direito da insolvência*, Editora Almedina, Coimbra, 2015. ISBN: 9789-7240-5931-0.
- MARTINS, L. M. *“Recuperação de Pessoas Singulares. Comentário às disposições relativas ao processo especial de revitalização, exoneração do passivo restante e plano de pagamentos aos credores previstas no código da*

⁷² Cfr. acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 25 de novembro de 2014 – Proc. 1783/12.0TYLSB-B.L1.S1. Relator: Fernandes do Vale: “Em suma, não nos confrontamos, “in casu”, com qualquer violação não negligenciável de normas aplicáveis ao conteúdo do plano de recuperação da devedora/recorrente, pelo que carece de fundamento legal a respectiva recusa de homologação”.

insolvência e da recuperação de empresas", vol. I, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN: 9789-7240-4890-1.

PRATA, A.; CARVALHO, J.M.; SIMÕES, R. – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Editora Almedina, Coimbra, 2013. ISBN: 9789-7240-5293-9.

[RUSSO, A. ; SILVA, F. R. "O processo especial de revitalização no espaço de conexão da jurisprudência dos tribunais comuns e dos tribunais tributários". *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 1 \(2017\), dir. EPIFÂNIO, M. R.;BRANCO, J. M. ISSN: 2183-8151.](#)

SERRA, C. – "Créditos Tributários e o princípio da igualdade entre os credores – dois problemas no contexto da insolvência de sociedades", *Direito das sociedades em revista*, Ano 4, vol.8, Editora Almedina, Coimbra, 2012. ISBN: 978-972-40-5024-9. pp.75-102.

SERRA, C. – *O processo especial de revitalização na jurisprudência*, 2ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2017. ISBN: 9789-7240-6934-0.

SILVA, S.T. ; SANTOS, M. C. *Os créditos fiscais nos processos de insolvência: reflexões críticas e revisão da jurisprudência*, p.11, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt>. [consult. 27/08/2019].

JURISPRUDÊNCIA

Toda a jurisprudência citada foi consultada em <http://www.dgsi.pt/>

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

- 14 de maio de 2015 - proc. n.º 0493/15. Relator: Ascensão Lopes.
- 25 de março de 2015 - proc. n.º 0278/15. Relator: Francisco Rothes.

TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL

- 19 de setembro de 2017 - proc. n.º 94/17.0BELRA. Relator: Joaquim Condesso.
- 04 de fevereiro de 2016 - proc. n.º 09096/15. Relator: Joaquim Condesso.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 10 de maio de 2018 - proc. n.º 4986/16.5T8VIS.C1.S1. Relator: Fonseca Ramos.
- 17 de abril de 2018 - proc. n.º 5781/16.7T8VIS-D.C1.S1. Relator: Pinto de Almeida.
- de 27 de abril de 2017 – Proc. n.º 1839/15.8T8STR.E1.S1. Relator: Ana Paula Boularot.
- 27 de outubro de 2016 – Proc. n.º 741/16.0T8LRA-A.C1. Relator: José Rainho.
- 06 de junho de 2016 – Proc. n.º 12966/16.4T8LSB.L1.S1. Relator: Ana Paula Boularot.
- 19 de abril de 2016 – Proc. n.º 7543/14.7T8SNT.L1.S1. Relator: Ana Paula Boularot.
- 17 de março de 2016 – Proc. 33/13.7TTBRG.P1.G1.S2. Relator: Ana Luísa Geraldês.
- 24 de março de 2015 – Proc. 664/10.7TYVNG.P1.S1. Relator: Ana Paula Boularot
- 25 de novembro de 2014 - proc. n.º 1783/12.0TYLSB-B.L1.S1. Relator: Fernandes do Vale.
- 13 de novembro de 2014 – Proc. 3970/12.2TJVNF-A.P1.S1. Relator: Salreta Pereira.
- 09 de julho de 2014 – Proc. n.º 3525/12.1TBPTM-A.E1.S1. Relator: Fernandes do Vale.
- 01 de abril de 2014 – Proc. 185/13.6TBCHV-A.P1.S1. Relator: Fernandes do Vale.
- 25 de março de 2014 – proc. n.º 6148/12.1TBBERG.G1.S1. Relator: Fonseca Ramos.
- 18 de fevereiro de 2014 – Proc. 1786/12.5BTBTV.C2.S1. Relator: Fonseca Ramos.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

- 07 de março de 2017 – Proc. 2710/16.1T8VIS.C1 Relator: António Domingos Pires Robalo.
- 19 de setembro de 2016 - proc. n.º 499/15.0T8SEI-A.C1. Relatora: Maria João Areias.
- 14 de junho de 2016. Proc. n.º 4023/15.7T8LRA.C1. Relator: Fonte Ramos.
- de 5 de maio de 2015 - Proc. n.º 996/15.8T8CRA-A.C1. Relator: Alexandre Reis.
- 13 de janeiro de 2015 - proc. n.º 1395/13.1TBCVL.C1. Relator: Moreira do Carmo.

- 09 de novembro de 2014 - proc. n.º 1556/12.0TBTNV.C2. Relatora: Sílvia Pires.
- 01 de abril de 2014 - proc. n.º 1285/12.5TBPMS-F.C1. Relator: Manuel Capelo.
- 24 de setembro de 2013 - proc. n.º 36/13.1TBNLS.C1. Relator: Freitas Neto.
- 10 de julho de 2013 - Proc. n.º 754/13.4TBLRA.C1. Relator: Carlos Moreira.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

- 24 de maio de 2018 - proc. n.º 939/16.1T8OLH-D.E1. Relatora: Albertina Pedroso.
- 16 de junho de 2016 - proc. n.º 2488/15.6T8STR.E1. Relator: Sílvio Sousa.
- 21 de abril de 2016 - Proc. n.º 39/16.4T8EVR-A.E1. Relator: Canelas Brás.
- 08 de outubro de 2015 - proc. n.º 250/14.2 TBABT.E1. Relator: Jaime Pestana.
- 08 de outubro de 2015 - proc. n.º 250/14.2TBA-BT.E1. Relator: Silva Rato.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

- 02 de novembro de 2017 - proc. n.º 2699/17.0T8VCT-A. Relator: José Amaral.
- 22 de junho de 2017 - Proc. n.º 311/16.3T8VLN. Relator: Maria Amália Santos.
- 15 de dezembro de 2016 - proc. n.º 1051/16.9T8GMR.G1. Relatora: Cristina Cerdeira.
- 02 de maio de 2016 - Proc. n.º 5180/15.8T8VNF.G1. Relator: Fernando Fernandes Freitas.
- 17 de dezembro de 2015 - Proc. n.º 3245/14.2T8GMR.G1. Relator: António Santos.
- 20 de outubro de 2015 - Proc. n.º 749/14.0TBFUN-A.L1-7. Relator: Maria da Conceição Saavedra.
- 15 de outubro de 2015 - proc. n.º 1651/14.1TBBCL.G1. Relatora: Eva Almeida.
- 24 de setembro de 2015 - Proc. n.º 378/14.9T8VNF.G1. Relator: Jorge Teixeira.
- 25 de setembro de 2014 - Proc. n.º 983/14.3TBBCL-A.G1. Relator: Estelita de Mendonça.
- 20 de fevereiro de 2014 - Proc. n.º 8/14.9TBGMR.G1. Relator: Moisés Silva.
- 25 de novembro de 2013 - proc. n.º 7348/12.0TBBRG.G1. Relator: António Santos.
- 29 de outubro de 2013 - proc. n.º 8180/12.6TBBRG.G1. Relator: Edgar Gouveia Valente.
- 11 de julho de 2013 - proc. n.º 1411/12.4TBEPS-A.G1. Relator: António Sobrinho.
- 16 de maio de 2013 - proc. n.º 284/13.4TBEPS-A.G1. Relatora: Conceição Bucho.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 01 de fevereiro de 2018 - Proc. n.º 791/15.4T8AGH-B.L1-2. Relator: Maria José Mouro.
- 14 de janeiro de 2016 - proc. n.º 295/14.2TBPTS.L1-6. Relatora: Anabela Calafate.
- 30 de abril de 2015 - proc. n.º 2192/13.0TYLSB.L1-8. Relatora: Octávia Viegas.
- 11 de março de 2014 - proc. n.º 1783/12.0TYLSB-B.L1-1. Relator: Manuel Marques.
- 30 de janeiro de 2014 - proc. n.º 1390/13.0TBTVD-B.L1-6. Relator: Gilberto Jorge.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

- 20 de março de 2018 - proc. n.º 196/17.2T8AMT.P2. Relator: Fernando Samões.
- 12 de julho de 2017 - proc. n.º 841/14.1TYVNG.P1. Relator: Carlos Portela.
- 22 de maio de 2017 - proc. n.º 2451/16.0T8STS.P1. Relator: Augusto de Carvalho.
- 18 de fevereiro de 2016 - Proc. n.º 3521/15.7T8AVR.P1. Relatora: Judite Pires.
- 01 de dezembro de 2014 - proc. n.º 503/14.0TBVFR.P1. Relator: Caimoto Jácome.
- 14 de abril de 2015 - proc. n.º 1529/14.9TBPRD.P1. Relator: Vieira e Cunha.
- 19 de janeiro de 2015 - proc. n.º 3557/13.2TBGDM-C.P1. Relator: Abílio Costa.
- 20 de maio de 2014 - proc. n.º 3926/13.8TBVFR.P1. Relatora: Maria da Graça Mira.
- 15 de novembro de 2012 - proc. n.º 1457/12.2TJPRT-A.P1. Relator: José Amaral.
- 15 de novembro de 2011 - Proc. n.º 1457/12.2TJPRT-A.P1. Relator: José Amaral.
- 10 de fevereiro de 2010 - Proc. n.º 1671/08.5TJVNF-D.P1. Relator: Canelas Brás.

As potencialidades da arbitragem em contratos relacionados ao agronegócio no centro-oeste brasileiro

The potentialities of arbitration in contracts related to agribusiness in Brazilian Midwest

Paulo Antonio Rodrigues Martins¹

Universidade de Rio Verde (Brasil)

Rildo Mourão Ferreira²

Universidade de Rio Verde (Brasil)

Sumário: 1. Introdução. 2. Os meios judiciais e extrajudiciais de solução de conflitos. 2.1. Da arbitragem. 3. Do agronegócio e do direito do agronegócio no Brasil. 4. Os contratos do agronegócio e a autonomia privada. 4.1. Da arbitragem nos contratos de agronegócio (e agrários). 5. Considerações finais. Referências.

Resumo: Este trabalho discute as vantagens da adoção da arbitragem nos contratos agrários e do agronegócio produzidos na cidade de Rio Verde, localizada no Estado de Goiás, Centro-Oeste do Brasil. Parte-se da premissa de que grande parte dos conflitos oriundos das relações agronegociais e agrárias no país são resolvidos pelos mecanismos judiciais tradicionais. Isso gera uma sobrecarga no Poder Judiciário e afeta a segurança jurídica e os custos de oportunidade nessa seara econômica. Um dos maiores entraves para a adoção da arbitragem nos mencionados contratos é a legislação antiga e arcaica, formulada numa época de agricultura de subsistência e sem avanços tecnológicos. Referida norma é pautada por regras de ordem pública, que sofrem uma interpretação ortodoxa. Não obstante, é possível perceber que os tribunais brasileiros têm admitido plenamente a inclusão de cláusulas de arbitragem nesses contratos, o que pode tornar o agronegócio mais competitivo. Com a solução arbitral, pautada por decisões céleres, eficientes e técnicas, os conflitos envolvendo contratos agronegociais e agrários serão resolvidos de forma juridicamente justa e economicamente vantajosa. Tais estudos foram produzidos considerando ampla referência bibliográfica e dados obtidos por meio de associações em Rio Verde, Goiás.

Palavras-chave: Contratos. Agronegócio. Arbitragem.

Abstract: This paper discusses the advantages of adopting arbitration in agrarian and agribusiness contracts produced in the city of Rio Verde, located in the state of Goiás, Midwest of Brazil. It is assumed that most conflicts arising from agribusiness and agrarian relations in the country are solved by traditional judicial mechanisms which creates an overload on the judiciary and affects legal certainty and opportunity costs in this economic area. One of the biggest obstacles of adopting arbitration in these types of contracts is the old and archaic legislation, formulated in a period of subsistence agriculture and without technological advances. This norm is based on

¹ Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Goiás (PUC-GO). Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde (UniRV). Arbitralista.

² Pós-Doutor em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde (UniRV). Arbitralista.

rules of public order, which suffer an orthodox interpretation. Despite that, it's clear that Brazilian courts have fully accepted the inclusion of arbitration clauses in these contracts and this may make agribusiness more competitive. With the arbitration solution, based on fast, efficient and technical decisions, the conflicts involving agribusiness and agrarian contracts will be settled in a legally fair and economically advantageous way. Such studies were produced considering a broad bibliographic reference and data obtained from associations of Rio Verde, Goiás.

Keywords: Agribusiness. Contracts. Arbitration.

1 Introdução

A arbitragem é um instituto jurídico antigo no Brasil e foi prevista na primeira Constituição brasileira, a denominada "Constituição do Império", de 1.824. Atualmente, ela se caracteriza pela eleição de um terceiro imparcial e de confiança das partes para tomar uma decisão definitiva sobre um determinado conflito de interesses. Essa decisão é irrecorrível; produz um título executivo equivalente a uma decisão judicial e geralmente é cumprida voluntariamente pelas partes.

No ano de 1.996, a arbitragem foi regulamentada por lei federal (Lei nº 9.307/1996). Entretanto, a arbitragem somente assumiu um lugar de destaque na data de 23 de julho de 2002, com a promulgação do Decreto Federal nº 4.311, ratificando a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque). Ou seja, inicialmente a arbitragem no Brasil se desenvolveu no campo das relações privadas internacionais.

Não obstante, o Poder Judiciário brasileiro assumiu o monopólio da distribuição de justiça. Justiça denota, no sentido amplo, o que é correto, justo e legítimo. Por influências culturais, acadêmicas e ausência de políticas públicas específicas, a arbitragem (nas relações jurídicas internas) foi relegada a segundo plano. Com isso, o Poder Judiciário se sobrecarregou e deixou de prestar um serviço público eficiente e de qualidade.

De outro lado, nos últimos anos, o agronegócio se tornou relevante e importante para a economia brasileira e representa, atualmente, uma parcela significativa da riqueza produzida no país e nas exportações realizadas. Não obstante, quanto mais atividade econômica e comercial, mais conflitos de interesses surgem. Entre eles: contendas nos contratos agrários tradicionais de arrendamento rural e parceria e nos contratos específicos do agronegócio como financiamento rural, mútuo; disputas sobre *commodities*, compra e venda de insumos; direito de superfície; divisões de terras; e dissolução de condomínios. Os conflitos oriundos dessas relações negociais precisam ser resolvidos em tempo razoável, para que haja pacificação social e, principalmente, desenvolvimento da atividade econômica em ambiente de segurança jurídica.

Ademais, os conflitos negociais no meio agropecuário se acentuam, na medida em que algumas legislações que regulamentam tais atividades econômicas são antigas e anacrônicas, como o próprio Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964). Sem contar o fato de que vários contratos são atípicos e carecem de uma legislação segura e previsível. Essa difícil equação exige do julgador uma especialização profunda, que nem sempre é encontrada nas varas judiciais das comarcas interioranas do país. Algo muito diferente da arbitragem, em que as partes podem eleger alguém de confiança, no sentido de possuir credibilidade e formação específica.

É justamente nesse cenário de forte abundância econômica e acentuadas relações conflituosas, próprias da convivência em sociedade, que a arbitragem pode se apresentar como uma opção adequada para o desenvolvimento econômico. Como é um modelo privado de acesso à justiça, ela permite que as

partes definam com precisão e rapidez as medidas satisfatórias para a manutenção lucrativa da atividade produtiva, sem deixar de lado o cumprimento da função social da propriedade.

O presente artigo se divide em três capítulos. No primeiro, cuidar-se-á de fazer uma apresentação dos principais mecanismos para solução de conflitos no Brasil, destacando-se em subdivisão própria o estudo específico da arbitragem.

O segundo capítulo trata do agronegócio e do direito do agronegócio no Brasil, tendo como ponto fulcral da evolução da agropecuária brasileira nos últimos anos. Perquirir-se-á sobre o regime jurídico adotado nesse período e as eventuais incongruências da legislação agrária. Apresentar-se-á números recentes da maior feira de tecnologia rural do país, realizada na cidade de Rio Verde, Estado de Goiás, localizado no Centro-oeste brasileiro.

O último capítulo aponta as diversas potencialidades da adoção da arbitragem nos contratos do agronegócio, abordando, ainda, os meios mais adequados para que essa prática se expanda para todo o interior do país. Analisou-se, também, a plena possibilidade de inclusão da arbitragem em contratos agrários tradicionais, que possuem uma legislação exageradamente protetiva e uma ortodoxia na resolução de conflitos (apenas pelo Poder Judiciário).

Assim, a construção desse trabalho se pautou em uma pesquisa qualitativa e objetiva uma análise das inúmeras vantagens da arbitragem no agronegócio brasileiro, especialmente nas relações domésticas.

2 Os meios judiciais e extrajudiciais de solução de conflitos

Procura-se, tradicionalmente, o Poder Judiciário para a solução dos conflitos em sociedade. Nas últimas décadas, esse aparelho estatal se incumbiu de tentar distribuir justiça e promover a pacificação social no Brasil. De acordo com o último relatório do CNJ³, o Poder Judiciário brasileiro encerrou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação e, pela primeira vez em uma década, o montante de litígios solucionados superou o número de casos abertos. Mesmo assim, são números ruins e demonstram que o Poder Judiciário não oferece uma resposta rápida e satisfatória para *todos* os conflitos de interesses litigiosos.

Além disso, a Justiça estadual do Brasil levava, em média, 04 anos e 04 meses para proferir a sentença de um processo de 1ª instância⁴. Se for computar o prazo para a execução e, ainda, o acesso ao duplo grau de jurisdição, esse prazo aumenta exponencialmente. Esses dados são preocupantes, pois sobrecarregam o aparelho estatal e oneram o orçamento público. Registre-se, novamente, que em 2019 esses números melhoraram

Outrossim, isso fere o dispositivo constitucional da duração razoável do processo previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"⁵. Registre-se, ainda, que esse modelo concentrado de acesso e distribuição de justiça põe em xeque o próprio princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna. Do que adianta acessar uma justiça inoperante? A advertência do celebrado jurista baiano Rui Barbosa é sempre atual: "**Justiça**

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em número 2019 – ano base 2018*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>>. Acesso em 10 de setembro de 2019, p.77.

⁴ *Ibidem*, p. 125.

⁵ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019. Não paginado.

tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”⁶. A ideia de que justiça tardia é injustiça também está presente na clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível (21). Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” (22) é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível⁷.

Seguindo esse paradigma, em pouco tempo, o Poder Judiciário brasileiro estará completamente inoperante e não poderá atender aos anseios sociais por uma justiça célere e eficaz. Não adianta contratar mais servidores e empossar mais juízes, pois os conflitos na sociedade brasileira crescem diariamente, fruto de influências sociológicas complexas e multifacetadas.

Entretanto, existem meios extrajudiciais de solução de conflitos tão eficazes quanto uma sentença judicial, os quais podem contribuir para desafogar o Poder Judiciário. Explicado de outra forma, esses instrumentos são meios adequados de solução de disputas, dependendo da natureza do conflito e da necessidade das partes envolvidas. Desafogar o aparelho estatal é consequência e não objetivo fundamental. Citem-se, entre eles, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Em síntese, pela mediação de conflitos, as partes podem recuperar a comunicação (diálogo) entre elas e tomar a decisão mais adequada para a solução do impasse (autocomposição), o que representa uma prática pedagógica que restabelece vínculos e fortalece o convívio em sociedade. Ela gera pessoas emancipadas e donas do próprio destino. Recentemente regulamentada pela Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, a mediação, seguramente, é uma das principais formas de superação dos paradigmas atuais centrados na ideia de que o conflito é algo extremamente negativo e que precisa ser rapidamente extirpado do meio social.

Pelo contrário, a mediação encara o conflito de frente e ensina como administrá-lo, para o bem das próprias partes envolvidas. Enxergar o conflito como algo natural nas relações sociais é fundamental, pois permite pautar o processo na relação “ganha-ganha”, diferentemente do processo judicial, em que apenas uma das partes sai vitoriosa (“ganha-perde”).

Aliás, a mediação de conflitos não é só pedagógica, terapêutica e emancipatória; ela apresenta um valor democrático extremamente significativo. Mais do que isso, a mediação de conflitos é uma ponte da modernidade (consciência racional) para a transmodernidade (consciência holística), que nos comentários de Rafael Mendonça apresenta o seguinte significado:

⁶ FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. *Oração aos moços*. 1999. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf.> Acesso em: 10 de março de 2018, p. 02, grifo nosso.

⁷ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris: 1988, p.20.

Inserida na contemporaneidade e em processo de desenvolvimento, a Mediação de Conflitos já apresenta diversas características que a transmodernidade deseja e idealiza, como a complexidade, o reconhecimento da alteridade, a transdisciplinaridade etc. Tende ao crescimento e à abertura, pois seus resultados são fortemente eficientes na resolução de disputas, no melhoramento da qualidade de vida e no aprofundamento de uma consciência eco-psicopedagógica nos seres humanos.

[...]

Enfim, fortes laços se mantêm entre a Mediação de Conflitos e a matriz utópica assinalada, possibilitando à mediação ser uma ponte para o devir transmoderno, uma das trilhas “mediadoras” entre a sociedade contemporânea e seu futuro idealizado, uma possibilidade de libertação para os sujeitos da sociedade atual, sem a imposição de seus princípios (cooperação, respeito e responsabilidade) – como a praticada violentamente na modernidade –, mas oferecendo, através do diálogo, um entendimento hermenêutico, uma nova forma de viver – não num plano ideal nem num daqueles céus dos prometidos, mas aqui e agora, no mundo da vida – que quando aplicada já representa em si uma transmodernidade⁸.

Já na conciliação, o problema é identificado de imediato e a solução para o conflito é apresentada de plano, independentemente da manutenção da relação entre as partes. A obtenção do acordo é o apotegma absoluto. Inclusive, o conciliador tem um papel ativo e até sugere soluções. Ou seja, não é emancipatória como a mediação, mas produz resultados satisfatórios em casos específicos⁹.

A arbitragem se aproxima, em certo sentido, do modelo judicial tradicional, uma vez que um terceiro imparcial e qualificado é eleito pelas próprias partes para colocar fim à disputa entre elas, através de uma sentença arbitral. O instituto é previsto antecipadamente ao conflito (cláusula compromissória no contrato) ou posteriormente (compromisso arbitral). Serão elucidadas mais à frente suas vantagens, entre elas: a flexibilidade, a especialização do árbitro, a irrecorribilidade das suas decisões e a confidencialidade.

Todos esses modelos de solução extrajudicial de conflitos só passaram verdadeiramente a ter importância no país após a aprovação da Resolução n° 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça¹⁰. Por meio dessa Resolução, foi criada a ideia de “tribunal multiportas”, em que cabe às partes envolvidas no conflito, escolher a forma mais adequada de resolvê-lo. Nesse caso, a “porta” do Poder Judiciário é apenas mais uma dentre outros instrumentos eficazes para a tão sonhada pacificação social.¹¹

⁸ MENDONÇA, R. *(Trans) modernidade e mediação de conflitos: pensando paradigmas, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos*. Petrópolis KBR: 2012, p. 138-139.

⁹ NUNES, A. C. O. *Manual de mediação: guia prático para conciliadores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 05 de março de 2018.

¹¹ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

O Código de Processo Civil de 2015 também foi responsável pelo revigoramento dos meios extrajudiciais de solução de conflitos

Art. 3º do Código de Processo Civil. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. §1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo.¹²

Tanto é verdade, que a arbitragem está em franco processo de desenvolvimento e consolidação no país e a solução consensual de conflitos se tornou política pública, a ser seguida por todos os operadores do direito.

Nesse desiderato, aprofundar-se-á no estudo da arbitragem e da sua aplicabilidade aos contratos relacionados ao agronegócio (e agrários).

2.1 Da arbitragem

A palavra arbitragem, para o brasileiro comum, remete, inicialmente, ao árbitro que coordena as competições desportivas como o futebol. Mas ela não é só isso. No campo das relações jurídicas, a arbitragem representa um modelo privado (extrajudicial) de solução de conflitos e envolve direitos patrimoniais disponíveis.¹³

A arbitragem não é instituto novo, diga-se novamente. Existem relatos históricos da arbitragem na Grécia Antiga e no Direito Romano. Sálvio de Figueiredo Teixeira, de forma clarividente, apresentou seus estudos sobre a presença da arbitragem em várias ordens jurídicas dos povos antigos:

Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na *ordo judiciorum privatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo *per formulas*. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a.C.) ao surgimento da *cognitio* extraordinária sob Diocleciano (século III d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um *iudex* ou *arbiter*, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado *arbiter*, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício.

Esse arbitramento clássico veio a perder força na medida em que o Estado romano se publicizava, instaurando a ditadura e depois assumindo, por longos anos, poder absoluto, em nova relação de forças na concentração do poder, que os romanos não mais abandonaram até o fim do Império.

¹² BRASIL. Código de Processo Civil. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105>. Acesso em 18 de março de 2019. Não paginado.

¹³ GABBAY, D. M. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

Nesse novo Estado romano, passa a atividade de composição da lide a ser completamente estatal. Suprime-se o *iudex* ou *arbiter*, e as fases *in jure* e *apud judicem* se enfeixam nas mãos do pretor, como detentor da *auctoritas* concedida do Imperador, donde a caracterização da *cognitio* como extraordinária, isto é, julgamento, pelo Imperador, por intermédio do pretor, em caráter extraordinário.

Foi nesse contexto, como visto, que surgiu a figura do juiz como órgão estatal. E com ela a jurisdição em sua feição clássica, poder-dever de dizer o Direito na solução dos litígios. A arbitragem, que em Roma se apresentava em sua modalidade obrigatória, antecedeu, assim, à própria solução estatal jurisdicionalizada.¹⁴

É interessante notar que a arbitragem foi instituída antes mesmo do aparelho estatal representado pela figura do juiz. Isso quebra o paradigma de que a Justiça Estatal é (e sempre foi) o único instrumento institucionalizado para a solução de conflitos na sociedade. Percebe-se que a dependência do Poder Judiciário é resultado de um longo processo histórico e cultural, que pode ser revisto; não que a arbitragem seja mais ou menos importante do que a estrutura estatal. Na verdade, ela é adequada e propícia para casos específicos, notadamente quando envolvidas relações negociais especializadas.

No Brasil, a arbitragem se consolidou com a aprovação da Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996 (LArb). E sua principal inovação, em relação à legislação anterior, foi dispensar a homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário.¹⁵ A partir de então, a arbitragem se tornou, finalmente, independente do poder estatal e passou a observar apenas os seus próprios ditames legais.

Disciplina o art. 3° da Lei n° 9.307/1996 o seguinte: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”¹⁶ Ou seja, as partes no exercício da autonomia da vontade (privada) e na discussão de direitos patrimoniais disponíveis elegem a arbitragem como o procedimento necessário para pôr fim ao (eventual ou existente) conflito de interesses. As partes se obrigam ao procedimento arbitral e renunciam conscientemente ao processo judicial, sendo que a discussão sobre a constitucionalidade desse regime jurídico já foi superada¹⁷. Em decorrência dessa autonomia privada, as partes possuem flexibilidade procedimental e podem eleger e definir as regras mais importantes do processo arbitral.

Por conseguinte, podem-se citar mais algumas vantagens na instituição da arbitragem, segundo a Lei n° 9.307 (LArb)¹⁸:

¹⁴ TEIXEIRA, S. de F. “A arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro”. In: GARCEZ, José Maria Rossini. *A arbitragem na era da globalização*. Forense: 1999, p.25.

¹⁵ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁶ BRASIL. *Lei n° 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019. Não paginado, grifo nosso.

¹⁷ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁸ BRASIL. *Lei n° 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019. Não paginado.

a) A escolha do julgador (art. 13, da LArb): a escolha do árbitro irá recair sobre pessoas qualificadas, especializadas, experientes e que transmitam confiança. Essa qualificação técnica é fundamental para solução de negócios jurídicos complexos, como os contratos relacionados ao agronegócio. Muito diferente do que ocorre no Poder Judiciário, que raramente possui varas especializadas na área empresarial e agronegocial.

b) Celeridade (art. 23, da LArb): o processo arbitral tem prazo certo para se encerrar (06 meses para apresentação da sentença arbitral). Esse termo final é importante para as relações econômicas, que não podem ficar dependentes de uma decisão indefinida no tempo; uma disputa jurídica de longa data pode contribuir para a falência de uma empresa. No Judiciário, como foi visto em linhas passadas, o processo tem data para começar, mas não tem data para se encerrar.

c) Instância única (art. 18, da LArb): eis a principal insatisfação de alguns operadores do direito com a arbitragem, sob o argumento de que a ausência de recurso fere de morte o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Por esse princípio, a parte insatisfeita com a decisão (judicial) pode procurar a revisão do julgado em instâncias superiores, composta por juízes mais experientes e julgamentos colegiados. Contudo, na arbitragem, isso é desnecessário, pois as partes puderam escolher um julgador experiente e qualificado. Subentende-se que ele tem todas as condições para proferir um julgado justo e legítimo. Se houver algum vício grave, o caso é de nulidade perante o Poder Judiciário (art. 32, ad LArb), não de reforma da decisão.

Além disso, o recurso no campo da arbitragem seria inconveniente, pois o seu objetivo maior é a solução do conflito, sem medidas protelatórias e procrastinatórias típicas do processo judicial em segundo grau¹⁹. O que se pretende na arbitragem é a solução definitiva da disputa e isso é uma prioridade num mundo negocial envolvido em práticas comerciais complexas e dependentes de instrumentos rápidos e seguros para a geração e distribuição de riquezas, pautada na máxima: "Tempo é dinheiro".

A escolha pela arbitragem e a aceitação de uma decisão (negativa ou positiva) em instância única representa um verdadeiro empoderamento processual²⁰, que não exclui a possibilidade das partes preverem excepcionalmente a possibilidade de reexame da decisão por outra instância arbitral (pouco recomendado, pelos custos envolvidos). Esse paradigma ainda é de difícil compreensão pelos atuais operadores do direito, formados num modelo jurídico processual anacrônico e totalmente dependente (da intervenção) do Estado-juiz.

d) Cumprimento espontâneo: como foram a próprias partes que escolheram o árbitro (julgador), elas tendem a cumprir espontaneamente o que foi decidido por ele. Isso, pois, as partes participam ativamente do processo e do

¹⁹ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

²⁰ A palavra empoderamento é derivada da expressão em língua inglesa 'empowerment', cuja ressignificação foi promovida pelo educador Paulo Freire na obra *Pedagogia do oprimido*. Para ele, empoderamento é "dar poder a alguém" para realizar algo ou promover sua emancipação humana. Os indivíduos abandonam sua passividade e passam a protagonizar a própria vida. (FREIRE, 1987, p. 64). No tocante à arbitragem, o empoderamento processual poderia ser conceituado como o poder de escolha das partes por um procedimento extrajudicial 'informal' e célere para solução dos seus conflitos, a elaboração da convenção arbitral com autonomia e liberdade, a escolha do árbitro, a interferência na fixação de prazos, rateio de despesas, valoração de provas e, inclusive, no estabelecimento excepcionalíssimo de reexame da sentença arbitral por outro juízo arbitral.

procedimento na arbitragem; são os principais atores do processo. Muito diferente do processo judicial tradicional, em que o juiz é a principal referência e as partes meras coadjuvantes. Claro que tal realidade tende a mudar com a instituição no novo Código de Processo Civil dos negócios jurídicos processuais, que nada mais são do que analogias dos modelos legais instituídos inicialmente pela arbitragem.

Art. 190: Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ante ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.²¹

Em tempo, merecem relevo duas vantagens extremamente importantes no campo da arbitragem, enunciadas por Francisco José Cahali:

A primeira, quanto à confidencialidade. Embora não se tenha na Lei de Arbitragem a exigência de procedimento arbitral confidencial ou sigiloso, geralmente não só a convenção arbitral dispõe sobre esta reserva de publicidade, como também os regulamentos das principais câmaras de arbitragem (arbitragem institucional) estabelecem esta regra, salvo se o procedimento envolver a administração pública. A vantagem é nítida. Tanto as partes quanto o objeto conflituoso não serão divulgados, evitando-se, por exemplo, ferir a imagem da empresa, a divulgação de segredos industriais ou o *quantum* da demanda.

O segundo benefício provável deste método é econômico-financeiro. Em um primeiro momento, os valores para se instaurar um procedimento arbitral poderiam desencorajar o uso do instituto, mas o resultado final, medido a partir do custo-benefício (por exemplo, a própria confidencialidade, tecnicidade do árbitro ou a insegurança das decisões judiciais), bem como, e especialmente, a celeridade na obtenção do resultado, podem levar a outra conclusão quando comparado a um processo na justiça estatal. Aliás, só em pensar no julgamento em instância única, sem os ônus decorrentes da demora e das despesas para se sustentar o processo com diversos recursos, já se pode reconhecer a vantagem aqui referida.²²

Por seu turno, registre-se que recentemente a Lei de Arbitragem no Brasil passou por uma reforma legislativa importante (Lei nº 13.129/2015), que conferiu

²¹ BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105>. Acesso em 18 de março de 2019. Não paginado.

²² CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.117-118.

mais segurança ao processo arbitral e o conformou às alterações processuais do Código de Processo Civil de 2015 e, principalmente, aos precedentes judiciais em matéria de arbitragem²³.

Diante disso, pode-se perceber que a arbitragem é mais do que uma alternativa eficaz para solução de conflitos, quando comparada ao Poder Judiciário. Ela é uma 'porta' adequada e propícia para solução de conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis (negócios, contratos, etc) e possui condições de promover o desenvolvimento econômico do país, com celeridade e segurança jurídica (previsibilidade). No campo do agronegócio, ela é perfeitamente aplicada e recomendada, conforme será delineado nas linhas abaixo.

3 Do agronegócio e do direito do agronegócio no Brasil

Atualmente, o termo agricultura é insuficiente para designar todas as relações produtivas existentes no meio rural. De um processo produtivo voltado inicialmente para dentro da fazenda, a produção agropecuária ultrapassou a porteira e alcançou complexos sistemas agroindustriais. Nas palavras de Massilon J. Araújo:

Para que haja produção agropecuária e para que o produto chegue ao consumidor, aparece um complexo de atividades sociais, agronômicas, zootécnicas, agroindustriais, industriais, econômicas, administrativas, mercadológicas, logísticas e outras. Assim, a produção agropecuária deixou de ser "coisa" de agrônomos, de veterinários, de agricultores e de pecuaristas, para ocupar um contexto muito complexo e abrangente, que é o do AGRONEGÓCIO, envolvendo outros segmentos.²⁴

Esse termo agronegócio é derivado da palavra *agribusiness*, que foi cunhada a partir dos estudos implementados em 1957 por dois professores da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos da América (John Davis e Ray Goldberb). Para eles, o *agribusiness* representa toda a atividade produtiva relacionada ao meio rural, encabeçando um sistema industrial complexo cheio de arranjos comerciais e jurídicos²⁵.

A visão sistêmica do agronegócio, por sua vez, engloba os setores denominados "antes da porteira", "dentro da porteira" e "após a porteira".

Os setores "antes da porteira" ou a "montante da produção agropecuária" são compostos basicamente pelos fornecedores de insumos e serviços, como: máquinas, implementos, defensivos, fertilizantes, corretivos, sementes, tecnologia, financiamento.

"Dentro da porteira" ou "produção agropecuária" é o conjunto de atividades desenvolvidas dentro das unidades produtivas agropecuárias (as fazendas), ou produção agropecuária propriamente dita, que envolve preparo e manejo de solos, tratamentos culturais, irrigação, colheita, criações e outras.

"Após a porteira" ou "a jusante da produção agropecuária" refere-se às atividades de armazenamento, beneficiamento,

²³ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

²⁴ ARAÚJO, M. *Fundamento de agronegócio*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.01.

²⁵ Ibidem.

industrialização, embalagens, distribuição, consumo de produtos alimentares, fibras e produtos energéticos provenientes da biomassa.²⁶

No Brasil, somente após a década de 1980, o termo agronegócio passou a se difundir. Justamente no período em que a produtividade nacional aumentou. Por isso, a visão sistêmica do agronegócio é fundamental para subsidiar os tomadores de decisões. O agronegócio brasileiro representa atualmente 36% da pauta de exportações e contribui decisivamente para o superávit da balança comercial²⁷.

A produtividade brasileira aumenta exponencialmente, fruto principalmente do uso de novas e modernas tecnologias. Por exemplo, os investimentos na aquisição de máquinas, implementos agrícolas e tecnologias em geral, somente na maior feira do centro-oeste brasileiro (Tecnoshow Comigo), realizada em Rio Verde, Estado de Goiás, ultrapassaram o valor de R\$ 1,7 bilhão em 2017²⁸. No ano de 2019, na sua 18ª edição, essa feira movimentou R\$ 3,4 bilhões em volumes de negócios e se tornou a maior feira do segmento no Brasil²⁹.

Além disso, estatísticas informam que a demanda mundial por alimentos nos próximos anos aumentará significativamente. A própria FAO/ONU (Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura) tem discutido formas adequadas de compatibilizar a crescente demanda por alimentos, a sustentabilidade do meio ambiente e a eficiência na produção e comercialização dos produtos agrícolas:

Para responder a demanda dos 9 bilhões de habitantes do planeta em 2050, a eficiência do uso dos recursos naturais – principalmente a água, energia e terra – deverá ser aumentada.

Os sistemas de alimentação devem ser mais inteligentes e mais eficientes para alimentar o futuro, afirmou o diretor-geral da Organização da ONU para a Alimentação e a Agricultura

²⁶ *Ibidem*, p.12.

²⁷ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA. *Balança comercial do agro*. Disponível em: <http://www.cnabrazil.org.br/sites/default/files/sites/default/files/uploads/05_balancacomercialagro.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

²⁸ Com R\$ 1,7 bilhão, a Tecnoshow Comigo registra número recorde de negócios e está em sua 16ª edição. Organizada pela COMIGO, a Feira tem crescido a cada ano, tanto em número de expositores e de comercialização de produtos, quanto em quantitativo de visitantes. A diversidade é uma marca registrada do evento. Máquinas e equipamentos agropecuários, plots agrícolas, animais das mais variadas espécies, palestras técnicas e econômicas, educação ambiental (através do Espaço Ambiental) e dinâmicas de máquinas são alguns atrativos. Trata-se de uma extensa vitrine de tecnologias para o homem do campo, seja ele pequeno, médio ou grande produtor. (COMIGO, 2017, não paginado).

²⁹ Em sua 18ª edição, feira superou novamente as expectativas dos organizadores, registrando a participação de 580 expositores e público de 118 mil pessoas. Em 2020, evento será realizado de 30 de março a 3 de abril. Otimistas com os rumos da agropecuária brasileira em 2019, os produtores rurais marcaram presença na 18ª edição da Tecnoshow Comigo, em Rio Verde (GO), e contribuíram para que a feira superasse as expectativas em relação aos números alcançados em edições anteriores. De 8 a 12 de abril, foram R\$ 3,4 bilhões em negociações (aumento de 36% em relação a 2018, quando a feira registrou R\$ 2,5 bilhões), 580 expositores e público de 118 mil pessoas de todas as regiões produtoras brasileiras. Considerada a grande feira de tecnologia rural do Centro-Oeste e entre as duas maiores do Brasil, a Tecnoshow Comigo já tem data confirmada para 2020. Será de 30 de março a 3 de abril no Instituto de Pesquisa e Tecnologia Comigo (ITC) – antigo Centro Tecnológico Comigo (CTC). (COMIGO, 2019, não paginado).

(FAO), o brasileiro José Graziano da Silva, durante sua participação no Fórum Global para a Alimentação e a Agricultura, parte da "Semana Verde" em Berlim (Alemanha), na última sexta-feira (16). Uma mudança de paradigma é necessária para substituir o modelo agrícola dos últimos 40 anos, em um mundo que enfrenta alterações provocadas pelas mudanças climáticas e uma disputa acirrada pelos recursos naturais, disse Graziano.

Se o atual ritmo de consumo continuar, em 2050 será necessário 60% a mais de comida, 50% a mais de energia e 40% a mais de água. Para responder a demanda dos 9 bilhões de habitantes do planeta em 2050, são necessários esforços concertados e investimentos que promovam essa transição global para sistemas de agricultura e gestão de terra sustentáveis. Estas medidas implicam no aumento de eficiência do uso dos recursos naturais – principalmente a água, energia e terra – mas também na redução considerável de desperdício de alimentos.

Ao abordar o uso de terras para a produção de biocombustíveis, o chefe da FAO ressaltou que é preciso deixar para trás o debate de "comida versus combustível" para alimentar o debate "comida e combustível". Para ele, graças a experiência angariada nos últimos anos com a tecnologia de produção, os países possuem hoje mais conhecimento para avaliar as oportunidades e riscos do desenvolvimento dessa forma de combustível e, portanto, podem decidir melhor se o seu uso compensa no âmbito social, econômico e em questões ambientais.³⁰

É bem verdade que as crises econômicas e financeiras advindas da globalização podem reduzir a demanda por alimentos, além das limitações ambientais. Mas é fato que a produção de alimentos no mundo precisará aumentar nos próximos anos. E o Brasil tem um papel preponderante nessa quadra, pois possui terras férteis, tecnologia, *expertise* e mão-de-obra suficiente para atender a esses reclamos e será, em 2050, pelo que tudo indica, responsável pela produção de 40% do volume de alimentos e bioenergia no mundo.³¹

Nesse contexto, o sistema produtivo no campo incorporou de vez o modelo empresarial, próprio dos fatores de produção (permitindo a produção em larga escala e cumprindo sua função social com a estabilização de preços). Através de redes negociais complexas, o agronegócio assumiu um papel social importante no cenário nacional. Não obstante, a agricultura familiar tem papel relevante na redução das desigualdades sociais e regionais.

Entretanto, o que o agronegócio precisa atualmente é de mais planejamento, organização (gestão), qualificação da sua mão-de-obra e, sobretudo, segurança jurídica. Segurança jurídica que interfere diretamente nos custos da transação (fixos e variáveis), notadamente na elaboração e cumprimento de contratos. Em estudo econômico pormenorizado sobre as

³⁰ ONU (Organização da ONU para a alimentação e agricultura). *FAO*: se o atual ritmo de consumo continuar, em 2050 mundo precisará de 60% mais alimentos e 40% mais água. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/fao-se-o-atual-ritmo-de-consumo-continuar-em-2050-mundo-precisara-de-60-mais-alimentos-e-40-mais-agua/>>. Acesso em 20 de junho de 2017. Não paginado.

³¹ BURANELLO, R. *Manual do direito do agronegócio*. São Paulo: Saraiva, 2013.

características dos contratos no agronegócio do Brasil, Rocha Júnior, Bittencourt e Ribeiro elucidaram o seguinte³²:

A competitividade pode ser traduzida em redução de custos, nos quais se destacam os custos de transação. Estes podem ser classificados em quatro níveis: o primeiro relaciona-se aos custos de construção e negociação dos contratos; o segundo envolve os custos de mensuração e monitoramento dos direitos de propriedade existentes no contrato. Este incorpora também os custos de observação dos contratos ao longo do tempo para seu desempenho e atende às expectativas das partes que fizeram a transação. O terceiro engloba os custos de manutenção e execução dos contratos internos e externos da firma. O quarto e último nível refere-se aos custos de adaptação pelos quais passam os agentes com as mudanças ambientais (FARINA, 1999). Por isso, quanto mais rápida for a adaptação, menos custos de transação existirão, resultando em lucros maiores. Os sistemas eficientes são a consequência de um conjunto de instituições que fornecem, com baixo custo, as medidas e os meios para que os contratos sejam cumpridos, sendo o contrário também verdadeiro.

Como visto, o agronegócio no Brasil passou por uma verdadeira revolução (verde), muito distante daquele modelo de agricultura de subsistência própria do início do século passado. Isso, pois, o agronegócio é o conjunto articulado de atividades econômicas que perpassam todo o processo produtivo, desde o fornecimento de insumos até a distribuição dos produtos para o consumidor final, além dos modernos instrumentos financeiros disponíveis para atenuar os riscos e prejuízos assumidos pelos exercentes dessa atividade econômica.³³

De outro lado, esse modelo complexo e arriscado de produção não se coaduna mais com as orientações legislativas dos idos de 1960. Como exemplo dessas orientações, tem-se o direito agrário representado principalmente pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964). O cerne fundamental do direito agrário é a reformulação do sistema fundiário (distribuição da terra) com base na função social da propriedade (relação homem-terra). Foi construído num período diferente do atual estágio de desenvolvimento. Caracterizado principalmente pela presença de normas de ordem pública, limita (excessivamente) a autonomia da vontade das partes nos contratos agrários (definição de prazos, preços, etc.). Está ligado ao conceito de exercício individual da exploração da terra, com poucos investimentos e tecnologia, visando inicialmente à produção de subsistência de uma pequena comunidade. Em resumo: pautado num regime econômico pouco produtivo, comparativamente à empresa rural (agronegócio).

Por derradeiro, essas transformações vivenciadas na agricultura precisam alcançar os principais instrumentos jurídicos utilizados no tráfico econômico e agroempresarial, que são os contratos.

³² ROCHA JÚNIOR, W. F. da; BITTENCOURT, M. V. L.; RIBEIRO, M. C. P. "Análise das características dos contratos no agronegócio do Brasil". *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*. Curitiba. v. 4, n 2, p. 94-118, jul/dez 2015. Disponível em: <<https://periodicos.utfpr.edu.br/rbpd/article/view/3569>>. Acesso em 12 de junho de 2018, p.96-97.

³³ BURANELLO, R. *Manual do direito do agronegócio*. São Paulo: Saraiva, 2013.

4 Os contratos do agronegócio e a autonomia privada

Contrato é um acordo de vontades com a finalidade de criar, modificar ou extinguir direitos, na sua acepção mais tradicional. Ele é o principal responsável pela circulação da riqueza produzida no sistema econômico capitalista. Através do contrato, as operações econômicas são realizadas, com mais ou menos eficácia, a depender dos instrumentos utilizados.

A doutrina consagrada de Enzo Roppo é ilustrativa quando aduz:

As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de *operação econômica*. De fato, falar de contrato significa sempre remeter - explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente - para a ideia de operação econômica.³⁴

Por sua vez, um elemento fundamental para a formação do contrato é a autonomia da vontade (autonomia privada). A vontade é importante na formação do contrato, pois é ela que estabelece as regras e cláusulas contratuais, disciplina a sua execução e extinção. Inicialmente, no período oitocentista (Pós Revolução Francesa), a manifestação da vontade era exercida na sua plenitude. O contrato fazia lei entre as partes e devia ser cumprido integralmente. Entretanto, após inúmeras transformações sociais da modernidade essa manifestação de vontade, passou a sofrer algumas barreiras, notadamente em prol do interesse público. O contrato passou a possuir uma função social e o Estado passou a interferir na legislação contratual, estabelecendo normas de ordem pública (dirigismo contratual).

A intervenção do Estado, no âmbito dos contratos, geralmente pretende proteger a parte mais vulnerável na relação negocial (consumidor, por exemplo), ou aquela que utiliza do insumo (terra) para sua própria sobrevivência (pequeno produtor rural, por exemplo). Na seara empresarial, essa intervenção nem sempre é salutar, embora a interferência em um contrato não acarrete necessariamente o controle das atividades econômicas privadas, pois estas podem pressupor um ou mais contratos. (ROPPO, 2009).

Na verdade, a interferência estatal precisa ser pontual e não ultrapassar o necessário para a manutenção de uma ordem econômica capitalista próspera e com justiça social. A própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu que a base do modelo econômico no Brasil é pautada na livre iniciativa e na livre concorrência, sopesada pela promoção de justiça social (art. 170, CF/88). Uma equação difícil, mas extremamente necessária.

De mais a mais, essa limitação da autonomia da vontade não anulou propriamente a vontade das partes, que continua sendo preponderante na formação do negócio jurídico. A doutrina de José Fernando Lutz Coelho é salutar quando aduz que:

É importante salientar que mesmo havendo a relativização da autonomia da vontade, que nunca foi absoluta, deve-se observar obrigatoriamente a força vinculante do contrato expressado no *pacta sunt servanda*, já que os contratos são pactuados para serem cumpridos. Pensar de forma contrária é atentar contra a própria função econômica e social dos contratos. Assim, tem-se que, observados os pressupostos de validade dos

³⁴ ROPPO, E. *O contrato*. Biblioteca Nacional de Portugal. Catalogação na Publicação. Edições Almedina S.A. Coimbra: 2009, p.11.

contratos, eles devem ser executados, sob pena de insegurança contratual.³⁵

Atualmente, os contratos comumente utilizados pelo agronegócio envolvem o financiamento rural, o mútuo, as disputas sobre *commodities*, a compra e venda de insumos, o direito de superfície, divisões de terras e dissolução de condomínios. Sem mencionar os inúmeros instrumentos contratuais utilizados pelo comércio internacional. Em praticamente todos eles, a autonomia privada é preponderante, pois são operações econômicas vestidas sob o manto da empresarialidade.³⁶ Negociações celebradas num contexto econômico complexo e dirigidas por profissionais extremamente especializados é a regra geral.

Na inexistência de regramento específico, as partes podem construir livremente as cláusulas contratuais mais adequadas para o negócio jurídico que desejam celebrar. E, no momento de apresentar soluções eficazes para eventuais conflitos, o 'jugador' também precisa possuir especialidade qualificada.

De outro lado, nos contratos agrários (típicos e atípicos), como arrendamento rural, parceria rural, comodato rural, *fica*, pastoreio ou invernagem, *roçado* e *leasing* agrário, a discussão sobre a autonomia da vontade das partes é mais sensível e delicada. A princípio, nesse campo das relações negociais, o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964) quer reformular o sistema fundiário com base na função social da propriedade rural. Existem proteções específicas para o produtor rural, como cláusulas obrigatórias no contrato que limitam a autonomia da vontade.

No caso específico do contrato de arrendamento rural, por exemplo, existem cláusulas obrigatórias envolvendo a fixação do preço. Nesse contrato, o preço é certo e deve ser ajustado em dinheiro, mas o pagamento poderá ser em produtos (limitação de preço a 15% sobre o valor cadastral do imóvel). Tal dirigismo contratual foi construído na tentativa de proteger a renda do produtor e de evitar o êxodo rural, numa visão que o arrendatário é apenas o típico homem do campo, aquele desprotegido que merece a proteção do Estado. Contudo, atualmente, tal relação negocial também é celebrada por grandes produtores rurais e empresas rurais, que nem sempre carecem dessa tutela estatal.

A partir da década de 1990, com o avanço das agroindústrias e o aumento da produção rural, implementação de tecnologia de ponta e maior rentabilidade agropecuária, o produtor rural passou a ser empreendedor, se preocupar com o futuro, programar o plantio, cultivo, colheita e venda da sua mercadoria, além de diversificar culturas. Agora, ele é assessorado por equipe técnica, agrônomos, economista, contabilista, advogado e sindicato. Uma verdadeira mudança de cultura, do típico 'homem do campo' para o arrendatário empreendedor.

Outrossim, os questionamentos mais comuns no Poder Judiciário envolvendo o contrato de arrendamento rural estão relacionados justamente à forma de pagamento. Em diversas oportunidades, principalmente quando o produtor rural questionava a forma de pagamento do arrendo, em situações de dificuldades, as decisões judiciais determinavam o cumprimento irrestrito das disposições legais presentes no Estatuto da Terra (em média 15% sobre o valor da terra nua declarada no ITR – Imposto sobre a propriedade territorial rural). A título de exemplo, com essa orientação o pagamento do arrendamento na cidade de Rio Verde - GO, de 100 (cem) alqueires goianos, poderia alcançar a cifra anual de R\$800.000,00 (oitocentos mil reais). Um verdadeiro massacre ao arrendatário rural e enriquecimento excessivo do proprietário rural, inviabilizando a própria atividade econômica. (Referências para o cálculo: valor do VTN para áreas de soja em torno de R\$ 11.025,00 por hectare e alqueire com preço em torno de R\$ 53.361,00).

³⁵ COELHO, J. F. L. *Contratos agrários: uma visão neagrarrista*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2016.

³⁶ BURANELLO, R. *Manual do direito do agronegócio*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Além disso, existem questionamentos judiciais envolvendo outras cláusulas obrigatórias nos contratos agrários, como o direito de preferência. Nesse diapasão, algumas mudanças puderam ser notadas, especialmente quando o STJ (Superior Tribunal de Justiça), proferiu uma decisão no ano de 2016 relativizando a aplicabilidade das cláusulas obrigatórias nos contratos agrários (ampliando a autonomia da vontade das partes), quando houver pactuação em sentido contrário e na relação contratual não houver um simples produtor rural (homem do campo).

Segue ementa:

RECURSOS ESPECIAIS. CIVIL. DIREITO AGRÁRIO. LOCAÇÃO DE PASTAGEM. CARACTERIZAÇÃO COMO ARRENDAMENTO RURAL. INVERSÃO DO JULGADO. ÓBICE DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL A TERCEIROS. DIREITO DE PREFERÊNCIA. APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA TERRA EM FAVOR DE EMPRESA RURAL DE GRANDE PORTE. DESCABIMENTO. LIMITAÇÃO PREVISTA NO ART. 38 DO DECRETO 59.566/66. HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA JUSTIÇA SOCIAL. SOBRELVO DO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA SOCIAL NO MICROSSISTEMA NORMATIVO DO ESTATUTO DA TERRA. APLICABILIDADE DAS NORMAS PROTETIVAS EXCLUSIVAMENTE AO HOMEM DO CAMPO. INAPLICABILIDADE A GRANDES EMPRESAS RURAIS. INEXISTÊNCIA DE PACTO DE PREFERÊNCIA. DIREITO DE PREFERÊNCIA INEXISTENTE. 1. Controvérsia acerca do exercício do direito de preferência por arrendatário que é empresa rural de grande porte. 2. Interpretação do direito de preferência em sintonia com os princípios que estruturam o microsistema normativo do Estatuto da Terra, especialmente os princípios da função social da propriedade e da justiça social. 3. Proeminência do princípio da justiça social no microsistema normativo do Estatuto da Terra. 4. Plena eficácia do enunciado normativo do art. 38 do Decreto 59.566/66, que restringiu a aplicabilidade das normas protetivas do Estatuto da Terra exclusivamente a quem explore a terra pessoal e diretamente, como típico homem do campo. 5. Inaplicabilidade das normas protetivas do Estatuto da Terra à grande empresa rural. 6. Previsão expressa no contrato de que o locatário/arrendatário desocuparia o imóvel no prazo de 30 dias em caso de alienação. 7. Prevalência do princípio da autonomia privada, concretizada em seu consectário lógico consistente na força obrigatória dos contratos (“pacta sunt servanda”). 8. Improcedência do pedido de preferência, na espécie. 9. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS. STJ (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA). RECURSO ESPECIAL Nº 1.447.082 – TO (2014/0078043-1). RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO. RECORRENTE: JOSÉ EDUARDO SENISE. RECORRENTE: HAYDEE MARIA PENNACHIM SENISE. ADVOGADO: DENISE ROSA SANTANA FONSECA E OUTRO (S). RECORRENTE: BUNGE FERTILIZANTES S/A. ADVOGADO: IRAZON CARLOS AIRES JUNIOR E OUTRO (S). RECORRIDO: SPI AGROPECUÁRIA - SISTEMA DE PRODUÇÃO INTEGRADA

AGROPECUÁRIA DO TOCANTINS LTDA. ADVOGADO: JOAQUIM PEREIRA DA COSTA JUNIOR E OUTRO (S).³⁷

Referida decisão demonstra que os contratos agrários (típicos e atípicos) passam por uma reinterpretação e a autonomia da vontade das partes (autonomia privada) não pode ser limitada por apoteogmas absolutos, que insistem em dizer que todo produtor rural é um simples homem do campo. O julgador poderia, também, indicar uma clara adoção de regras civilistas em contratos agrários? Sim, no encontro do que estipula o art. 38, do Decreto nº 59.566/1966. Quanto aos contratos do agronegócio, essa autonomia é plena, pois as características da empresarialidade são preponderantes.

Não obstante, a doutrina de José Fernando Lutz Coelho defende uma terceira via, que seria uma posição Neoagrarrista, que não quer civilizar o Direito agrário, mas apenas flexibilizar a base principiológica dos contratos de arrendamento e parceria rural, bem como os contratos inominados e atípicos. Mais do que isso, ele pontua que:

Novos paradigmas para discernimento e interpretação dos problemas originados dos contratos agrários são na verdade, um caminho de pedras, é uma questão de complexidade, já que o rigorismo das normas de ordem pública do Estatuto da Terra e o seu regulamento, estão sedimentadas, e os doutrinadores agraristas tradicionais ficam perplexos, apontam os riscos, mas, como dissemos, não é transformar o Direito agrário em Direito civilista, é contornar a inércia e absolutismo, através de novas premissas necessárias a soluções equilibradas dos dilemas e controvérsias dos pactos contratuais, e nesse sentido, puramente objetivista, que visamos a um novo contorno aos contratos agrários nominados e inominados.³⁸

Nesse momento, a pretensão desse estudo não é enveredar por esse caminho, na investigação profunda das influências do direito civil sobre o direito agrário. Fato é que a interpretação desses negócios jurídicos vem mudando e vai exigir do hermenêuta criatividade e responsabilidade na releitura de institutos jurídicos sedimentados e consagradas pela doutrina.

De toda forma, percebe-se que as regras de hermenêutica, envolvendo os contratos agrários (e do agronegócio), passam por uma transformação crítica e que precisam se coadunar com as necessidades socioeconômicas contemporâneas.

4.1 Da arbitragem nos contratos de agronegócio (e agrários)

Como ficou consignado na parte inicial desse estudo, o instituto da arbitragem não é novo. Ele surgiu antes mesmo da jurisdição estatal. Contudo, o Poder Judiciário é a 'porta' mais procurada pelo cidadão para solucionar seus conflitos de interesses. Nas suas relações interindividuais, isso é regra geral. Mas na seara empresarial, essa realidade muda com mais rapidez.

Já é comum as empresas procurarem resolver suas pendências legais por meio de um procedimento arbitral, que oferece rapidez e especialização na solução

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1.447.082 – TO (2014/0078043-1)*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Pesquisa de Jurisprudência, 29 de maio de 2014. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 de março de 2019. Não paginado.

³⁸ COELHO, J. F. L. *Contratos agrários: uma visão neoagrarrista*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p.62-63.

do conflito. Em várias capitais do país existem dezenas de Câmaras Privadas de Arbitragem e, no interior, a instalação dessas instituições vem crescendo bastante. Na cidade de Rio Verde-GO, por exemplo, existe uma Câmara de Arbitragem e Mediação em funcionamento há praticamente 20 (vinte) anos³⁹. Câmara essa que, inclusive, tem convênio firmado com o Sindicato Rural da cidade para arbitrar e mediar conflitos negociais envolvendo questões rurais.⁴⁰

A instituição do procedimento arbitral em contratos relacionados ao agronegócio é perfeitamente possível. Isso, pois, a premissa mais importante para aplicabilidade da cláusula compromissória e do compromisso arbitral nos contratos é a disponibilidade do direito. Disponibilidade que permite às partes transacionar quando necessário e renunciar à jurisdição estatal (autonomia da vontade).

O juízo arbitral é eleito pelas partes e decidirá a questão conforme foi determinado no termo de arbitragem (pelas próprias partes). Não há ofensa aos princípios e regras legais contratuais previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se, apenas, da eleição de um procedimento mais célere e eficaz para solução de conflitos. Caso alguma decisão arbitral contrarie os mandamentos legais, ela poderá ser anulada perante o Poder Judiciário. Ou seja, tudo dentro do procedimento arbitral é feito em respeito ao devido processo legal, de acordo com o art. 5º, da CF/88.⁴¹

No agronegócio, diversas cadeias de produção se comunicam (antes, dentro e depois da porteira), exigindo do empreendedor rural a assunção de riscos elevados e a possibilidade de lucros razoáveis. Mas para isso, ele precisa reduzir o custo na formação, manutenção e execução de seus contratos, inclusive custos que envolvam eventuais inadimplementos. Nada mais salutar do que se valer do processo arbitral. A arbitragem confere maior segurança jurídica ao negócio jurídico, pois é pautada em vários princípios importantes para a atividade empresarial, como especialização e confidencialidade.

De outro lado, também na seara dos contratos relacionados ao direito agrário (típicos e atípicos), a instituição da arbitragem é perfeitamente cabível. Não há no Estatuto da Terra, ou qualquer outra regulação legal, proibição de instituição do juízo arbitral. Isso seria um completo *non sense*. A arbitragem é apenas um instrumento processual diverso do processo estatal tradicional, sendo que não pode violar regras legais e descumprir o termo de compromisso que foi celebrado pelas partes. Claro que, várias releituras dos princípios agraristas estão sendo promovidas atualmente, conforme verificado no decorrer desse texto, inclusive pela mais alta corte infraconstitucional do país (STJ). Aliás, esses movimentos hermenêuticos podem enriquecer com a participação de árbitros especializados em questões rurais e agrárias, contribuindo para o fortalecimento da economia do país e a promoção da justiça social.

No caso dos contratos de arrendamento rural, por exemplo, existe significativa manifestação da autonomia da vontade (privada) das partes contratantes. Ao estabelecer regras de pagamento, tempo de arrendamento, o

³⁹ Inaugurada no ano de 1998, a Câmara de Arbitragem e Mediação de Rio Verde integra-se à rede de câmaras conveniadas em todo o território nacional, com atuação sistêmica, com o mesmo padrão de qualidade por todo o país, através da denominada Rede CBMAE – Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial. Em março de 2016, a ACIRV e a CACB – por meio da CBMAE, realizaram, na sede da ACIRV, o “Encontro pela solução pacífica de conflitos empresariais e Adesão ao Pacto pela não judicialização dos conflitos”, um marco que mostrou a necessidade de se quebrar o paradigma da dependência do Estado para resolver as controvérsias, seja nas empresas, seja na comunidade em geral. (ACIRV, 2019).

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019.

que será plantado, forma de pagamento de benfeitorias, direito de preferência, forma de plantio, forma de correção do solo, agricultura convencional ou plantio direto, as partes estão tratando de inúmeros direitos disponíveis.

Registre-se, por seu turno, que o próprio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) reconheceu a incompetência da Justiça Estadual em julgar conflito oriundo de contrato de arrendamento rural com cláusula arbitral, em julgado proferido no ano de 2009 e reforçou a validade da autonomia da vontade das partes nesses negócios jurídicos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE ARRENDAMENTO DE IMÓVEL RURAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM. EXTINÇÃO DO PROCESSO NA ORIGEM. I – Convencionada cláusula compromissória elegendo juízo arbitral para dirimir conflitos porventura existentes sobre o contrato de arrendamento de imóvel rural, exclui-se a competência da Justiça Comum. II – O reconhecimento da incompetência da Justiça Comum para processar e julgar a possessória, deve-se a aplicação do efeito translativo ao agravo, decretando a extinção do processo na origem, sem resolução do mérito com fulcro nos artigos 516 e 267, VII, CPC. III – Agravo conhecido para examinar questão de ordem pública, decretando a extinção do processo na origem. TJGO. ACÓRDÃO: 10/09/2009. RELATORA: DES. BEATRIZ FIGUEIREDO FRANCO. PROC/REC. 76155/180. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO N° 200902464293. COMARCA DE RIO VERDE. PARTES. AGRAVANTE: GILDO DA SILVA TOMAZ. AGRAVADO: MARIA GRACIEMA ROCHA JAIME.⁴²

A instituição da cláusula arbitral nesses pactos rurais, repita-se, confere mais segurança jurídica para esses negócios. Enquanto as decisões judiciais costumam ser genéricas, a arbitragem apresenta um grande trunfo que é a celeridade e especialização do julgamento.

Para ilustrar, apresenta-se abaixo uma sugestão de cláusula compromissória para os diversos contratos agrários e do agronegócio:

Cláusula compromissória: Todo litígio ou controvérsia originário ou decorrente deste instrumento será definitivamente decidido por arbitragem. A arbitragem será administrada pela CÂMARA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO da ACIRV, localizada na Rua Dona Maricota, 199, Jardim Marconal, na cidade de Rio Verde, Estado de Goiás, eleita pelas partes e indicada nesta cláusula, cujo Estatuto e Regimento Interno, registrado no Cartório de Títulos e Documentos, as partes adotam e declaram conhecer e concordar. A arbitragem processar-se-á na sede da CAM/ACIRV e o (s) árbitro (s) decidirá (ão) com base nos usos e costumes e nos termos das cláusulas deste contrato. O idioma oficial da arbitragem será o português, tudo conforme a Lei n° 9.307/1996. As partes elegem o foro da comarca de Rio Verde-GO, para a propositura

⁴² GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Agravo de Instrumento. Proc/Rec. 76155/180*. Des. Beatriz Figueiredo Franco. Pesquisa de Jurisprudência, 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016. Não paginado.

de eventuais medidas cautelares e execução da sentença arbitral.⁴³

Ademais, o entendimento do citado agrarista José Fernando Lutz Coelho é esclarecedor no sentido de que a arbitragem deveria ser mais comum no meio agroempresarial brasileiro:

Embora não seja utilizado na prática, como deveria, é perfeitamente concebível que nos contratos agrários nominados e inominados, em questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, bem inerente ao patrimônio ou interesse dos contratantes, sem vulnerar as normas de ordem pública emanadas no Estatuto da Terra e seu regulamento, que utilizem do meio de composição da lide, pela arbitragem, nos moldes proporcionados pela Lei 9.307, de 23.09.1.996.⁴⁴

De mais a mais, o mesmo autor defende a aplicabilidade da arbitragem em todo e qualquer pacto rural (agrário e do agronegócio), que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, embasada na lei que dispõe sobre a arbitragem e no próprio Código Civil (Do compromisso).⁴⁵

Na verdade, a discussão mais importante já não é mais sobre a legalidade da arbitragem nos contratos relacionados ao agronegócio, e sim os motivos da sua pouca aplicação prática, que perpassa questões culturais e sociais sensíveis e complexas.

Como visto, o objetivo da arbitragem não é retirar a autonomia da vontade das partes e afastá-las compulsoriamente da jurisdição estatal, vez que o procedimento arbitral depende de eleição consciente dos interessados e não pode violar preceitos legais consolidados. Também não promove o uso abusivo da autonomia privada, pois existem controles legais eficientes para corrigir eventuais excessos (violação clara de normas de ordem pública), como a anulação da sentença arbitral.

Em síntese, reforça-se que a instituição da arbitragem em contratos relacionados ao agronegócio (e agrários) é perfeitamente cabível, conveniente e necessária.

5 Considerações finais

A arbitragem é um instituto mais antigo do que o próprio sistema judicial. Criou-se o (mal) hábito de encaminhar praticamente todos os conflitos para o Poder Judiciário e, pensar de outra forma, é inverter radicalmente os paradigmas consagrados atualmente. Com essa sobrecarga desnecessária, o Poder Judiciário não consegue atender à demanda e se torna inoperante. Isso ocorre diferentemente na arbitragem, que costuma ser célere e eficiente, conferindo mais condições para o progresso econômico e social.

Também mereceu relevo a demonstração de que a agricultura sofreu inúmeras transformações no Brasil e no mundo, adotando fatores de produção próprios do sistema econômico capitalista (principalmente tecnologia), que a tornou mais eficiente e lucrativa. Não só isso: quanto mais produtiva a atividade

⁴³ ACIRV (Associação Comercial e Industrial de Rio Verde). Câmara de Arbitragem e Mediação Disponível em: <<http://www.acirv.com.br/page/camara-de-conciliacao-e-arbitragem/>>. Acesso em: 20 de maio de 2019. Não paginado.

⁴⁴ COELHO, J. F. L. *Contratos agrários: uma visão neoagrarista*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p.279.

⁴⁵ *Ibidem*.

rural, mais ela cumpre a sua função social, pois atende às necessidades alimentares da sociedade com preços acessíveis e estáveis.

A legislação, todavia, não acompanhou essa revolução, notadamente quando envolvidos os contratos agrários tradicionais que limitam excessivamente a autonomia da vontade das partes. Aliás, nem mesmo os contratos do complexo sistema agroindustrial possuem a segurança jurídica necessária para a celebração dos acordos de vontade. É justamente nesse ponto que reside a importância do presente objeto de estudo, pois a aplicação da arbitragem nos contratos relacionados ao agronegócio (e agrários) pode promover mais desenvolvimento econômico e social para toda a sociedade, na medida que os conflitos de interesses serão resolvidos mais rapidamente e de forma qualificada, em razão da especialização do árbitro ou tribunal arbitral.

Além do mais, foi possível perceber que os tribunais estão relativizando muitos princípios tradicionais que sustentam os pactos rurais, acompanhando a própria evolução do sistema agroindustrial. De certa forma, estão reconhecendo que em determinadas situações, que não envolvam diretamente o homem do campo (que trabalha diretamente e pessoalmente com a terra), a autonomia da vontade precisa ser respeitada e os pactos fielmente cumpridos. Resta claro que o objetivo não é desqualificar a justiça social, mas, sim, atualizar os parâmetros legais para as necessidades atuais.

Diante disso, com a inclusão da cláusula de arbitragem nos contratos relacionados ao agronegócio (e agrários), mais conflitos serão resolvidos rapidamente e de forma eficiente, trazendo progresso econômico para o corpo social. Ou seja, ela é um meio bastante propício para a solução de conflitos.

Referências

- ACIRV (Associação Comercial e Industrial de Rio Verde). Câmara de Arbitragem e Mediação Disponível em: <<http://www.acirv.com.br/page/camara-de-conciliacao-e-arbitragem/>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.
- ARAÚJO, M. *Fundamento de agronegócio*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- BRASIL. *Lei nº 4.504*, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm>. Acesso em 10 de março de 2019.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019.
- BRASIL. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125*, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 05 de março de 2019.
- BRASIL. Código de Processo Civil. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13105>. Acesso em 18 de março de 2019.
- BRASIL. *Lei nº 13.140*, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação e dá outras providências. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 23 de março de 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1.447.082 – TO (2014/0078043-1)*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Pesquisa de Jurisprudência, 29 de maio de 2014. 2016. Disponível em:

- <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 de março de 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019: ano-base 2018*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>>. Acesso em: 10 de setembro de 2019.
- BURANELLO, R. *Manual do direito do agronegócio*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- CAHALI, F. J.; RODOVALHO, T.; FREIRE, A. *Arbitragem: estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris: 1988.
- COELHO, J. F. L. *Contratos agrários: uma visão neoagrarista*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- COMIGO (Cooperativa Agroindustrial dos Produtores Rurais do Sudoeste Goiano). *Tecnoshow Comigo*. 2017. Disponível em: <<http://www.tecnoshowcomigo.com.br/noticia/com-r-1-7-bilhao-tecnoshow-comigo-registra-numero-recorde-de-negocios>>. Acesso em: 10 de junho de 2017.
- COMIGO (Cooperativa Agroindustrial dos Produtores Rurais do Sudoeste Goiano). *Tecnoshow Comigo*. 2019. Disponível em: <<https://www.tecnoshowcomigo.com.br/noticia/tecnoshow-comigo-movimenta-r-3-4-bilhoes-em-volume-de-negocios>>. Acesso em: 10 de setembro de 2019.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA. *Balança comercial do agro*. Disponível em: <http://www.cnabrazil.org.br/sites/default/files/sites/default/files/uploads/05_balancacomercialagro.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2017.
- GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Agravo de Instrumento. Proc/Rec. 76155/180*. Des. Beatriz Figueiredo Franco. Pesquisa de Jurisprudência, 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://tjgo.jus.br/index.php/consultas-judiciais>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.
- ONU (Organização da ONU para a alimentação e agricultura). *FAO: se o atual ritmo de consumo continuar, em 2050 mundo precisará de 60% mais alimentos e 40% mais água*. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/fao-se-o-atual-ritmo-de-consumo-continuar-em-2050-mundo-precisara-de-60-mais-alimentos-e-40-mais-agua/>>. Acesso em 20 de junho de 2017.
- FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. *Oração aos moços*. 1999. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2018.
- FREIRE, P. *Pedagogia do oprimido*. 36. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GABBAY, D. M. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- MENDONÇA, R. *(Trans) modernidade e mediação de conflitos: pensando paradigmas, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos*. Petrópolis KBR: 2012.
- NUNES, A. C. O. *Manual de mediação: guia prático para conciliadores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- ROCHA JÚNIOR, W. F. da; BITTENCOURT, M. V. L.; RIBEIRO, M. C. P. "Análise das características dos contratos no agronegócio do Brasil". *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*. Curitiba. v. 4, n 2, p. 94-118, jul/dez 2015. Disponível em: <<https://periodicos.utfpr.edu.br/rbpd/article/view/3569>>. Acesso em 12 de junho de 2018.

- ROPPO, E. *O contrato*. Biblioteca Nacional de Portugal. Catalogação na Publicação. Edições Almedina S.A. Coimbra: 2009.
- TEIXEIRA, S. de F.. "A arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro". In: GARCEZ, José Maria Rossini. *A arbitragem na era da globalização*. Forense: 1999.

Quanto vale a existência do trabalhador brasileiro? Um estudo sobre dano existencial à luz do novo art. 223-G, §1º, da CLT

How much is the existence of the Brazilian worker? A study on existential damage in the light of new art. 223-G, §1º, CLT

Arthur Pinheiro Basan¹
UNISINOS

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges²
UNIFASC

Sumário: 1. Introdução. 2. A “virada kantiana” no direito privado brasileiro: a dignidade humana como fim último. 3. Dano existencial. 4. Dano existencial no direito estrangeiro. 5. Dano existencial na justiça do trabalho no Brasil. 6. Do salário do trabalhador como parâmetro para fixação do quantum da compensação por dano extrapatrimonial nas relações trabalhistas. 7. Conclusão

Resumo: O presente texto abordará a virada kantiana no Direito privado brasileiro, em especial quanto aos direitos humanos e sociais, que consolidou a proteção da pessoa como diretriz fundamental do direito. Nesta senda, destaca-se a responsabilidade civil pelo dano existencial como forma de tutelar as vítimas de eventos traumáticos. Em verdade, o foco do trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa, é demonstrar como o dano existencial é tratado no direito estrangeiro e no Brasil, em especial na justiça do trabalho. Destarte, a finalidade final aqui é demonstrar a impossibilidade do salário do trabalhador ser utilizado como parâmetro para fixação do quantum da compensação por dano extrapatrimonial nas relações trabalhistas, sob pena de transformar-se a proteção da pessoa numa diretriz inócua no Direito trabalhista. Na escrita, utilizou-se o procedimento dedutivo.

Palavras chaves: Direitos fundamentais; Dano existencial; justiça trabalhista.

Abstract: The present text will address the Kantian turn in Brazilian private law, especially as to human and social rights, which consolidated the protection of the person as the fundamental guideline of law. In this path, civil liability for existential damage is highlighted as a way to protect victims of traumatic events. In fact, the focus of the work, through qualitative bibliographical research, is to demonstrate how existential damage is treated in foreign law and in Brazil, especially in labor justice. Thus, the final purpose here is to demonstrate the impossibility of the worker's salary being used as a parameter for fixing the quantum of compensation for off-balance-sheet damage in labor relations, under penalty of transforming the person's

¹ Doutorando em Direito pela UNISINOS e mestre em Direito pela UFU. Professor adjunto da UNIRV (GO).

² Mestre em Direito pela UFU. Professor do curso de Direito da Unifasc (GO) e na FacCidade (GO). Advogado.

protection into an innocuous guideline in labor law. In writing, the deductive procedure was used.

Keywords: Fundamental rights; Existential damage; labor courts.

1. INTRODUÇÃO

De um modo geral, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a destacar a queda do regime nazifascista, o estudo jurídico passou por profundas e consideráveis transformações, em especial, pela reanálise da teoria positivista, isenta de caráter ético na sua formulação estrutural e formalista.³

Neste sentido, o valor da dignidade humana passa a compor o topo da hierarquia normativa, como forma de evitar que as atrocidades ocorridas no contexto das Grandes Guerras fossem novamente admitidas. Neste sentido, Gregorio Robles afirma que “a grande lição do século XX é que o mal político é a ditadura. A lembrança dos regimes de Hitler e Stalin deve estar sempre presente na consciência coletiva de toda sociedade, para que assim seja possível dizer com convicção: Nunca mais!”⁴

Como se nota, em razão das inúmeras barbaridades cometidas contra a vida humana durante esse período, é possível perceber, como reflexo desse momento histórico, a internacionalização dos direitos fundamentais, em especial com a Carta da ONU de 1945 e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Dentro desse contexto, se a Segunda Guerra Mundial simbolizou quebra com relação aos direitos humanos, o Pós-guerra demonstrou a esperança de reconstrução da própria concepção de respeito à vida e os direitos fundamentais inerentes. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos de um modo geral, alternando paradigmas e gerando um novo referencial ético que conduz a ordem internacional contemporânea. Dessa forma, esse período demonstra o nítido repúdio à concepção positivista clássica, de um ordenamento jurídico indiferente aos valores éticos, confinado a ótica meramente formal e estrutura, em especial, ao se considerar que o nazismo e o fascismo tiveram o seu nascedouro dentro da legalidade à época, e promoveram a barbárie que se sabe, tudo dentro da ótica da lei.⁵

Em outras palavras, os direitos fundamentais ganharam maior destaque nos estudos jurídicos, em especial, enquadrando o valor da dignidade da pessoa humana como princípio normativo que dá forma e guia todo o sistema jurídico e, conseqüentemente, alterando toda a concepção de hermenêutica jurídica.

Apesar de relativamente tardio se comparado à Europa, no Brasil, o grande marco teórico para essa verdadeira “virada kantiana” no pensamento jurídico pátrio é a Constituição Federal de 1988, a qual pôs fim normativo ao período autoritário de ditadura militar vigente desde a Constituição de 1967.

A expressão “virada kantiana” reside “ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (kantische Wende), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant”⁶, promovendo uma notável reaproximação entre a ética e o direito, isto é, buscando a fundamentação moral dos direitos humanos, além disso, a fundamentação de uma justiça fundada no imperativo categórico.

³ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴ ROBLES, G. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005. p. 79.

⁵ PIOVENSAN, F. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 20.

⁶ ROBERTO BARROSO, L. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 214.

Vale lembrar que não é somente o Estado que é responsável pelo respeito (aspecto negativo) e pela concretização efetiva (aspecto positivo) dos direitos fundamentais das pessoas, de modo que, a própria constituição prevê que a vida em sociedade, também composta por pessoas privadas, deve ser construída de forma solidária (conforme art. 3º, inciso I).

Vale lembrar que não há Direito na ilha onde apenas habita Robinson⁷, isto é, a ideia de que o Direito necessita da sociedade como pressuposto de existência. Diante disso, têm-se pistas de que o Direito só pode ser coerente com os critérios de justiça por si só estabelecidos se, também, manter o solidarismo como exigência fundante.

Em verdade, é necessário destacar que os direitos fundamentais no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, passaram a vincular todas as situações jurídicas presentes no dia-a-dia das pessoas, inclusive as originadas de relações privadas, como as relações trabalhistas, posto que no atual contexto despontam com forças cada vez maiores as empresas privadas, que podem infringir direitos fundamentais tanto ou até mais que o próprio Estado.⁸

A partir disso, passa-se a compreender uma concepção pluridimensional dos direitos fundamentais⁹, isto é, a eficácia desses direitos passa a ser perante as relações jurídicas entre pessoas e o Estado (eficácia vertical), e também nas relações entre particulares (eficácia horizontal).

É relevante deixar claro que a expressão “eficácia horizontal” sofre duras críticas, uma vez que mesmo as relações entre particulares podem ser marcadas pela desigualdade fática, como nos contratos de consumo, não sendo, portanto, relações jurídicas “horizontais” nem tão pouco “paritárias”. De qualquer modo, o presente trabalho optou pelo uso de “eficácia horizontal” principalmente pelo consenso que a própria expressão gera, a saber, que se trata de relações entre privados, não estando o Estado em nenhum dos pólos.

Mesmo assim, é importante evidenciar que a utilização dessa terminologia não pode criar a falsa ideia de que os particulares dessa relação estejam em situações simétricas, em patamar de igualdade. Reconhecer isso seria entrar em contradição com a própria razão de ser da aplicação dos direitos fundamentais nessas relações.¹⁰

Ora, é diante desse contexto, em que os direitos fundamentais, sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, passam a espargir seus efeitos por todo o sistema jurídico brasileiro, em especial, na relação jurídica trabalhista, que o presente trabalho se justifica.

Conforme será exposto, no atual contexto social, existem diversas situações danosas que atingem a real situação jurídica existencial da pessoa humana. Dito de outro modo, é possível notar que existem situações em que o dano pode ser considerado existencial, posto que, em última análise, configura um prejuízo à saudável existência da pessoa, isto é, impede ou prejudica a vítima de realizar determinada atividade praticada usualmente e que fazer parte, obviamente, da normalidade de sua existência digna.

⁷ EDSON FACHIN, L. *Direito Civil: sentidos, transformações e fins*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 26.

⁸ SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 47.

⁹ SCHENK DUQUE, M. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 40.

¹⁰ SCHENK DUQUE, M. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 50.

2. A “VIRADA KANTIANA” NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO: A DIGNIDADE HUMANA COMO FIM ÚLTIMO.

Por um panorama geral, no final do século XX, sob a denominação de “virada kantiana”, alguns filósofos, denominados *neokantianos*, passaram a descrever uma relação evidente entre ética e direito e a busca por valores. Torres¹¹ afirma que a expressão foi empregada por O. Höffe, em meados dos anos de 1970, marcando uma reaproximação entre o direito e a moral.

Vale lembrar que é dentro desse contexto de aproximação entre Direito e moral, em especial nos princípios de justiça, que se destaca a objetividade dos valores, de modo a possibilitar a inserção destes, positivados como princípios, no ordenamento jurídico, a revelar, como expõe Nozick¹², a importância da argumentação jurídica.

Assim sendo, é possível considerar a “virada kantiana” como expressão daquilo que se encontra acima de qualquer preço, como a pessoa humana, e como tal compreende uma dignidade, justificando esse ideal como a própria finalidade do Direito. Mas qual é a relação dessa ideia de “virada kantiana”, de uma reaproximação entre direito e moral, por meio da positivação de valores, com o Direito privado brasileiro, sobretudo no que tange às relações trabalhistas e os danos existenciais?

Com efeito, Meireles, com base em Kant, afirma que as pessoas não têm preço, e sim dignidade, de modo que “quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”¹³

A princípio é preciso considerar que a “virada kantiana” no Direito pode ser resumida ao direcionamento da pessoa humana como epicentro do sistema jurídico. Com efeito, no presente texto, será feita uma abordagem pelo modo com que esse fenômeno se deu no ordenamento brasileiro, inicialmente, de uma maneira geral por toda a jurisdição pátria, para logo em seguida descrever a transformação no direito privado e, mais especificadamente, sua influência na compreensão do dano existencial.

Desse modo, de uma maneira geral, Barroso descreve, como um dos marcos filosóficos de transformação jurídica brasileira, ocorreu a aproximação entre o Direito e filosofia, dada pelo desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Neste mesmo sentido, defende o autor que a promulgação da Constituição Federal de 1988 pode ser considerada um marco teórico que justifica essa “virada kantiana” no Direito pátrio.¹⁴

Ora, nada mais notável do que perceber que a Constituição, ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inciso III, cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana¹⁵, fez um giro epistemológico, posicionando no centro do ordenamento jurídico a pessoa humana. Vale lembrar, conforme afirma Perlingieri, que “o princípio da tutela da

¹¹ LOBO TORRES, R. *A jurisprudência dos valores*, em VV.AA. (SARMENTO, D. org.) Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009. p. 503-525.

¹² NOZICK, R. Invariances. *The Structure of the Objective World*. Apud. TORRES, Ricardo Lobo. *A jurisprudência dos valores*, em VV.AA. (SARMENTO, D. org.) Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009. p.511.

¹³ MELO VENCELAU MEIRELES, R. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.301.

¹⁴ ROBERTO BARROSO, L. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 214.

¹⁵ TEPEDINO, G. *A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional brasileiro*, em VV.AA. (TEPEDINO, G org.) *Temas de Direito Civil*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54.

pessoa, como supremo princípio constitucional, funda a legitimidade do ordenamento e a soberania do Estado.”¹⁶

Em razão disso, é possível perceber que diante do contexto de uma Constituição dotada de direitos fundamentais como a brasileira, o Direito privado, de uma forma geral, também passou a sofrer fortes influências da Carta constitucional e, não obstante, das próprias mutações da sociedade, que exigiam uma normatização privada mais condizente com os anseios democráticos, sociais e humanistas esculpido na Constituição.

Em outras palavras, é dizer que das mudanças no contexto social que ocasionaram a elaboração de uma nova Constituição, em verdadeira “virada kantiana”, também influenciaram mudanças nas normas de direito privado, enquanto “direito dos particulares como portadores de sua própria singularidade”.¹⁷ Neste mesmo diapasão defende Tepedino que:

A pessoa humana, portanto – e não mais o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio –, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado.¹⁸

Diante disso, o Direito privado passa a enquadrar também a pessoa humana como fonte, em primeiro plano, de todo o seu ordenamento, praticando também uma verdadeira “virada kantiana”, do qual o direito trabalhista não escapou.

Neste mesmo diapasão é o pensamento de Perlingieri ao reconhecer a importância do primado dos valores da pessoa humana no âmbito do direito privado, segundo o qual:

[...] o primado dos valores da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais exclui que a área do direito privado possa ser exaurida em uma concepção patrimonialista, fundada ora sobre a centralidade da propriedade, ora sobre a noção de empresa. O direito civil constitucional – segundo a tendência do constitucionalismo contemporâneo – reconhece que a forte ideia do sistema é não somente o mercado, mas também a dignidade da pessoa, de uma perspectiva que tende a despatrimonializar o direito.¹⁹

Neste sentido, é importante notar que nem todas as pessoas possuem situações patrimoniais a serem protegidas (crédito, propriedade etc.), entretanto, são comuns a qualquer pessoa humana, em especial em situação de empregado, as diversas situações existenciais e que, por consequência, exigem tutela (vida, saúde, honra etc.)²⁰. Tal fato dá indícios de que, sob essa ótica, o vértice do direito privado

¹⁶ PERLINGIERI, P. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 460-461.

¹⁷ MARTINS-COSTA, J. *O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”*. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 131.

¹⁸ TEPEDINO, G. *Do sujeito de direito à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342

¹⁹ PERLINGIERI, P. *A doutrina do direito civil na legalidade constitucional*, em VV.AA. (TEPEDINO, G. org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5.

²⁰ MELO VENCELAU MEIRELES, R. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. XVIII.

só pode estar contido no *ser* em supremacia ao *ter*, isto é, na realização dos legítimos interesses existenciais das pessoas.²¹

Diante disso, sob o prisma da virada kantiana no direito privado, além do fundamento evidentemente humanista, destaque para a função social de seus institutos, a qual alterou substancialmente a análise das relações trabalhistas. Dito de outra maneira, o direito do trabalho não pode ser mais visto como um ramo do direito que protege o empregado ou que visa dar segurança jurídica ao empregador, tão somente. É preciso ir além, ou seja, enquadrar o direito do trabalho como um ramo do direito privado necessário para a tutela das pessoas (empregador e empregado) na realização das suas legítimas expectativas jurídicas, de maneira solidária.

Desse modo, de maneira ainda mais específica, nas situações existenciais fica nítido que não há linha divisória entre o interesse individual e o coletivo ou social, uma vez que afeitas à tutela da pessoa humana, não havendo no ordenamento jurídico pátrio fim social maior que este. É dizer que, sob o prisma da solidariedade, a tutela da pessoa humana deve ter sempre análise prioritária, em espécie, visando reparar o dano existencial.

Neste mesmo sentido, tratando dessa primazia dada pelo Direito privado à pessoa humana, defende Tepedino que “a pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais.”²² Com efeito, dessa primazia humana, situando a pessoa nas peculiaridades de sua subjetividade, afirma Martins-Costa que:

Contudo, se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa – isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente -, passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.²³

Diante de todo o exposto, pelos aspectos supramencionados, de tutela da pessoa dentro do ordenamento, em nível constitucional ou infraconstitucional, por leis gerais ou especiais, é notável de certa forma uma “virada kantiana” no direito brasileiro, dando ainda maior relevância, a nível de direito privado, a promoção das situações existenciais das pessoas humanas.

Assim, acrescentando ao já exposto, é preciso, conforme se fará adiante, descrever, de fato, como se qualifica a situação jurídica tida como passível de qualificar o dano em “existencial”.

3. DANO EXISTENCIAL

A responsabilidade civil, da qual o “dano” se enquadra como um necessário pressuposto, talvez seja um dos institutos jurídicos que mais se adequa às mudanças e alterações sociais, flexibilizando-se de acordo com o contexto. Em verdade, a

²¹ EDSON FACHIN, L. *Direito Civil: sentidos, transformações e fins*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 75.

²² TEPEDINO, G. *O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais*, em VV.AA. (TEPEDINO, G. org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

²³ MARTINS-COSTA, J. *O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”*. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 132.

própria noção de dano, evidentemente, sofre fortes mutações ao se considerar as alterações dos perfis sociais em dadas sociedades, de modo que, em um sistema jurídico que enquadra a pessoa como epicentro jurídico, como o brasileiro, é possível notar a progressiva valorização da dimensão existencial nas relações jurídicas.²⁴

Assim, considerando que a responsabilidade civil baseia-se no mandamento romano do *neminem laedere*, isto é, sob a lógica da máxima “não lesar ninguém”, ocorrendo a violação de uma situação existencial conseqüentemente virá o dever de indenizar. Abordando sob outra maneira de visualizar, é dizer que no sistema jurídico brasileiro, pautado na tutela da pessoa humana, a lesão produzida no âmbito existencial da vítima deve ser reparada, conforme os preceitos da responsabilidade civil.

Com base nisso, é preciso destacar que, conforme supracitado, é possível conceituar, de maneira genérica, o dano existencial como o fato desabonador que prejudica a existência saudável da vítima, interrompendo o seu cotidiano comum. Enquadra-se, portanto, em dano existencial, a situação em que a pessoa fica impedida de realizar as atividades de vida que realizava cotidianamente ou fica impedida de fazer as suas atividades habituais do modo que fazia, produzindo, como consequência, uma interrupção na sua fruição digna de existência.

Em resumo, é possível perceber que o dano existencial funda-se na lesão da pessoa à liberdade de atuar de forma plena na realização de sua esfera individual, comprometendo, em última análise, a sua qualidade digna de vida.

Desse modo, é possível enquadrar o dano existencial como uma espécie de dano extrapatrimonial, que vai além do prejuízo material ou pecuniário e, ainda assim, diferencia-se do dano moral puro. Não obstante, o dano existencial também se difere de outras espécies de danos extrapatrimoniais, como o dano à saúde ou à integridade física, apesar de muitas vezes ter origem nestes danos.

Com efeito, o dano existencial é o dano com potencialidade, posto que ao impedir a prática de atividades cotidianas que garantiriam a manutenção da qualidade de vida à vítima, a lesão acaba por se projetar ao futuro, como nos exemplos colhidos da jurisprudência, em que a pessoa ficou impedida de tocar o instrumento musical que tinha como hobby, impossibilitada de praticar os esportes que gostava ou até mesmo incapaz de ter uma vida sexual ativa.

De maneira brilhante a obra pioneira da professora Soares sobre o assunto conceitua o dano existencial como que:

[...] a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja uma atividade, seja um conjunto de atividades que a vítima do dano normalmente tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, preciso modificar sua forma de realização, ou mesmo suprimir da sua rotina.²⁵

Pelo exposto, nota-se que a doutrina brasileira e a própria jurisprudência ainda são tímidas no que se refere ao estudo e aplicação do dano existencial. Em verdade, o tema é amplamente tratado no direito estrangeiro, em especial na Itália, onde têm-se pistas de ter sido originado.²⁶ Em razão disso, destacada a importância

²⁴ PERLINGIERI, P. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 760.

²⁵ RAMPAZZO SOARES, F. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

²⁶ ANCONA LOPEZ, T. *Dano existencial. Doutrinas Essenciais – Dano moral*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1041

do assunto no contexto jurídico brasileiro, é relevante também uma breve abordagem acerca do tema no direito comparado.

4. DANO EXISTENCIAL NO DIREITO ESTRANGEIRO

O cerne do dano existencial aparentemente se deu pela constatação de que a violação de direitos fundamentais que interferissem no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele praticadas deveria ser reparada, apesar de muitas vezes não ser possível enquadrar o prejuízo evidenciado na clássica bipartição dano patrimonial/ dano extrapatrimonial. Dito de outro modo, o dano existencial surgiu com a constatação de que a violação de um projeto de vida pessoal deveria ser tutelado juridicamente, sob pena de se esvaziar o próprio conceito de vida digna.²⁷

A professora Lopez, de maneira acertada, expõe que o dano existencial, apesar de originalmente surgido na Itália, possui correspondentes em outros países, inclusive com fundamentos diversos. Nas palavras da professora:

Na França, chama-se préjudice d'agrément. Nos Estados Unidos e Reino Unido fala-se em loss of amenities of life. Na Alemanha, com a reforma do BGB em 2002, foi acrescentado ao §253 inciso que estabelece a indenização por dano ao corpo, à saúde, à liberdade e autodeterminação sexual, além de compensação em dinheiro por danos não patrimoniais. No Peru, já no Código Civil de 1984, há a proteção à vítima de dano al proyecto de vida. O Proyecto de Código Civil y Comercial argentino, Dec. 191/2011, em seu art. 1738, ao tratar da indenização, prevê consequências na violação dos direitos personalíssimos da vítima, de sua integridade pessoal, de sua saúde psicofísica, de suas afeições espirituais legítimas e naquelas que resultam da interferência em seu projeto de vida.²⁸

Assim, é possível notar que no Direito francês, considera-se dano semelhante ao existencial a privação de alegrias próprias da existência, englobando prazeres específicos como os hobbies ou práticas esportivas. Além disso, é também considerado dano a privação do prazer da vida normal, incluindo o dano juvenil ou o impedimento das crianças de praticarem as atividades inerentes de sua idade.

Na Alemanha, o dano existencial surge na jurisprudência em casos como o de violação da autodeterminação informativa, decorrente de exame de HIV realizado sem autorização, a manutenção de uma gravidez de criança não desejada, como lesão ao planejamento familiar, e, não obstante, a frustração de férias devidamente preparadas.

Nos Estados Unidos e no Reino Unido, o dano existencial surge em situações em que há impossibilidade ou redução da capacidade da pessoa de aproveitar as atividades e funções normais da vida.

Pelo exposto, é possível notar que apesar de surgir em diversas facetas, as várias possibilidades apresentadas como forma de tutelar as situações jurídicas existenciais da pessoa se rendem a um fundamento comum, qual seja, a promoção humana dentro do projeto de vida elaborado livremente pela vítima do dano existencial. Nas palavras do professor Neto:

[...] toda pessoa tem o direito de não ser molestada por quem quer que seja, em qualquer aspecto da vida, seja físico, psíquico ou social. Submetido ao regramento social, o

²⁷ ALVES DE ALMEIDA NETO, A. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Doutrinas Essenciais – Dano moral*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1079

²⁸ ANCONA LOPEZ, T. *Dano existencial. Doutrinas Essenciais – Dano moral*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1042.

indivíduo tem o dever de respeitar e o direito de ser respeitado, porque ontologicamente livre, apenas sujeito às normas legais e de conduta. O ser humano tem o direito de programar o transcorrer de sua vida da melhor forma que lhe pareça sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar, e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer, ter saúde física e mental, ler, praticar esportes, divertir-se, conviver com os amigos, praticar sua crença, seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade. Essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade, no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida.²⁹

Evidentemente, como qualquer outra espécie de dano extrapatrimonial, o dano existencial não pode ser tarifado ou tabelado, muito menos limitado de maneira *a priori*, afinal, o dano ao projeto de uma vida só pode ser auferido a partir das especificidades do caso concreto, em busca da ética da situação.³⁰ Dito de outro modo, em razão da potencialidade de lesão, decorrente do dano existência, é preciso buscar-se a compensação integral, independentemente de parâmetros fechados.

5. DANO EXISTENCIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL

Conforme acórdão da 2.^a Turma da Corte Laboral do Rio Grande do Sul, "há dano existencial quando a prática de jornada excessiva por longo período impõe ao empregado um novo e prejudicial estilo de vida, com privação de direitos de personalidade, como o direito ao lazer, à instrução, à convivência familiar"³¹.

Outra situação de dano existencial em relações trabalhistas é o chamado *mobbing*, que consiste na humilhação e o medo no trabalho, tanto praticado verticalmente (do superior hierárquico com relação ao subordinado), quanto horizontalmente (entre empregados do mesmo nível hierárquico na empresa). O *mobbing* pode gerar doenças laborais, causando verdadeiros traumas psicológicos no trabalhador.

Há, também, o assédio sexual nas relações trabalhistas, seja com aproveitamento abusivo dos subordinados por seus superiores, exigindo-lhes favores sexuais, seja no plano horizontal.

Na mesma linha, atividades insalubres ou perigosas podem deixar sequelas que prejudicam todo o projeto de vida do trabalhador, caracterizando o dano existencial.

Assim, mostra-se extremamente importante afastar a restrita concepção de que danos imateriais necessariamente se ligam a dor e sofrimento, da mesma forma que não se deve, em tais situações, priorizar a previsibilidade como instrumento da segurança jurídica, considerando a subjetividade de tais lesões, pois a lesão à dignidade humana não necessariamente se manifesta por abalos emocionais, mas provocam alterações involuntárias no próprio plano existencial, sendo, pois, mais difíceis de comprovar e, conseqüentemente, reparar.

²⁹ ALVES DE ALMEIDA NETO, A. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. Doutrinas Essenciais – Dano moral, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1088

³⁰ MARTINS-COSTA, J. *O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação"*. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

³¹ Citação retirada de reportagem do jornal Valor Econômico. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/3344276/excesso-de-horas-extras-gera-danos-existenciais#ixzz2IHuEskyW>> Acesso em 14 de mar. de 2019

Assim, não necessariamente o dano existencial na seara laboral advém do desrespeito às normas trabalhistas, podendo, também, ser proveniente até mesmo da observância da norma, como é o caso da realização de horas extraordinárias ou das sequelas deixadas por atividades insalubres e perigosas, ou, ainda, aquelas causadas por assédio moral ou sexual.

Portanto, mesmo com o correto pagamento das horas extras, ou do adicional salarial correspondente, não se diminui os prejuízos que podem vir a ser gerados aos projetos de vida e relações do trabalhador, configurando assim, a ocorrência do dano existencial.

6. DO SALÁRIO DO TRABALHADOR COMO PARÂMETRO PARA FIXAÇÃO DO QUANTUM DA COMPENSAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS.

De toda forma, como todo dano não patrimonial, o grande problema do dano existencial reside na fixação do *quantum debeat* da indenização.

É dizer:

A inexistência de critérios seguros, ou legais, para a estipulação do *quantum indenizatório* [...] tem feito com que a jurisprudência majoritariamente afirme e reafirme, sem maiores justificativas atinentes ao caso concreto, a existência de um caráter punitivo, a ser sempre considerado na reparação como forma de dissuadir condutas ilícitas e antissociais através da penalização do ofensor e, mesmo que em pequena medida, como meio de aumentar o valor das indenizações pagas sob aquele título³².

Tal função punitiva está inserida numa problemática específica e tortuosa: avaliar e liquidar o dano extrapatrimonial.

De um lado, como em qualquer situação compensatória, deve-se compensar a vítima pelos danos sofridos, na chamada função compensatória da responsabilidade civil. Por outro lado, para evitar que novos danos ocorram, deve-se considerar a condição econômica do ofensor, na chamada função punitiva, ou pedagógica, ou exemplar, da responsabilidade civil³³.

Assim, há que se punir o ofensor, mas não se pode enriquecer a vítima. Não obstante, obrigatoriamente, a vítima será “enriquecida”, pois estará recebendo, devido ao caráter punitivo, mais do que a mera compensação exigiria³⁴.

Talvez para resolver o problema, o legislador brasileiro, pelo menos em sede laboral, resolveu limitar o valor da compensação conforme o salário do ofendido, conforme art. 223-G, §1º, da CLT, *verbis*:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

³² CELINA BODIN DE MORAES, M. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 28.

³³ CELINA BODIN DE MORAES, M. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 31-32.

³⁴ CELINA BODIN DE MORAES, M. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 33.

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.³⁵

O problema foi que a saída encontrada pelo Legislativo levou a dor do pobre a valer menos que a do rico.

Explicamos por meio de um exemplo: se o *office boy* de uma empresa, cujo salário é de R\$1000,00 (mil reais), sofre um dano existencial que o magistrado considera como de natureza gravíssima, sua indenização será limitada ao valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). Em contrapartida, se um diretor da mesma empresa sofre o mesmo dano e o magistrado considera a exata mesma natureza para a ofensa, ele poderá receber uma indenização de até R\$2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

É dizer, a existência do *office boy* dessa empresa vale 50 vezes menos do que a do diretor, o que viola a igualdade estabelecida no art. 3º, IV, da Constituição da República.

Ademais, considerando a possibilidade de a empresa ser muito grande e, portanto, girar muito dinheiro, é possível que a limitação máxima da indenização por dano extrapatrimonial a 50 vezes o último salário contratual do ofendido não chegue a cumprir a função punitiva da responsabilidade civil.

Sendo assim, forçoso concluir que o tratamento dado pela legislação trabalhista ao dano existencial não é o adequado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, concluímos que a virada kantiana no direito privado foi salutar, pois tirou o foco do direito privado do patrimônio, e voltou sua atenção à pessoa humana, epicentro do ordenamento jurídico, com a cláusula geral de tutela da personalidade.

A partir daí, a responsabilidade civil passa a ter função importantíssima na proteção à dignidade humana, de forma que todo dano deve ser ressarcido, inclusive o chamado dano existencial.

Na seara laboral, o dano existencial pode acontecer de várias maneiras: excesso de horas extras (prejudicando o convívio do trabalhador com seus familiares), assédio moral no ambiente de trabalho, acidentes e doenças laborais com o condão de prejudicar o projeto de vida do trabalhador, etc.

O grande problema – não só com o dano existencial mas com qualquer dano imaterial na seara trabalhista – está na limitação imposta pelo §1º do art. 223-G da CLT, que utiliza o salário contratual como parâmetro limitador do *quantum debeatur* da responsabilidade civil em sede laboral.

Essa norma leva o ordenamento a conferir maior peso à dignidade do trabalhador que recebe mais do que à do trabalhador que recebe menos e ainda representa limitação à função punitiva da responsabilidade civil, vez que não considera o faturamento do causador do dano, mas as condições econômicas da vítima.

Tal dispositivo, ao nosso ver, é uma afronta ao princípio da igualdade e, portanto, inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALVES DE ALMEIDA NETO, A. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Doutrinas Essenciais – Dano moral*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANCONA LOPEZ, T. *Dano existencial. Doutrinas Essenciais – Dano moral*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³⁵ BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.

- BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- CELINA BODIN DE MORAES, M. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- EDSON FACHIN, L. *Direito Civil: sentidos, transformações e fins*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MARTINS-COSTA, J. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MELO VENCELAU MEIRELES, R. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PERLINGIERI, P. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PIOVENSAN, F. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RAMPAZZO SOARES, F. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROBERTO BARROSO, L. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROBLES, G. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.
- SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.
- SCHENK DUQUE, M. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- TEPEDINO, G. (Org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil, Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado: especial referencia al tráfico ilícito de bienes culturales

Protection of material cultural heritage in armed conflict: special reference to the illicit trafficking of cultural property

Inés González Piñeiro¹

Universidad de Santiago de Compostela, España

Sumario: 1. Introducción - 2. Patrimonio Cultural Material - 2.1. Concepto - 2.2. Amenazas y Protección - 2.3. Límites en la Protección - 3. Especial Referencia al Tráfico de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado - 3.1. Antecedentes - 3.2. Actualidad - 3.2.1. Estado Islámico y la Financiación del Terrorismo - 4. Preocupación Internacional y Necesidad de Cooperación - 5. Conclusiones.- 6. Bibliografía.

Resumen: Los conflictos armados siempre han supuesto un grave peligro para nuestro patrimonio cultural, el cual conforma nuestra memoria e identidad como sociedad, y por ello debe ser preservado con prioridad por la comunidad internacional, pero la evolución de los mecanismos legales de protección parece estancada e incapaz de dar respuesta ante las nuevas características de los conflictos armados en los que la participación de actores armados no estatales es impredecible y no responde ante los mandatos internacionales destinados a la protección patrimonial. Grupos terroristas como el Estado Islámico han encontrado en la destrucción del patrimonio un método de lucha a través de la extinción de la identidad que define a los pueblos y en el tráfico ilícito de bienes culturales un medio de financiación muy productivo. Esto hace que nos cuestionemos la validez del marco jurídico actual y la necesidad de buscar nuevas estrategias en la protección de nuestra herencia cultural.

Palabras Clave: Patrimonio Cultural, Protección, Conflicto Armado, Tráfico Ilícito, Terrorismo, Financiación, Comunidad Internacional.

Abstract: Armed conflicts have always been a serious danger to our cultural heritage, which forms our memory and identity as a society, and therefore must be preserved with priority by the international community, but the evolution of legal protection mechanisms seems stagnant and incapable to respond to the new characteristics of armed conflicts in which the participation of non-state armed actors is unpredictable and does not respond to international mandates for cultural heritage protection. Terrorist groups such as the Islamic State have found in the destruction of heritage a method of struggle through the extinction of the identity that defines peoples and in the illicit trafficking of cultural property a very productive means of financing. This causes us to question the validity of the current legal framework and the need to seek new strategies in the protection of our cultural heritage.

Keywords: Cultural Heritage, Protection, Armed Conflict, Illicit Traffic, Terrorism, Financing, International Community.

¹Graduada en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Máster Universitario en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela (España).

1. INTRODUCCIÓN

La identidad propia que caracteriza a los diferentes pueblos, que autodefine a una sociedad, diferenciando sus características o poniendo en común similitudes que las acercan, está conformada por su patrimonio cultural, tanto de las formas materiales como de las inmateriales, y su cualidad de permanencia depende, en gran parte en estos tiempos de incertidumbre, del interés internacional y del valor de excepcionalidad que se le conceda. En 1954 la Convención de la Haya dejaba presente la magnitud e implicaciones que tiene cualquier daño a estos bienes, dándole la consideración de agravio para el patrimonio cultural de toda la humanidad.

Existe un amplio abanico jurídico internacional destinado a la protección de los bienes culturales, y sus instrumentos principales en caso de conflicto son la Convención de la Haya de 1954 y sus protocolos de 1954 y 1999, además del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998. La asimetría como factor clave a la hora de caracterizar estos nuevos conflictos ha supuesto un grave retroceso en la protección patrimonial, ya que los instrumentos jurídicos clásicos destinados a perpetuar el legado patrimonial, en estos casos, se ponen en duda y se consideran insuficientes para predecir y cubrir todos los posibles supuestos derivados de estas nuevas guerras, siendo el terrorismo la máxima representación de dicha asimetría, el verdadero foco de atención sobre el que versa este ensayo se encuentra en la aparición y participación de los actores no estatales en la destrucción patrimonial y más concretamente en la autofinanciación del Estado Islámico a través del tráfico ilícito de bienes culturales.

2. PATRIMONIO CULTURAL MATERIAL

2.1. CONCEPTO

En virtud del artículo 1 de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, de 1972, se considerará "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.

El patrimonio cultural, tanto sus formas materiales como inmateriales, conforma la identidad que caracteriza a cada pueblo, dotándolo de un valor excepcional que despierta el interés internacional en su protección, ya que como hace referencia la Convención de la Haya de 1954, cualquier menoscabo en estos bienes supone un agravio para el patrimonio cultural de toda la humanidad. El compromiso internacional en su protección queda plasmado en el artículo 6.1 de la Convención de 1972, en cuanto se hace referencia a que siempre bajo el respeto a la soberanía estatal de los territorios en los que se encuentre estos bienes considerados patrimonio universal, se reconoce el deber de la comunidad internacional de cooperar en la protección de los mismos.

2.2. AMENAZAS Y PROTECCIÓN

El deber internacional de conservación cobra especial relevancia ante los efectos devastadores en el patrimonio cultural ocasionados por los conflictos armados. Los riesgos de que se deterioren o destruyan este tipo de bienes irremplazables incrementa la preocupación de la comunidad internacional sobre la efectividad que poseen los mecanismos de protección ante las nuevas amenazas.

Actualmente existe un amplio marco jurídico internacional que se dedica a la protección de los bienes culturales, destacando la importancia que se deriva de la

Convención de la Haya de 1954 por ser la primera norma convencional que tiene por objeto específico la regulación de los bienes culturales²definiéndolos, por tanto, por primera vez en el ámbito internacional y distinguiendo dos tipos de protección para los mismos, destinando su Capítulo I a una protección general y el Capítulo II a una especial³. En cuanto a sus protocolos: el primero, de 14 de mayo de 1954, se encargar de establecer el destino de los bienes una vez terminan las hostilidades, arrojando luz sobre la restitución o exportación ilegal de un país a otro; y el segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999, intenta perfeccionar esta protección mediante el establecimiento, entre otras cosas, de la responsabilidad penal individual por destrucción de bienes culturales de especial importancia para la humanidad, estableciendo que cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar como delitos, con arreglo a la legislación nacional, las infracciones conforme a lo establecido en el artículo 15 de este Protocolo⁴.

El patrimonio cultural material durante los conflictos armados se expone a un gran número de peligros entre los que se encuentra la destrucción, deterioro o pérdida, intencionada o no, de áreas arqueológicas enteras, muchas de las cuales han sido declaradas como Patrimonio Cultural de la Humanidad por la UNESCO, lo cual alarma a la comunidad internacional por la gravedad de la pérdida que implican estos hechos. En los últimos años en relación a la salvaguarda de nuestra herencia cultural, los problemas que más han preocupado a la comunidad internacional conciernen a la destrucción deliberada de este patrimonio por parte de grupos terroristas y el aumento del tráfico ilícito de bienes culturales sustraídos durante los conflictos en Oriente Medio.

En la destrucción deliberada que realizan los grupos terroristas, destaca el resurgir de la iconoclasia, con objeto de destruir al enemigo por medio de la destrucción de su identidad. Esta destrucción de la identidad deriva de que los conflictos surgen del choque de culturas y ya no se combate por intereses como se hacía en las conocidas como Guerras de Primera Generación, ni por ideas como en las de Segunda Generación, sino que llega el turno del combate por la identidad. Mary Kaldor habla sobre que el principal desencadenante de las “nuevas guerras” es la identidad política. Con política de identidades se refiere “a la reivindicación del poder basada en una identidad concreta: nacional, de clan, religiosa o lingüística.”⁵ Joris D. Kila, a su vez, hace mención del análisis realizado por Bevan en *The Destruction of Memory* de “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”. Si eliminas las singularidades que definen a un pueblo y destruyes lo que conforma su memoria colectiva, es una manera de borrar su existencia de la historia⁶.

Otras de las amenazas existentes son los clásicos botines de guerra o las denominadas como antigüedades de sangre, concepto “que recoge aquellas piezas arqueológicas, mosaicos, vasijas, esculturas y demás obras de arte y piezas culturales expoliadas de museos y zonas de valor arqueológico de Oriente Medio por

² CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M. “La Protección Internacional de los Bienes Culturales en Tiempo de Guerra, Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional”, *Constitución y Leyes, COLEX*, 2005, pág. 97

³ MIRANDA GONÇALVES, R. “La Protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado”, *Revista Jurídica da Presidência*, Vol. 19, N° 118, 2017, pág. 248

⁴ MIRANDA GONÇALVES, R. (2017) *Op. Cit.* pág. 249

⁵ BARDOS NIETO, V. M. y DURAN CENIT, M. “Las “Nuevas Guerras”: Una Propuesta Metodológica para su Análisis”, *Revista UNISCI*, N° 38, 2015, pág. 13

⁶ KILA, JORIS D. “Protección de bienes culturales en conflictos armados”, *AFKAR /IDEAS*, N° 43, 2014, pág. 71

coleccionistas privados en subastas o por encargo, incluso algunos en paradero desconocido.”⁷

A pesar de ser depositario de la protección de bienes culturales, a veces, va a ser el propio ejército el que se vea involucrado negativamente en los acontecimientos. Un ejemplo se puede encontrar en la vulneración por parte de EEUU, con el desvalijamiento del museo de Bagdad (2003), del Segundo Protocolo de 1999 por el cual se prohíbe exportar bienes culturales de territorios ocupados y garantizar la devolución de los mismos⁸. Eso sumado a la utilización de lugares culturales como puntos clave estratégicos para el ejercicio de operaciones militares, lo cual facilita la aparición de daños colaterales. Entre la destrucción o deterioro de estas zonas reutilizadas para operaciones militares poseen especial relevancia los casos de Samarra en Irak⁹, donde destaca la destrucción de la “mezquita dorada” de Al Askari, o el caso de las ciudades sirias de Palmira, donde se usaban sus ruinas como localización desde la que lanzar misiles, y Aleppo donde la ventaja estratégica de su localización supuso que terminase en ruinas¹⁰.

2.3. LÍMITES EN LA PROTECCIÓN

A pesar de lo mencionado hasta ahora, y del resto de legislación existente, es preciso destacar la discutible efectividad de dichos instrumentos para la protección de los bienes culturales, derivada de la evolución que han experimentado los conflictos armados en la actualidad. La protección del patrimonio cultural en caso de conflicto se enfrenta a diferentes problemas, por ejemplo destaca la limitación que supone, que tanto la Convención de la Haya como sus protocolos solo sean vinculantes jurídicamente para aquellos Estados parte de los mismos, siendo por tanto su efectividad discutible a pesar de que se llegue a considerar, por su aplicación continuada, cierto valor consuetudinario a este instrumento.

Durante los conflictos armados, el patrimonio cultural puede ser víctima de daños colaterales derivados de la necesidad militar o víctimas de ataques o saqueos deliberados orquestados por actores no estatales. En este sentido, podemos observar como la legislación no llega a cubrir todos los supuestos posibles derivados de la asimetría y desestructuración que caracteriza a los conflictos actuales, pese a haber sido estos instrumentos, en su día y bajo el contexto derivado del final de la Segunda Guerra Mundial, de gran efectividad.

La máxima representación de la asimetría se encuentra en la figura del terrorismo, la cual ha supuesto un verdadero quebradero de cabeza a la hora de su regulación y en atención a la gravedad de la destrucción deliberada y pillaje, casi industrializado, de los bienes culturales que llevan a cabo estos actores no estatales. Las garantías de protección se ven mermadas ante la aparición en los conflictos de figuras que no forman parte oficial de los conflictos, como los insurrectos o rebeldes¹¹, o no son considerados como sujetos de derecho internacional como los terroristas o grupos de delincuencia organizada¹².

Fernández Hernández J. J. (2018) hace referencia a Joris D. Kila cuando menciona que:

La Convención de la Haya de 1954 se basa en antiguos tipos de guerra asimétrica entre combatientes oficiales. Las sanciones penales no son aplicables en caso de combatientes no oficiales, si bien hay mejoras que afectan a instrumentos que proporciona el derecho penal internacional para juzgar a individuos que han cometido crímenes (de guerra) contra bienes

⁷MATEO, M. “Antigüedades de sangre: el mercado del arte y la financiación del terrorismo islámico”, *Historia y Pensamiento, Revista cultural Ecos de Asia*, 13.02.2017. Recuperado de: <http://revistacultural.ecosdeasia.com/antiguedades-de-sangre-el-mercado-del-arte-y-la-financiacion-del-terrorismo-islamico/>

⁸ MIRANDA GONÇALVES, R. (2017) *Op. Cit.* pág. 252

⁹ KILA, JORIS D. (2014) *Op. Cit.* pág. 69

¹⁰ MIRANDA GONÇALVES, R. (2017) *Op. Cit.* pág. 252

¹¹ KILA, JORIS D. (2014) *Op. Cit.* pág. 79.

¹² MIRANDA GONÇALVES, R. (2017) *Op. Cit.* pág. 250.

culturales, se hace necesario imponer sanciones penales o disciplinarias a las personas (combatientes oficiales o no) que hayan ejecutado u ordenado que se lleve a cabo una contravención de la Convención (Artículo 28 de la Convención) y aplicar las normas de tipo penal contempladas en el Capítulo IV del Segundo Protocolo.¹³

Los daños colaterales derivados de la necesidad militar son objeto continuo de debate, porque resultan de un choque entre, la responsabilidad militar de proteger el patrimonio cultural de manera eficaz frente a la necesidad de emprender ataques contra objetivos militares legítimos. "Actualmente, la necesidad militar se considera una herramienta, del mismo modo que la protección de los bienes culturales, para alcanzar el objetivo de una misión."¹⁴

Para superar esta devastadora oleada de destrucción y expolio, que encuentra sus máximas en los conflictos de Oriente Medio, se requiere de una revisión de los instrumentos legales para adaptarlos a la situación actual, además es necesario fomentar la investigación y comunicación entre los equipos responsables de la protección, tanto los expertos culturales los cuales requieren de formación en materia de operaciones militares, como el ejército en materia de patrimonial. Es imperante la cooperación internacional destinada a la protección del patrimonio cultural en caso de conflicto y la necesidad de reforzar la implantación de medidas destinadas a la actuación preventiva en esta materia.

3. ESPECIAL REFERENCIA AL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

Según declara la Comisión Europea:

El tráfico de bienes culturales es la transferencia o la retención ilegales del patrimonio cultural, es decir, de objetos que posean valor artístico, histórico o arqueológico para un país determinado. El tráfico de bienes culturales puede darse por diversas circunstancias, desde robos menores hasta excavaciones furtivas o traslados de obras de arte en situaciones de conflicto armado. Sea cual sea el motivo, se trata de una de las principales formas de comercio delictivo, y los actuales mecanismos nacionales e internacionales no cuentan ni con el material ni con el apoyo necesarios para afrontar el problema.¹⁵

El tráfico ilícito de bienes culturales adquiere una renovada atención en los últimos años debido a los conflictos armados en Oriente Medio donde se produce un aumento alarmante de excavaciones ilegales, robos y saqueos en museos y yacimientos arqueológicos de gran valor cultural, donde llama especialmente la atención la utilización por parte de los grupos terroristas de esta práctica de expolio o pillaje para la posterior venta en el mercado negro de estos bienes y así financiar sus actividades. Junto al nivel de clandestinidad en el que opera, el tamaño de las redes de tráfico, el cruce de fronteras por el que se lleva a cabo y el destino al que se dirigen las ganancias obtenidas, parte de la problemática de este delito, como bien menciona Noguera Gracia, T. (2018) es que:

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, u la restitución, indemnización o retorno que disponen las normas internacionales no siempre resulta sencilla.¹⁶

3.1. ANTECEDENTES

¹³ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, J. J. "Protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado", *Cadernos de Dereito Actual*, N° 9, Núm. Ordinario, 2018, pág.101

¹⁴ KILA, JORIS D. (2014) *Op. Cit.* pág. 70

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA, CULTURA, Apoyar la cultura y la creatividad de Europa, *Culture Forum*: El tráfico de bienes culturales. Recuperado de: https://ec.europa.eu/culture/policy/culture-policies/trafficking_es

¹⁶ NOGUERA GRACIA, T. "Iconoclasia: Destrucción del Patrimonio y Narrativa en el Yihadismo", *Cadernos de Dereito Actual*, N° 10. Núm. Ordinario, 2018, pág. 14

Durante siglos ha sido una práctica clásica entre los combatientes tras un conflicto armado el hacerse con botines de guerra, y no es hasta que se produce la distinción legal entre objetivos militares y civiles que se comienza paulatinamente a perseguir estas actividades tan nocivas para el patrimonio cultural¹⁷. La protección concreta de los bienes culturales no aparece hasta que se empiezan, por tanto, a codificar las leyes y usos de la guerra a finales del siglo XIX.¹⁸ Y no fue hasta la Segunda Guerra Mundial, debido a sus devastadoras consecuencias en la destrucción de bienes culturales y el famoso robo de arte por los nazis, que se regulo expresamente, para afrontar este problema, la obligación internacional de restitución de bienes culturales. Según Fernández Hernández, J. J. (2018):

[...] con la entrada de las tropas estadounidenses en Alemania, y por lo que se refiere a la restitución de los bienes de carácter cultural que habían sido objeto de confiscación por el gobierno nazi, se estableció una regulación para el tratamiento de aquellos bienes hallados en Alemania. [...] La devolución de los bienes que pudieran ser identificables y que, en el momento de la ocupación del Estado invadido existieran. [...] Se prohibieron además, los negocios de cualquier tipo que tuvieran por objeto la transferencia de bienes situados en Alemania.¹⁹

Tras estos acontecimientos se comienza paulatinamente a regular expresamente sobre la protección patrimonial, dando lugar a la aparición del marco jurídico actual y favoreciendo al nacimiento de organizaciones tan importantes como es la UNESCO tras el final de la Segunda Guerra Mundial, fundada el 16 de noviembre de 1945, siendo clave su labor en la restitución de bienes culturales a su lugar de origen de haber sido sustraídos ilícitamente.

La idea de un control eficaz de este tráfico ilícito de bienes culturales parecía verse dificultada más adelante, a partir de 1993 con la desaparición de las fronteras interiores en la Unión Europea, según describe Fernández Hernández, J. J. (2018) este "hecho facilitaba el flujo ilegal intracomunitario de bienes culturales, así como la constitución de Estados miembros de tránsito desde los cuales dichos bienes pueden ser más fácilmente exportados hacia terceros Estados."²⁰ Ante esto se establece la Declaración general en el Acta Única Europea sobre los artículos 13 y 14, en virtud de la cual:

Ninguna de estas disposiciones afectará al derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de la inmigración de terceros países, así como con respecto a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, el tráfico de drogas y el tráfico de obras de arte y de antigüedades.

Pese a todos los avances en la materia quedaron como manifestaciones de fracaso en la protección del patrimonio cultural eventos como la guerra en los Balcanes o entre Iraq y EEUU, donde según palabras de Pignatelli y Meca, F. (2008) se hizo evidente "la insuficiencia de los instrumentos jurídico existentes en derecho internacional para prevenir los ataques y destrucción, la apropiación, el robo y el saqueo de los bienes culturales y el vandalismos obre ellos."²¹ Y hoy se puede repetir dicha afirmación, ya que los mecanismos de protección existentes fueron diseñados para una situación de conflicto entre Estados nación, las medidas de protección nacieron acordes con un contexto específico como fue el de la Segunda Guerra Mundial y por tanto difiere en gran medida de la realidad actual ya que el esquema que rige los conflicto hoy en día posee un fuerte carácter asimétrico que no es compatible con el cumplimiento eficaz del marco jurídico existente para la protección patrimonial y que se encuentra obsoleto, pese a su pasada efectividad.

¹⁷ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, J. J. (2018) *Op. Cit.* pág.102

¹⁸ PIGNATELLI Y MECA, F. "La protección de los bienes culturales en los conflictos armados", en Barraca de Ramos, P. (Ed.), *La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales: LctiBC*, Madrid: Ministerio de Cultura, 2008, pág. 131

¹⁹ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, J. J. (2018) *Op. Cit.* pág. 104

²⁰ *Ibid.*, pág. 105

²¹ PIGNATELLI Y MECA, F. (2008) *Op. Cit.* pág.132

3.2. ACTUALIDAD

Hoy en día uno de los problemas que requiere especial mención es el relacionado con el fuerte incremento del expolio, saqueo o pillaje arqueológico y artístico, siendo sus motivos diversos. El aumento de este delito deriva de razones político-financieras en su gran medida. Por un lado un gran número de yacimientos arqueológicos se encuentra en Estados que, bien no poseen suficientes recursos para una eficaz administración del patrimonio cultural o carecen de total interés en destinar fondos a la protección de estos bienes, lo que genera una situación de abandono de los mismos y una ausencia de vigilancia que deriva en una mayor facilidad en su acceso como botín de guerra²². Como menciona el Rúa Junquera, M. (2018) "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."²³

El saqueo está motivado principalmente por las ventajas económicas que genera, consecuencia de un mercado negro de antigüedades en auge, hoy en día muy presente como método de financiación del terrorismo, por lo que durante el curso de las hostilidades es utilizado también como estrategia para debilitar económicamente a la parte contraria.

3.2.1. Estado Islámico y la financiación del terrorismo

El Estado Islámico de Irak y el Levante, el Estado Islámico de Irak y Siria, EIIL, ISIS o Daesh, son los diferentes nombres que toma este grupo terrorista a partir de 2014, y que lleva operando desde entonces entre los territorios de Irak y Siria, siendo el 2019 el año en el que se declara oficialmente la pérdida de su control territorial. En estos años se ha cobrado incontables víctimas humanas, se ha caracterizado por la violencia en los medios y por la ola de destrucción a su paso de bienes culturales irremplazables, dotando estos actos de un nuevo sentido propagandístico sin precedentes hasta ahora.

A partir de junio de 2014, fecha de su autoproclamación, parte de las actuaciones del Estado Islámico se dirigieron inmediatamente a eliminar los bienes que conforman la memoria colectiva, más concretamente los ataques se focalizaron en lugares religiosos de las comunidades no suníes, por ejemplo, las mezquitas chiíes de Mosul y Tel Afar, la retirada de una estatua de la Virgen de una iglesia en Mosul, la destrucción del templo yazidí de las Tres Hermanas en Bashiqa o el templo kakai de Mazar Yad Gar en Hamdaniya²⁴.

Según Lizaranzu Perinat, M. T. (2016) el mensaje se convierte, por tanto en un golpe adicional a los exiliados, a los expertos en la protección y conservación del patrimonio y, en definitiva, a la comunidad internacional, que ve como desaparece una herencia común²⁵.

Estos comportamientos de destrucción bárbarica no son novedosos, existiendo numerosos precedentes históricos, en los cuales se buscaba la negación de la existencia del grupo contrario mediante la destrucción de su patrimonio cultural, eliminando su identidad y borrándolos de la línea histórica, lo que en palabras de Miranda Gonçalves, R. (2017):

El deseo aniquilador de todo vestigio de otra raza, etnia, religión, o cultura siempre ha sido un motivador muy real. La destrucción de la cultura de una

²² KILA, JORIS D. (2014) *Op. Cit.* pág. 68

²³ RÚA JUNQUERA, M. "La destrucción del patrimonio material y el Estado Islámico", *Cadernos de Dereito Actual*, N° 10. Núm. Ordinario, 2018, pág. 289

²⁴ ALDANONDO SALAVARRÍ, I. "Fanatismo religioso iconoclasta: La destrucción de los budas de Bamiyán", *AFDUAM*, N°19, 2015, pág. 429 Recuperado de: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/676295/AFDUAM_19_1_17.pdf?sequence=4

²⁵ LIZARANZU PERINAT, M. T. "El papel de la UNESCO en la protección del patrimonio en zonas de conflicto", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 42, 2016, pág.10. Recuperado de: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4960/documento/tribuna.pdf?id=6209>

parte de la población es una parte más de la destrucción de esa población y los bienes destruidos atacan directamente a toda la humanidad²⁶.

Lo que si va a presentar una novedad es que más allá de la pura destrucción, también van a encontrar una ventaja económica a través de la venta en el mercado negro de los bienes culturales expoliados, lo que supone una gran amenaza para el patrimonio de Oriente Medio además de una fuente de ingresos importantes para un grupo terrorista tan peligroso como es el Estado Islámico. Se considera que las ganancias que aporta el tráfico de piezas de arte, interfiere como uno de los factores económico que ayuda a perpetuar la continuidad de estos conflictos y ayuda en la consecución de una proyección internacional para el terrorismo yihadista²⁷.

En el caso de Siria, desde el comienzo de la guerra en el año 2011 "más de 3000 de los 15000 grande sitios arqueológicos del país fueron saqueados"²⁸. Este nuevo auge del expolio y venta ilegal de bienes culturales que persigue una finalidad puramente lucrativa supone una grave amenaza para todo el patrimonio arqueológico de las zonas que se encuentran bajo los efectos de conflictos armados, y precisamente tiene su razón de ser en gran medida por las nuevas características de estos conflictos. Miranda Gonçalves, R. (2017) hace referencia a 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.²⁹

Como se comentó anteriormente la gran dificultad reside no tanto en el expolio sino en la posterior venta, ya que los bienes salen de su área de procedencia y se mueven por diferentes rutas, atravesando Estados de tránsito para llegar finalmente a su destino donde se comercializan. Se sabe por lo general quienes son los encargados del pillaje en primera instancia, por ejemplo, en el caso del Estado Islámico son ellos los que poseen bajo su dominio los terrenos arqueológicos, pero lo más complicado para destapar estas tramas es establecer un vínculo a través de la procedencia del bien cultural que incrimine a los proveedores y compradores, es decir se debe establecer el origen del bien para poder determinarlo como antigüedad de sangre. Como hace referencia el Rúa Junquera, M. (2018) "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 transnacionales."³⁰

Por lo general, los entramados de estas redes de tráfico que toman provecho de la globalización son muy complicados tanto por el nivel de clandestinidad en el que se realiza el transporte de los bienes a través del cruce de numerosas fronteras, como por el uso de intermediarios en diferentes puntos del extranjero hasta que llegan a los proveedores y posteriormente a los compradores que en muchas ocasiones desconocen la exacta procedencia de los bienes o sobre su extracción ilegal, por ejemplo, el periódico ABC publicaba un artículo sobre un caso reciente donde "la organización utilizaba además una serie de sociedades interpuestas y falsificaba las facturas para conseguir opacidad de las operaciones irregulares."³¹

²⁶ MIRANDA GONÇALVES, R. (2017) *Op. Cit.* pág. 251

²⁷ NOGUERA GRACIA, T. (2018) *Op. Cit.* pág. 15

²⁸ PEZZINI, R. "Pillaje en Siria: las "antigüedades de sangre"", *Le Journal International*, 23.02.2017. Recuperado de: <http://www.lejournalinternational.info/es/pillage-syrie-financement-terrorisme-enquete-antiquites-sang/>

²⁹ MIRANDA GONÇALVES, R. (2017) *Op. Cit.* pág. 254

³⁰ RÚA JUNQUERA, M. (2018) *Op. Cit.* pág. 289

³¹ MUÑOZ, P. y MORCILLO, C. "Las rutas de las <<antigüedades de sangre>> de Daesh, al descubierto", *ABC España*, 13.05.2018. Recuperado de: https://www.abc.es/espana/abc-rutas-antigüedades-sangre-daesh-descubierto-201805130146_noticia.html

Por lo tanto, hay un primer comprador que paga a los terroristas y luego los bienes se trasladan a través de diversos intermediarios hasta llegar a su destino, terminando estas antigüedades de sangre por lo general en Europa y Estados Unidos. Según hace referencia Pezzini, R. (2017) en su artículo para *Le Journal International*: La organización terrorista detecta los puntos estratégicos intermediarios entre Siria y Europa. Así, contrabandistas del Estado Islámico traen la mercancía a ciudades como Beyrouth o el sur de Turquía. El objetivo es encontrar un cruce entre Oriente Medio y Europa, donde el espacio Schengen facilita enormemente la circulación [...] Cambio de propietarios, intercambio entre vendedores y restauradores, ausencia de papeles sobre el origen del producto, hacen que este mercado sea completamente opaco.³²

El rastreo de estas piezas supone todo un reto para la comunidad internacional, y según la Comisión Europea considera que parte de los problemas a los que se debe poner solución para poder proteger eficazmente el patrimonio cultural frente al tráfico ilícito son: primero, la incoherencia de la terminología y las definiciones jurídicas, concretamente entre leguas de la Unión Europea; segundo, discordancia entre las legislaciones de los estados miembros; y tercero, falta de información y datos sobre el tráfico de bienes culturales. La Comisión Europea en su *Culture Forum* sobre el tráfico de bienes culturales, concluye destacando que “es responsable de adoptar medidas para garantizar, por un lado, una sólida base real de la política, y, por otro, la posibilidad de establecer medidas eficaces para afrontar el problema de manera concertada con otras organizaciones internacionales.”³³

4. PREOCUPACIÓN INTERNACIONAL Y NECESIDAD DE COOPERACIÓN

Ante los alarmantes hechos, la preocupación de la comunidad internacional se tradujo en la Resolución 2199 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobada por 50 países en 2015, considerándose este año como nuevo “punto de inflexión” en la actitud internacional ante la salvaguarda del patrimonio cultural. Esta Resolución prohíbe el comercio de bienes culturales provenientes de Irak y Siria, y entre sus incorporaciones se encuentra expresamente una condena de la destrucción deliberada del patrimonio. Irina Bokova manifestaba que, de esta manera, se reconoce como el patrimonio cultural se encuentra en primera línea de los conflictos actuales y que debe ser situado en primera línea de las respuestas políticas y de seguridad a las crisis.

Entre estas medidas, es representativa la firma de un acuerdo entre Italia y la UNESCO, en febrero de 2016, para la creación del primer grupo de trabajo de emergencia para la cultura del mundo, “el Comando Carabinieri de Italia para la Protección del Patrimonio Cultural”, compuesto por expertos civiles y los carabinieri italianos, y dirigido por Fabrizio Parrullio.³⁴

El 24 de marzo de 2017 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprueba la Resolución 2347, que plasma de manera oficial los avances a los que se había llegado durante la conferencia internacional sobre protección del patrimonio cultural en tiempo de conflictos armados, de diciembre de 2016 en Abu Dhabi. Irina Bokova tras la adopción unánime de dicho texto, se dirigió a los miembros exponiendo que la destrucción del patrimonio cultural era un crimen de guerra y una táctica de guerra, y que defender ese patrimonio era un imperativo de seguridad. Desde Palmira hasta el Santuario de Mosul, los sitios de patrimonio cultural eran

³² PEZZINI, R. (23.02.2017) *Op. Cit.*

³³ COMISIÓN EUROPEA, CULTURA, Apoyar la cultura y la creatividad de Europa, *Culture Forum*: El tráfico de bienes culturales. Recuperado de: https://ec.europa.eu/culture/policy/culture-policies/trafficking_es

³⁴ NACIONES UNIDAS, Cobertura de Reuniones y Comunicaciones de Prensa, Consejo de Seguridad 7907º Reunión (24 de marzo de 2017). “El Consejo de Seguridad condena la destrucción, el contrabando de patrimonio cultural por grupos terroristas, adoptando por unanimidad la Resolución 2347 (2017)”. Recuperado de: <https://www.un.org/press/en/2017/sc12764.doc.htm>

símbolos de unidad, testimonios del dialogo de culturas que siempre habían existido, recalcando que los extremistas violentos lo saben y por eso tratan de destruirlo.

La Resolución 2347, busca reforzar la cooperación internacional y el marco legal y normativo internacional destinado a impedir la destrucción deliberada de bienes culturales y la financiación de los grupos terroristas a través de la excavación ilegal, saqueo y contrabando de bienes procedentes de sitios arqueológicos, museos, bibliotecas y archivos:

Enfatizando que la destrucción ilegal del patrimonio cultural, el saqueo y el contrabando de bienes culturales en caso de conflictos armados, en particular por parte de grupos terroristas, y el intento de negar las raíces históricas y la diversidad cultural en este contexto pueden alimentar y exacerbar el conflicto y obstaculizar la reconciliación nacional posterior al conflicto, que socava la seguridad, la estabilidad, la gobernanza y el desarrollo social, económico y cultural de los estados afectados.³⁵

Por último, cabe mencionar entre estos avances históricos el compromiso internacional, que se alcanza durante lo que se conoce como “el G7 de la cultura”, el 30 y 31 marzo de 2017 en Florencia, para la creación de los “Casos Azules de la Cultura”, cuerpo dependiente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que se dedicará en exclusiva a la protección de los bienes culturales en tiempo de guerra. Se adopta así la Declaración de Florencia, texto que condena la destrucción del patrimonio cultura y exige un mayor esfuerzo por parte de la comunidad internacional para luchar contra el tráfico ilegal de bienes culturales, del que sacan su mayor tajada los grupos terroristas y la delincuencia organizada.

También considero representativo añadir una clara manifestación de los avances sobre el terreno que se están realizando en esta materia, en concreto un reciente caso que según describe Suárez-Mansilla, M. (2018) en 2018 la Policía Nacional española llevo a cabo una detención en Barcelona por:

Presunta participación en una red de comercialización de antigüedades procedentes de Libia que servía para financiar al DAESH. Se trata de la primera operación policial en el a que se demuestra la financiación directa del grupo terrorista mediante el expolio de piezas arqueológicas, a pesar de que existían fundadas sospechas para creer que se trataba de una fuente de ingresos habitual desde el comienzo de su actividad, a medida que iban controlando nuevos territorios.³⁶

5. CONCLUSIONES

Buscar justicia internacional en un sistema avejentado que no está a la altura de las exigencias y no tiene capacidad de respuesta eficaz ante las demandas de protección actuales, supone sin duda todo un reto y lo primero que se requiere es reevaluar la importancia que tiene y debe tener esta materia en la agenda internacional frente a muchos otros problemas a los que se enfrenta la comunidad internacional cada día, y calibrar, a partir de ahí, cuales son las medidas más eficaces de acuerdo con los recursos y la financiación que se obtenga.

³⁵S/RES/2347 (2017). Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/mandates_on_trafficking_in_cultural_property/resolution_2347/N1707909_S.pdf

³⁶ SUÁREZ-MANSILLA, M. “Antigüedades de sangre: la conexión entre tráfico de bienes culturales y terrorismo”, *Artworldlaw*, 22.05.2018. Recuperado de: <http://artworldlaw.com/es/antiguedades-de-sangre-la-conexion-entre-trafico-de-bienes-culturales-y-terrorismo/>

Dada la magnitud del problema y su carácter transnacional considero que la estrategia a seguir debe regirse atendiendo a los mismos tres principios en los que se organizan las estrategias, por ejemplo, en la lucha contra el terrorismo yihadista y para la lucha contra algunas actividades que realiza el crimen organizado, como es el trata de personas. En los casos anteriores se lleva a cabo la que se conoce como estrategia de las 3Ps, prevenir, perseguir y proteger, y considero que destinando en igual medida tiempo y recursos a cada una se aumentaría en gran medida la eficacia en la protección del patrimonio cultural, reduciendo consecuentemente la capacidad de actividades derivadas, como es la autofinanciación de un grupo terrorista a partir del tráfico ilegal de bienes culturales.

Tras varios años de conflicto, a día de hoy somos testigos de las consecuencias que supone la falta de una actuación a tiempo, porque pese a que la comunidad internacional se haya puesto las pilas en esta materia, como he dejado patente anteriormente, entristece que haya sido necesario experimentar primero una oleada de destrucción y pérdida de tal envergadura para que se empezasen a tomar medidas realmente eficaces. Siendo en muchos casos irreparable el daño ya producido, es reconfortante saber al menos de la existencia de varios movimientos que se han organizado tras dichos eventos para ayudar con la reconstrucción de monumentos, recuperación de la memoria histórica material y a través de la restitución de los bienes culturales sustraídos ilícitamente.

Mediante la información y educación social sobre la materia que ayude así a la comprensión y una mayor involucración civil tanto del saqueador como del comprador, junto al apoyo internacional y el aumento de la aportación financiera destinada a prevenir desde un primer momento que se produzcan estos sucesos, se podría poner freno a una práctica como la del expolio o pillaje en estas áreas arqueológicas y a su posterior venta, ayudando a detener la autofinanciación de grupos armados no estatales que destinan esas ganancias a la perpetuación de conflictos terribles o a la realización de actos terroristas por todo el mundo.

Es preciso demostrar que, a veces, las tragedias de este calibre trascienden con un efecto contrario, como es el caso de unir a la población a la hora de encontrar soluciones, buscando romper así, de una vez por todas, con las intenciones que poseía el Estado Islámico mediante la destrucción patrimonial y el saqueo masivo de alimentar una violencia sectaria entre comunidades.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALDANONDO SALAVARRÍ, I. "Fanatismo religioso iconoclasta: La destrucción de los budas de Bamiyán", *AFDUAM*, N°19, 2015, págs. 421- 437. Recuperado de: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/676295/AFDUAM_19_1_17.pdf?sequence=4
- BARDOS NIETO, V. M. y DURAN CENIT, M. "Las "Nuevas Guerras": Una Propuesta Metodológica para su Análisis", *Revista UNISCI*, N° 38, 2015.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M. "La Protección Internacional de los Bienes Culturales en Tiempo de Guerra, Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional", *Constitución y Leyes*, *COLEX*, 2005.
- COMISIÓN EUROPEA, CULTURA, Apoyar la cultura y la creatividad de Europa, Culture Forum: El tráfico de bienes culturales. Recuperado de: https://ec.europa.eu/culture/policy/culture-policies/trafficking_es
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, J. J. "Protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado", *Cadernos de Derecho Actual*, N° 9, Núm. Ordinario, 2018, págs. 97-105.
- KILA, JORIS D. "Protección de bienes culturales en conflictos armados", *AFKAR /IDEAS*, N° 43, 2014, págs. 68-71.
- LIZARANZU PERINAT, M. T. "El papel de la UNESCO en la protección del patrimonio en zonas de conflicto", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 42, 2016, págs. 07-16. Recuperado de:

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4960/documento/tribuna.pdf?id=6209>

MATEO, M. "Antigüedades de sangre: el mercado del arte y la financiación del terrorismo islámico", *Historia y Pensamiento, Revista cultural Ecos de Asia*, 13.02.2017. Recuperado de:

<http://revistacultural.ecosdeasia.com/antiguedades-de-sangre-el-mercado-del-arte-y-la-financiacion-del-terrorismo-islamico/>

MIRANDA GONÇALVES, R. "La Protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado", *Revista Jurídica da Presidencia*, Vol. 19, N° 118, 2017, págs. 244-256.

MUÑOZ, P. y MORCILLO, C. "Las rutas de las <<antigüedades de sangre>> de Daesh, al descubierto", *ABC España*, 13.05.2018. Recuperado de: https://www.abc.es/espana/abci-rutas-antiguedades-sangre-daesh-descubierto-201805130146_noticia.html

NACIONES UNIDAS, Cobertura de Reuniones y Comunicaciones de Prensa, Consejo de Seguridad 7907° Reunión (24 de marzo de 2017). "El Consejo de Seguridad condena la destrucción, el contrabando de patrimonio cultural por grupos terroristas, adoptando por unanimidad la Resolución 2347 (2017)". Recuperado de: <https://www.un.org/press/en/2017/sc12764.doc.htm>

NOGUERA GRACIA, T. "Iconoclasia: Destrucción del Patrimonio y Narrativa en el Yihadismo", *Cadernos de Derecho Actual*, N° 10. Núm. Ordinario, 2018, págs. 09-17.

PEZZINI, R. "Pillaje en Siria: las "antigüedades de sangre"", *Le Journal International*, 23.02.2017. Recuperado de:

<http://www.lejournalinternational.info/es/pillage-syrie-financement-terrorisme-enquete-antiquites-sang/>

PIGNATELLI Y MECA, F. "La protección de los bienes culturales en los conflictos armados", en Barraca de Ramos, P. (Ed.), *La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales: LctiBC*, Madrid: Ministerio de Cultura, 2008, págs. 131-150.

RÚA JUNQUERA, M. "La destrucción del patrimonio material y el Estado Islámico", *Cadernos de Derecho Actual*, N° 10. Núm. Ordinario, 2018, págs. 281-291.

S/RES/2347 (2017). Recuperado de:

https://www.unodc.org/documents/organized-crime/mandates_on_trafficking_in_cultural_property/resolution_2347/N1707909_S.pdf

SUÁREZ-MANSILLA, M. "Antigüedades de sangre: la conexión entre tráfico de bienes culturales y terrorismo", *Artworldlaw*, 22.05.2018. Recuperado de:

<http://artworldlaw.com/es/antiguedades-de-sangre-la-conexion-entre-trafico-de-bienes-culturales-y-terrorismo/>

Estado e diversidade lingüística

State and linguistic diversity

Anxo García Ferreiro¹

Universidade de Santiago de Compostela

Sumario: I. Introducción. II. A diversidade lingüística e a súa progresiva diminución. III. O recoñecemento oficial da diversidade lingüística. 3.1 – A evolución da política lingüística. 3.2 – Os poderes públicos e as linguas 3.3 – As relacións entre o Estado e as linguas dende o punto de vista da oficialidade IV. A articulación da convivencia lingüística en Estados plurilingües 4.1 – África. 4.2 – América. 4.3 – Asia. 4.4 – Europa. 4.5 – Oceanía. V. Iniciativas a nivel supraestatal para a pervivencia da diversidade lingüística. VI. Conclusión.

Resumo: Factores de índole social, cultural, demográfico, económico ou político determinan a supervivencia ou extinción dos idiomas pero especialmente estes últimos tiveron unha influencia transcendental na configuración do mapa lingüístico dos últimos séculos. Podemos constatar que apenas existen traballos que sistematicen a situación legal das linguas a nivel global senón que esa información se atopa dispersa en incontables obras e artigos que establecen marcos teóricos aplicables só a un Estado ou unha rexión concreta na maioría dos casos. Por este motivo, nas vindeiras liñas propoñeremos un marco teórico alternativo que axude a clasificar aos estados en función da súa relación coa diversidade lingüística dende o punto de vista da oficialidade e analizaremos algúns exemplos destacados que nos permitirán comprobar que podemos atopar practicamente todas as posibilidades lóxicas ao respecto do recoñecemento dunha ou máis linguas coma oficiais, tanto a nivel estatal como a nivel rexional ou local.

Palabras chave: diversidade lingüística, plurilingüismo, estado, lingua oficial, reparto competencial.

Abstract: Social, cultural, demographic, economic or political factors determine the survival or extinction of languages. Especially the politic factors have had a transcendental influence on the configuration of the linguistic map of recent centuries. We can verify that there are hardly any works that systematize the legal situation of languages at a global level, but that information is dispersed in innumerable works and articles that establish theoretical frameworks applicable only to a specific State or region in most cases. For this reason, in the following lines we will propose an alternative theoretical framework that will help us to classify the states according to their relationship with linguistic diversity and we will analyze some outstanding examples that will allow us to verify that we can find practically all the

¹ Licenciado en Dereito pola Universidade de Santiago de Compostela e máster en Estudos Internacionais e en Profesorado. Membro do Ilustre Colexio de Avogados de Madrid dende 2016 e da Asociación Española de Dereito Aeronáutico e Espacial dende 2018. Durante os últimos anos desenvolveu a súa carreira profesional como avogado especialista no sector do dereito aeronáutico, dedicándose paralelamente á investigación e á publicación de diversos artigos e obras relacionados coa materia. Contacto. <https://es.linkedin.com/in/anxogarciaferreiro/es>.

logical possibilities with respect to the recognition of one or more languages as official, both at the state level and at the regional or local level.

Key words: linguistic diversity, multilingualism, state, official language, competence distribution.

I. Introducción

É por todos coñecido que o desenvolvemento das diferentes linguas do mundo non é idéntico senón que este está condicionado por factores de índole social, cultural, demográfico, económico ou político. Especialmente estes últimos tiveron unha influencia transcendental na configuración do mapa lingüístico dos últimos séculos, fundamentalmente tralo xurdimento do Estado como entidade xurídica, e como consecuencia deles a diversidade lingüística que durante séculos se constituíu arredor dos diferentes pobos e comunidades foi esmorecendo.

Nas últimas décadas, diferentes estados e organismos de carácter internacional están a tomar conciencia da riqueza que supón o mantemento da diversidade lingüística e dos beneficios que as políticas que perseguen estes obxectivos xeran, non só nas comunidades implicadas senón tamén no resto da sociedade, reforzando a convivencia mutua e a paz social.

II. A diversidade lingüística e a súa progresiva diminución

Aínda que é moi dificultoso dar unha cifra exacta, calcúlase que no mundo se falan actualmente entre 6000 e 7000 linguas². En proporción, os continentes que máis linguas aglutinan son Asia, cun 32% do total, e África, cun 30%, seguidas de lonxe por Oceanía (18,5%), América (15%) e Europa (4%). En canto aos Estados, Papúa Nova Guinea constitúese como o país que alberga unha maior cantidade de linguas, contabilizándose unhas 840, seguido por Indonesia (710), Nixeria (524), India (453) e os Estados Unidos (335)³.

Do total de linguas faladas na actualidade, aproximadamente un terzo atópanse seriamente ameazadas; arredor de 1000 delas teñen unicamente entre 100 e 1000 falantes e máis de 400 teñen un número inferior aos 100 falantes. No lado contrario, os falantes nativos de 23 linguas contabilizan máis da metade da poboación mundial⁴.

Tomando en consideración os anteriores datos, resulta evidente que en moitos territorios do planeta convivirán dúas ou máis linguas e que existirá unha relación entre elas, nalgúns casos de igualdade (o que se coñece como contacto de linguas) e noutros de conflito. Na maioría das ocasións é esta última a relación que se manifesta entre as linguas, o que se coñece coma conflito lingüístico, que dende a nosa óptica se pode definir como unha situación de asimetría entre dúas ou máis linguas que comparten un mesmo territorio de tal xeito que a lingua dominante paulatinamente se impón e despraza a lingua dominada, creando unha situación de tensión nos falantes desta última.

Nos casos en que dúas ou máis linguas conviven nun mesmo territorio, a intervención consciente e explícita no seu uso e estrutura vai ser unha constante da historia humana. En palabras de Tovar Llorente, as linguas "son o resultado da vida natural dunha tribo ou pobo, ou poden dun modo repentino cambiar e fixarse por

² NACIÓNS UNIDAS. *La situación de los pueblos indígenas del mundo*. Departamento de Información Pública, 2010.

³ EBERHARD, David M., SIMONS, Gary F., E FENNING, Charles D. (eds.). (2019). *Ethnologue: Languages of the World*. 22ª Edición. SIL International, Dallas, 2019. Fonte: <http://www.ethnologue.com>.

⁴ *Ibíd.*

obra dun poeta, un político ou un reformador”⁵. A anterior frase permite comprender dun xeito sinxelo o importante papel que o poder político vai a xogar no control de variables fundamentais no contexto dos grupos humanos e, por ende, tamén da súa actividade lingüística.

Os principios e as políticas que os órganos de poder dos Estados ou das rexións plurilingües adoptan, repercuten de maneira salientable na situación sociolingüística das diferentes comunidades que conviven no seu interior. Se ademais existe unha desigualdade demográfica ou socioeconómica evidente entre as devanditas comunidades, a adopción ou a non adopción de medidas en materia lingüística por parte do poder político pode xogar un papel decisivo na supervivencia ou extinción das linguas que teñen un carácter minoritario (empregadas por un pequeno número de falantes) ou que se atopan minorizadas (pese a ser maioritarias en número de falantes, non chegan a desenvolver as mesmas funcións ou rexistros que as outras linguas coas que comparten territorio e que teñen un carácter dominante).

Cando o plurilingüismo carece de recoñecemento oficial ou as medidas adoptadas para garantir a igualdade entre as linguas involucradas son insuficientes, a lingua maioritaria ou maiorizada⁶ rematará por impoñerse inexorablemente nun proceso que atraerá en primeiro lugar problemas de fragmentación social e xeográfica a nivel interno, deseguido a retracción no desenvolvemento das funcións sociais e da estrutura da súa lingua e finalmente o seu abandono en beneficio da lingua maioritaria ou maiorizada⁷.

Esta problemática non é nova, senón que xurdiu fundamentalmente coa formación dos Estados nacionais no século XIX⁸ e a xeneralización deste modelo de organización política. Os novos Estados fundamentáronse ideoloxicamente sobre a necesaria congruencia que debía de existir entre a unidade nacional e a unidade política, provocando un proceso de asimilación cultural das diferentes comunidades presentes no territorio que se expandiu tamén ao dominio da lingua. Así, só unha lingua ostenta a condición de lingua nacional lexítima e representativa do Estado, apoiada e reforzada por un sistema administrativo e educativo comúns, de xeito que pasa a colocarse nunha posición dominante respecto do resto de linguas vernáculas que sofren unha situación de minorización.

A expansión colonial tamén debilitou e destruíu gran parte dos coñecementos tradicionais das diferentes comunidades indíxenas asentadas nos territorios obxecto de colonización, incluíndo en moitos casos as súas linguas, ao impoñérselles os coñecementos e as linguas dos propios colonizadores europeos. Tralo proceso de descolonización, os novos estados resultantes adoptaron en moitas ocasións e de forma mimética o modelo de Estado nacional decimonónico declarando en moitos casos como oficiais as linguas dos colonizadores europeos e relevando a un segundo plano as linguas autóctonas ata tal punto que o inglés, o español, o francés e o

⁵ TOVAR LLORENTE, Antonio. *Universidad y educación de masas (ensayo sobre el porvenir de España)*, Ariel. Barcelona, 1968. p. 7.

⁶ Unha lingua pode ser minoritaria nun territorio e, porén, atoparse maiorizada. Un exemplo disto atopámolo en Paquistán, onde o urdu ostenta a condición de lingua oficial do país pese a ser a quinta en número de falantes (aproximadamente uns 10 millóns).

⁷ BASTARDAS, Albert; BOIX, Emili. *¿Un Estado, una lengua? La organización política de la diversidad lingüística*. Ediciones Octaedro. Barcelona, 1994.

⁸ PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Política, Estado y Derecho*. Ed. Cóllex. Madrid, 2008. p. 197.

portugués son actualmente as linguas oficiais da maior parte dos estados de América e de África, así coma de importantes zonas de Asia e do Pacífico⁹ ¹⁰.

Os factores económicos, sociais, culturais e demográficos tamén inciden de maneira especial na progresiva diminución da diversidade lingüística pero non cabe ningunha dúbida acerca de que os factores políticos contribuíron e seguen a contribuir de maneira decisiva ao agravamento deste problema. Na actualidade, cerca do 90% dos idiomas atópanse en risco de desaparición nos próximos cen anos e aínda que algúns pobos indíxenas están a lograr a revitalización das súas linguas, na maioría dos casos a situación de desaparición é practicamente irreversible ao non lograr transmitirse dunha xeración á seguinte¹¹. Igualmente, son moitos os gobernos que xa tomaron conciencia desta problemática pero a pesares diso, os poucos recursos que se dedican van destinados a deixar constancia da existencia das devanditas linguas e só unha pequena parte se destina á elaboración de programas de revitalización.

Por todo o exposto, o estudo de casos concretos nos que se produza unha convivencia en igualdade de condicións de diferentes comunidades lingüísticas dentro dunha única estrutura política resulta de grande interese, máxime nun momento histórico caracterizado pola progresiva superación do Estado-nación decimonónico e a aparición de novos actores políticos de gran relevancia como as organizacións internacionais de integración (a Unión Europea, o Mercosur, a ASEAN, a Comunidade Andina, etc.). Estas organizacións cada vez asumen maiores competencias, algunhas das cales gardan estreita relación coa promoción e protección da diversidade étnica, cultural e lingüística.

III. O recoñecemento oficial da diversidade lingüística

O elevado número de linguas existentes contrasta coa cifra de Estados ou territorios soberanos ou con réximes xurídicos especiais. Polo exposto, podemos determinar que a relación entre o Estado e as linguas dista moito de ser biunívoca, sendo practicamente norma xeral, e salvo contadas excepcións, que dentro de cada un deles se fale máis dunha lingua¹².

Ao anterior hai que engadir tamén que, segundo McArthur¹³, dos 232 territorios nos que o autor divide o planeta¹⁴, e sen ter en conta os casos en que se producen solapamentos, o inglés, español, francés e portugués teñen unha importancia especial en 183 deles, ben porque ostentan a categoría de lingua oficial

⁹ En numerosas ocasións, os novos estados manteñen a lingua dos colonizadores como interlingua, especialmente cando dentro das súas fronteiras se empregan habitualmente un gran número de linguas autóctonas, co que resulta conflictivo determinar a utilización dunha ou de outra con carácter xeral por parte das institucións. É o caso da India, onde os estados onde non se fala o hindí deciden empregar o inglés nas súas comunicacións co goberno federal ou o caso de Mozambique, que mantén o portugués coma lingua oficial aínda que o seu número de falantes é moi inferior ao de outras das linguas propias do país.

¹⁰ CRYSTAL, David. *English as a global language*. Cambridge University Press. Cambridge, 1997. p. 4.

¹¹ Como sucede, por exemplo, cunha gran parte das linguas indíxenas de América (o euchee, o pirahã, o hupa, o karuk, o wintu, etc.) ou da rexión de Asia-Pacífico (o pyu, o sulka, o yuri, etc.) cuxos falantes se contan por decenas.

¹² Facemos sempre referencia a linguas empregadas nun territorio ou Estado por nativos. Polo tanto, non se teñen en consideración as linguas que sexan levadas a un territorio por emigrantes.

¹³ MCARTHUR, Tom. *The English Languages*. Cambridge University Press. Cambridge, 1998. p. 54.

¹⁴ Estados e territorios soberanos ou con réximes xurídicos especiais.

de iure ou *de facto*, de lingua cooficial ou teñen un gran peso específico¹⁵. Únicamente os 49 territorios restantes se manterían ao marxe desta preponderancia lingüística.

As linguas que comparten un estatus de oficialidade ou de cooficialidade nos Estados ou nas súas rexións autónomas¹⁶ apenas alcanza ao 5% de todos os idiomas do planeta, aínda que cada vez son máis os Estados que recoñecen como linguas oficiais a todas ou varias das linguas do seu territorio, ben a nivel estatal ou rexional¹⁷.

En definitiva, a porcentaxe de linguas faladas que gozan de recoñecemento oficial por parte dos gobernos ou entidades rexionais e locais é ínfima, xa que o plurilingüismo institucionalizado en moitos casos é visto como unha ameaza dende o punto de vista da identidade nacional¹⁸. Por este motivo, son poucos os Estados que outorgan dereitos de igualdade ás minorías lingüísticas, véndose en ocasións as persoas que os conforman forzadas a converterse en bilingües na lingua dominante. Isto, co paso das xeracións, e tal e como xa analizamos, implica a progresiva desaparición da lingua vernácula.

3.1 – A evolución da política lingüística.

Cando falamos de política lingüística estamos a facer referencia ao conxunto de ideas, normativas e prácticas que se dirixen a regular os comportamentos lingüísticos dunha sociedade ou dun grupo social.

Os poderes públicos dos Estados e rexións plurilingües atópanse con problemáticas similares á hora de planificar a súa política lingüística como pode ser a xestión dos servizos públicos en diferentes linguas oficiais por medio da tradución e interpretación, a revitalización ou apoio de linguas minoritarias cuxo emprego diminúe progresivamente, etc.¹⁹. Neste sentido, o xeito de abordar as mesmas non se mantivo estático ao longo dos anos senón que foi evolucionando paulatinamente; así, dende o final da segunda Guerra Mundial e a nivel global, podemos delimitar tres tendencias ou etapas no desenvolvemento da política lingüística por parte dos poderes públicos dos diferentes Estados²⁰:

A primeira das etapas podemos situala arredor dos anos sesenta, nun contexto de descolonización e xurdimento de novas nación en Asia e África. Caracterízase polo establecemento e consolidación dunha única lingua oficial para o Estado que facilitase a unificación, a modernización e a eficiencia lingüística. A devandita lingua, tal e como xa se explicou, en moitas ocasións é a que trouxeron os colonizadores europeos, establecéndose con independencia do contexto ecolóxico e

¹⁵ En concreto, o inglés tería algún tipo de recoñecemento en 112 territorios, o francés en 54, o español en 27 e o portugués en 12.

¹⁶ No sucesivo entenderase como rexión ou entidade rexional toda unidade territorial inferior ao Estado dotada de competencias de xestión propias e con independencia do seu réxime xurídico: länder (Alemaña), estados federados (EUA, Canadá, etc.), provincias (Arxentina), autonomías (España), cantóns (Suíza), repúblicas, óblasts ou krajs (Rusia), etc.

¹⁷ MARTI, Félix; AMORRORTU, Estibaliz; BARREÑA, Andoni; URANGA, Belen; JUNYENT, Carme; IDIAZABAL, Itziar; JUARISTA, Patxi; ORTEGA, Paul. *Palabras y mundos. Informe sobre las lenguas del mundo*. Icaria Editorial. Barcelona, 2006. p. 140.

¹⁸ ERIKSEN, Thomas "Linguistic Hegemony and Minority Resistance" en *Journal of Peace Research*, vol. 29, núm. 3, 1992. pp. 313-332.

¹⁹ GONZÁLEZ NÚÑEZ, Gabriel; MEYLAERTS, Reine. *Translation and Public Policy: Interdisciplinary Perspectives and Case Studies*. Ed. Routledge. New York, 2017. p. 84.

²⁰ RICENTO, Thomas. "Historical and Theoretical Perspectives in Language Policy and Planning" en *Journal of Sociolinguistics* 4(2):196 – 213, 2000.

sociohistórico do territorio no que se implantaba²¹. Esta circunstancia xa se produciu trala descolonización dos Estados americanos, coa diferenza de que en África se oficializaron algúns dos idiomas propios mentres que en América ningún país o fixo ata tempos moi recentes.

A segunda das etapas abrangue dende os anos sesenta ata comezos dos oitenta e caracterizouse polo xurdimento de novos discursos dende a sociolingüística crítica sobre o fracaso da modernización lingüística e o tratamento igualitario entre linguas. Estes discursos toman conciencia da complexidade das tarefas que se derivan da planificación e a política lingüística e comprenden que o comportamento lingüístico non só se ve motivado ou influído por forzas económicas ou políticas senón sobre todo polas actitudes e crenzas das comunidades de fala e dos seus falantes²².

A terceira das etapas comeza entre finais dos anos oitenta e principios dos noventa, nun contexto de nova orde mundial, migracións masivas, diseminación dunha cultura global e globalización do capitalismo. Xorde neste momento un enfoque ecolóxico das linguas que trata de promover o plurilingüismo, a aprendizaxe de linguas estranxeiras e a concesión de dereitos lingüísticos aos falantes de todas as linguas e todo iso tomando como base as consecuencias do estatus de determinados idiomas maioritarios sobre outras minoritarios e os efectos ideolóxicos e discursivos da difusión do inglés como lingua franca²³.

Como se pode observar, as relacións entre os poderes públicos e os idiomas foron evolucionando nas últimas décadas dende posicións de corte monolingüista ata a necesidade de recoñecer e outorgar protección, en maior ou menor medida, á diversidade lingüística. Con todo, existen notables excepcións a esta tendencia por parte dalgúns estados nos que se percibe unha regresión dende posicións de corte plurilingüista ata outras de carácter monolingüista e que analizaremos en liñas posteriores.

O certo é que no conxunto dos Estados podemos atopar practicamente todas as posibilidades lóxicas ao respecto do recoñecemento dunha ou máis linguas coma oficiais, tanto a nivel estatal como a nivel rexional ou local.

3.2 - Os poderes públicos e as linguas

Para entender de maneira máis axeitada a relación que existe entre os poderes públicos e as linguas, resulta fundamental determinar como paso previo cal é a forma de Estado, é dicir, cómo se organiza ou se articula territorialmente o mesmo²⁴, e en segundo lugar, cal é a entidade que ostenta a competencia sobre a materia e que, polo tanto, vai ter capacidade de decisión á hora de determinar o estatus legal de cada idioma e de adoptar políticas en materia lingüística (medidas de promoción, protección, dereitos, etc).

O reparto competencial na maioría dos Estados ven regulado en termos xerais na súa Constitución ou nas normas de maior rango dentro do seu ordenamento xurídico cando esta non existe e complementábase por medio de outras normas de desenvolvemento. En función do que se determine na normativa sinalada, as competencias relativas á política lingüística poden estar asumidas en exclusividade polo propio Estado, poden ser compartidas entre o Estado e as rexións, poden estar asumidas en exclusividade polas rexións, poden estar asignadas a entes de carácter local, etc.

²¹ FANDIÑO PARRA, Yamith José; BERMÚDEZ JIMÉNEZ, Jenny Raquel. "Planificación y política lingüística en Colombia desde el plurilingüismo. En Defensa de las Humanidades" en *Revista de la Universidad de la Salle*, n°. 69, Bogotá, 2016. p. 142.

²² FANDIÑO PARRA, Yamith José; BERMÚDEZ JIMÉNEZ, Jenny Raquel. *Op. cit.* p. 143

²³ *Ibid.*

²⁴ Pódese dicir que existen tantas formas político-territoriais coma estados pero, a modo de síntese e partindo do modelo de maior centralización, o Estado pode ser unitario centralizado, unitario descentralizado (administrativamente ou políticamente), federal cooperativo, federal dual ou confederal. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Op. cit.* p. 269.

As posibilidades son tantas como número de Estados existen pero, en calquera caso, a administración que asume a titularidade da devandita competencia estará facultada para exercer a política lingüística que considere do seu interese respecto das linguas que se falan (ou non)²⁵ dentro do seu territorio. Polo exposto, determinamos catro rangos nos que se pode clasificar unha lingua en función da maior ou menor relación que esta garda cos poderes públicos:

- **Lingua oficial.** A declaración dunha lingua coma oficial do Estado, rexión ou territorio outórgalle a máis alta protección ao permitírselle a esa lingua o desenvolvemento de todas as súas funcións, sen excepción e en todos os ámbitos da vida pública. En liñas xerais, consideramos que a oficialidade implica o emprego corrente desa lingua nas relacións entre a administración correspondente e os administrados, en todos os instrumentos legais, decisións, contratos e demais actos emanados do Estado, rexión ou territorio e, por extensión, nos seus territorios ou áreas administrativas directas, así coma nos actos de goberno, na administración de xustiza, no ensino público con carácter vehicular, etc. Un exemplo disto atopámolo co francés en Francia e Senegal ou o guaraní en Paraguai. Con carácter xeral, o Estado ou rexión declaran expresamente a oficialidade dunha lingua por medio dun instrumento legal (oficialidade *de iure*) pero non é infrecuente que non se determine a oficialidade de ningunha lingua. Aínda que o Estado non conte cunha lingua oficial *de iure*, sempre existirá *de facto* unha ou varias ás que se lle outorguen as anteriores funcións e que serán consideradas coma oficiais *de facto* por ser obxecto de uso habitual por parte das súas institucións. Sería o suposto do Reino Unido, o cal non estableceu a oficialidade de ningunha lingua, se ben o inglés ostentaría *de facto* esa categoría²⁶, Eritrea, que declara a igualdade de todas as súas linguas pero sen establecer a oficialidade de ningunha, a Arxentina, Dinamarca, China ou os Estados Unidos entre moitos outros.
- **Lingua con recoñecemento legal:** O idioma goza de certo grao de protección, maior ou menor en función do que se determine na normativa aplicable, pero sen chegar a desenvolver plenamente todas as súas funcións. Con carácter xeral, o recoñecemento legal implica actuacións destinadas á promoción do emprego da lingua, ao fomento da súa difusión nos medios de comunicación públicos e privados, á súa ensinanza na escola (habitualmente con carácter optativo) ou á protección, respecto ou tutela no seu ámbito territorial, etc²⁷. pero sen chegar a ser unha lingua de comunicación entre os poderes públicos e os cidadáns con carácter pleno nin desenvolver o resto de funcións que se atribúen ás linguas oficiais. A modo de exemplo, o asturiano goza de recoñecemento legal no Principado de Asturias dende 1998²⁸, recoñecéndoselle incluso funcións como a posibilidade de que os cidadáns se

²⁵ A modo de exemplo, Guinea Ecuatorial dotou de carácter oficial ao portugués por cuestión políticas e a pesar de que é unha lingua practicamente descoñecida no país (El País, 2010) e Galicia habilitou a posibilidade de empregar o inglés como lingua vehicular na ensinanza trala aprobación do Decreto 79/2010 de 20 de maio.

²⁶ A única lingua que ten recoñecido legalmente o carácter de oficial dentro do Reino Unido é o galés dentro do territorio de Gales. WELSH LANGUAGE COMMISSIONER. *Official status of the Welsh language*. Consultado o 10/06/2019. Fonte: <http://www.comisiynyddygyraeg.cymru/English/Commissioner/Pages/Official-status-of-the-Welsh-language-.aspx>.

²⁷ Poden recoñecerse todas ou só algunhas delas. O recoñecemento legal pode estenderse a tódalas funcións que o lexislador decida admitir, a excepción do emprego da lingua como vehículo de comunicación oficial dos poderes públicos pois, nese caso, estaríaselle a outorgar un recoñecemento da oficialidade *de facto*.

²⁸ Lei 1/1998, de 23 de marzo, de uso e promoción do bable/asturiano

poidan comunicar aos poderes públicos da comunidade nesa lingua pero sen que en ningún caso o asturiano chegue a ostentar as funcións propias dunha lingua oficial²⁹.

- **Lingua sen recoñecemento legal:** A lingua non existe a ollos dos poderes públicos e, polo tanto, non é obxecto de protección ningunha nin se outorga ningunha clase de dereito aos seus falantes. Non hai ningún tipo de restrición á hora do seu emprego pero os seus falantes non teñen recoñecido o dereito a empregala nas súas comunicacións coa administración, non se promove a súa utilización e difusión a nivel cultural ou educativo nin se lle ofrece ningún tipo de protección ou tutela no seu ámbito territorial. Un exemplo disto atopámolo co idioma tamazight ou rifeño falado en Melilla.
- **Lingua perseguida:** A diferenza do suposto anterior, neste caso o idioma non só non é obxecto de protección nin os poderes públicos recoñecen ningún dereito aos falantes del senón que directamente se aproban medidas destinadas a restrinxir ou a erradicar o seu emprego por percibir aos seus falantes e a súa cultura como unha ameaza para a estabilidade ou unidade do Estado. Este suposto presentouse coas linguas vernáculos de España diferentes do castelán durante a primeira parte da ditadura franquista³⁰, ou co idioma kurdo en Turquía³¹ ata comezos de século, entre outros exemplos, e aínda se segue a experimentar a día de hoxe en diferentes partes do planeta. A teor do exposto, toda entidade política, en tanto que ten que comunicarse cos seus cidadáns, contará sempre *de iure* ou *de facto* cun ou con varios idiomas que terán a consideración de oficiais.

3.3 – As relacións entre o Estado e as linguas dende o punto de vista da oficialidade

A oficialidade outorga a máis alta protección a unha lingua, permíttelle desenvolver todas as súas funcións, sen excepción e en todos os ámbitos da vida pública. Consecuentemente, as posibilidades de supervivencia dunha lingua que estea dotada de oficialidade van a ser moi superiores ás de aquelas outras que non contén coa mesma protección.

Dentro dunha entidade política poden existir ou non situacións de recoñecemento legal, non recoñecemento ou persecución de linguas pero en todas elas sempre vai a existir un ou varios idiomas oficiais, ben sexa *de iure* ou *de facto*, e que poden coincidir cunha das linguas vernáculos do seu territorio, con varias delas, con todas ou incluso con ningunha³².

²⁹ Por exemplo, respecto ás publicacións oficiais do Principado, a Lei 1/1998 establece no seu artigo 5.2 que *“si hubieran de surtir efectos frente a terceros, deberán ser publicados obligatoriamente en castellano, sin perjuicio de que puedan serlo también en bable/asturiano.”*

³⁰ *“Primero.-A partir del día primero de agosto próximo, todos los funcionarios interinos de las corporaciones provinciales y municipales de esta provincia, cualquiera que sea su categoría, que en acto de servicio, dentro o fuera de los edificios oficiales, se expresen, en otro idioma que no sea el oficial del Estado, quedarán «ipso facto», destituidos, sin ulterior recurso. (...) Quinto.- Todos los agentes de Inspección y Vigilancia, fuerza de Policía armada y Guardia civil, tanto de la capital como de la provincia, extemarán el celo y la vigilancia para el más exacto cumplimiento de esta disposición y elevarán las denuncias juntamente con el atestado, en el que se recomienda la práctica de información testifical. Gobernación civil de Barcelona”. Decreto de 28 de julio de 1940 estableciendo el uso exclusivo del español en los servicios públicos.*

³¹ ROJAVA AZADI. *Masacres y opresión de los kurdos en la Turquía del siglo XX*. Publicado o 23/04/2018. Fonte. <https://rojvaazadimadrid.org/masacres-y-opresion-de-los-kurdos-en-la-turquia-del-siglo-xx/>

³² *Vid.* nota 25. Outro exemplo sería o caso de linguas introducidas no país por colonizadores e que remataron por asentarse no territorio.

Diversos autores sistematizan as relacións entre linguas oficiais e Estado de diferentes maneiras pero os estudos limitanse a analizar rexións ou estados concretos, sen que se determine xeralmente un marco teórico global. Cotano³³ establece unha clasificación interesante que se circunscribe aos estados europeos, recollida tamén por outros autores, e que consideramos que pode ser ampliada, incorporando unha serie de modificacións, a nivel global. Así, en función da relación que se estableza entre o Estado e as linguas dende a óptica da oficialidade do idioma, tanto *de iure* coma *de facto*, (á marxe de que se estableza un recoñecemento legal), podemos realizar a seguinte clasificación:

1. Monolingüismo estatal: o Estado recoñece so a existencia dunha única lingua no seu territorio, á que outorga o carácter de oficial, sen que as entidades de carácter rexional ou local que o constitúen poidan dotar de oficialidade, de ser o caso, a aquela ou aquelas linguas que se falan no seu territorio. Trátase xeralmente de estados centralizados ou descentralizados unicamente a nivel administrativo nos que a competencia relativa á cuestión lingüística recae sobre o poder central. Pódese manifestar de dúas maneiras:

- a) Monolingüismo estatal real: esta situación prodúcese cando no territorio do Estado efectivamente se fala unha soa lingua e, polo tanto, a relación entre Estado e lingua é biunívoca. Este fenómeno preséntase en moi poucas ocasións e sería o caso de Islandia co islandés, Liechtenstein co alemán, Cuba ou Uruguai co castelán ou Corea do Norte co coreano.
- b) Monolingüismo estatal irreal: esta situación prodúcese cando no Estado conviven varias linguas pero unicamente se recoñece unha delas coma oficial, de maneira que o resto de idiomas non contan, polo xeral, con ningún recoñecemento legal ou incluso nalgunhas ocasións poden chegar a ser obxecto de persecución. Exemplos destacados son o caso de Francia, que so recoñece a oficialidade do francés e non permite o uso oficial do resto de linguas que se falan no seu territorio³⁴, aínda que nos últimos anos lles outorgase certo recoñecemento legal, de Xapón, onde ademais de xaponés se fala o ainu e a familia de linguas ryukyenses, ou de Grecia, onde só se recoñece o grego aínda que tamén se falen outros idiomas como o macedonio, o arromanés ou o pomaco.

2. Plurilingüismo estatal: o Estado recoñece a existencia de varias linguas no seu territorio, outorgando a todas ou a varias delas o carácter de oficial ou permitindo que as entidades de carácter rexional ou local doten de oficialidade a aquela ou aquelas linguas que se falan no seu territorio. Neste caso podemos distinguir tres situacións diferentes:

- a) Plurilingüismo estatal igualitario: o Estado ostenta a competencia en materia lingüística en exclusividade e determina a cooficialidade en todo o seu territorio e en igualdade de condicións de todos ou a maior parte dos idiomas que se falan nel, sen prexuízo de que as súas rexións poidan outorgar certo recoñecemento legal nos seus territorios a outras linguas. A xeito de síntese, o Estado e os cidadáns comunícanse entre si en calquera das súas linguas e con independencia do lugar onde se atopen. Un exemplo disto sería Singapur, que recoñece as catro linguas faladas no seu territorio coma oficiais (inglés, malaio, chino mandarín e tamil), Paraguai (español e guaraní) ou Eritrea (todas as súas linguas).
- b) Plurilingüismo estatal territorial: o Estado ostenta a competencia en materia lingüística en exclusividade e determina a oficialidade de dous ou máis idiomas pero aplicando o principio de territorialidade, é dicir, cada idioma é oficial nun territorio do Estado, sen prexuízo de que as súas rexións poidan outorgar un recoñecemento legal a outras linguas. Deste xeito, en función do lugar no que nos atopemos o idioma oficial variará. Dous exemplos salientables son o caso de Bélxica, que recoñece a oficialidade de tres linguas e se divide en catro rexións

³³ COTANO, Ángela. *Les llengües minoritzades d'Europa*. Ed. Eliseu Climent. Valencia, 2000. pp. 115-118.

³⁴ "La langue de la République est le français" Artigo 2 da Constitución francesa de 1958

lingüísticas conforme á súa Constitución³⁵ e de Suíza, que recoñece catro linguas nacionais (tres delas oficiais) pero na que cada cantón escolle entre elas a súa lingua ou linguas oficiais³⁶.

- c) **Plurilingüismo territorial, rexional ou local:** o Estado ostenta a competencia en materia lingüística de xeito compartido coas rexións ou as entidades locais ou ben son estas últimas as que manteñen a competencia exclusiva sobre a cuestión. Neste caso, o Estado determina a oficialidade dunha soa ou de varias linguas a nivel estatal³⁷ pero permite que as entidades rexionais ou locais recoñezan dentro dos seus territorios a oficialidade ou cooficialidade das outras linguas faladas neles. Exemplos disto serían o caso de España co galego, catalán, valenciano, euskera e aranés, Bolivia co castelán como lingua oficial en todos os niveis pero establecendo a obrigaición de que tanto o goberno plurinacional coma os gobernos departamentais designen unha segunda lingua oficial de entre as orixinarias do país³⁸, ou a Federación Rusa con moitas das súas linguas³⁹.

O feito de que un Estado se recoñeza como plurilingüe non implica que este ofrezca un trato igualitario a nivel estatal ou territorial de todas as linguas que se falan no seu territorio. Deste xeito, cada un dos modelos de plurilingüismo analizados poden á súa vez subdividirse en diferentes categorías tendo en conta os seguintes parámetros:

Plurilingüismo legalmente perfecto: prodúcese cando todas as linguas vernáculas do Estado teñen a consideración de oficiais, ben sexa a nivel estatal como a nivel das entidades territoriais que integran o mesmo (rexionais ou locais) de tal xeito que todos os idiomas gozan dos mesmos ou semellantes dereitos naqueles territorios nos que se falan. Exemplo disto serían Singapur, Suecia ou Irlanda, onde se recoñece a oficialidade de todas as linguas que se falan dentro do seu territorio ou Eritrea, na que *de facto* sucede a mesma situación.

Plurilingüismo legalmente imperfecto: o Estado ou a rexión so recoñecen a oficialidade dalgunhas das linguas faladas no seu territorio, con exclusión de outras ou ben non permiten que as entidades territoriais de carácter inferior doten de oficialidade a algunha das linguas que se falan no seu territorio, de ser o caso. Sería o suposto de Nixeria (plurilingüismo estatal igualitario), que recoñece como oficiais unicamente a nove das súas linguas⁴⁰ pese a que se estima que dentro do seu territorio se falan unhas 516⁴¹, o caso de España (plurilingüismo territorial ou rexional), no que só o galego, euskera, catalán e valenciano gozan de cooficialidade en determinadas comunidades autónomas⁴² mentres que o resto de linguas faladas no territorio, pese a ter nalgunhas ocasións certo recoñecemento legal, carecen de carácter oficial; tamén un suposto deste tipo sería o da Confederación Suíza (plurilingüismo estatal territorial), que recoñece como linguas nacionais de país o alemán, o francés, o italiano e o romanche pero non lle outorga a esta última o

³⁵ «*La Belgique comprend quatre régions linguistiques : la région de langue française, la région de langue néerlandaise, la région bilingue de Bruxelles-Capitale et la région de langue allemande*». Artigo 4 da Constitución de Bélxica.

³⁶ «*Les cantons déterminent leurs langues officielles*» Artigo 70.2 da Constitución federal da Confederación suíza de 1999.

³⁷ Ou directamente non determina a oficialidade de ningunha lingua a nivel estatal aínda que *de facto* unha ou varias ostenten esa condición.

³⁸ Artigo 5 da Constitución de Bolivia de 2009.

³⁹ Coma o chukoto en Chukchia, o osetio en Osetia do Norte, o yakuto en Yakutia, etc. MARTI, Félix et al. *op. cit.* p. 141.

⁴⁰ O edo, efik, adamawa, fulfulde, hausa, idoma, igbo, yerwa kanuri, yoruba e inglés. *Ibid.*

⁴¹ PUCHTA, Herbert; STRANKS, Jeff. *English in Mind*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004. p. 63.

⁴² Un caso especial dáse co aranés, que carece de recoñecemento na normativa estatal pero que a lexislación catalá equipara xuridicamente ao catalán.

carácter de oficial a nivel estatal⁴³ ou tamén o caso de Italia (plurilingüismo territorial ou rexional), que ademais de non recoñecer como oficiais a todas as linguas que se falan dentro do seu territorio, outorga uns dereitos moi diferentes a unhas e a outras.

Tal e como se pode observar, a situación das linguas dentro dos Estados plurilingües é moi diversa e se ben se poden definir unha serie de trazos ou características comúns que nos permiten aproximar a realidade de cada Estado a un dos modelos lingüísticos analizados, o certo é que a casuística é moi dispar e cada Estado merece unha análise particular. A continuación analizaremos algúns exemplos que merecen unha especial consideración polas súas particulares características e o seu encaixe na anterior clasificación.

IV. A articulación da convivencia lingüística en estados plurilingües

4.1 - África

A) Eritrea (Estado plurilingüe estatal igualitario legalmente perfecto *de facto*):

En Eritrea fálanse 10 idiomas (tigriña, tigré, afar, saho, kunama, bedawi, bilen, nara, árabe hijazi e dahlik) sendo a primeira delas a lingua maioritaria, falada por un 53% da poboación, o tigré por un 22% e o resto delas por unha porcentaxe inferior ao 10% respectivamente⁴⁴.

O Estado carece de lingua oficial *de iure*. A Constitución de Eritrea do ano 2009 recoñece a igualdade de todas as linguas vernáculos e, polo tanto, ningunha delas ten preeminencia sobre o resto⁴⁵. Segundo a Constitución, todas as linguas nacionais son iguais e o feito de determinar a oficialidade dunha ou de varias delas suporía privilexiar a unhas sobre as outras. Deste xeito trátase de loitar contra a discriminación e garantir o emprego das diferentes linguas do país co obxecto de permitir a transmisión da cultura das comunidades e, en definitiva, desenvolver un sentimento de identidade cultural⁴⁶.

Pese ao anterior, a transposición deste principio de igualdade á realidade é bastante máis complexa do que parece: algunhas linguas acaban situándose de facto nunha posición superior ao resto, como sucede co tigríña, mentres que outras aínda son pouco coñecidas, como sucede co dahlik.

Para axilizar as tarefas administrativas, o Estado estableceu tres linguas de traballo: o tigríña o árabe e o inglés (que non é lingua nacional⁴⁷ pero que se emprega polo seu carácter de lingua internacional) pero a nivel rexional as outras linguas vernáculos son tamén empregadas a nivel oral polos órganos administrativos e as disposicións emanadas destes tamén se emiten na lingua da rexión.

En canto ao sistema escolar, todas as linguas nacionais son ensinadas durante os primeiros anos de escolarización de xeito que os nenos son escolarizados na súa lingua materna, con independencia do tamaño da poboación e o número de falantes, e ademais ensínaselles tamén tigríña ou árabe. A situación cambia no ensino secundario, onde o tigríña e o inglés gañan prominencia situándose como únicas linguas de ensinanza.

Como consecuencia destas políticas educativas, na actualidade non existen rexións propiamente monolingües senón que prevalece o bilingüismo e en moitas ocasións tamén o multilingüismo⁴⁸.

⁴³ Artigo 70.1 da Constitución federal da Confederación suíza de 1999.

⁴⁴ SIMEONE-SENELLE, Marie-Claude. *Les langues en Erythrée*. Chroniques yéménites. 2000. p.9. Consultado o 14/06/2019. Fonte: <https://journals.openedition.org/cy/39#quotation>.

⁴⁵ "The equality of all Eritrean languages is guaranteed" Artigo 4.3 da Constitución de Eritrea de 2009 na súa versión en inglés.

⁴⁶ SIMEONE-SENELLE, Marie-Claude. *Op. cit.*

⁴⁷ Consideramos como lingua nacional ou local aquela que é vernácula dun territorio en contraposición ás linguas coloniais, traídas dende fora do territorio.

⁴⁸ SIMEONE-SENELLE, Marie-Claude. *Op. cit.*

Se ben en África outros países adoptaron medidas relativamente similares, esta política de defensa e ensinanza das culturas e as linguas vernáculas levada a cabo polo Estado de Eritrea é pouco ordinaria e permite en gran medida o mantemento da riqueza lingüística e cultural do país.

B) Senegal (Estado monolingüe irreal *de iure*):

A realidade de Senegal é bastante similar á de outros estados africanos en tanto que no seu territorio se falan unhas 27 linguas vernáculas das cales unhas 20 se atopan codificadas⁴⁹.

No momento no que este país se independizou o francés foi a lingua que se designou como oficial, seguindo o exemplo de outros estados africanos e pese a non ser lida nin falada pola maioría dos cidadáns, por considerarse como a máis operativa de todas no curto prazo e esa previsión mantívose incluso trala reforma constitucional do ano 2001. Así, o artigo 1 do novo texto constitucional do país establece de xeito literal que “a lingua oficial da República do Senegal é o francés” (trad.) o que significa que este idioma domina todo o espazo político e socioeconómico, situándose como a lingua exclusiva do goberno⁵⁰, o parlamento, a administración pública, os tribunais, a ensinanza en todos os niveis, os medios de comunicación, etc. Deste xeito, podemos sinalar que o Senegal se cualificaría coma Estado monolingüe irreal.

Con todo, a Constitución de 2001 vai a establecer a continuación un listado de linguas nacionais, é dicir, vernáculas do país, recollendo como tales o diola, o malinké, o pulaar, o seereer, o soninké, o wolof e calquera outra lingua nacional que sexa codificada⁵¹. Esta previsión non fai outra cousa que recoller o xa disposto no Decreto presidencial nº71566 de 1971, que vai a outorgar o estatus de lingua nacional ás seis mencionadas. Co paso do tempo, e unha vez codificadas, outras moitas linguas⁵² se irían sumando a unha lista que, en definitiva, non aparelha ningún tipo de recoñecemento de dereitos específico.

As linguas locais son empregadas xunto co francés por parte dos funcionarios da administración nas súas comunicacións orais e, en caso de non coñecer a lingua do territorio, poden contar coa presenza dun interprete que lle traduza ao francés e viceversa. En canto á documentación escrita, toda se atopa redactada na lingua oficial do país pero fanse traducións aproximadas ás linguas nacionais.

En canto á escola, as primeiras linguas nacionais non puideron comezar a ensinársese ata finais dos anos 70 dado que aínda estaban funcionando as comisións encargadas de elaborar os seus alfabetos oficiais e as terminoloxías senegalesas, e a ensinanza limitábase aos primeiros anos da escolarización. Non será ata 2002 cando a ensinanza bilingüe en francés e no idioma local comecen a aplicarse durante a escola primaria en todos os departamentos do país, pero en 2008 esta experiencia vai deixar de aplicarse por falta de vontade política.

A situación parece mellorar no futuro, sobre todo trala sinatura en 2013 por parte do primeiro ministro dun documento relativo ao sector da educación e da formación no que se recolle a vontade de desenvolver progresivamente o emprego das linguas nacionais no sistema educativo, máis alá da simple alfabetización. É unha grande tarefa para un país no que, actualmente, a alfabetización apenas supera o 50% segundo o Instituto de Estatística da UNESCO.

⁴⁹ ELAN (École et langues nationales en Afrique). *Senegal*. Consultado o 10 de xuño de 2019. Fonte: <http://www.elan-afrique.org/quelles-actions-menees-page/senegal>

⁵⁰ A modo de exemplo, conforme o artigo 28 da Constitución (2001) todo candidato á presidencia da República debe saber ler e escribir en lingua francesa pero non en ningunha das outras linguas do país.

⁵¹ « *Les langues nationales sont le diola, le malinké, le pular, le sérère, le soninké, le wolof et toute autre langue nationale qui sera codifiée* » Artigo 1 apartado 2 *in fine* da Constitución da República do Senegal de 2001.

⁵² Concretamente o hasaniya, o balant, o laala, o mankaaň, o noon, o manjaku, o oniyan, o mëniki, o ndut, o bayot, o paloor, o guňun, o kanjad, o jalunga e o saafi-saafi (Elan)

4.2 - América

A) Arxentina (Estado plurilingüe territorial ou rexional legalmente imperfecto *de facto*)

Existe unha tendencia equivocada a considerar que na República Arxentina, así coma en moitos dos Estados americanos, unicamente se fala o español; non obstante, moitas das linguas precolombinas aínda subsisten e son faladas en maior ou menor medida por nativos de ditos territorios. Segundo o último censo realizado polo *Instituto Nacional de Estadística y Censos* de Arxentina (2010), 955.032 persoas recoñécense coma descendentes ou pertencentes aos pobos orixinarios e aínda que non existen estatísticas sobre qué porcentaxe deles falan as linguas desas culturas nin o número de idiomas que existen no país, pódense estimar nuns 24, ao que hai que engadir as diferentes variedades dialectais dalgúns deles. Entre todos eles hai cinco predominantes que son o guaraní, o mapuche, o quechua, o toba-qom e o wichí.

Cunha poboación bastante homoxénea no plano lingüístico, dominado polo castelán coas características dialectais propias do país, a política lingüística adoptada polo goberno arxentino mantense na non intervención. Na versión vixente e reformada da Constitución da Nación Arxentina de 1853, e a diferenza do que sucede noutros textos de idéntica índole en outros países, non se fai referencia ningunha á oficialidade dunha ou varias linguas para o conxunto da federación; en consecuencia, enténdese que a Arxentina se constitúe coma un Estado federal sen lingua oficial *de iure*, sen prexuízo de que as diferentes provincias federais poidan determinar a oficialidade do idioma ou idiomas que consideren, se ben o español ostentaría de facto a devandita condición.

A única referencia que a Constitución fai respecto da política lingüística é a recollida no artigo 75 apartado 17 *ab initio*, introducido trala reforma de 1994, ao indicar que corresponde ao Congreso e ás provincias determinar o recoñecemento da preexistencia étnica e cultural dos pobos indíxenas arxentinos e garantir o respecto á súa identidade e o dereito a unha educación bilingüe e intercultural. Pese a iso, non se adoptou a nivel estatal ningunha medida para garantir a súa aplicación, a excepción da creación dunha comisión nacional específica encargada dos asuntos indíxenas, que en certa medida trata de garantir que esa educación bilingüe se leve a cabo.

Outros textos legislativos aprobados tanto con anterioridade coma con posterioridade á reforma constitucional regulan en certa medida o papel que as linguas indíxenas van a ter no sistema educativo, sendo estas as únicas normas de carácter federal que se pronuncien sobre materia lingüística e que, en todo caso, non van a ter como obxectivo principal a conservación das linguas autóctonas ou indíxenas senón tratar de facilitar a integración destes pobos á "cultura nacional"⁵³. Neste sentido, podemos destacar a Lei Federal de Educación de 1993⁵⁴, cuxo artigo 34 directamente concibe a elaboración de programas de fortalecemento das linguas e culturas indíxenas coma un instrumento de integración ou o Acordo marco para a ensinanza das linguas de 1998, que recoñece a complexidade lingüística do país e a necesidade de adoptar programas de alfabetización en lingua materna para os falantes que non teñen o español como primeira lingua⁵⁵.

O feito de que o Estado manteña unha política de non intervención nos asuntos lingüísticos non contrasta en xeral coa posición adoptada por algunhas das provincias federais, que lexislaron no sentido de outorgar certo recoñecemento legal ás linguas vernáculos do seu territorio pero sen entrar en maiores precisións. En xeral, as Constitucións das mesmas gardan moita similitude coa Constitución federal en tanto que unicamente abordan a cuestión lingüística dende o punto de vista da educación

⁵³ De tal xeito que a alfabetización na lingua materna ten como obxectivo que o alumno pase máis facilmente ao castelán unha vez chegue ao estudo secundario.

⁵⁴ Lei Federal de Educación nº 24.195 de abril de 1993.

⁵⁵ Artigo 5 do Acordo marco para a ensinanza das linguas de 7 de maio de 1998.

bilingüe para os membros das comunidades indíxenas (nunca para o resto de cidadáns) e cun fin último de integración.

A única excepción atopámola na provincia de Corrientes, que declarou ao guaraní correntino coma idioma oficial xunto co español por medio da Lei provincial n°5598 de 2004, incorporándoo á educación pública e adoptándose paralelamente medidas de promoción desa lingua, así coma de conservación e difusión da súa literatura.

B) Paraguai (Estado plurilingüe estatal igualitario legalmente imperfecto *de iure*)

A República do Paraguai acolle no seu interior arredor de vinte linguas autóctonas, se ben a maioría da súa poboación ten como lingua materna o guaraní, o castelán ou ambas. O castelán é a lingua predominante no medio urbano mentres que o guaraní e a lingua maioritaria das zonas rurais do país pero en calquera caso, a porcentaxe de poboación que emprega unha ou outra lingua é bastante similar, con predominancia desta última. Como consecuencia desta realidade, Paraguai recoñece ao castelán e ao guaraní como linguas oficiais. Este feito convérteo no único país de toda América que recoñece unha lingua amerindia coma oficial a nivel estatal.

Xa a actualmente derogada Constitución de 1967 recoñeceu no seu artigo 5 a oficialidade das dúas linguas, que se mantivo unha vez aprobada a nova Constitución de 20 de xuño de 1992. Conforme ao seu artigo 140, Paraguai defínese coma un país pluricultural e bilingüe que recoñece a oficialidade do castelán e do guaraní e tamén a condición de patrimonio cultural do resto de linguas faladas no país⁵⁶.

Constitucionalmente ambas linguas sitúanse nun plano de igualdade xurídica pero na práctica o castelán era maioritariamente empregado nas situación máis formais mentres que o guaraní se atopaba e se segue a atopar minorizado, utilizándose fundamentalmente nas comunicacións informais. Froito desta situación, o goberno vai a promulgar no ano 2010 unha lei⁵⁷ (a *Ley de lenguas*) que ten coma obxectivo fundamental non só dotar aos cidadáns de dereitos lingüísticos equiparables en ámbalas dúas linguas (a nivel da administración, dos medios, da ensinanza, da xustiza pu do traballo) senón tamén corrixir en certa medida a situación de desigualdade que de facto existe entre as dúas linguas oficiais.

En canto ao primeiro obxectivo, os artigos 9 e 10 da Lei de linguas resultan fundamentais en tanto que outorgan dereitos individuais a todos os cidadáns (a empregar as dúas linguas oficiais tanto no oral como no escrito nas comunicacións cos poderes públicos, recibir información oficial en ambas linguas, prohibición da discriminación por motivos lingüísticos, etc.) e tamén colectivos (programa de instrución bilingüe en todo o sistema educativo nacional, dispoñer de sinalización en ámbalas dúas linguas oficiais, beneficiar a presenza de ambos idiomas de maneira equitativa nos medios de comunicación, etc)

En relación ao segundo obxectivo, a lei deu lugar á creación tanto da Secretaría Nacional de Políticas Lingüísticas coma da Academia da Lingua Guaraní, encargándose esta última da política de normativización da lingua guaraní e tamén da súa normalización en todos os niveis. Este obxectivo resulta fundamental nun contexto no que o español exerce un dominio case exclusivo no ámbito administrativo, na escola, nos medios de comunicación e en xeral en todos os aspectos da vida pública. De momento é demasiado pronto para coñecer os resultados desta nova política pero é probable que logre revertir co paso do tempo a anterior situación.

Non podemos esquecer que no territorio paraguaio existen tamén outras moitas minorías lingüísticas e, se ben a Lei de linguas non as dota de carácter oficial

⁵⁶ Artigo 140. " 1) *El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe. 2) Son idiomas oficiales el castellano y el guaraní. La ley establecerá las modalidades de utilización de uno y otro. 3) Las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la Nación*". Constitución da República do Paraguai de 20 de xuño de 1992.

⁵⁷ Lei n°4251 de 29 de decembro de 2010 sobre as linguas.

nos territorios nos que son falados, esta si lles outorga recoñecemento legal, garantindo unha serie de dereitos aos seus falantes como son o propio de coñecer e empregar a súa propia lingua, a prohibición de toda discriminación por cuestión lingüísticas ou o dereito a recibir unha educación formal na súa lingua materna⁵⁸.

Por todo o exposto, podemos afirmar que Paraguai se constitúe nun Estado multilingüe estatal igualitario legalmente imperfecto no que a oficialidade do español e do guaraní se determina a nivel estatal, sen que as entidades territoriais inferiores teñan capacidade para decretar a oficialidade de outras linguas distintas ás anteriores, aínda que si poidan outorgarlles certo recoñecemento legal.

4.3 - Asia

A) China (Estado plurilingüe territorial ou rexional legalmente imperfecto *de facto*)

China constitúese nun Estado sen lingua oficial *de iure* aínda que de facto o chinés mandarín ocuparía ese lugar. A Constitución da República Popular de China de 1982 non outorga o carácter de oficial a ningunha lingua e a única referencia que se fai á cuestión recóllese no artigo 19.5, que dispón que “o Estado alenta o emprego, a escala nacional, do mandarín” (*trad*). Tampouco a normativa aprobada con posterioridade fai referencia ningunha ao carácter oficial do mandarín pero cualifican esta lingua escrita en caracteres chineses normalizados como o idioma común nacional. De facto, tanto a Constitución como a lexislación recoñecen a preponderancia desta lingua a escala estatal sobre o resto de idiomas falados no territorio do país e que se estiman nuns 302⁵⁹.

Unha norma de especial importancia na materia é a Lei sobre a lingua e a escritura común nacionais aprobada o 31 de outubro do 2000 e que se cualificará como a primeira lei lingüística da historia de China. Entre os obxectivos da lei destaca o da promoción da normalización da lingua e a escritura común, alentando o crecemento do seu emprego na esfera social. Deste xeito, o texto sitúa o mandarín nunha posición privilexiada incluso naqueles territorios nos que esta lingua tan sequera se fala. Ao longo dos seus 28 artigos, a lei regula o emprego do mandarín na educación, a administración pública, os medios de comunicación ou as TIC entre outros moitos ámbitos.

En canto ao resto de linguas do país, a mencionada lei outorga no artigo 8 o dereito a empregalas con total liberdade e fai referencia á Lei sobre a autonomía das rexións étnicas de 1984, cuxo artigo 21 outorga ás prefecturas, rexións, cantóns ou distritos autónomos a posibilidade de recoñecer a oficialidade da lingua ou linguas correntes no seu interior en concerto coa “lingua e escritura comúns nacionais”. Como consecuencia do anterior, algunhas rexións estableceron o emprego conxunto de outras linguas locais xunto co mandarín⁶⁰.

De calquera xeito, e pese ao que se establece nos textos, a autonomía teórica concedida ás diferentes rexións e a que na práctica é consentida polo goberno do Estado varían moito. Isto tamén se manifesta no tocante ás linguas minoritarias de maneira que, se ben legalmente se lles garanten toda unha serie de dereitos, na práctica estes son xeralmente incumpridos⁶¹.

Existen tamén minorías étnicas que son obxecto de control férreo por parte do goberno estatal e que sofren incluso persecución, afectando as restricións tamén ao emprego das súas linguas vernáculas. O exemplo máis dramático atopámolo co pobo uigur, cuxos cidadáns son controlados masivamente polas autoridades estatais e internados nos chamados campos de reeducación se amosan signos de deslealdade

⁵⁸ *Ibíd.* Artigos 9 e 12.

⁵⁹ EBERHARD, David M. *et al. Op. cit.*

⁶⁰ Por exemplo na rexión autónoma do Tíbet o tibetano ten carácter oficial. O mesmo sucede co mongol na rexión autónoma de Mongolia interior, se ben nas dúas o mandarín tamén se emprega a nivel institucional.

⁶¹ RAMSEY, Robert. *The languages of China*. Princeton University Press. Princeton, 1987.

ás autoridades. Actos como a apertura de escolas en lingua uigur poden supoñer acabar en prisión⁶².

B) India (Estado plurilingüe territorial ou rexional legalmente imperfecto *de iure*):

A India é unha república federal que se constitúe por 29 estados federais e sete territorios federais. Dentro das súas fronteiras atópanse catalogadas aproximadamente 450 linguas, se ben se estima que o número pode ser aínda moi superior.

De facto non existe ningunha lingua franca que sirva como canle de comunicación entre todos os cidadáns do país. Mentres a India permaneceu baixo o dominio colonial británico o inglés ocupaba esa posición. Non obstante, no momento en que o país acadou a súa independencia, en 1947, os seus líderes trataron de unir aos cidadáns de todas as rexións por medio dunha linguaxe común e universal. Se ben non tiña un dominio claro sobre os outros idiomas falados na India, dende un principio escolleuse ao hindi coma lingua franca en detrimento do inglés que traía reminiscencias dun recente pasado colonial. Todo apunta a que a intención dos gobernantes do país non era a de crear un estado monolingüe senón a de promover unha lingua panindia, diferente á dos colonizadores, que servise para que todos os cidadáns do país se puideran comunicar entre si.

A Constitución india dedica un apartado enteiro á regulación da oficialidade das linguas tanto a nivel da federación coma dos estados e territorios que a integran, articulándose un réxime complexo e particular. Por medio do artigo 343 estableceuse a oficialidade do hindi transcrito en alfabeto devanagari en todo o territorio da Unión, colocando a esta lingua vernácula nunha posición privilexiada respecto das outras linguas faladas no país. Este artigo dispuxo un período transitorio de 15 anos durante os que o inglés continuaría a ser lingua oficial do país en tanto non se completase a transición ao hindi.

Aínda que na Constitución se recolle a oficialidade exclusiva do hindi a nivel estatal unha vez finalizado o período de transición establecido, finalmente o estatus do inglés prorrogouse ata a actualidade. Son numerosos os estados nos que o hindi apenas se fala ou directamente non ten presenza ningunha e que, polo tanto, non o recoñecen coma lingua oficial a nivel interno nin tampouco nas súas comunicacións co goberno da Unión. O feito de que esta lingua se tratase de establecer como lingua franca provocou unha grande oposición nestes territorios, que se opuxeron fortemente ao que eles consideraron coma unha imposición de hindi. Isto impediu a transición do inglés a esta lingua en moitos dos territorios e a consecución do establecemento pleno dun único "idioma nacional" coma lingua franca.

Tendo en conta a anterior problemática, nos anos posteriores á aprobación da Constitución promulgáronse novas leis que desenvolveron o réxime xurídico das linguas oficiais. Destaca en primeiro lugar a Lei sobre as linguas oficiais de 1963, que ampliará o período de emprego do inglés unha vez expirado o prazo constitucionalmente previsto en tanto que os gobernos de todos os estados non adopten resolucións abandonando o emprego do inglés e designando o hindi como lingua oficial nas súas comunicacións coa Unión, o cal ata o momento non se produciu. A esta lei seguiu a Lei sobre os textos autorizados de 1973, adoptada co fin de permitir a tradución das leis federais a outras linguas diferentes do hindi e recollidas no anexo VIII da Constitución⁶³.

En 1976 a Lei de 1963 foi completada coa aprobación do Regulamento sobre as linguas oficiais, que vai a establecer nos seus artigos 2 e 3 o réxime aplicable á lingua empregada nas comunicacións entre calquera das administracións centrais da

⁶² BBC. *¿Por qué tenemos que salvar a las lenguas en peligro de extinción?* 19 de xuño de 2014. Consultado o 10 de xuño de 2019. Fonte: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140613_cultura_lenguas_muertas_mz.

⁶³ Assamese, bengalí, bodo, dogri, gujarati, hindi, kannada, kashmiri, konkani, maithili, malayalam, manipuri, marathi, nepalí, oriya, punjabi, sánscrito, santali, sindhi, tamil, telegú e urdu.

Unión e os diferentes estados federados e territorios. Deste xeito, establécense tres rexións ás que se van a adscribir os diferentes estados en función de si as comunicacións se realizarán sempre en hindi (Rexión A), maioritariamente en hindi (Rexión B) ou sempre en inglés (Rexión C). Este réxime, con lixeiras modificacións, é o que aínda se mantén na actualidade de xeito que, pese aos esforzos realizados por parte do goberno da Unión, podemos constatar a imposibilidade de substituír o inglés polo hindi como lingua franca, sobre todo en función da oposición dos estados do sur do país nos que se falan linguas dravídicas.

No tocante ao resto de linguas rexionais, os artigos 345 e 347 da Constitución habilitan aos diferentes estados a adoptar como lingua oficial aquela ou aquelas empregadas no seu interior con carácter xeral. Cada estado vai a determinar de maneira independente a lingua ou linguas que dentro do seu territorio terán carácter oficial, que poden coincidir ou non coas linguas oficiais da Unión.

Neste sentido, tal e como xa se mencionou, a Constitución incorpora un anexo VIII no que se recolle unha lista de 22 linguas que se cualifican coma "idiomas constitucionais", que gozan de determinado recoñecemento a nivel da Unión⁶⁴, e que poderán ser adoptados polos diferentes estados como lingua oficial. Isto non impide que as rexións non poidan establecer a oficialidade de outras linguas diferentes das constitucionais pero para iso ten que existir unha substancial proporción da poboación dentro do Estado que se manifeste a favor de tal recoñecemento, co que na práctica se dificulta o recoñecemento da pluralidade lingüística interna. Ata o momento, 35 idiomas obtiveron a consideración de idioma oficial ou cooficial dun estado, un número superior ás 22 linguas constitucionais⁶⁵.

A teor do establecido no texto constitucional e a normativa de desenvolvemento, podemos sinalar que a India se constitúe nun Estado plurilingüe territorial ou rexional legalmente imperfecto que recoñece a oficialidade de dúas linguas a nivel estatal, o hindi e o inglés, pero na que cada estado ou territorio vai a escoller entre esas dúas a súa lingua de comunicación coas autoridades centrais e tamén a nivel interno a oficialidade do idioma ou idiomas que considere conforme a súa propia normativa.

C) Israel (Estado monolingüe irreal *de iure*):

Israel constitúese dende o ano 2018 nun Estado monolingüe irreal ao recoñecerse unicamente o hebreo como lingua oficial e a pesar de que o árabe é lingua corrente dunha parte importante da poboación do país.

O Estado de Israel carece dunha Constitución formal en tanto que dende a súa creación en 1948 non se conseguiu chegar a un acordo que posibilitase a súa adopción. Mentres non se aproba un texto formal e unitario, Israel réxese por un conxunto de leis fundamentais que regulan aspectos concretos relativos á organización institucional do Estado, a economía ou os dereitos e liberdades fundamentais entre outras cuestións. A última das leis fundamentais aprobadas vai a introducir cambios en materia de política lingüística que, se ben na práctica non modifica en grande medida o sistema vixente ata o momento, vai a modificar completamente os principios que rexen esta cuestión dende a creación do Estado de Israel.

No ano 1922, cando aínda a rexión sobre a que se asenta o actual Estado de Israel se atopaba baixo mandato británico, promulgouse unha orde que determinaba a oficialidade dos idiomas inglés, hebreo e árabe no seu territorio, linguas nas cales deberían de ser publicados todos os actos e disposicións emanados tanto do goberno

⁶⁴ Por exemplo, no relativo á tradución das leis federais ou a posibilidade de contar cun representante na Comisión parlamentaria encargada do relativo ás linguas oficiais.

⁶⁵ Un exemplo atopámolo no Estado de Puducherry, onde ademais do tamil e do malayalam (linguas constitucionais do anexo VIII), o francés tamén ten recoñecido o estatus de oficial.

da rexión coma das autoridades municipais e locais, e habilitándose tamén o emprego de todas elas nos debates co Consello lexislativo⁶⁶.

Tralo xurdimento do Estado de Israel, a devandita norma mantívose en vigor pero introduciuse unha importante modificación por medio dunha nova orde⁶⁷ que eliminou a consideración do inglés como lingua oficial. Dende ese momento, tanto o hebreo coma o árabe mantivéronse como linguas oficiais de Israel aínda que de facto a segunda delas tería unha posición secundaria⁶⁸.

A partir do 19 de xullo de 2018, e trala aprobación da última das leis fundamentais⁶⁹, o árabe deixou tamén de ser considerada coma lingua oficial de Israel. O Estado convértese, polo tanto, en monolingüe irreal, aínda que a lei garante a conservación por parte desta lingua de todos os beneficios dos que gozaba anteriormente. En definitiva, se ben na práctica non existe ningunha variación respecto á situación preexistente, o certo é que a aprobación desta norma marca unha clara diferenza respecto das directrices da política lingüística que ata o momento estaba vixente.

4.4 - Europa

A) Bélxica (Estado plurilingüe estatal territorial legalmente imperfecto *de iure*)

Bélxica constitúese nun Estado plurilingüe estatal territorial legalmente imperfecto ao recoñecerse a oficialidade das principais linguas faladas dentro seu territorio (flamenco, francés e alemán) pero con aplicación do principio de territorialidade, é dicir, cada unha das tres comunidades constitúese en monolingüe⁷⁰, coas excepcións que veremos a continuación.

Trala independencia do país en 1830, cando se escinde do Reino Unido dos Países Baixos, o francés vai a constituírse na lingua oficial dun Estado que nas súas orixes se definirá como unitario, pese a que constaba de dúas partes económica e culturalmente diferentes e a que a maioría da poboación falaba neerlandés na súa variedade flamenca. Froito da oposición dos flamencos a esta situación, en 1880 o emprego do neerlandés comezará a facerse oficial e en 1898 promulgarase a coñecida como Lei de Igualdade⁷¹ que vai dispoñer que todas as leis do Estado serán votadas, sancionadas, promulgadas e publicadas en lingua francesa e neerlandesa. A nivel municipal, o censo contaba cantos habitantes falaban francés, neerlandés ou alemán e o municipio organizábase ou ben na lingua da maioría ou ben en ambas, pero isto foi fonte de numerosos conflitos en tanto que orixinou un aumento dos pobos francófonos e bilingües.

Coa aprobación da Lei de 31 de xullo de 1921 trázase unha fronteira lingüística administrativa que divide o país en tres rexións de tal xeito que as municipalidades do norte (flamencas) deben empregar oficialmente e en exclusividade dende ese momento o neerlandés flamenco e as municipalidades do sur (valonas) o francés, establecéndose un réxime diferente para a rexión bilingüe de Bruxelas.

As últimas grandes modificacións foron introducidas coas reformas constitucionais dos anos 70 e 80 que transformaron a organización político-territorial do Estado, pasando de unitario a federal, e consolidaron o sistema de fronteiras lingüísticas. Nos anos previos, os flamencos reclamaron unha maior autonomía

⁶⁶ Artigo 82 da Orde do Consello de Palestina (1922)

⁶⁷ Artigo 15 da Orde sobre o dereito e a administración nº1 5708-1948

⁶⁸ A modo de exemplo, para obter a nacionalidade israelí era necesario demostrar unicamente coñecementos de hebreo. Tamén as leis do Parlamento eran sempre promulgadas en hebreo.

⁶⁹ Lei fundamental do Estado-nación xudeu de 2018 (trad.): 4.1 O idioma do Estado é o hebreo. 4.2 O idioma árabe ten un estatus especial no Estado; A regulación do uso do árabe nas institucións estatais ou por eles establecerase na lei. 4.3 Esta cláusula non dana o estatus outorgado ao idioma árabe antes de que esta lei entrara en vixencia.

⁷⁰ A modo de exemplo, o neerlandés flamenco non goza de estatus oficial na Comunidade francesa de Bélxica.

⁷¹ *Loi Coremans-De Vriend du 18 avril 1898*

cultural mentres que os valóns defendían unha maior autonomía económica que fomentase a súa industria, así como a adopción de medidas que garantisen unha maior representatividade dentro do futuro Estado. Froito desas negociacións articulouse o complexo sistema federal belga que distingue por unha parte tres comunidades lingüísticas (Comunidade francesa, Comunidade flamenca e Comunidade xermanófono) por outra parte tres rexións federais (Rexión flamenca ou Flandes, Rexión valona e Rexión de Bruxelas-Capital), que non se superpoñen ás anteriores, e catro rexións lingüísticas que na práctica serán as que delimiten as fronteiras das Comunidades.

As Rexións teñen unha base territorial mentres que as Comunidades tecnicamente designan a un conxunto de persoas con independencia do lugar no que vivan⁷². A pesar diso, o artigo 4 da Constitución belga estableceu unhas fronteiras implícitas para as diferentes Comunidades e que seguen as das catro rexións lingüísticas⁷³. Tanto as Rexións como as Comunidades contan cun goberno e un parlamento propios e cada unha delas asume unha serie de competencias, recaendo nas segundas todas as relativas ao emprego das linguas.

Conforme ao reparto de competencias constitucionalmente establecido⁷⁴, as Comunidades terán a facultade de regular por decreto ou lei⁷⁵ o emprego das linguas nos seguintes ámbitos: i) materias administrativas, ii) a ensinanza nos establecementos creados, subvencionados ou recoñecidos polos poderes públicos, iii) as relacións sociais entre os empregados e o seu persoal, así coma os actos e documentos das empresas que sexan requiridos pola lei e os regulamentos.

En canto ao resto de linguas e dialectos falados no Estado belga, as mesmas carecen dun recoñecemento oficial completo e a regulación das mesmas é asumida polas diferentes comunidades. Deste xeito, a Comunidade francesa de Bélxica recoñece varias linguas como "linguas rexionais endóxenas"⁷⁶ que se ben non son admitidas no contexto de actos oficiais, trala aprobación do decreto do 24 de decembro de 1990⁷⁷ pasaron a adquirir certa protección, promovéndose o seu uso como ferramenta de comunicación e o seu estudo científico. A Comunidade neerlandesa e a Comunidade xermana tamén contan con regulación específica no que atinxe ás linguas e dialectos falados no seu interior.

B) Francia (Estado monolingüe irreal *de iure*)

Francia constitúese nun Estado monolingüe irreal ao recoñecerse unicamente o francés como a lingua oficial de todo o país, e iso pese a que dentro de mesmo se

⁷² Dicimos tecnicamente porque a Comunidade francófona amosa unha concepción persoal do federalismo, subvencionando actividades culturais das minorías francófonas de Flandes mentres que a Comunidade flamenca amosa unha concepción territorial do federalismo, o que se pode ver no control que exercen sobre as escolas francófonas presentes no seu territorio.

⁷³ "*La Belgique comprend quatre régions linguistiques : la région de langue française, la région de langue néerlandaise, la région bilingue de Bruxelles-Capitale et la région de langue allemande. Chaque commune du Royaume fait partie d'une de ces régions linguistiques.*" Artigo 4 da Constitución de Bélxica.

⁷⁴ Artigos 4, 129 e 130 da Constitución de Bélxica.

⁷⁵ Cando a regulación afecte a municipalidades contiguas a outra rexión lingüística ou a lei permita o emprego dunha lingua diferente á da Comunidade na que a municipalidade está situada, a aprobación de medidas deste tipo terá que cumprir cuns requisitos de maior complexidade.

⁷⁶ Picardo, Iorenés, valón, etc. COSTAS, Xosé Henrique. *Guía das linguas de Europa*. Ed. Positivas. A Coruña, 2002. p. 93.

⁷⁷ *Décret relatif aux langues régionales endogènes de la Communauté française du 24 décembre 1990.*

falan unha gran cantidade de linguas⁷⁸. Dado o carácter centralizado do país, as rexións teñen un carácter exclusivamente administrativo, carecen dun poder político e lexislativo polo que non poden establecer regulación algunha sobre a materia.

As orixes deste modelo lingüístico remóntanse ao século XVI coa promulgación da ordenanza de Villiers-Cotterêts de 10 de agosto de 1539 que recolle na súa disposición 111 que todas as decisións, procedementos, contratos, testamentos e actos de xustiza, etc. terán que ser emitidos en lingua francesa⁷⁹. Deste xeito, a ordenanza interpretárase como unha elección administrativa entre o francés do rei e a “lingua vulgar” local.

O recoñecemento do francés como a única lingua oficial do Estado mantívose dende ese momento ata os nosos días, plasmándose de maneira inequívoca no artigo segundo da Constitución francesa de 1958 que establece que a lingua da República é o francés. Únicamente o Código da Educación de 1997 recolle a facultade de que as autoridades académicas inclúan estas linguas na ensinanza pero sempre con carácter optativo, en ningún caso como materia troncal. No resto de ámbitos o seu emprego está excluído, incluíndo a administración e a xustiza, o cal se ampara en diferentes textos lexislativos que en definitiva restrinxen o emprego de calquera outra lingua que non sexa o francés⁸⁰, que se define no artigo primeiro da Lei Toubon⁸¹ coma elemento fundamental da personalidade e do patrimonio de Francia e lingua da ensinanza, do traballo, dos intercambios e dos servizos públicos.

Mentres que as rexións da Francia metropolitana teñen un carácter eminentemente administrativo, os dominios e territorios de ultramar contan cun réxime especial establecido na Constitución que lles outorga unha maior autonomía e que lles permite aprobar normas en determinadas materias. Neste sentido, no ano 1980 o Consello de Goberno da Polinesia francesa aprobou a decisión nº2036⁸² pola que se recoñecía á lingua tahitiana a calidade de lingua oficial do territorio da Polinesia francesa pero esta foi inmediatamente revocada polo Consello de Estado francés, ditaminando que conforme a o establecido no artigo 2 da Constitución, o francés é a única lingua oficial nese territorio e, polo tanto, a única que pode ser empregada pola administración e polos particulares que se relacionen con ela. Pese ao anterior, e de facto, o tahitiano posúe un recoñecemento case xurídico.

En definitiva, existe unha ideoloxía política moi ancorada que parte da idea de que a nación francesa se manifesta por medio do francés e que a unidade da nación está ameazada polo recoñecemento das linguas e dialectos rexionais. Pese a iso, nos últimos anos as mesmas pasaron a ter un mínimo de recoñecemento, o cal se plasmou no artigo 75-1 da Constitución francesa, adoptado polo Congreso de 21 de xullo de 2008, e que estableceu que as linguas rexionais francesas pertencen ó patrimonio de Francia⁸³.

⁷⁸ Francia conta no seu territorio continental cun total de 11 linguas autóctonas (COSTAS, X. Henrique. Op. cit. p. 88) ás que hai que sumar as linguas que se falan nos territorios de ultramar.

⁷⁹ *Ordonnance de Villiers-Cotterêts* (10 août 1539). « *Nous voulons donc que dorénavant tous arrêts, et ensemble toutes autres procédures, soient de nos cours souveraines ou autres subalternes et inférieures, soient des registres, enquêtes, contrats, testaments et autres quelconques actes et exploits de justice ou qui en dépendent, soient prononcés, enregistrés et délivrés aux parties en langage maternel français et non autrement* »

⁸⁰ *Proposition de Loi n°3008 relative au développement des langues et cultures régionales du 7 décembre 2010*

⁸¹ *Loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.*

⁸² *Décision no 2036 du 28 novembre 1980 donnant à la langue tahitienne qualité de langue officielle du territoire de la Polynésie française.*

⁸³ Modificación que contou coa férrea oposición de institucións como a Academia francesa, que entendeu que atentaba contra a identidade nacional. EL PAÍS. “*Las lenguas regionales atentan contra la identidad nacional*”. Publicado o 16/06/2008. Consultado o 10/05/2019. Fonte: https://elpais.com/cultura/2008/06/16/actualidad/1213567210_850215.html.

A raíz desa modificación constitucional, no ano 2010 presentouse unha proposición de lei relativa ao desenvolvemento das linguas e culturas rexionais na que se deixou constancia de que ata o momento non existe ningún marco lexislativo que regulase o emprego das linguas rexionais. Pese a que o único que a proposición de lei pretendía era a elaboración dunha verdadeira política de apoio e protección das devanditas linguas co obxecto de salvagardar ese patrimonio común, sen chegar en ningún caso a outorgar dereitos particulares a grupos en concreto, foi rexeitada.

Dende entón, outras proposicións de lei foron presentadas nese sentido, destacando unha para a promoción das linguas rexionais presentada en 2016⁸⁴ e que, a grandes trazos, reconece o ensino das linguas rexionais como materia optativa dentro do horario normal de ensinanza e que as mesmas se poidan empregar tamén como linguas vehiculares da ensinanza xunto co francés, permite ás rexións que así o queiran a tradución ás linguas rexionais dos carteis e sinais dos edificios públicos e infraestruturas e os medios de comunicación institucional e amplía as vantaxes reservadas ás publicacións de prensa e web en lingua francesa tamén a aquelas que se realicen en linguas rexionais. Esta proposición foi aprobada por maioría na Asemblea Nacional e aínda que está pendente de tramitación no Senado, trátase dun grande avance tendo en conta a difícil relación que historicamente se constata entre o Estado francés e as linguas rexionais.

C) Suecia: (Estado plurilingüe territorial ou rexional legalmente perfecto *de iure*)

Suecia constitúese nun Estado sen lingua oficial *de iure* ata o ano 2009, aínda que *de facto* o sueco ostentaba esa categoría. As únicas disposicións relativas ás linguas que podemos atopar nas catro leis fundamentais que compoñen a Constitución sueca atópanse no chamado Instrumento de Goberno (*Regeringsformen*) de 1974 que menciona sucintamente o principio de non discriminación das persoas en función da súa lingua e tamén o dereito do pobo sami e o resto de minorías a preservar e a desenvolver a súa vida social e cultural e, polo tanto, a súa lingua.

No ano 2009, o parlamento sueco adoptou a Lei 2009:600 da Linguaxe (*Språklag* (2009:600) mediante a cal se regula por primeira vez a posición tanto da lingua sueca como do resto de linguas minoritarias faladas dentro do Estado. Neste sentido, determínase que o sueco é o idioma principal de Suecia, sendo cualificado coma o idioma común de toda a sociedade e regulándose o seu emprego nas actividades públicas. Aínda que non se faga referencia de xeito directo ao carácter oficial desta lingua, na práctica o articulado da lei estaría a outorgarlle esta categoría. Xunto co sueco, a lei reconece tamén o resto de linguas minoritarias do país (o finlandés, o yiddish, o meänkieli, o chib romano e o sami) e obriga ás administracións correspondentes a protexer e a promover o seu emprego. Das cinco linguas recoñecidas, unicamente tres se poden considerar como vernáculos suecos (finlandés, sami e meänkieli) mentres que o chib romano é lingua de comunicación da comunidade romaní e o yiddish da comunidade xudía.

Se ben a chamada Lei da Linguaxe de 2009 outorga un recoñecemento legal ás linguas minoritarias suecas, fai remisión a outros textos legais para a determinación dos dereitos concretos que asisten ás minorías falantes das mesmas. Así, a Lei 2009:724 sobre minorías nacionais e linguas minoritarias vai a ser que se encargue desta tarefa.

Conforme ao establecido nesta última lei, van a crearse tres áreas administrativas (*förvaltningsområdena*) en función das linguas vernáculos empregadas nelas⁸⁵ e ás que se poderán incluír os municipios que así o soliciten, de tal xeito que todas as autoridades de xestión que se inscriban dentro dunha determinada área van a recoñecer a oficialidade da lingua minoritaria falada nela e,

⁸⁴ *Proposition de loi relative à la promotion des langues régionales* de 7 de outubro de 2016.

⁸⁵ Área administrativa finlandesa, área administrativa sami e área administrativa meänkieli.

polo tanto, os devanditos idiomas van a ter dentro das mesmas todos os dereitos aparelados a tal consideración (emprego nas comunicacións entre os cidadáns e os poderes públicos, ante os tribunais, como lingua vehicular na escola, etc.). Ademais diso, a lei tamén permite aos cidadáns a posibilidade de comunicarse na súa lingua ante outros órganos administrativos externos ás áreas mencionadas, sempre e cando sexa posible contar con persoal que domine o idioma e para iso habilitaranse os mecanismos necesarios que permitan o acceso á función pública de individuos que teñan coñecementos de ditos idiomas.

Polo exposto, trala aprobación de sendas leis no ano 2009, Suecia constitúese nun Estado plurilingüe territorial ou rexional legalmente perfecto no que o sueco ostenta a condición de lingua oficial a nivel estatal e o resto de linguas rexionais teñen a consideración de cooficiais nas respectivas áreas administrativas, establecéndose tamén un recoñecemento legal daquelas empregadas por outras minorías asentadas no país.

4.5 - Oceanía

A) Nova Zelandia (Estado plurilingüe estatal igualitario legalmente perfecto *de iure*)

Nova Zelandia constitúese nun Estado plurilingüe estatal igualitario legalmente perfecto que outorga idéntico recoñecemento ao inglés e ao maorí en todo o seu territorio⁸⁶. Esta situación é relativamente recente pois durante o período de colonización das illas de Nova Celandia por parte dos británicos e ata a década dos 70, o inglés impúxose a toda a poboación, á que se instruía unicamente nesa lingua para acelerar a asimilación cultural dos xoves maorís á cultura europea⁸⁷ e prohibindo expresamente o emprego do maorí na escola⁸⁸.

A situación cambiou considerablemente na década dos anos 70 cando as reivindicacións de grupos maorís relativas á promoción do uso da súa lingua comezaron a ser escoitadas. Así, durante eses anos comezaron a crearse escolas nas que o maorí se comeza a ensinar aos máis pequenos dende unha idade moi temperá e pouco despois a Lei sobre o Tratado de Waitangi de 1975 outórgalle por primeira vez certo recoñecemento legal ao maorí ao permitirse o seu emprego en sede xudicial (art. 4) pero sempre acompañados de tradutor, o cal non se prevé para a situación inversa e que na práctica supón unha discriminación respecto aos falantes de lingua inglesa.

O pleno recoñecemento xurídico do maorí vaise a producir coa promulgación da Lei sobre a lingua maorí de 1987, que determinará a súa cooficialidade co inglés e para todo o territorio do país no seu artigo 3. O texto desta norma non introduce grandes novidades respecto ao establecido na Lei de 1975 xa que en canto ao réxime xurídico da lingua unicamente regula o dereito de falar maorí en sede xudicial. Porén, por medio dela vaise crear a Comisión da Lingua Maorí, que dende ese momento e ata a actualidade vai a encargarse, entre outras moitas medidas, da posta en marcha de políticas e procedementos que doten de contido a cooficialidade recollida no artigo 3.

Grazas ao traballo da Comisión pouco a pouco foron xurdindo programas transmitidos en maorí nos medios de comunicación, estableceuse esta lingua como vehicular nalgunhas titulacións universitarias, apoiouse a creación dentro de cada comunidade de programas de planificación da lingua en función das súas

⁸⁶ Sen tomar en consideración as illas polinesias que se constitúen en estados libres asociados de Nova Zelandia, nos cales se falan outras linguas polinesias que, xeralmente, teñen recoñecemento oficial dentro deles: o niuano en Niue, o tokelauano en Tokelau, o pukapuka e o rarotongano nas Illas Cook, etc.

⁸⁷ *Education Ordinance Act* de 1847

⁸⁸ Mediante a *Native School Act* de 1858.

circunstancias particulares, etc. Como resultado de todas estas medidas, dende os anos 90 púidose constatar un aumento do número de falantes desta lingua⁸⁹.

A pesar dos grandes avances producidos nas últimas tres décadas, aínda queda moito camiño por andar para lograr a plena igualdade entre as dúas linguas oficiais. Na actualidade o inglés segue sendo a lingua empregada practicamente en exclusividade pola administración, tanto a nivel interno como nas súas comunicacións cos cidadáns, así como aquela na que se transmiten os discursos oficiais por ser o idioma comprendido pola maioría da poboación. Ademais, a pesar do recoñecemento da oficialidade do maorí na Lei de 1987, aínda se manteñen disposicións noutros textos legais que manteñen as desigualdades a favor do inglés⁹⁰.

B) Papúa Nova Guinea (Estado plurilingüe estatal igualitario legalmente imperfecto *de iure*)

Estímase que a poboación de Papúa Nova Guinea se achega na actualidade aos 7 millóns de habitantes⁹¹, unha cifra moi pequena que contrasta co feito de que este país posúe dentro das súas fronteiras o maior número de linguas indíxenas a nivel global, estimándose as mesmas nunhas 840.

As linguas papúes son, xunto coas linguas indíxenas sudamericanas, o grupo de linguas menos coñecido de todos e aínda na actualidade non se saben dalgunhas delas máis que pequenas listas de palabras. Tendo en conta a enorme fragmentación lingüística que existe nopaís, o multilingüismo da poboación é un fenómeno natural alí de xeito que moitas comunidades, sobre todo as máis pequenas, son mais proclives ao biligüismo.

Aínda que a lingua máis amplamente falada do país era o tok pisin, unha lingua crioula derivada do inglés, tradicionalmente o inglés estándar foi a única lingua empregada tanto no goberno coma no sistema educativo do Estado mentres permaneceu baixo o dominio de Australia. Durante eses anos o goberno colonial mantivo no país un sistema administrativo de carácter centralizado que dependía directamente de Australia.

O país acadou a súa independencia no ano 1975 e aprobouse unha Constitución que non recolle no seu articulado a oficialidade de ningún idioma. As únicas referencias que o texto fai á cuestión lingüística son moi sucintas, atopando entre as mesmas i) a vontade de que todas as persoas e organismos de goberno deberán de intentar alcanzar a plena alfabetización en inglés, tok pisin ou hiri motu, co cal se fai por primeira vez referencia nun texto de carácter oficial á promoción de outras linguas diferentes ao inglés, ii) a creación de estruturas políticas descentralizadas que permitan unha maior participación dos diferentes pobos que integran o país, iii) o respecto ás diferentes identidades culturais e étnicas e as súas linguas, iv) o outorgamento de información ás persoas detidas ou acusadas de cometer un delito nunha lingua comprensible para eles e a asistencia de intérprete durante o xuízo de ser necesario e a cargo da administración e a necesidade de coñecer algún dos idiomas do país para conseguir un certificado de naturalización⁹².

⁸⁹ SENFT, Gunter. *Endangered Austronesian and Australian Aboriginal Languages*. Pacific Linguistics. Canberra, 2010. pp. 185-192.

⁹⁰ Por exemplo a Lei sobre a cidadanía de 1977 esixe un coñecemento suficiente de lingua inglesa para poder obter a nacionalidade do país pero non menciona sequera á lingua maorí nin se reformou unha vez se oficializou esta lingua.

⁹¹ CIA World Factbook: *Papua New Guinea*. Consultado o 11 de xuño de 2019.

⁹² Artigos 2.2, 5.3, 37.4, 67 e 68 da Constitución do Estado Independente de Papúa Nova Guinea.

Aínda que non se recolle no texto constitucional, a normativa de desenvolvemento recoñeceu como idiomas oficiais do país o inglés, o tok pisin e o hiri motu, facendo de Papúa Nova Guinea un Estado plurilingüe estatal igualitario legalmente imperfecto.

Trala independencia do país houbo unha extensa discusión sobre o emprego dos idiomas locais tanto nas relacións coa administración como a nivel educativo; non obstante, as propostas non frutificaron e mantívose o sistema vixente durante os seguintes anos. Pese a iso, a descentralización que se produciu a nivel territorial coa aparición de gobernos provinciais autónomos mantivo vivo o debate e foi preparando o camiño para o recoñecemento de dereitos ás minorías lingüísticas. Porén, os avances máis significativos en materia lingüística ao longo destes anos producíronse sobre todo a nivel educativo.

Coa descentralización progresiva da política lingüística, as diferentes provincias pasaron a adoptar medidas para a protección e promoción das linguas indíxenas, outorgándolles certo recoñecemento legal. A partir dos anos oitenta produciuse un proceso de "adaptación indíxena" a nivel provincial de tal xeito que as linguas vernáculos pasaron en moitos casos a empregarse como vehículo de transmisión de coñecementos académicos básicos, pero fora do sistema de educación formal⁹³. Non será ata os anos noventa cando o sistema educativo formal do país se reestruture dando cabida á ensinanza de linguas vernáculos non só unicamente con fins de alfabetización senón tamén como lingua vehicular á hora de impartir as materias nos primeiros anos da ensinanza.

Na actualidade operan programas de alfabetización en practicamente unha cuarta parte das linguas faladas en Papúa Nova Guinea e os obxectivos que se propoñen a medio e longo prazo van na liña da extensión desta política lingüística a todas as linguas que o desexen, se ben resulta unha tarefa practicamente imposible xa que non se trata unicamente dun proceso de ensinanza dos pequenos e alfabetización dos adultos senón tamén de elaboración de manuais e formación de educadores.

V. Iniciativas a nivel supraestatal para a pervivencia da diversidade lingüística

As iniciativas de carácter supranacional que buscan garantir de maneira expresa os dereitos lingüísticos da poboación e a protección das linguas minoritarias son moi recentes; temporalmente podemos situalas a partir de finais dos anos oitenta.

Con anterioridade a esa data unicamente existían referencias indirectas á cuestión lingüística en numerosos instrumentos internacionais que abordaban outra serie de dereitos ou obrigas. Deste xeito, se ben a Declaración Universal dos Dereitos Humanos de 1948 non menciona en ningún caso a cuestión lingüística, o Pacto Internacional dos Dereitos Cívís e Políticos de 1966 vai a configurar por primeira vez o estatus xurídico internacional das minorías étnicas, relixiosas e lingüísticas recoñecéndolles o dereito, entre outros, a empregar o seu propio idioma⁹⁴.

Dende ese momento, outros instrumentos de carácter internacional elaborados polas Nacións Unidas van a incluír previsións relativas á cuestión lingüística pero de xeito illado, como poden ser o Pacto Internacional de Dereitos

⁹³ LITTERAL, Robert. *Four decades of language policy in Papua New Guinea: The move towards the vernacular*. SIL Electronic Working Papers, 1999-001.

⁹⁴ Artigo 27 do PIDCP de 1966 na súa versión oficial en castelán "*En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.*"

Económicos, Sociais e Culturais de 1966 ou a Convención de Dereitos do Neno de 1989⁹⁵.

A partir do ano 1989 vai a producirse un cambio de paradigma respecto do tratamento da cuestión lingüística nos textos internacionais, destacando sobre todo a maior preeminencia que esta cuestión vai a adquirir dentro das organizacións internacionais de carácter rexional europeas (Consello de Europa e UE).

Se ben as referencias existentes nos primeiros tratados recoñecían esencialmente dereitos negativos, é dicir, dereitos que non implican unha acción específica por parte dos poderes públicos (dereito a empregar o propio idioma, dereito á non discriminación por cuestión de lingua, etc), a partir dese momento a cuestión lingüística, e especialmente a protección da diversidade lingüística, comeza a gañar prominencia ligada á protección dos grupos minoritarios e xorden os primeiros dereitos positivos, que son aqueles que precisan dunha acción específica dos poderes públicos para a súa consecución (dereito a unha educación na lingua materna, adopción de medidas concretas por parte dos gobernos para a protección das linguas en perigo de desaparición, etc.). Este cambio de paradigma supón unha novidade en tanto que a partir dese momento comezan a proliferar textos internacionais que fan referencia á cuestión lingüística con carácter principal e non unicamente en disposicións illadas como sucedía ata o momento.

Así, a nivel internacional xeral, a Convención relativa aos pobos indíxenas de 1989 vai a recoñecer no seu artigo 28, entre outras cuestións, o deber de garantir unha ensinanza na súa lingua materna aos nenos dos pobos indíxenas sempre e cando isto sexa posible ou o deber de adoptar medidas de protección respecto das linguas indíxenas, promovendo o seu desenvolvemento e o seu uso e tamén máis recentemente a Convención sobre a protección e promoción da diversidade das expresións culturais da UNESCO (2005), busca protexer as medidas adoptadas polos diferentes Estados parte en materia de protección e preservación das manifestacións culturais propias, incluíndo as medidas que traten de garantir a presenza dunha determinada lingua nas actividades, bens e servizos culturais⁹⁶. De calquera xeito, na actualidade aínda non existe un tratado internacional de alcance universal que ofrezca protección de maneira específica os dereitos lingüísticos⁹⁷.

Cuestión distinta sucede respecto as organizacións internacionais de carácter rexional, máis especificamente as europeas, que se van a involucrar dun xeito máis activo na materia e que van a xogar un papel fundamental no recoñecemento e protección da diversidade lingüística dentro do continente.

O Consello de Europa vai a ter un papel destacado na preservación e defensa das linguas minoritarias e vai a traballar activamente nesta materia. O texto máis importante adoptado por esta institución na materia vai a ser a Carta Europea das Linguas Minoritarias ou Rexionais de 1992, que persegue a protección de todas as linguas europeas que: i) non teñen carácter oficial en ningún dos territorios dos estados parte, ii) sendo oficiais dalgún dos estados parte, carecen desa condición noutros nos que se falan ou, iii) sendo oficiais dentro dun estado parte, a lingua amosa debilidade.

Este tratado componse de 14 artigos ao longo dos cales desenvolve toda unha serie de medidas de protección e promoción das linguas rexionais e minoritarias, así

⁹⁵ PONS I PARERA, Eva. "Los derechos lingüísticos en el marco internacional y comunitario europeo" en VV.AA. *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*. Ed. Atelier. Barcelona, 2006. pp. 66.

⁹⁶ *Ibíd.* p. 84.

⁹⁷ A iniciativa máis importante na materia foi a Declaración Universal de Dereitos Lingüísticos, cuxo texto se pechou na Conferencia Mundial de Dereitos Lingüísticos de Barcelona (1996) pero que non chegou a ser obxecto de aprobación por incluír disposicións en materia de recoñecemento das linguas minoritarias que na actualidade son inaceptables por moitos dos estados.

coma de obrigas para os Estados que ratifiquen o texto nos ámbitos da ensinanza, xustiza, administración e servizos públicos, medios de comunicación, actividades culturais e económicas e intercambios transfronteirizos. Ata o momento 25 estados europeos asinaron e ratificaron a Carta, oito firmárona só pero non a ratificaron e catorce estados máis nin a asinaron nin a ratificaron⁹⁸.

A Unión Europea tamén vai a desenvolver una política activa en defensa da diversidade lingüística e do recoñecemento de dereitos ás linguas rexionais ou minoritarias. Dende os anos 80 e 90 o Parlamento europeo emitiu unha serie de resolucións recomendando aos estados membros que recoñezan e tutelén estas linguas que, pese a carecer de valor xurídico vinculante, teñen un forte valor político e simbólico que contribuíu a crear un estado de opinión no seo da Unión favorable á actuación comunitaria na materia⁹⁹.

Con posterioridade, no Tratado de Maastricht de 1992 incluíronse referencias explícitas á diversidade lingüística e cultural, así como á diversidade nacional e rexional en varios dos seus artigos, que tamén van a estar presentes na Carta dos Dereitos Fundamentais da UE de 2001¹⁰⁰, e finalmente no Tratado da Unión Europea de 2007 que directamente vai a indicar no seu artigo 3 que a Unión respectará a riqueza da súa diversidade cultural e lingüística, velando pola conservación e o desenvolvemento do patrimonio cultural europeo.

Fora do ámbito rexional europeo non existen iniciativas comparables ás adoptadas tanto polo Consello de Europa como pola UE en materia de protección da diversidade lingüística e cultural, manténdose estas cuestións unicamente dentro da esfera interna de actuación do Estado. As escasas disposicións que fan mención a estes aspectos nos tratados elaborados por organizacións internacionais de carácter rexional recollen só dereitos de carácter negativo¹⁰¹. Existen movementos dentro do Mercosur, organización integrada por Arxentina, Brasil, Uruguai, Paraguai e Venezuela, que propugnan a adopción de políticas específicas no seo da organización relativas aos pobos indíxenas e ás súas linguas, pero ata o momento non chegaron a prosperar¹⁰².

En calquera caso, cada vez son máis os instrumentos internacionais que regulan de xeito directo ou indirecto esta materia e todo parece indicar que esta tendencia se vai a manter nos vindeiros anos. Porén, a aplicabilidade destes textos depende da firma e posterior ratificación por parte dos Estados que, en moitos casos, se mostran reticentes a recoñecer este tipo de proposicións ou incluso se negan a facelo. O que non se pode negar é que esta maior sensibilidade por parte das organizacións internacionais cara a protección da diversidade lingüística inflúe cada vez máis nas políticas internas que os Estados adoptan na materia, non sen excepcións, afastándose de posicións decimonónicas tendentes ao establecemento dunha única lingua nacional e amosándose máis aperturistas en materia de recoñecemento de dereitos ás linguas minoritarias ou incluso a súa oficialización.

⁹⁸ Na actualidade a Carta foi ratificada por Alemaña, Armenia, Austria, Bosnia-Herzegovina, Chipre, Croacia, Dinamarca, España, Finlandia, Hungría, Liechtenstein, Luxemburgo, Montenegro, Noruega, Países Baixos, Polonia, Eslovaquia, República Checa, Romanía, Reino Unido, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suíza e Ucraína; os Estados que unicamente a asinaron e nos que, polo tanto, non se atopa en vigor son Acerbaixán, Rusia, Francia, Islandia, Italia, Macedonia do Norte, Malta e Moldavia.

⁹⁹ PONS I PARERA, Eva. *Op. cit.* p. 94

¹⁰⁰ A cal eleva a diversidade lingüística á categoría de principio reitor da actuación das institucións e os órganos da UE, así coma dos órganos estatais cando aplican o dereito da Unión.

¹⁰¹ Como por exemplo a Convención Americana sobre Dereitos Humanos de 1978, elaborada pola Organización de Estados Americanos, que recolle a prohibición de toda discriminación en base (entre outros) a motivos lingüísticos á hora de aplicar as súas disposicións (artigo 1).

¹⁰² VALENZUELA FERNÁNDEZ, Rodrigo. *Pueblos indígenas y Mercosur*. Santiago de Chile, 2000. Fonte: http://www.mapuche.info/mapuint/Indigenas_Mercosur.html#_ftn1

VI. Conclusións

1. Os cálculos máis recentes indican que no mundo se falan actualmente entre 6000 e 7000 idiomas pero a situación duns e doutros dista moito de ser equilibrada. En moitos territorios convive máis dunha lingua e, se ben en ocasións existen situacións de contacto entre elas, como regra xeral o conflito lingüístico predomina, de tal xeito que a lingua dominante paulatinamente se impón e despraza a lingua dominada, creando unha situación de tensión nos falantes desta última.

2. Que unha lingua se sitúe nun plano de superioridade ou de inferioridade respecto a outra está motivado por factores de índole social, cultural, demográfico, económico ou político, pero sobre todo estes últimos tiveron unha influencia transcendental na configuración do mapa lingüístico dos últimos séculos. Así, cando o plurilingüismo carece de recoñecemento oficial ou as medidas adoptadas para garantir a igualdade entre as linguas involucradas son insuficientes, a lingua maioritaria ou maiorizada rematará por impoñerse.

3. Determinamos catro rangos nos que se pode clasificar unha lingua en función da posición que os poderes públicos poden adoptar para con ela: lingua oficial, lingua con recoñecemento legal, lingua sen recoñecemento legal ou lingua perseguida. Se ben dentro dunha comunidade política os tres últimos rangos poden existir ou non, en todas elas vai a haber sempre e sen excepción un ou varios idiomas oficiais, establecidos *de iure* ou *de facto*, e que poden coincidir cunha das linguas vernáculas do seu territorio, con varias delas, con todas ou incluso con ningunha.

4. Situándonos na óptica da oficialidade, en función da relación que se estableza entre a lingua ou linguas vernáculas e os Estados, consideramos que se pode clasificar a estes últimos en monolingües (reais ou irrealis) ou plurilingües (estatal igualitario, estatal territorial ou territorial / rexional). Esta clasificación permite sistematizar a situación a nivel global pero é importante non esquecer que no conxunto dos Estados podemos atopar practicamente todas as posibilidades lóxicas ao respecto do recoñecemento dunha ou máis linguas coma oficiais, tanto a nivel estatal como a nivel rexional ou local.

5. A tendencia manifesta que os Estados son cada vez máis sensíbeis no relativo á progresiva diminución da diversidade lingüística e a planificación lingüística dende o respecto á diversidade estase a estender a pesares de que aínda existen casos nos que sucede todo o contrario. Tamén a nivel internacional, cada vez son máis os organismos e institucións que se sitúan a favor da diversidade lingüística e do recoñecemento de dereitos aos falantes de todas as linguas, destacando sobre todo a labor que as organizacións internacionais europeas están a realizar sobre a materia. Con todo, e aínda que o panorama é bastante esperanzador, non podemos esquecer que existen notables excepcións a esta regra habendo estados nos que a tendencia é precisamente a inversa.

6. Non podemos esquecer que as linguas conforman a cultura, a mentalidade, o pensamento e a identidade dos seus falantes e a súa progresiva substitución ou desaparición descompón comunidades enteiras, converténdose en moitas ocasións en fonte de conflito. A xestión correcta e eficaz da pluralidade lingüística por parte dos poderes públicos non só a temos que analizar dende un punto de vista de perda de riqueza cultural senón tamén coma unha ferramenta de carácter pacificador no seo das comunidades que integran o Estado.

Bibliografía

BBC. *¿Por qué tenemos que salvar a las lenguas en peligro de extinción?* 19 de xuño de 2014. Consultado o 10 de xuño de 2019. Fonte: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140613_cultura_lenguas_muertas_mz

- BASTARDAS, Albert; BOIX, Emili. *¿Un Estado, una lengua? La organización política de la diversidad lingüística*. Ediciones Octaedro. Barcelona, 1994.
- BENOIT-ROHMER, Florence. *Les langues officieuses de la France en Revue Française de Droit Constitutionnel*. 2001/1 (n145) pp. 3-29. Fonte: <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2001-1-page-3.htm#>
- CERQUIGLINI, Bernard. *Les langues de la France*. Rapport au Ministre de l'Education Nationale, de la Recherche et de la Technologie, et à la Ministre de la Culture et de la Communication. Avril 1999
- COTANO, Ángela. *Les llengües minoritzades d'Europa*. Ed. Eliseu Climent. Valencia, 2000.
- COSTAS, Xosé Henrique. *Guía das linguas de Europa*. Ed. Positivas. A Coruña, 2002.
- CRYSTAL, David. *English as a global language*. Cambridge University Press. Cambridge, 1997.
- EBERHARD, David M., SIMONS, Gary F., E FENNING, Charles D. (eds.). *Ethnologue: Languages of the World*. 22ª Edición. SIL International. Dallas, 2019. Fonte: <http://www.ethnologue.com>.
- ELAN (*École et langues nationales en Afrique*). *Senegal*. Consultado o 10 de xuño de 2019. Fonte: <http://www.elan-afrique.org/quelles-actions-menees-page/senegal>
- EL PAÍS. "Las lenguas regionales atentan contra la identidad nacional". Publicado o 16/06/2008. Consultado o 10/05/2019. Fonte: https://elpais.com/cultura/2008/06/16/actualidad/1213567210_850215.html
- EL PAÍS. *El portugués se convierte en el "tercer idioma oficial" de Guinea Ecuatorial a pocos días de la cumbre de la CPLP*. Publicado o 21/07/2010. Fonte: <https://www.europapress.es/epsocial/noticia-portugues-convierte-tercer-idioma-oficial-guinea-ecuatorial-pocos-dias-cumbre-cplp-20100721152101.html>
- ERIKSEN, Thomas. *Linguistic Hegemony and Minority Resistance* en Journal of Peace Research, vol. 29, núm. 3. 1992. pp. 313-332.
- FANDIÑO PARRA, Yamith José; BERMÚDEZ JIMÉNEZ, Jenny Raquel. *Planificación y política lingüística en Colombia desde el plurilingüismo*. En Defensa de las Humanidades, Revista de la Universidad de la Salle, n°. 69, Bogotá, 2016. pp. 137-155.
- GONZÁLEZ NÚÑEZ, Gabriel; MEYLAERTS, Reine. *Translation and Public Policy: Interdisciplinary Perspectives and Case Studies*. Ed. Routledge. New York, 2017.
- HAMEL, Rainer Enrique. "Conflictos entre lenguas y derechos lingüísticos: perspectivas de análisis sociolingüístico" en *Revista Alteridades*. Universidad Autónoma Metropolitana. México, 1995. pp. 79-88
- LECLERC, Jacques. *La politique linguistique israélienne en L'aménagement linguistique dans le monde*. CEFAN, Université Laval. Quebec, 2018. Consultado o 10 de xuño de 2019. Fonte: <http://www.axl.cefan.ulaval.ca/asie/israel-3pol-Ing.htm>
- LITTERAL, Robert. *Four decades of language policy in Papua New Guinea: The move towards the vernacular*. SIL Electronic Working Papers 1999-001
- MARTI, Félix; AMORRORTU, Estibaliz; BARREÑA, Andoni; URANGA, Belen; JUNYENT, Carme; IDIAZABAL, Itziar; JUARISTA, Patxi; ORTEGA, Paul. *Palabras y mundos. Informe sobre las lenguas del mundo*. Icaria Editorial. Barcelona, 2006.
- MCARTHUR, Tom. *The English Languages*. Cambridge University Press. Cambridge, 1998.
- MISIONES ONLINE. *El Guaraní ya es el segundo idioma oficial de Corrientes*. 22 de novembro de 2004. Consultado o 5 de xuño de 2019. Fonte:

- <https://misionesonline.net/2004/11/22/el-guarani-ya-es-el-segundo-idioma-oficial-de-corrientes/>
- MUY INTERESANTE. *¿Cuántos idiomas se hablan en el mundo?* Consultado o 15/05/2019. Fonte: <https://www.muyinteresante.es/cultura/arte-cultura/articulo/icuantos-idiomas-se-hablan-en-el-mundo>
- NACIONES UNIDAS. *La situación de los pueblos indígenas del mundo*. Departamento de Información Pública. 2010.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Política, Estado y Derecho*. Ed. Cóllex. Madrid 2008.
- PONS I PARERA, Eva. "Los derechos lingüísticos en el marco internacional y comunitario europeo" en VV.AA. *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*. Ed. Atelier. Barcelona 2006 pp. 65-104
- PUCHTA, Herbert; STRANKS, Jeff. *English in Mind*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- RAMSEY, Robert. *The languages of China*. Princeton University Press. Princeton 1987.
- RICENTO, Thomas. *Historical and Theoretical Perspectives in Language Policy and Planning*. *Journal of Sociolinguistics* 4(2):196 – 213. 2000.
- ROJAVA AZADI. *Masacres y opresión de los kurdos en la Turquía del siglo XX*. Publicado o 23/04/2018. Fonte: <https://rojvaazadimadrid.org/masacres-y-opresion-de-los-kurdos-en-la-turquia-del-siglo-xx/>
- SENFT, Gunter. *Endangered Austronesian and Australian Aboriginal Languages*. *Pacific Linguistics*. Canberra, 2010. pp. 185-192.
- SIMEONE-SENELLE, Marie-Claude. *Les langues en Erythrée*. *Chroniques yéménites*. 2000. Consultado o 14/06/2019. Fonte: <https://journals.openedition.org/cy/39#quotation>
- TOVAR LLORENTE, Antonio. *Universidad y educación de masas (ensayo sobre el porvenir de España)*, Ariel. Barcelona, 1968.
- UNESCO (Instituto de Estadística). *Tasa de alfabetización, total de adultos (% de personas de 15 años o más)*. Consultado o 10/06/2019. Fonte: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SE.ADT.LITR.ZS?locations=SN>
- VALENZUELA FERNÁNDEZ, Rodrigo. *Pueblos indígenas y Mercosur*. Santiago de Chile, 2000. Fonte: http://www.mapuche.info/mapuint/Indigenas_Mercosur.html#_ftn1
- WELSH LANGUAGE COMMISSIONER. *Official status of the Welsh language*. Consultado o 10/06/2019. Fonte: <http://www.comisiynyddygyymraeg.cymru/English/Commissioner/Pages/Official-status-of-the-Welsh-language-.aspx>

Normas citadas

- Carta Europea das Linguas Rexionais ou Minoritarias de 1992 (Consello de Europa)
- Constitución da India de 1950. Fonte: <https://www.india.gov.in/my-government/constitution-india>
- Constitución da Nación Arxentina de 1853. Fonte: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Constitución da República do Senegal de 2001. Fonte: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/cafrad/unpan002912.pdf>
- Constitución da República Francesa de 1958. Fonte: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>

- Constitución da República Popular de China de 1982. Fonte: <http://politica-china.org/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=507>
- Constitución de Bélxica de 1831. Fonte: http://www.senate.be/doc/const_fr.html
- Constitución de Eritrea de 1997. Fonte: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/cafrad/unpan004654.pdf>
- Constitución do Estado Independente de Papúa Nova Guinea de 1975. Fonte: <http://www.parliament.gov.pg/constitution-of-the-independent-state-of-papua-new-guinea>
- Constitución Federal da Confederación suíza de 1999. Fonte: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>
- Constitución Nacional da República do Paraguai de 1992. Fonte: <https://www.diputados.gov.py/ww5/index.php/legislacion/constitucion-nacional>
- Convención Americana sobre Dereitos Humanos (Pacto de San José). Gaceta Oficial No. 9460 do 11 de febreiro de 1978
- Décision no 2036 du 28 novembre 1980 donnant à la langue tahitienne qualité de langue officielle du territoire de la Polynésie française* (Francia)
- Decreto de 28 de julio de 1940 estableciendo el uso exclusivo del español en los servicios públicos* (Gobernación civil de Barcelona)
- Decreto presidencial n°71566 de 1971 (Senegal)
- Lei 2009:200 da Linguaxe. *Språklag* (2009:600) (Suecia)
- Lei 2009:724 sobre minorías nacionais e linguas minoritarias. *Lagen (2009:724) om nationella minoriteterna och minoritetsspråk* (Suecia)
- Lei fundamental do Estado-nación xudío de 2018 (Israel)
- Lei n°19 sobre as linguas oficiais. *Languages Official Act, n°19. 1963.* (India).
- Lei sobre a autonomía das rexións étnicas de 1984 (China)
- Lei sobre a lingua maorí de 1987 (Nova Celandia)
- Lei sobre o Tratado de Waitangi de 1975 (Nova Celandia)
- Ley 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable/asturiano* (Asturias. España)
- Ley de Educación Nacional n° 26.206 de 14 de diciembre de 2006* (Arxentina) Fonte: <https://www.argentina.gob.ar/validez-nacional-de-titulos/ley-de-educacion-nacional-ndeg-26206>
- Ley Federal de Educación n° 24.195 de abril de 1993* (Arxentina)
- Ley provincial n°5598 de 2004* (Corrientes. Arxentina)
- Ley sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes n° 23.302 de 30 de septiembre de 1985* (Arxentina) Fonte: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23790/textact.htm>
- Loi Coremans-De Vriend du 18 avril 1898* (Bélxica)
- Loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française* (Francia)
- Orde sobre o dereito e a administración n°1 5708-1948 (Israel)
- Ordonnance de Villers-Cotterêts* de 10 de agosto de 1539. (Francia)
- Pacto Internacional dos Dereitos Cívís e Políticos de 1966 (ONU)
- Proposition de Loi n°3008 relative au développement des langues et cultures régionales* du 7 décembre 2010 (Francia)
- Proposition de loi relative à la promotion des langues régionales adoptée le 31 janvier 2017* (Francia)

Responsabilidade civil no caso das mortes em presídios amazonenses em maio de 2019

Civil responsibility for deaths in amazonian prison in may 2019

Renato Horta Rezende¹

Centro Universitário Una

Sumário: Introdução; 1 Evolução legislativa da responsabilidade civil extracontratual do Estado no Brasil; 2 Natureza do vínculo jurídico existente entre o Estado do Amazonas e a Umanizzare Gestão Prisional e Serviços Ltda; 3 Responsabilidade civil no caso das mortes em presídios amazonenses; Conclusões; Referências.

Resumo: Entre os dias 26 e 27 de maio de 2019, cinquenta e seis internos presos em quatro complexos prisionais no Estado do Amazonas foram assassinados dentro de suas celas por outros internos pertencentes a facção criminosa rival. Ainda que indiretamente o governador do Estado amazonenses imputou culpa pelos fatos à empresa Umanizzare Gestão Prisional e Serviços Ltda, enquanto o presidente do TJAM afirmou não haver responsabilidade estatal diante da surpresa e inevitabilidade. Investigou-se, neste artigo, a atribuição da responsabilidade civil pela chacina ocorrida, por meio do método hipotético-dedutivo, partindo da hipótese da responsabilidade civil objetiva do Estado, sendo examinada a evolução da responsabilidade do Estado, os editais de licitação, os termos de contratos com a empresa particular co-gestora, os projetos básicos, a legislação pertinente e o posicionamento de autores sobre o tema. Concluiu-se pela confirmação da hipótese proposta.

Palavras-chaves: Amazonas; responsabilidade civil; terceirização; morte; detentos.

Abstract: Between May 26 and 27, 2019, fifty-six inmates detained in four prison complexes in the state of Amazonas were murdered inside their cells by inmates belonging to a rival criminal faction. Although indirectly the Governor of Amazonas state blamed on the company Umanizzare Gestão Prisional e Serviços Ltda., while the president of the TJAM stated that there was no State responsibility in the face of surprise and inevitability. In this article, we investigated the attribution of civil responsibility for the massacre that occurred, using the hypothetical-deductive method, based on the assumption of objective civil responsibility of the State,

¹ Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade FUMEC (2016); Especialista em Ciências Penais pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade Arnaldo Janssen (2018); Graduado em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (2004). Pesquisador-extensionista da Universidade de Harvard Edx no curso Justice (2018). Professor Mestre da Facisa/MG (2018); Professor auxiliar da Faculdade Pitágoras (2018-2019); Professor auxiliar do Centro Universitário UNA (2018-2019). Membro da Comissão Mediação da OAB/MG (2018); Diretor da Comissão de Direito de Família da OAB/MG (2019-2021). Articulista e escritor. Bolsista da FAPEMIG (2016). Professor auxiliar de Metodologia científica do curso de graduação em Direito na Universidade FUMEC (2016); Professor no CFDs da APMMG – Academia de Polícia Militar de Minas Gerais (2014). Árbitro inscrito no CONFEJAB – Conselho Federal do Juizado Arbitral do Brasil (2015); Professor de no Centro Educacional Betim (2007-2011); advogado inscrito na OAB/MG (2005).

Recibido: 03/08/2019

Aceptado: 21/10/2019

examining the evolution of State responsibility, bidding documents, terms of contracts with the co-manager private company, the basic projects, the pertinent legislation and the position of some authors on the subject. It was concluded by the confirmation of the hypothesis proposed.

Key words: Amazonas; civil responsibility; outsourcing; death; inmates.

INTRODUÇÃO

Entre os dias 26 e 27 de maio de 2019, cinquenta e cinco internos encarcerados em quatro diferentes centros prisionais no Estado do Amazonas, sob a cogestão da contratada Umanizzare Gestão Prisional Privada Ltda foram assassinados por prisioneiros integrantes de facção criminosa rival.

A matança orquestrada dentro de presídios amazonenses repercutiu em todo o país em virtude da violência das ações e da semelhança com fato ocorrido no mesmo Estado há pouco mais de dois anos que culminou com a fuga de cento e dezoito internos e a morte de outros cinquenta e seis² no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj).

Agora a tragédia não esteve restrita ao Compaj, onde também foi contabilizado dezessete mortos, tendo se expandido para outras três unidades prisionais, Instituto Penal Antônio Trindade (IPAT), Unidade Prisional do Puraquequara (UPP) e Centro Detenção Provisória de Manaus - Masculino (CDPM1), respectivamente com vinte e sete, seis e cinco mortos.

Frente à grande repercussão nacional da tragédia, o governador do Estado do Amazonas, Wilson Lima (PSC) fez o seguinte pronunciamento oficial:

O contrato com a Umanizzare já está se encerrando e já estamos começando o processo de cotação de preço para contratação de outra empresa para administrar o Compaj (Complexo Penitenciário Anísio Jobim). Desde o início do ano, estamos trabalhando na formatação de uma licitação para que empresas sejam contratadas para a administração do sistema prisional. Isso leva um tempo e há um processo de transição³.

Ainda que não tenha afirmado que a Umanizzare Gestão Prisional Privada Ltda tenha alguma responsabilidade frente ao trágico episódio denota-se por meio do pronunciado supracolacionado a insatisfação da Administração Pública, como se acreditasse que os fatos ocorridos tivessem contado com a colaboração, ainda que omissiva da contratada, tanto que o governador afirma que pretende a "contratação de outra empresa para administrar o Compaj", ainda que, diga-se de passagem, nada impeça a atual administradora de submeter-se ao procedimento licitatório a ser convocado.

A intensa repercussão da tragédia que se repetia em tão curto prazo, fez com que, após a reunião do Gabinete de Crise do Sistema Prisional que contou com a presença de representantes dos poderes Judiciário e Legislativo, Ministério Público do Estado Amazonas, Defensoria Pública do Estado do Amazonas e Ordem dos Advogados do Brasil, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM), Desembargador Yedo Simões, viesse a afirmar:

² Cf: REZENDE, R.H; FARIA, E.F. Responsabilidade civil no caso do massacre de presos no complexo penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), em 1º de janeiro de 2017. Revista Jurídica-Unicuitiba, v. 2, p. 456-479, 2018.

³ AMAZONAS. *Governador Wilson Lima anuncia fim do contrato com Umanizzare e nova licitação para cogestão de presídios*. 28 mai. 2019. Disponível em: <<http://www.amazonas.am.gov.br/2019/05/governador-wilson-lima-anuncia-fim-do-contrato-com-umanizzare-e-nova-licitacao-para-cogestao-de-presidios/>>. Acesso em: 29 mai. 2019, s/p.

Aconteceu dentro das celas, sem nenhuma possibilidade de intervenção imediata. A intenção dos internos não era fazer reivindicação, não era algum pedido de providência, a questão deles é uma disputa interna, é uma situação atípica. Isso demonstra que está dando certo o controle feito pelos órgãos de segurança do Estado, que tem conduzido isso de uma forma muito responsável⁴.

O pronunciamento do Presidente do eg. TJAM advoga em prol de abstrata e eventual excludente de ilicitude fundada em caso fortuito que merece maior exame.

Diante dos pronunciamentos das referidas autoridades em veículos oficiais, pretende-se investigar e opinar quanto à responsabilização civil pelas indenizações decorrentes dos danos causados pelos fatos ocorridos nas dependências dos centros prisionais Compaj, IPAT, UPP e CDPM1 ocorridos nos dias 26 e 27 de maio de 2019.

Buscando respostas para o problema apresentado, parte-se da hipótese de que a responsabilidade pelos danos causados é do Estado do Amazonas, que deve responder objetivamente, ainda que não tenha contribuído diretamente para a ocorrência do dano, ressalvado o direito de regresso, se comprovado dolo ou culpa de terceiros capaz de contribuir para o resultado.

A hipótese foi testada utilizando método hipotético-dedutivo, sendo observado inicialmente o cenário amplo sobre o tema, propondo a sua conversão à singularidade do problema por meio do levantamento bibliográfico atinente ao tema, assim como a análise dos editais de licitação publicados pelo Estado e vencido pela Umanizzare Gestão Prisional e Serviços Ltda.; os termos de contratos n^{os} 018/2014-SEJUS; 002/2014-SEJUS; 020/2013-SEJUS; 003/2014-SEJUS e projetos básicos, com o objetivo de compreender a relação jurídica existente entre o Estado do Amazonas e a pessoa jurídica de direito privado contratada, para fixar parâmetros gerais a determinar, especificamente, a responsabilidade por danos causados, assim como a possibilidade de eventual exclusão de ilicitude em virtude de suposto caso fortuito.

A pesquisa foi dividida em três partes, sendo a primeira direcionada à evolução das Teorias sobre a responsabilidade extracontratual do Estado por danos causados a terceiros, em virtude de suas atividades frente ao ordenamento jurídico nacional; na segunda parte, será analisada a natureza da relação jurídica entre o Estado do Amazonas e a pessoa jurídica de direito privado Umanizzare Gestão Prisional e Serviços Ltda.; na terceira e última parte, examinar-se-á a responsabilidade civil do Estado do Amazonas pelos danos causados a terceiros provenientes dos homicídios praticados em celas por detentos e a possibilidade de exclusão de ilicitude diante da impossibilidade de do estado impedir os acontecimentos.

1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO NO BRASIL

Restrito ao problema proposto cumpre ressaltar que o vínculo jurídico entre Estado e prisioneiro é extracontratual, em sentido restrito, oposto às relações oriundas dos contratos da Administração, e cuja responsabilidade “passou por processo mutativo na medida da evolução da sociedade e do Estado”⁵.

Coerente com a Teoria do contrato social de Thomas Hobbes⁶, que idealizava a instituição do Estado absolutista no momento em que determinada multidão de homens pactuou, majoritariamente, entre seus membros, condições de

⁴ *Idem*.

⁵ FARIA, E.F. *Curso de direito administrativo positivo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 569.

⁶ HOBBS, T. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Trad. MONTEIRO, J.P. e SILVA, B.N.S. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 148-149.

representação e acatamento incondicional a todos os atos e decisões do(s) representante(s), como se próprios dos representados e, portanto, inquestionável, foi desenvolvida a Teoria da irresponsabilidade do Estado frente aos danos causados a terceiros⁷.

Adverte Edimur Ferreira de Faria que o poder absoluto do Monarca, que se confundia com o próprio Estado, possui origem também na Teoria da divindade, segundo a qual o Rei seria o representante de Deus na Terra, sendo inconcebível o questionamento de seus atos, isso porque, “[...] o Rei não erra, não faz o mal ou, ainda, o que agrada ao Príncipe tem valor de lei”⁸.

Sob tal estigma, seria inimaginável conceber a possibilidade do Estado indenizar o indivíduo por eventual dano material ou moral que viera a ser vítima em virtude de ação estatal, seja ela comissiva ou omissiva.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁹ afirma que no período da irresponsabilidade estatal existiam leis a proteger terceiros perante o comportamento unilateral do Estado, quando presentes regras específicas a disciplinar a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros e também a responsabilidade de agentes estatais por danos provocados quando no exercício de suas atribuições, porém, tais legislações eram apresentadas como excepcionalidades.

Observe-se que o digitado autor, ao tratar a irresponsabilidade estatal como princípio, analisa o assunto em uma perspectiva prévia, que admite exceções posteriores incapazes de invalidar a proposição orientadora que funciona como fundamento geral, justificando assim o posicionamento que afirma a irresponsabilidade do Estado e, ao mesmo tempo, expõe exceções ao princípio proposto.

Compreendendo como Teoria e não como princípio, ainda que o Estado se portasse de forma irresponsável frente aos danos que, porventura, provocasse a terceiro, deveria manter a ordem pública e o bem-estar geral, impondo a vontade do Soberano a todos, sem, contudo, haver submissão de si mesmo às suas próprias decisões¹⁰.

A evidente incongruência entre a imposição de padrões e a não submissão a estes pelo próprio Estado trouxe instabilidade ao Antigo Regime, sendo combatida a Teoria da irresponsabilidade “por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações”¹¹.

Com a queda do Antigo Regime e a ascensão do Estado de Direito, duas Teorias sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado surgiram no século XIX: a Teoria civilista e a Teoria publicista.

Na Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, não houve previsão de responsabilidade civil extracontratual direta do Estado por danos provocados a terceiros, porém, em seus arts. 156 e 179, reconhecia a responsabilização pessoal dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticadas no exercício da função, prevendo ainda a completa irresponsabilidade pessoal do Imperador, conforme art. 99 da mesma Constituição. O Estado, portanto, não era responsável, mas garantia à vítima o direito de postular indenização contra o empregado público causador do dano.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, também seguiu a mesma orientação da Constituição anterior, agora em seu art. 82, que imputava ao ofendido o ônus probatório relativo ao abuso ou omissão,

⁷ DI PIETRO, M.S.Z *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 888-889.

⁸ FARIA, E.F. *Curso de direito administrativo positivo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 570.

⁹ MELLO, C.A.B. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 1018.

¹⁰ MEDAUAR, O. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

¹¹ DI PIETRO, M.S.Z *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 889.

culposa ou dolosa, de agente público, não excluindo mais o chefe do Executivo, capaz de causar dano a terceiro passível de reparação civil.

Adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, no Brasil, jamais se admitiu a Teoria da irresponsabilidade, pois, no período de vigência das referidas Constituições, existiam “leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como sendo solidária com a dos funcionários; era o caso dos danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correio”¹².

A leitura ampla do ordenamento jurídico realizado pela referida autora, portanto, não restrita ao texto constitucional, parece correta e suficiente a afastar a conclusão segundo a qual vigorou no Brasil a Teoria da irresponsabilidade do Estado por danos causados a terceiros em virtude de previsão legal expressa, ainda que excepcional, sobre o tema, como se colhe das normas capitaneadas no Decreto nº 1.930, de 26 de abril de 1857 e Decreto nº 9.417, de 25 de abril de 1885, que tratam dos danos causados por estradas de ferro a terceiros; assim como no Decreto nº 1.663, de 30 de janeiro de 1894, e disciplina a reparação de eventuais prejuízos decorrentes de colocação de linha telegráfica; e também dos Decretos nº 1.692-A, de 10 de abril de 1894 e nº 2.230, de 10 de fevereiro de 1896, que tratam dos danos que possam causar os serviços de correios.

Examinando os instrumentos normativos acima identificados, sabe-se que estavam direcionados à satisfação de contingências gerenciadas pelo Estado, sendo, nesse caso, atos de gestão, “no sentido de que não são essenciais para a existência do Estado, mas este, não obstante, as realiza para satisfazer necessidades sociais, de progresso, bem-estar, e cultura”¹³, sendo forçoso concluir que a responsabilidade do Estado estava condicionada à sua natureza.

Nessa concepção, a responsabilidade por dano a terceiro seria possível quando praticado ato de gestão, tido este como exceção frente aos atos impostos a indivíduos, capaz de sacrificar-lhes direitos, impor-lhes obrigações em benefício da coletividade ou interesse público típicos do Estado, denominado ato de império, sobre o qual pairava a irresponsabilidade.

Assim, tem-se que a Teoria da irresponsabilidade jamais foi aceita no Brasil em virtude da existência de normas infraconstitucionais que atribuíam, excepcionalmente, responsabilidade direta ao Estado pelo dano causado a terceiros, algo próximo da Teoria civilista da responsabilidade do Estado por danos extracontratuais em uma perspectiva teórica.

Contudo, com a edição do Código Civil, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, tanto a Teoria da irresponsabilidade como o princípio da irresponsabilidade do Estado pelo dano causado a terceiro foram fulminadas, isso porque as pessoas jurídicas de direito público passaram a ser civilmente responsáveis por todos os atos de seus representantes que, nessa qualidade, viessem a causar danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando ao dever previsto em lei, sendo assegurado, em todo caso, o direito regressivo a ser exercido pelo Estado contra os causadores do dano.

O Código Civil de 1916 adotou o princípio da imputação volitiva, corolário da Teoria do órgão, em virtude da determinação de que toda atuação do representante público deve ser imputada ao órgão que ele representa e não à sua pessoa, admitindo, assim, a responsabilidade civil direta ao Estado.

Contudo, a imprecisão do Código Civil de 1916 fomentou duas Teorias acerca da responsabilidade, subjetiva (civilista) ou objetiva (publicista)¹⁴, até a edição da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, que

¹² DI PIETRO, M.S.Z. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 892.

¹³ CAHALI, Y.S. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: RT, 2007, p. 22.

¹⁴ DI PIETRO, M.S.Z. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 889-892.

acolheu o princípio da responsabilidade solidária entre funcionário público e o poder público e, por conseguinte, a responsabilidade subjetiva.

Com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros, que era subjetiva, passou a objetiva, ou seja, o poder público passou a responder diretamente pelo dano causado ao terceiro, independentemente de culpa, respondendo o funcionário público em ação regressiva caso tenha agido com culpa.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público foi estendida também à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos, mantendo a possibilidade de ação de regresso contra o agente público que agir com culpa ou dolo.

A Constituição da República substituiu também a expressão “funcionário público”, presente nas Constituições anteriores, por “agentes públicos”¹⁵, termo mais abrangente por compreender todas as categorias de pessoas naturais que, em decorrência de vínculo jurídico, prestam serviços aos entes federados, nas atividades administrativas, legislativas, judiciárias, segurança pública e de defesa, em todos os cargos, postos e níveis.

A Constituição de 1988, ao estabelecer o princípio da responsabilidade direta e objetiva do Estado, assim como das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos por danos causados a terceiros estabeleceu critérios cumulativos para que se declare a responsabilidade estatal, cabendo à vítima comprovar apenas dano enexo causal.

Ao aderir à Teoria da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público e de direito privado prestadora de serviços públicos, a Constituição de 1988 reconheceu em seu art. 37, § 6º, a subteoria fundada no risco do serviço ou risco administrativo que admitem excludentes e atenuantes donexo causal, enquanto no art. 21, XXIII, d, por sua vez, acolheu, excepcionalmente, a subteoria do risco integral que atribui à União a responsabilidade pela reparação do dano causado a terceiros, afastando a possibilidade de alegação direcionada às excludentes de causalidade¹⁶.

O Código Civil de 2002, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, repete, em seu art. 43, a previsão constitucional prevista no § 6º do art. 37 da Constituição, regra geral, deixando, contudo, de estender a obrigação às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos¹⁷, enquanto a Lei nº 10.309, de 22 de novembro de 2001 e Lei nº 10.744, de 09 de outubro de 2003 prevêem, excepcional e especificamente, a responsabilidade objetiva integral da União por danos a terceiros resultantes de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas também brasileiras de transporte aéreo público, excluídas empresas de táxi aéreo.

A evolução legislativa brevemente descrita demonstra o esforço em promover a distribuição equitativa do ônus decorrente da atividade estatal que, invariavelmente, apresenta riscos, sendo flagrante a atual distância entre a Teoria da irresponsabilidade estatal inicialmente abordada e a atual Teoria da responsabilidade objetiva aplicada não apenas ao Estado, mas às demais pessoas jurídicas de direito público e também às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

¹⁶ DI PIETRO, M.S.Z. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 912.

¹⁷ Vale destacar que, consoante com o movimento neoconstitucionalista, Edimur Ferreira de Faria (2015, p. 19) infere que o Código Civil de 2002, Lei ordinária, não revogou, por óbvio, o texto constitucional, restringindo sua regulamentação às pessoas jurídica de direito público.

Contudo, mesmo prevista explicitamente há mais de oitenta anos, em cinco¹⁸ Constituições sucessivas e também em dispositivos infraconstitucionais, a responsabilidade extracontratual do Estado por danos causados a terceiros ainda causa controvérsia.

2 NATUREZA DO VÍNCULO JURÍDICO EXISTENTE ENTRE O ESTADO DO AMAZONAS E A UMANIZZARE GESTÃO PRISIONAL E SERVIÇOS LTDA.

Em pronunciamento oficial o governador do Estado do Amazonas, Wilson Lima (PSC), pressionado em face da gravidade dos fatos, declarou que providencias já estariam sendo tomadas, dentre as quais a decisão de não aditar o termo de contrato firmado com a Umanizzare Gestão Prisional Privada Ltda relativo aos serviços prestados no Compaj, além do pedido de colaboração junto ao Ministério da Justiça para oferecimentos de homens para integrar a equipe precursora da Força Tarefa de Intervenção Penitenciária no Estado¹⁹.

Ainda que não tenha afirmado categoricamente que a Umanizzare Gestão Prisional Privada Ltda possua alguma responsabilidade sobre o fatalidade ocorrida é possível colher do teor da declaração a intenção de se atribuir ou compartilhar responsabilidade junto à contratada, como também foi a postura do Executivo ao tratar da tragédia ocorrida em 2017²⁰, sendo necessário verificar qual a natureza do vínculo jurídico existente entre o estado do Amazonas e a Umanizzare Gestão Prisional e Serviços Ltda.

O Complexo Penitenciário Anísio Jobim, foi inaugurado em 1982 inicialmente destinado ao recolhimento de apenados em regime semiaberto como estabelecimento agrícola, passando, em 1999, após a inauguração de nova edificação, a receber detentos do regime fechado, com capacidade para abrigar 450 internos²¹. Por sua vez o IPAT, inaugurado em maio de 2006, possui capacidade para 496²² internos provisórios se tratando de edificação pública, assim como também a UPP, inaugurada em dezembro de 2002, contando com população carcerária de 950²³ internos, e ainda CDPM, inaugurado em abril de 2011, com capacidade de 568²⁴ internos²⁵. Todas as edificações foram construídas pela Administração Pública a quem também cabe a manutenção estrutural.

Em análise aos Termos de contrato firmado entre o Estado do Amazonas, por intermédio da Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos (Sejus) e a Empresa Umanizzare Gestão Prisional e Serviços Ltda., os projetos básicos que

¹⁸ Não foi considerada aqui a Emenda Constitucional nº 01/1969, por compreender espécie normativa diversa da Constituição, não se confundindo com esta, ainda que, materialmente a referida EC tivesse constituído nova ordem constitucional.

¹⁹ AMAZONAS. *Governador Wilson Lima anuncia fim do contrato com Umanizzare e nova licitação para cogestão de presídios*. 28 mai. 2019. Disponível em: <<http://www.amazonas.am.gov.br/2019/05/governador-wilson-lima-anuncia-fim-do-contrato-com-umanizzare-e-nova-licitacao-para-cogestao-de-presidios/>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

²⁰ Vide: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/ministro-diz-que-houve-falha-da-empresa-que-administra-presidio-de-manaus.ghtml>

²¹ Na ocasião da rebelião, a unidade poderia contar com população carcerária acima de sua capacidade em até 1.072 internos (TERMO, 2014c, p. 2).

²² Na ocasião da rebelião, a unidade poderia contar com população carcerária acima de sua capacidade em até 700 internos (TERMO, 2014d, p. 2).

²³ Vide parágrafo segundo da cláusula primeira do Termo 20/2013-SEJUS.

²⁴ Na ocasião da rebelião, a unidade poderia contar com população carcerária acima de sua capacidade em até 810 internos (TERMO, 2014b, p. 2).

²⁵ SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PRESIDÁRIA (SEAP). *Unidades Prisionais*. Disponível em: <<http://www.seap.am.gov.br/unidades-prisionais-2/>>. Acesso em 30 mai. 2019.

integram os referidos termos e os editais de licitação, tem-se por afastada tanto a figura do Programa Estadual de Parceria Público-Privada, Lei Estadual nº 3.363, de 30 de dezembro de 2008, como da Parceria Público-Privada, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, em qualquer de suas modalidades, patrocinada ou administrativa, pois, conforme se infere do § 1º do art. 2º da Lei nacional, a modalidade de concessão patrocinada exige que a remuneração da concessionária se dê por meio de tarifa cobrada dos usuários, garantida também por contraprestação pecuniária do parceiro público²⁶, sendo, portanto, “chamada de subsidiadas, subvencionadas ou, em alguns casos, de receita ou lucratividade mínima assegurada”²⁷.

Contudo, conforme cláusula quinta²⁸ de todos os termos de contratos termo de contrato sob exame (018/2014-SEJUS; 002/2014-SEJUS; 020/2013-SEJUS; 003/2014-SEJUS), a remuneração pelos serviços prestados será arcada, exclusivamente, pelo Estado do Amazonas, razão pela qual, não se trata de concessão especial patrocinada e tampouco concessão comum disciplinada pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, principalmente pelo fato de inexistir contraprestação tarifária²⁹ imposta aos usuários dos serviços prestados.

A argumentação acima, que afasta a concessão especial patrocinada, não havendo compartilhamento de risco entre concessionária e Poder Público, não é suficiente para afastar a concessão especial administrativa, justamente porque, conforme dispõe o § 2º do art. 2º da Lei nº 11.079/2004, nessa modalidade, “não se fala mais sequer em tarifa a ser complementada por verbas do Estado, mas da inexistência *tout court* de tarifas devidas pelos eventuais usuários dos serviços”³⁰.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹, a concessão administrativa se aproxima tanto da terceirização de serviços públicos (art. 10 da Lei nº 8.666/93) como da empreitada (art. 6º, VIII da Lei nº 8.666/93), sem, contudo, se confundir inteiramente com nenhuma delas, pois o art. 2º, § 4º, III, da Lei nº 11.079/2004 veda o fornecimento único de mão de obra, de instalação de equipamentos ou execução de obra pública, sendo indispensável a conjugação entre serviço, instalação ou obra, como também é a semântica estabelecida pelo parágrafo único do art. 1º da Lei estadual amazonense nº 3.363/2008.

A mesma autora afirma, ainda, que a delegação por meio de concessão administrativa restringe-se “apenas a execução material de uma atividade prestada à Administração Pública; esta é que detém a gestão do serviço.”³², não sendo, dessa forma, transmitida, a que título for, a gestão do serviço público, resumindo-se a atividades operacionais, meio, e não fim.

²⁶ “O objetivo das concessões patrocinadas são, por excelência, os serviços públicos econômicos; atividades econômicas lato sensu titularizadas com exclusividade pelo Estado, suscetíveis de exploração pela iniciativa privada mediante delegação com o pagamento de tarifas pelos usuários, ainda que o seu valor não seja suficiente para financiar todos os investimentos do concessionário” (ARAGÃO, 2013, p. 671).

²⁷ ARAGÃO, A.S. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 670.

²⁸ CLÁUSULA QUINTA – DAS OBRIGAÇÕES DO CONTRATANTE: Cabe ao CONTRATANTE, dentre outros constantes do projeto básico, as seguintes obrigações:

I. Efetuar o pagamento à CONTRATADA pelos serviços prestados; (Cláusula prevista nos Termos de contrato nºs 018/2014-SEJUS; 002/2014-SEJUS; 020/2013-SEJUS; 003/2014-SEJUS)

²⁹ Cf: Capítulo IV da Lei nº 8.987/1995.

³⁰ ARAGÃO, A.S. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 673.

³¹ DI PIETRO, M.S.Z. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 396-397.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceria na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parcerias público-privadas e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 154.

A Umanizzare Gestão Prisional e Serviços Ltda., em seu *site*, apresenta-se como concessionária de serviços públicos de gestão prisional, afirmando ter assumido a cogestão dos do Compaj, IPAT, UPP e CDPM, respectivamente em em 01 de junho de 2014; 11 de novembro de 2013; 15 de julho de 2013, e 15 de outubro de 2013. Contudo, após a tragédia com a morte de internos ocorrida em 2019, a concessionária publicou a seguinte nota em seu *site*, afirmando que:

Nota de Pesar – A Umanizzare lamenta a morte de 55 reeducandos em quatro unidades prisionais do Estado do Amazonas

A Umanizzare lamenta a morte de 55 reeducandos em quatro unidades prisionais do Estado do Amazonas. A empresa já criou uma força-tarefa de apoio psicossocial aos familiares.

A Umanizzare trabalha em conjunto com a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP no apoio necessário à retomada da normalidade dentro das unidades, no escopo restrito de suas atividades que complementam a atuação do poder público.

A empresa reafirma seu papel de cumprimento das atividades-meio dentro dos presídios, como limpeza, alimentação, assistência material, cursos profissionalizantes, suporte psicológico, social, ocupacional e religioso e atendimento médico, farmacêutico e ambulatorial³³.

Os editais que deram origem aos termos de contrato digitados descrevem como objeto da licitação a prestação de serviço, inexistindo qualquer obrigação relativa ao fornecimento e instalação de equipamentos ou execução de obra pública, vindo, da mesma forma, a dispor a cláusula primeira³⁴ de todos os instrumentos de contrato firmado pelas partes. Tratando-se exclusivamente de contratação de prestação de serviços sem qualquer instalação de equipamentos ou execução de obra, sendo evidente a ausência de sintonia entre as disposições prescritas no § 2º do art. 2º da Lei nº 11.079/2004 e a relação jurídica entre Estado e a empresa privada.

³³ UMANIZZARE GESTÃO PRISIONAL E SERVIÇOS LTDA. *A nota de Pesar: A Umanizzare lamenta a morte de 55 reeducandos em quatro unidades prisionais do Estado do Amazonas.* Disponível em: <<http://umanizzarebrasil.com.br/2019/05/28/nota-de-pesar-a-umanizzare-lamenta-a-morte-de-55-reeducandos-em-quatro-unidades-prisionais-do-estado-do-amazonas/>>. Acesso em: 15 jun. 2019a.

³⁴ Cláusula primeira - Do objeto: Por força deste Contrato a CONTRATADA obriga-se a prestar ao CONTRATANTE os seguintes serviços de operacionalização e administração do Complexo Penitenciário Anísio Jobim - COMPAJ/Regime Fechado:

1. Serviços técnicos e assistenciais nas áreas: jurídica, psicológica, médica, odontológica, assistência social, assistência ocupacional, assistência religiosa e material;
2. Serviços de manejo;
3. Serviços de identificação, prontuário e movimentação;
4. Serviços administrativos;
5. Serviços de alimentação;
6. Serviços gerais.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: Os serviços devem ser prestados de acordo com as especificações constantes do Projeto Básico - que passa a integrar o presente Contrato como se nele estivesse transcrito – observadas as disposições quanto à estrutura de funcionamento, ao treinamento dos colaboradores, à fiscalização e demais questões (TERMO, 2014, p. 2).

Ainda, a cláusula terceira, parágrafo terceiro, de todos os Termos de contrato, também deixa explícito o limite da contratação, que não se relaciona à instalação de equipamentos ou execução de obra pública, quando disciplina:

Cláusula terceira - Das outras obrigações da contratada: A CONTRATADA é obrigada a adotar todas as medidas preventivas necessárias para evitar danos a terceiros em consequência da execução dos trabalhos, além das obrigações abaixo discriminadas:

[...]

Parágrafo terceiro: Quando da realização de manutenção predial, equipamentos e de veículos de qualquer natureza, a CONTRATADA, deverá encaminhar ao CONTRATADO, no prazo de 05 (cinco) dias, a contar da conclusão dos serviços, cópia da documentação que comprove a execução dos serviços (cláusula presente em todos os termos de contrato).

Inexistindo qualquer obrigação relativa ao fornecimento e instalação de equipamentos ou execução de obra pública, associada à prestação de serviços, fica afastada a também concessão especial administrativa, por não se enquadrando na hipótese da lei de regência da espécie.

O prazo de exploração do serviço praticado no termo de contrato firmado pelo Estado do Amazonas e a empresa Umanizzare Gestão Prisional e Serviços Ltda. Para cogestão do Compaj era de trinta meses³⁵, enquanto das demais unidades prisionais sob exame era de doze meses³⁶, lapso incompatível com as prescrições contidas no art. 2º, § 4º, II e art. 5º, I, ambos da Lei nº 11.079/2004 que preconiza prazo mínimo de cinco anos.

Também não se observa nos termos de contrato, em exame, a determinação exigida pelo art. 20, *caput*, da Lei estadual amazonense nº 3.363/2008, relativa à indispensável indicação, nos instrumentos convocatórios, da expressa submissão da licitação às normas do Programa Estadual de Parceria Público-Privada, não restando dúvida acerca da inaplicabilidade de seus dispositivos na relação jurídica firmada pelas partes.

Assim, temos que a natureza do vínculo jurídico entre a Administração Pública e a empresa contratada não perfaz parceria público-privada, restando observar a possibilidade de terceirização de serviço com a finalidade de se apurar eventual responsabilidade.

A cláusula primeira de todos os termos de contrato não compreende o fornecimento de mão de obra, mas de serviço, compatibilizando-se com o inciso II do art. 37 da Constituição da República de 1988 e também com o disciplinado no art. 6º, inciso II, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

A prestação de serviço em exame se dá por conta e risco econômico da empresa particular mediante remuneração prefixada, em regime de execução por

³⁵ Cláusula sexta - Do prazo da prestação dos serviços: O prazo de duração dos serviços ora contratados é de 30 (trinta) meses, a iniciar em 01.06.2014 e encerrar-se em 01.12.2016 (TERMO, 2014c, p. 6).

³⁶ Cláusula sexta - Do prazo da prestação dos serviços: O prazo de duração dos serviços ora contratados é de 12 (doze) meses, a iniciar em 02/01/2014 e encerrar-se em 02/01/2015 (TERMO, 2014a, p. 7).

Cláusula sexta - Do prazo da prestação dos serviços: O prazo de duração dos serviços ora contratados é de 12 (doze) meses, a contar da data de sua assinatura (TERMO, 2013, p. 5).

Cláusula sexta - Do prazo da prestação dos serviços: O prazo de duração dos serviços ora contratados é de 12 (doze) meses, a iniciar em 02/01/2014 e encerrar-se em 02/01/2015 (TERMO, 2014b, p. 7).

preço global, como se infere da cláusula segunda³⁷ presente em todos os Termos de contrato examinados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸ argumenta que o prestador de serviço é simples executor material para o Poder Público, não lhe sendo transferido qualquer poder, não existindo, portanto, nenhuma relação direta entre o prestador de serviço e o usuário do serviço público, o qual compete ao Estado, ou ao concessionário, ou permissionário, na forma do art. 175 da Constituição da República de 1988 e não ao terceirizado, concluindo que a responsabilidade é, portanto, exclusiva do Poder Público pelos serviços que presta indiretamente, ainda que o contrato entre a pessoa jurídica de direito privado e o Poder Público se dê de forma ilícita, pois o agente é considerado público para fins de responsabilidade civil do Estado.

Contudo, o parágrafo primeiro³⁹ da cláusula primeira e também o caput da cláusula terceira⁴⁰ de todos os termos contratuais examinados, bem como os respectivos itens 3.1⁴¹, 3.2⁴² e 3.2.2⁴³ do projeto básico que compõe o referido

³⁷ Cláusula segunda - do regime de execução: Os serviços ora contratados serão realizados sob o regime de execução por preço global.

³⁸ DI PIETRO, M.S.Z. Direito administrativo. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1.051.

³⁹ Parágrafo primeiro: Os serviços devem ser prestados de acordo com as especificações constantes do Projeto Básico - que passa a integrar o presente Contrato como se nele estivesse transcrito - observadas

as disposições quanto à estrutura de funcionamento, ao treinamento dos colaboradores, à fiscalização e demais questões.

⁴⁰ Cláusula terceira - das outras obrigações da contratada: A CONTRATADA é obrigada a adotar todas as

medidas preventivas necessárias para evitar danos a terceiros em consequência da execução dos trabalhos, além das obrigações abaixo discriminadas.

⁴¹ 3.1. Dos serviços de segurança externa.

É da competência do Contratante, por meio da Polícia Militar, a manutenção dos serviços de segurança ostensiva armada no perímetro externo da área de segurança da Unidade Prisional, nos vários postos de segurança, de acordo com as normas estabelecidas pela SEJUS, bem como nos deslocamentos de internos e escolta para hospitais, fórum e outros locais e fora dos limites do Município. É responsabilidade da Contratada o fornecimento de algemas e o ônus decorrente do deslocamento realizado com as viaturas disponibilizadas pelo Contratante, as quais deverão ser solicitadas por meio da Direção da Unidade com antecedência mínima de 24h, salvo nos casos justificados de emergência

⁴² 3.2. Dos Serviços Operacionais

É da competência da Contratada a manutenção dos serviços de manejo interno, para a custódia e disciplina dos internos na Unidade Prisional, bem como o cumprimento dos Alvarás de Soltura mediante determinação do Diretor da Unidade.

É terminantemente proibida a utilização de armas de fogo, armas brancas, cassetetes, bastões perseguidores e outros instrumentos capazes de ofender pelos funcionários encarregados da Unidade Prisional, de acordo com as normas e procedimentos da SEJUS.

Todos os funcionários, visitantes, e outras pessoas que tenham a entrada autorizada deverão estar portando obrigatoriamente crachás de identificação e/ou carteiras de identificação.

Todos os funcionários da área operacional interna da Unidade Prisional, além do crachá de identificação, deverão utilizar uniformes devidamente padronizados.

⁴³ 3.2.2. Na área de Manejo e Disciplina:

São as seguintes as atribuições dos agentes de socialização que irão atuar na área de manejo e custódia dos presos:

I - O exercício da guarda e manejo interno do estabelecimento penitenciário, mantendo a ordem e a disciplina, sempre sob a fiscalização da SEJUS.

termo, impõem obrigações à terceirizada cuja natureza perfaz a finalidade do serviço público prestado diretamente aos usuários/detentos, fato que distancia a espécie, locação de serviços disciplinada pelo art. 10, II, da Lei n° 8.666/1993 e se aproximando da concessão por envolver gestão e execução material, ainda que sobre temas indelegáveis, conforme estabelece o art. 83-B da Lei de Execução Penal (LEP), Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984.

Assim, o contrato existente entre o Estado do Amazonas e a Pessoa Jurídica de Direito privado não se ajusta, perfeitamente, à situação de locação de serviços por ser prestada diretamente a usuários; não se amoldando também ao regime de concessão comum ou especial patrocinado, por não haver tarifa a ser paga pelo usuário; e também não se compatibiliza com a concessão especial administrativa por não haver execução de obra ou fornecimento e instalação de bens conjuntamente com a prestação de serviços indireta.

Mesmo que a classificação do instrumento jurídico se apresente temerosa ao conjugar terceirização de serviços e concessão especial administrativa, bem como delegar atribuições indelegáveis a terceiros, contrariando frontalmente dispositivos legais, essa situação não tem o condão de afastar responsabilidade estatal decorrente do dever de incolumidade do preso, função disciplinar e de controle de rebeliões em presídios, todos indelegáveis.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO DAS MORTES EM PRESÍDIOS AMAZONENSES

Ainda que a natureza do vínculo jurídico entre o Estado do Amazonas e a Umanizzare Gestão Prisional e Serviços Ltda empresa assuma contornos peculiares, gris, a responsabilidade civil aquilina perante terceiros permanece dirigida ao Estado estando regida pelo art. 37, § 6º, da Constituição da República, primeiramente por inexistir relação jurídica entre as vítimas e a prestadora de serviço, e depois, por não ter sido transferida, validamente, o poder de polícia destinado à disciplina e contenção de rebeliões, prerrogativa indispensável ao exercício do poder de limitação de atividades em benefício do interesse público.

Em julgamento proferido em 10 de novembro de 2009, no recurso especial n° 817.534/MG, da relatoria do ministro Mauro Campbell Marques, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de delegação do poder de polícia consistente nas atividades de consentimento e fiscalização, sendo vedada, contudo, a transferência de execução de atividades relacionadas à legislação e sanção, cuja execução e responsabilidade pertencem ao Poder Público.

Tratando-se de responsabilidade civil do Estado, resta observar que os autores dos homicídios ocorridos dentro dos centros prisionais não eram agentes estatais, mas internos pertencentes à facção criminosa diversa das pessoas que vitimaram, ou seja, o dano imposto não se deu diretamente por ato comissivo de agentes públicos.

Portanto, a responsabilidade a ser investigada compreende eventual omissão do Estado que tenha concorrido para o resultado danoso, assim como os elementos necessários à sua responsabilização, diante daquilo que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988.

A submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade, estabelecido no *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988, impõe aos agentes que ajam ou deixem de agir em estrita obediência aos termos legais, não se podendo exigir algo diverso daquilo que a lei impõe, sob pena de ofensa ao referido dispositivo constitucional.

O princípio da legalidade dirigido ao Poder Público conduz à conclusão segundo a qual a responsabilidade estatal por omissão está condicionada ao

II - A adoção, com presteza, de todas as medidas de segurança e correção necessárias e o respectivo registro no boletim diário de ocorrência sempre com a presença do Gerente de Segurança Interna da SEJUS. [...]

descumprimento de determinada imposição legal específica, não se tratando, portanto, de omissão fática, mas exclusivamente jurídica.

Diante da assertiva, Marçal Justen Filho⁴⁴ compreende dois grupos, a que denomina: ilícito omissivo próprio e ilícito omissivo impróprio; no primeiro, a norma prevê o dever de atuação e a omissão corresponde à infração direta ao dever jurídico, sendo determinada e específica tanto a obrigação como a inação, portanto comparável ao ato comissivo e, por consequência, atrai a responsabilidade objetiva. Por outro lado, o ilícito omissivo impróprio é identificado quando a norma não prescreve uma ação a ser realizada, mas determinado resultado danoso a ser evitado, cujo acontecimento por ausência de cautela constitui ilícito, sendo indispensável, para tanto, atentar para a investigação da culpa em virtude da falta do serviço.

Entretanto, a omissão que caracteriza a falta do serviço já contém, em seu interior, o elemento subjetivo da culpa, não sendo atribuído ao ofendido o ônus de prova que, nesse caso, é dirigido ao Estado⁴⁵.

Atento às considerações apontadas, Fernando Nascimento dos Santos⁴⁶ identifica o dever especial e específico do Estado em manter a incolumidade física e moral do preso estabelecido pelo art. 5º, XLIX, da Constituição da República de 1988, diante da imposição ao cárcere, ambiente potencialmente perigoso, devendo o Estado agir cautelosa e preventivamente com a finalidade de evitar danos em face do risco imposto ao detento. O inciso III do art. 83-B da LEP atribui de forma singular e indelegável ao Estado o dever de controlar rebeliões, atribuição esta que, adicionada ao dever específico de incolumidade, direciona à inquestionável conclusão acerca da responsabilidade objetiva do Estado em indenizar familiares e pessoas próximas dos falecidos pelo dano causado em face do descumprimento do dever especial e restrito trazido no inciso XLIX do art. 5º da Constituição da República de 1988, ao qual se omitiu.

O egrégio TJAM já teve a oportunidade de se manifestar acerca da responsabilidade objetiva do Estado sobre homicídios praticados por companheiros

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.339-1.340.

⁴⁵ DI PIETRO, M.S.Z. Direito administrativo. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 899.

⁴⁶ SANTOS, F.N. "Responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos causados aos presos", em RCE. (Faria. E.F. coord.), *Responsabilidade Civil do Estado: no ordenamento jurídico atual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 51.

de cela sendo pacífico o entendimento da responsabilidade objetiva⁴⁷ diante do dever de incolumidade⁴⁸.

O dever de incolumidade do preso atribuído ao Estado possui força normativa nos termos do § 1º do art. 5º da Constituição, não se apresentando como mera promessa submissa aos fatores reais de poder, mas a exigir, também, postura preventiva dirigida ao especial dever de proteção da integridade física e moral daquele em situação de encarceramento.

Os danos apurados durante os assassinatos, a qual o Estado do Amazonas tinha o dever indelegável de evitar, assim como a infração ao dever específico de incolumidade do preso constituem elementos a condicionar a responsabilidade do Estado do Amazonas em indenizar os danos sofridos, nos termos do § 6º do art. 37 da Constituição da República de 1988, quando ausentes situações excludentes e ressalvado o direito de regresso contra a parceira, se ela tiver agido com dolo ou culpa.

A falha ao dever jurídico específico, quando passível de ser evitada a lesão, mediante fiscalização capaz de coibir a entrada de materiais lesivos no sistema prisional e controle ágil e enérgico de rebelião, impõe o dever de indenizar pelo dano, quando não for possível afastar causas anteriores ou concomitantes exclusivamente determinantes para o resultado, causas excludentes cujo ônus probatório recai sobre

⁴⁷ DIREITO ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - MORTE DE DETENTO SOB A CUSTÓDIA DO ESTADO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DANOS MORAIS ARBITRADOS EM EXCESSO – NECESSIDADE DE REDUÇÃO – PRECEDENTE DESTA EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL. - O juízo de primeiro grau fixou a indenização no valor de 100.000,00 (cem mil reais). Todavia, o referido valor não se coaduna com aqueles que vêm sendo atribuídos em causas análogas; - Por mais que não exista forma objetiva de aferir e quantificar o constrangimento e o abalo psíquico sofrido, a jurisprudência tenta estabelecer parâmetros, visando garantir o princípio da isonomia. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça aplica o chamado "método bifásico" de fixação de indenização por danos morais, a fim de criar um grupo de precedentes jurisprudências para casos semelhantes; - Tendo em vista o interesse jurídico lesado, as peculiaridades do caso e a jurisprudência desta Corte de Justiça, entende-se ser suficiente a fixação do quantum indenizatório no valor de R\$60.000,00 (sessenta mil reais), quantia que alcança o caráter pedagógico e a extensão do dano sofrido pela Autora/Apelada, motivo pelo qual se impõe a reforma do julgado; - PRECEDENTE: Apelação Cível nº 0637137-54.2015.8.04.0001, Relator: Exmo. Desembargador João de Jesus Abdala Simões. - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Cível nº 0625066-20.2015.8.04.0001, Desembargador Relator Aristóteles Lima Thury da 3ª Câmara Cível do eg. TJAM. Data da publicação: 04 fev. 2019) .

⁴⁸ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZATÓRIA. MORTE DE DETENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA RENDA E DA DEPENDÊNCIA FINANCEIRA. DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO DO QUANTUM. IMPOSSIBILIDADE. VALOR RAZOÁVEL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A irresignação da Apelante cinge-se quanto à responsabilidade civil do Estado em virtude da morte de detento por seus companheiros de cela, pelo que a genitora Apelante pleiteia a reforma da sentença a fim de reconhecer a condenação por danos materiais e majoração dos danos morais. 2. No que diz respeito aos danos materiais, consubstanciados na pensão mensal vitalícia, pelo conjunto probatório coligido aos autos, não restou minimamente comprovado, a teor do disposto no art. 373, I do CPC, que o de cujus exercia atividade remunerada, tampouco que colaborava com o sustento de sua ascendente Apelante, não havendo que se falar em presunção. 3. Analisando detidamente o valor da reparação por danos morais fixados pelo magistrado de primeira instância em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), embora seja imensurável o valor do bem jurídico lesado, isto é, a vida do filho da Recorrente, o mesmo mostra-se sobremodo razoável, proporcional e consentâneo com a média adotada pelo STJ (AgRg no AREsp: 748412 SC). 4. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida. (Apelação cível nº 0214052-12.2012.8.04.0001, Desembargadora Relatora Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura da 2ª Câmara Cível. Data da publicação: 24 mai. 2019).

o Poder Público, como sedimentado no julgamento da repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 638.467 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Luiz Fux, publicado em 1º de agosto de 2016.

Assim, é importante frisar que a responsabilidade estatal ainda que objetiva não comporta risco integral, sendo admitida, como assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a demonstração pelo Estado de “que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir”⁴⁹.

Conforme colacionado acima, o Presidente do egrégio TJAM, Desembargador Yedo Simões, afirmou que diante da atipicidade do fato o Estado teria sido surpreendido o que impossibilitaria qualquer ação capaz de impedir os acontecimentos⁵⁰.

Todavia, é importante destacar que o Estado do Amazonas é quem detém a função de dirigir, chefiar e coordenar o sistema penitenciário, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia dentro do sistema prisional e, salvo melhor juízo, o Estado falhou em sua dupla obrigação de evitar e controlar a rebeliões, valendo destacar que tragédia muito semelhante já havia ocorrido há menos de um ano em Manaus, quando em janeiro de 2017, cinquenta e seis detentos foram brutalmente mortos no Complexo Penitenciário Anísio Jobim por facção criminosa rival que disputam território do tráfico de drogas e armas no Estado⁵¹.

Novamente a tragédia se repete no mesmo complexo penitenciário e em mais três unidades (IPAT, UPP e CDPM), pelas mesmas facções e pelo mesmo motivo, não sendo razoável que o Estado não soubesse da potencialidade de novas ações quando declarada a guerra entre os rivais há mais de um ano, possibilitando o contato entre internos pertencentes a grupos criminosos adversário.

Assim, a omissão do Estado em promover a incolumidade do custodiado repercute em sua responsabilidade objetiva não podendo ser afastada por fato imprevisível em virtude de sua grande previsibilidade diante de acontecimentos pretéritos e potencialidade do risco no caso dos homicídios registrados no COMPAJ, IPAT, UPP e CDPM em março de 2019.

Conclusões

Com a queda do Antigo Regime e o estabelecimento do Estado de Direito, não se admite mais a irresponsabilidade do Estado diante de suas ações ou omissões capazes de causar danos a terceiros, vindo a Constituição da República de 1988 a disciplinar em seu art. 37, § 6º, a responsabilidade objetiva do Estado por danos que seus agentes, nessa qualidade, vierem a causar a terceiros, quando ausentes causas excludentes de ilicitude.

O vínculo jurídico existente entre o Estado do Amazonas e a empresa Umanizzare Gestão Prisional e Serviços Ltda instrumentalizado por meio dos contratos nºs 018/2014-SEJUS; 002/2014-SEJUS; 020/2013-SEJUS; 003/2014-SEJUS e projetos básicos apresentam situação jurídica tormentosa por justapor elementos característicos e também incompatíveis da terceirização de serviços e a concessão especial administrativa.

⁴⁹ DI PIETRO, M.S.Z. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 899.

⁵⁰ AMAZONAS. *Governador Wilson Lima anuncia fim do contrato com Umanizzare e nova licitação para cogestão de presídios*. 28 mai. 2019. Disponível em: <<http://www.amazonas.am.gov.br/2019/05/governador-wilson-lima-anuncia-fim-do-contrato-com-umanizzare-e-nova-licitacao-para-cogestao-de-presidios/>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

⁵¹ REZENDE, R.H; FARIA, E.F. “Responsabilidade civil no caso do massacre de presos no complexo penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), em 1º de janeiro de 2017”. *Revista Jurídica-Unicuritiba*, v. 2, p. 456-479, 2018.

Porém, em todo caso, a dificuldade em determinar a natureza do vínculo jurídico não afasta a responsabilidade civil do Estado do Amazonas em indenizar o dano causado, justamente em virtude da impossibilidade de delegação de atividades relacionadas ao poder de polícia de impor sanções, imprescindíveis à imposição de disciplina e controle de rebeliões em presídio, cuja execução e responsabilidade pertencem, exclusivamente, ao Poder Público, salvo causas excludentes de ilicitude anteriores ou concomitantes exclusivas e assegurado o direito de regresso em caso de dolo ou culpa.

A incolumidade moral e física garantida aos presos pela Constituição da República em seu art. 5º, XLIX constitui dever especial e específico do Estado decorrente da natureza da atividade e do risco administrativo impostos àqueles mantidos na situação de cárcere, sendo atribuída ao Estado a responsabilidade objetiva pelos danos causados em virtude do ilícito omissivo, caracterizado no caso dos homicídios ocorridos no Instituto Penal Antônio Trindade (IPAT), Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), Unidade Prisional do Puraquequara (UPP) e Centro de Detenção Provisória de Manaus - Masculino (CDPM1), pelo descumprimento de obrigação específica de incolumidade com ações preventiva e repressora suficiente a assegurar o dever jurídico, gravado pelo conhecimento prévio das autoridades acerca da guerra declarada de facções criminosas rivais no Estado que inclusive protagonizaram a pouco mais de um ano cenas brutais de assassinato no Complexos Penitenciários citado.

Referências

- AMAZONAS. *Editais de concorrência nº 018/2014-CGL*. 4 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.e-compras.am.gov.br/documentos/editais/122201/EDITAL2014CC018.doc>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- AMAZONAS. *Governador Wilson Lima anuncia fim do contrato com Umanizzare e nova licitação para cogestão de presídios*. 28 mai. 2019. Disponível em: <<http://www.amazonas.am.gov.br/2019/05/governador-wilson-lima-anuncia-fim-do-contrato-com-umanizzare-e-nova-licitacao-para-cogestao-de-presidios/>>. Acesso em: 29 mai. 2019.
- AMAZONAS. *Lei nº 3.363, de 30 de dezembro de 2008*. Diário Oficial do Estado do Amazonas, Manaus, AM, 30 dez. 2008, Seção Poder Executivo. p. 12-14.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

- BRASIL. *Decreto nº 1.663, de 30 de janeiro de 1894*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1663-30-janeiro-1894-540570-publicacaooriginal-40996-pe.html>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 1.692-A, de 10 de abril de 1894*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1692-a-10-abril-1894-524330-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 1.930, de 26 de abril de 1857*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1930-26-abril-1857-557950-publicacaooriginal-78726-pe.html>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 2.230, de 10 de fevereiro de 1896*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2230-10-fevereiro-1896-518912-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de fevereiro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019;
- BRASIL. *Lei nº 10.309, de 22 de novembro de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10309.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 10.744, de 9 de outubro de 2003*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.744.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: RT, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceria na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parcerias público-privadas e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- FUX, Luiz. *Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo nº 638.467 Rio Grande do Sul*, Brasília, 1º ago. 2016. Disponível em:

- <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310025651&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- G1. *Ministro diz que houve "falha" da empresa que administra presídio de Manaus.* 05 jan. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/ministro-diz-que-houve-falha-da-empresa-que-administra-presidio-de-manaus.ghtml>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil.* Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nezza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARQUES. Mauro Campbell. *Recurso Especial nº 817534/MG*, Brasília, 10 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=817534&&b=ACOR&p=false>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2019.
- PROJETO BÁSICO AO TERMO DE CONTRATO Nº 018/2014-SEJUS FIRMADO ENTRE O ESTADO DO AMAZONAS, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS E A EMPRESA UMANIZZARE GESTÃO PRISIONAL E SERVIÇOS LTDA. 24 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.seap.am.gov.br/transparencia/transparencia-seap/contratos/contratos--ug-seap/umanizzare-gestao-prisional-privada/complexo-penitenciario-anisio-jobim-compaj/>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- REZENDE, R.H; FARIA, E.F. *Responsabilidade civil no caso do massacre de presos no complexo penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ)*, em 1º de janeiro de 2017. Revista Jurídica- Unicuritiba, v. 2, p. 456-479, 2018.
- SANTOS, F. N. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos causados aos presos.* In: FARIA, Edimur Ferreira de (Coord.); SOUZA, Simone Letícia Severo e (Org.). *Responsabilidade civil do Estado: no ordenamento jurídico atual.* Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 47-94.
- SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PRESIDÁRIA (SEAP). *Unidades Prisionais.* Disponível em: <<http://www.seap.am.gov.br/unidades-prisionais-2/>>. Acesso em 30 mai. 2019.
- GUEDES, Maria do Perpétuo Socorro. *Apelação cível nº 0214052-12.2012.8.04.0001, 04 fev. 2019.* Disponível em: <https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2828043&cdforo=0> Acesso em: 15 jun. 2019.
- SANTOS, F. N. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos causados aos presos.* In: FARIA, Edimur Ferreira de (Coord.); SOUZA, Simone Letícia Severo e (Org.). *Responsabilidade civil do Estado: no ordenamento jurídico atual.* Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 47-94.
- TERMO DE CONTRATO Nº 002/2014-SEJUS FIRMADO ENTRE O ESTADO DO AMAZONAS, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS E A EMPRESA UMANIZZARE GESTÃO PRISIONAL E SERVIÇOS LTDA. 02 jan 2014a. Disponível em: <<http://www.seap.am.gov.br/transparencia/transparencia-seap/contratos/contratos-ug-seap/umanizzare--gestao-prisional-privada/instituto-penal-antonio-trindade-ipat/>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- TERMO DE CONTRATO Nº 003/2014-SEJUS FIRMADO ENTRE O ESTADO DO AMAZONAS, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS E A EMPRESA UMANIZZARE GESTÃO PRISIONAL E

- SERVIÇOS LTDA. 02 jan. 2014b. Disponível em: <<http://www.seap.am.gov.br/transparencia/transparencia-seap/contratos/contratos-ug-seap/umanizzare-gestao-prisional-privada/centro-detencao-provisoria-manaus-cdpm/>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- TERMO DE CONTRATO Nº 018/2014-SEJUS FIRMADO ENTRE O ESTADO DO AMAZONAS, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS E A EMPRESA UMANIZZARE GESTÃO PRISIONAL E SERVIÇOS LTDA. 30 mai 2014c. Disponível em: <<http://www.seap.am.gov.br/transparencia/transparencia-seap/contratos/contratos-ug-seap/umanizzare-gestao-prisional-privada/complexo-penitenciario-anisio-jobim-compaj/>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- TERMO DE CONTRATO Nº 020/2013-SEJUS FIRMADO ENTRE O ESTADO DO AMAZONAS, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS E A EMPRESA UMANIZZARE GESTÃO PRISIONAL E SERVIÇOS LTDA. 15 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.seap.am.gov.br/transparencia/transparencia-seap/contratos/contratos-ug-seap/umanizzare-gestao-prisional-privada/complexo-penitenciario-anisio-jobim-compaj/>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- THURY, Aristóteles Lima. *Apelação Cível nº 0625066-20.2015.8.04.0001, Manaus, 04 fev. 2019.* Disponível em: <https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAco rdao=2817514&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_ef5035af0139438c85fa c8a9942feed0&vICaptcha=AMBft&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- UMANIZZARE GESTÃO PRISIONAL E SERVIÇOS LTDA. *A nota de Pesar: A Umanizzare lamenta a morte de 55 reeducandos em quatro unidades prisionais do Estado do Amazonas.* Disponível em: <<http://umanizzarebrasil.com.br/2019/05/28/nota-de-pesar-a-umanizzare-lamenta-a-morte-de-55-reeducandos-em-quatro-unidades-prisionais-do-estado-do-amazonas/>>. Acesso em: 15 jun. 2019a.
- UMANIZZARE GESTÃO PRISIONAL E SERVIÇOS LTDA. *Centro de Detenção Provisória de Manaus: masculino.* Disponível em: <<http://www.seap.am.gov.br/transparencia/transparencia-seap/contratos/contratos-ug-seap/umanizzare-centro-de-detencao-provisoria-de-manaus-cdpm/>>. Acesso em: 15 jun. 2019b.
- UMANIZZARE GESTÃO PRISIONAL E SERVIÇOS LTDA. *Complexo Penitenciário Anísio Jobim.* Disponível em: <www.umanizzarebrasil.com.br/unidades/complexo-prisional-anisio-jobim-compaj/>. Acesso em: 15 jun. 2019c.
- UMANIZZARE GESTÃO PRISIONAL E SERVIÇOS LTDA. *Instituto Penal Antônio Trindade.* Disponível em: <<http://www.seap.am.gov.br/transparencia/transparencia-seap/contratos/contratos-ug-seap/umanizzare-instituto-penal-antonio-trindade-ipat/>>. Acesso em: 15 jun. 2019d.
- UMANIZZARE GESTÃO PRISIONAL E SERVIÇOS LTDA. *Unidade Prisional do Puraquequara.* Disponível em: <<http://www.seap.am.gov.br/transparencia/transparencia-seap/contratos/contratos-ug-seap/umanizzare-instituto-penal-antonio-trindade-ipat/>>. Acesso em: 15 jun. 2019e.

Instrumentos normativos internacionais de combate à corrupção e crimes correlatos no Brasil

International legal instruments to fight against corruption and related crimes in Brazil

Marco Aurélio Florêncio Filho¹

Patricie Barricelli Zanon²

Thamara Duarte Cunha Medeiros³

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Sumário: 1. Introdução. 2. Instrumentos internacionais de combate à corrupção. 3. Enfrentamento da corrupção e crimes correlatos no Brasil. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

Resumo: Cada vez mais globalizada, a corrupção desconhece fronteiras e desafia os mecanismos de combate. Trata-se de um crime complexo que impacta as dinâmicas socioeconômicas e institucionais das sociedades democráticas. Seu caráter transnacional motivou a elaboração de diversas normativas internacionais, em especial, destacam-se a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA; Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE; e Convenção da ONU contra a Corrupção. No contexto brasileiro, a corrupção não é um fenômeno recente, está inserida na estrutura político-social desde a colonização e assim, são diversos os casos de corrupção relacionados ao desvio de recursos públicos, fraude, suborno, peculato, abuso de poder, tráfico de influência e sonegação, lavagem de dinheiro entre outros. No entanto, na última década, a política anticorrupção brasileira, inspirada nas normas internacionais já referidas, registrou importantes avanços legislativos que intensificaram a combate à corrupção no Brasil.

Palavras-chaves: Corrupção, instrumentos normativos internacionais, crimes correlatos à corrupção, combate à corrupção.

Abstract: Increasingly globalized, corruption knows no boundaries and challenges the mechanisms of combat. It is a complex crime that impacts the socioeconomic and institutional dynamics of democratic societies. Its transnational character has motivated the elaboration of several international norms, in particular the Inter-American Convention against Corruption of the OAS. Convention on the Fight against Corruption of Foreign Public Officials in OECD International Business Transactions; and UN Convention against Corruption. In the Brazilian context, corruption is not a

¹ Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Mestrado e Doutorado) da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

² Mestre em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora de Direito Penal e Criminologia das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pesquisadora no Projeto "PMI Impact - Mercados ilícitos e crime organizado na tríplice fronteira: O desafio da cooperação policial".

³ Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutora em Política Criminal e Direito Penal pela Universidade de Granada.

recent phenomenon, it has been part of the political and social structure since colonization and thus, there are several cases of corruption related to misuse of public resources, fraud, bribery, embezzlement, abuse of power, trafficking in influence and evasion, money laundering among others. However, in the last decade, the Brazilian anti-corruption policy, inspired by the aforementioned international norms, has registered important legislative advances that intensified the fight against corruption in Brazil.

Keywords: Corruption, internacional legal instruments, crimes related to corruption, fight against corruption.

1. INTRODUÇÃO

A corrupção atualmente é uma preocupação global que atinge a todos os países (desenvolvidos ou em desenvolvimento), embora em diferentes escalas, e impõe severos efeitos. Especificamente no caso brasileiro, a corrupção sempre representou um óbice para o desenvolvimento do Estado, embora nas últimas décadas tenha ganhado destaque, em virtude da revelação de complexos esquemas criminosos corruptos.

Nesse sentido, o Índice de Percepção da Corrupção, mensurado pela ONG Transparência Internacional no ano de 2018, aponta que o Brasil apresenta o pior resultado desde 2012 e cai de 96^o para 105^o posição no ranking, revelando uma altíssima percepção da corrupção no País.⁴

Dessa forma, considerando a gravidade dos efeitos da corrupção não se estranha que seu combate tenha se tornado uma prioridade no cenário global e que o surgimento de determinadas normas internacionais tenha influenciado o tratamento da corrupção no Brasil.

É relevante analisar referidas normas, suas influências sobre o Brasil e a tipificação criminal de determinadas condutas correlatas, a fim de propiciar melhor compreensão sobre sua aplicação e questões que envolvam o tema.

Desse modo, visando a realizar tal análise de maneira clara e coerente, o presente artigo foi estruturado em duas partes. A primeira tratará demandas e instrumentos internacionais que influenciaram a prevenção e o combate à corrupção no Brasil, abordando mais especificamente as seguintes convenções: Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA; Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE; e Convenção da ONU contra a Corrupção.

Por sua vez, a segunda parte do artigo terá como objeto o enfrentamento da corrupção e a tipificação de crimes correlatos no contexto brasileiro, especificando o que se entende por corrupção, a partir de uma perspectiva penal, e apresentando os crimes correlatos que foram tipificados ou se encontram em debate, a partir das demandas internacionais.

2. Instrumentos internacionais de combate à corrupção

A corrupção existe desde a antiguidade⁵, entretanto, não se pode negar que os atos ilícitos e o crime de corrupção têm revelado uma tendência de aumento

⁴ ÍNDICE DE PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO 2018 BRASIL APRESENTA SUA PIOR NOTA DESDE 2012 E CAI DA 96^a PARA A 105^a POSIÇÃO NO RANKING DA TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, disponível em, <<https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>>, acesso em 04 de dezembro de 2019.

⁵ Nelson Hungria afirma que a corrupção não se apresenta como um traço peculiar da época contemporânea e lembra que Montesquieu já a apontava como causa da queda do Império Romano. O autor ainda descreve que os preceitos das mais antigas legislações já reprovavam

em escala constante, desde o início do século XX, de modo que a partir da última metade do século passado tal fenômeno passou a representar uma grave ameaça à estabilidade social e ao sistema democrático de todo o mundo. Frise-se que essa ameaça é potencializada pelo fato de que dentro do mundo globalizado, os atos ilícitos e crimes de corrupção também tendem a ultrapassar fronteiras dos Estados, o que traz uma séria perspectiva para o século atual.⁶

Bijos e Almeida⁷ ressaltam que a criminalidade em geral ultrapassou fronteiras regionais, difundiu-se e então passou a representar uma ameaça ao Estado Democrático de Direito⁸. Nesse contexto, o capital que dispunha de liberdade para se movimentar permitia não apenas que as atividades empresariais lícitas se desenvolvessem, mas também que as práticas ilícitas, favorecidas pela velocidade com que se davam as operações eletrônicas, se alastrassem.⁹

De forma similar, Greco Filho e Rassi¹⁰ argumentam que *“a corrupção pode ser vista por pelo menos dois enfoques, interligados: como um problema que afeta a concorrência econômica internacional, no âmbito privado, e como um dos problemas que envolvem o crime organizado. A questão, portanto, nos dois aspectos, transcende as fronteiras de um Estado, especialmente em virtude do fenômeno da globalização e do incremento da atividade das organizações criminosas transnacionais, dando ensejo a diferentes regulações, em especial algumas convenções internacionais”*.

Diante desse cenário, no qual a corrupção se disseminava e tornava-se uma questão de preocupação global, mostrou-se imprescindível a elaboração de instrumentos internacionais voltados à sua prevenção e controle, que suprissem a

a corrupção. Na Grécia, o juiz corrupto era punido com a morte. Já na Idade Média, punia-se, de igual modo, não somente a corrupção dos juizes, mas também a venalidade dos funcionários públicos em geral. (HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*, Volume IX. 2ª ed, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959, p. 365).

⁶ SMANIO, G. P. “O sistema normativo brasileiro anticorrupção”, em VV.AA (CUNHA DILHO, A. J. C. da; ARAÚJO, G. R. B. de; LIVIANU, R.; PASCOLATI JUNIOR, U. A. Coords.) *48 visões sobre a corrupção*, Quartier Latin, São Paulo, 2016. p. 735.

⁷BIJOS, L. M. D. y ALMEIDA, M. J. M. “A Globalização e a Lavagem de Dinheiro: medidas internacionais de combate ao delito e reflexos no Brasil”. *Revista CEJ*, Brasília, v. 19, n. 65, p. 84-96, jan./abr. 2015. p. 88.

⁸ Neste sentido, Edgard Magalhães Noronha explica que a razão teleológica do Estado Democrático de Direito é a consecução do bem comum, de forma que, para isso, ele tem que realizar certas finalidades que se reduzem à preservação da independência no exterior e a manutenção da ordem no interior. Assim, como condição de sua própria existência, o Estado deve velar pela paz, segurança e estabilidade coletivas, no entrechoque de interesses dos indivíduos, determinado por condições naturais e sociais diversas. (NORONHA, E. M. *Direito Penal*, Vol. 4, Saraiva, São Paulo, 1998, p. 203). Ou seja, em um cenário de constante crescimento e dominação da criminalidade, o Estado não apenas deixa de cumprir com a sua finalidade interna de zelo e manutenção da ordem legal, perdendo sua credibilidade mediante os governados, mas também perde sua independência exterior, já que, em um mundo globalizado, no qual práticas adotadas e resultados obtidos por determinado país afetarão outros, certamente serão impostas medidas supranacionais que busquem cessar as práticas delituosas.

⁹ Hobbsbawn explica que o fenômeno da globalização assegurou maior mobilidade das pessoas e, portanto, proporcionou a eliminação dos controles fronteiriços, impossibilitando que os Estados controlassem tudo e todos que entravam e saíam de seus territórios, assim como as transações financeiras realizadas, de tal sorte que os traficantes e comerciantes ilegais passaram a se valer dessas condições para aperfeiçoar o cometimento de atos ilícitos. (HOBSBAWM, E. *Globalização, democracia e terrorismo*, Companhia das Letras, São Paulo, 2007. p. 144-145).

¹⁰ GRECO FILHO, V. y RASSI, J. D. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas (Lei n. 12.846, de 1o de agosto de 2013) – Atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*, Saraiva, São Paulo, 2015. p. 20.

insuficiência de esforços dos Estados, conforme bem explicam Pinheiro e Veloso¹¹: “Tendo em vista que a corrupção consiste em fenômeno de escala planetária, desafiador de fronteiras e de limites territoriais, surgiram, no final do século XX, instrumentos internacionais dedicados a prevenir e erradicá-la. A experiência dos países com os casos concretos evidenciou a insuficiência dos esforços domésticos para a contenção das práticas ímprobas, de sorte a ser almejada a cooperação multilateral”.

Segundo os autores, o pressuposto dos referidos acordos multilaterais e supranacionais é de que os Estados reconhecem a gravidade dos problemas e das ameaças decorrentes da corrupção para a estabilidade e segurança das sociedades, e temem o enfraquecimento das instituições e dos valores da democracia, da ética e da justiça. Ainda, tais instrumentos sinalizariam a preocupação dos Estados Nacionais com os vínculos entre corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a lavagem de dinheiro, bem como a larga pulverização das práticas corruptivas, que penetram diversos setores da sociedade, com potencial de comprometimento de proporções vultosas dos recursos estatais, ameaçando a estabilidade política e o desenvolvimento.¹²

Greco Filho¹³ explicita que os instrumentos internacionais em questão trazem as obrigações consideradas vinculantes no que diz respeito ao tratamento do tema corrupção (*hard law*), as quais vigoram ao lado das resoluções e decisões emanadas em organizações internacionais, de natureza não obrigatória (*soft law*), cuja combinação acaba estabelecendo princípios orientadores a serem seguidos pelos Estados, acarretando mudanças em seus ordenamentos.

Pinheiro e Veloso¹⁴ destacam, por ordem cronológica os seguintes instrumentos internacionais, que têm o objetivo de prevenção e repressão da corrupção: “(...) *Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA (1996)*, a *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE (1997)*, a *Convenção relativa à Luta contra a Corrupção de Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia (1997)*, o *Convênio sobre a Luta contra o Suborno dos Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu (1999)*; o *Convênio de Direito Civil sobre a Corrupção, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu (1999)*; e a *Convenção da União Africana para Prevenir e Combater a Corrupção, aprovada pelos Chefes de Estado e Governo da União Africana (2003)*”.

Ainda, aos supramencionados instrumentos internacionais pode-se acrescentar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), também ratificada pelo Brasil.¹⁵

¹¹ PINHEIRO, H. de J. G. y VELOSO, R. C. “Prevenção e enfrentamento supranacionais à corrupção: reflexões sobre o organismo europeu de luta antifraude”. *Revista Brasileira de Direito Internacional*. V. 4, nº2. Porto Alegre, jul/dez 2018. pp. 84-106.

¹² *Idem*. p. 94

¹³ GRECO FILHO, V. “O combate à corrupção e a Lei de Responsabilidade da Pessoa Jurídica Lei n. 12.46/2013”, *Revista Jurídica ESSMP-SP* v.9, 2016. pp. 15-30.

¹⁴ PINHEIRO, H. de J. G. y VELOSO, R. C. *op.cit.*, p. 95.

¹⁵ Nesse sentido Greco Filho: “Especificamente no que se refere à normativa internacional, o Brasil ratificou três convenções internacionais sobre o tema: I) A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE); II) A Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC) da Organização dos Estados Americanos (OEA) e; III) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), que, de certa maneira, complementa a Convenção das Nações Unidas contra o crime Organizado Transnacional, que serão descritas em capítulo próprio”. (GRECO FILHO, V. *op.cit.*, p. 22.)

De acordo com Smanio¹⁶, a convenção da OEA contra a corrupção foi firmada em Caracas, na Venezuela, em 29 de março de 1996; e internalizada, no Brasil, através Decreto nº 4.1410, de 07 e outubro de 2002, quando começa a vigor em território nacional e adquire força normativa, trazendo princípios e regras capazes de nortear a interpretação de nossa legislação ordinária. Smanio chama atenção ainda para o fato de que a Convenção não conceitua o ato ilícito de corrupção, mas traz um rol de atos de corrupção.

Segundo Ramina¹⁷, a Convenção da OEA – cujo escopo é a implementação, pelos Estados, de mecanismos de prevenção, investigação, punição e erradicação da corrupção, assim como sua cooperação no sentido de assegurar a eficácia de tais mecanismos, – é mais abrangente do que a Convenção da OCDE. Isto porque a convenção da OEA traz uma abordagem mais ampla acerca do que constitui atos de corrupção (incluindo desde a corrupção puramente doméstica até a corrupção transnacional), quanto pelo fato de que foca no exercício da função pública (enquanto a convenção da OCDE tem como objeto apenas a corrupção de funcionários públicos estrangeiros). Ainda, a Convenção da OEA prevê ambas as modalidades do delito de corrupção (ativa e passiva) enquanto a Convenção da OCDE versa apenas na corrupção ativa.¹⁸

É importante registrar que a Convenção da OCDE tem como objeto a corrupção de funcionários públicos estrangeiros, uma vez que a corrupção de funcionários públicos nacionais já constituía crime de acordo com as legislações internas dos Países-membros. O foco situa-se no indivíduo que oferece, promete ou dá “propina”, isto é, na corrupção ativa, em contraste com a corrupção passiva. A Convenção representa um esforço para eliminar o fornecimento de “propinas” a funcionários públicos estrangeiros, de modo que cada país passa a se responsabilizar pelas atividades das empresas que atuam em território nacional. Ademais, a Convenção OCDE visa a assegurar a equivalência entre as sanções aplicadas em nível nacional e aquelas aplicadas à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, sem, entretanto, exigir uniformidade ou mudanças nos princípios fundamentais das ordens jurídicas internas de cada País-membro.¹⁹

Por fim, em relação à Convenção da ONU, assinada em 15 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida, no México, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 348/2005 e promulgada através do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, tem-se que seu objetivo é o combate universal e sem fronteiras pelos Estados contra a corrupção e, além de reafirmar dispositivos já previstos na Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996), a exemplo da criminalização do enriquecimento ilícito, apresentou as seguintes diretrizes: **i)** necessidade de órgãos de prevenção contra práticas de corrupção pelos países signatários; **ii)** importância do princípio da eficiência no setor público; **iii)** elaboração de códigos de conduta para funcionários públicos; e **iv)** participação da sociedade civil, das organizações governamentais e das organizações com base na comunidade na prevenção e luta contra a corrupção.²⁰

¹⁶ SMANIO, G. P. *op. cit.*, p. 735.

¹⁷ RAMINA, L. “Tratamento jurídico internacional da corrupção”, *Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 2009, p. 204.

¹⁸ Nessa linha é também o entendimento de Pinheiro e Veloso: “Organizada em vinte e oito artigos, a Convenção Interamericana contra a Corrupção engendrou conceituação e tipificação de um amplo elenco de atos corruptos, incluindo a corrupção passiva e ativa, doméstica e transnacional, em rol não taxativo, servindo como parâmetro para todos os diplomas posteriores acerca da matéria.” (PINHEIRO, H. de J. G. y VELOSO, R. C. *op.cit.*, p. 96.)

¹⁹ RAMINA, L. *op.cit.*, pp. 201-2013.

²⁰ MEYER-PLUFG, S.R. y OLIVEIRA, V. T. de. “O Brasil e o combate internacional à corrupção”, *Revista de Informação Legislativa*. Ano 146. nº 181. Brasília, Janeiro/março 2009. pp. 187-194. p. 192.

Ainda, para Pinheiro e Veloso²¹, destacam-se como previsões relevantes da Convenção de Mérida o seguinte: "*dispositivos alusivos à contratação pública e gestão da fazenda pública (artigo 9), transparência da Administração através de informações públicas (artigo 10), medidas para garantia da idoneidade e independência dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público (artigo 11), combate à corrupção no setor privado (artigo 12), prevenção da lavagem de dinheiro (artigo 14), responsabilização das pessoas jurídicas (artigo 26), proteção dos denunciantes (artigo 33), ressarcimento civil pelos danos e prejuízos causados por práticas corruptas (artigo 35) e recuperação de ativos (artigo 51)*".

Realizada a análise das Convenções internacionais que versam sobre a prevenção e combate à corrupção em nível global, realizar-se-á, a partir deste momento, o exame do enfrentamento da corrupção sob a perspectiva do caso brasileiro.

3. Enfrentamento da corrupção e crimes correlatos no Brasil

De acordo com Filgueiras²², não há no Brasil uma teoria única sobre o conceito de corrupção. Ou seja, a definição de corrupção pode se dar a partir de diferentes perspectivas: *i)* vertente interpretativa do pensamento político e social brasileiro que é mobilizada para explicar os casos de malversação de recursos públicos e uma suposta imoralidade do brasileiro (patrimonialismo); *ii)* perspectiva funcionalista para os estudos das ciências sociais, de origem norte-americana, a partir da década de 1950; *iii)* abordagem econômica desenvolvida na década de 1980; e *iv)* modelo analítico de moralidade política.

A corroborar, Pinheiro e Veloso aduzem que: "*a tarefa de conceituar corrupção impõe o enfrentamento de óbices, máxime em se tratando de fenômeno sócio-político multifário, com diversificadas formas de manifestação no tempo e espaço.*"²³

Inobstante o conceito polissêmico de corrupção, enquanto fenômeno sócio-político, possa ser compreendida a partir de diversos marcos teóricos, não se pode olvidar que no Brasil há uma definição taxativa dos atos que podem ser considerados corruptos, uma vez que, do ponto de vista jurídico-penal, a corrupção, de acordo com o princípio da legalidade ou da reserva legal²⁴, é considerada crime e possui tipos penais específicos que descrevem quais condutas a representam.

²¹ PINHEIRO, H. de J. G. y VELOSO, R. C. *op.cit.*, p. 97.

²² FILGUEIRAS, F. "A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social, *Opinião Pública*, Campinas, vol. 15, nº 02, 2009, p.386-421.

²³ PINHEIRO, H. de J. G. y VELOSO, R. C. *op.cit.*, p. 87.

²⁴ Ajusta-se o princípio da reserva legal, adotado pelo Código, a uma concepção formal do crime. Segundo ela, crime é tudo aquilo e somente aquilo que for previsto pela lei como tal. Considerado em abstrato, crime é o fato típico, ou seja, o modelo legal, a hipótese descrita pela norma penal. Em concreto, isto é, encarado em seu ângulo fenomênico, como episódio histórico que se desenvolve na realidade social, crime é o fato que se subsume no molde normativo. (COSTA JUNIOR, P. J. *Direito Penal: curso completo*. 8 ed. Saraiva, São Paulo, 2000. p. 28). Segundo Cláudio Brandão, "o princípio da legalidade já foi descrito como um princípio de princípios, como o valor fundante do direito penal, que representa a condição primeira para o desenvolvimento de toda a dogmática penal deste direito. Tal afirmação de nenhuma maneira espelha qualquer erro. Com efeito, o princípio da legalidade possui um significado formal fundamental para a dogmática penal, porém igualmente importante é o seu sentido material. Pois bem, é desta dicotomia que brotam todos os demais princípios e instituições do direito penal, o que faz com que ele seja apontado como o 'princípio de princípios' com justa correção, já que sem ele a dogmática penal não poderia ter os contornos que possui na atualidade." (BRANDÃO, C. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 147-148)

As condutas que dizem respeito a corrupção, com previsão no Código Penal, encontram-se tipificadas nos artigos 317²⁵ (corrupção passiva); 333²⁶ (corrupção ativa); e 337-B²⁷ (corrupção ativa em transação comercial internacional), sendo imperativo reconhecer que referidas figuras penais significam a desmoralização concretizada no campo da Administração Pública, por meio de favores e/ou vantagens ilícitas.

Verifica-se, portanto, que a tipificação penal define condutas consideradas corruptas, a partir da consideração do núcleo comum que permeia todas as condutas corruptivas, que é a violação do bem jurídico moralidade pública.

O Código Penal brasileiro de 1940 disciplinou a corrupção em dispositivos separados, bem como em capítulos distintos. Assim, no Brasil tem-se como tipos penais, a corrupção passiva, a corrupção ativa e a corrupção ativa em transação penal internacional. Frise-se que tal opção do legislador rompe, em tese, com a bilateralidade obrigatória, pois, via de regra, a infração penal de corrupção passiva pode consumir-se independentemente da correspondente prática da corrupção ativa. Tal opção pela criação de tipos penais autônomos, portanto, facilita a punibilidade.²⁸

A corrupção passiva, tipificada no artigo 317 do Código Penal, contém três verbos núcleo típicos: solicitar ou receber vantagem indevida ou aceitar a promessa desta. Solicitar significa pedir, procurar, buscar, rogar, induzir, manifestar o desejo de receber. Tal solicitação pode ser expressa, clara indubitável, ou ainda velada, insinuada. Receber consiste em tomar, obter, acolher, alcançar, entrar na posse. Por sua vez, aceitar promessa de vantagem é consentir, concordar, estar de acordo, anuir recebimento.

A corrupção ativa, por sua vez, configura-se a partir da configuração dos seguintes verbos núcleo típicos: oferecer (apresentar, colocar à disposição) ou prometer (obrigar-se a dar) vantagem indevida (de qualquer natureza: material ou moral) a funcionário público, para determiná-lo a praticar (realizar), omitir (deixar de

²⁵ "Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa."

²⁶ "Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional."

²⁷ "Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional."

²⁸ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte especial 5 Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos*, 12 ed., Saraiva, São Paulo, 2018. No mesmo sentido: HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. Volume IX. 2ª ed. Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959, p. 367.

praticar) ou retardar (atrasar) ato de ofício (incluído na esfera de competência do funcionário.

Note-se que que nesse tipo penal, faz-se necessário que a oferta ou promessa tenha por objetivo que o funcionário público pratique (execute), omita (deixe de praticar) ou retarde (atrase) ato de ofício, isto é, ato compreendido nas específicas atribuições funcionais do servidor público visado²⁹, de tal sorte que, se o ato não for da competência do funcionário a quem é oferecida ou prometida a vantagem, poder-se-á identificar outro crime, mas não o de corrupção ativa. Ainda, conforme já visto, a configuração do crime independe de ser a oferta ou promessa aceita pelo funcionário.³⁰

Evidencia-se, assim, que já desde 1940 a corrupção se encontrava albergada pelo Código Penal brasileiro; não obstante, conforme já mencionado, com o passar dos anos a criminalidade se alastrou e se sofisticou, gerando novas demandas que foram consubstanciadas nos instrumentos internacionais de combate à corrupção.

O Brasil, então, visando a honrar com seus compromissos assumidos internacionalmente ao ratificar referidos documentos internacionais ampliou a sua definição jurídica de corrupção ao inserir novos tipos penais em sua legislação.

Como exemplo, traz-se à baila a Convenção da OCDE que em seu bojo demandando a implementação formal e material para que os Estados Partes tipifiquem o crime de corrupção de funcionários públicos estrangeiros e estabelece a responsabilidade de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, focada nas transações internacionais.³¹

No mesmo sentido, a Convenção da OEA também recomenda a adoção pelos Estados Partes de medidas que impeçam o suborno de funcionários públicos e estrangeiros.

Note-se que a preocupação em criar novos tipos criminais se deu pelo fato de que o suborno transnacional resulta mais grave que a corrupção praticada na seara nacional por diversas razões: em geral diz respeito a contratos de montante elevado; há um poder de controle menor sob esses contratos; ao se difundir pelo mundo esse tipo de delito fere seriamente o sistema de livre mercado, reduzindo suas possibilidades de recuperação. Ainda, a corrupção transnacional induz os governos a adquirirem bens e serviços a preços maiores que os reais e de qualidade inferior à normal, o que gera duplo prejuízo: por um lado, distorce a concorrência, porque a escolha dos bens e serviços não se faz em atenção às condições reais de oferta, mas tendo em vista a quantia que é entregue ao funcionário encarregado de decidir pela compra; e por outro, o Estado paga preços mais altos por produtos de qualidade inferior, de modo que não sobra dinheiro para investir em áreas relevantes como educação, saúde e habitação da população de baixa renda, que assim se vê prejudicada pela falta de ação do governo.³²

Em consequência, em 2002, dois anos após a ratificação de tais convenções pelo Brasil, a Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, que acrescenta o Capítulo II-A (Dos Crimes praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira) ao Título XI do Código Penal, nos quais estão previstos os crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional e tráfico de influência em transação comercial internacional.³³

²⁹Edgard Magalhães Noronha entende que o crime ocorre com o mero oferecimento ou promessa, mesmo que o funcionário repila a proposta, ou seja, pode ocorrer a corrupção ativa sem a passiva (NORONHA, E. M. *Direito Penal*. Volume 4. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 327).

³⁰MIRABETE, J. F. *Manual de Direito Penal*. Vol. 3: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 28 ed., Atlas, São Paulo, 2014. p. 360.

³¹MEYER-PLUFG, S. R. y OLIVEIRA, V. T. de. *op.cit.*, p 192.

³²PRADO, L. R. "Os novos delitos de corrupção e tráfico de influência internacional no Direito brasileiro", *Revista dos Tribunais*. V. 815, set. 2003, pp. 429-445.

³³Nesse ponto, PRADO faz uma crítica válida em relação ao bem jurídico tutelado indicado pelo Código Penal, a qual determina diferenças relevantes entre a corrupção ativa e a

De acordo com Mirabete³⁴, há três condutas típicas que configuram o delito de corrupção ativa em transação comercial internacional: a primeira é prometer, fazer uma promessa de vantagem indevida, enquanto a segunda é oferecer, ou seja, colocar à disposição, a referida vantagem. A última, por sua vez, é dar, significando a sua entrega efetiva. O autor nota ainda que a oferta, promessa ou doação pode ser feita diretamente ao funcionário público estrangeiro ou, indiretamente, a terceira pessoa para encaminhá-la ao primeiro. Por sim, observa que não se configura o crime se a oferta ou promessa não tem endereço individualizado, ou seja, não vise pessoas determinadas, ou, quando não se destine à prática, omissão ou retardamento de ato de ofício relacionado à transação comercial internacional e que esteja nas específicas atribuições funcionais do servidor estrangeiro

Assim um dos elementos característicos mais relevantes de tal crime é configurado pelo fato de que tais condutas devem ocorrer no âmbito de uma transação comercial internacional, ou seja, no contexto de um ajuste ou acordo relativo ao comércio que envolva duas ou mais nações, por meio de pessoas físicas e/ou jurídicas.³⁵

Por sua vez, o tráfico de influência, que já constava da legislação pátria como forma de incriminar o agente que visasse influir em ato praticado por funcionário público nacional no exercício de sua função, nos moldes do disposto no art. 332 do Código Penal, passa a ser tipificado também, no âmbito das relações comerciais internacionais, conforme o artigo 337-C do CP.

Nesse contexto, as condutas típicas alternativamente incriminadoras são representadas pelo verbo solicitar (pedir, rogar, procurar), exigir (ordenar que seja pago), cobrar (exigir pagamento) ou obter (angariar, conseguir, receber, adquirir), para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício da função. Observa-se então, que o delito, em sua forma mais simples, é cometido pelo particular que simulando possuir prestígio junto à funcionário público estrangeiro, solicita, exige, cobra ou obtém vantagem indevida do interessado, alegando que se destina a influenciá-lo em ato de ofício inerente às suas funções em transação comercial internacional. Ou seja, o agente, afirma ter influência sobre determinado funcionário

corrupção ativa transnacional: "Destarte, embora a corrupção transnacional e a corrupção praticada na esfera da Administração Pública estatal tenham alguns pontos de contato, elas só se identificam sob a ótica daquele que observa o ato do ponto de vista do funcionário corrompido. As semelhanças terminam por aí, porque o delito de corrupção ou suborno transnacional não é tipificado pelo Estado ao qual pertence o funcionário corrompido, mas pelo país de origem da empresa ou do particular que pratica o ato de corrupção. Nessa perspectiva, embora o delito de corrupção não parem dúvidas quanto ao fato de o bem jurídico ser a Administração Pública, visto que o Estado que tipifica esse crime é aquele ao qual pertence o agente corrompido, na corrupção e no tráfico de influência transnacionais o bem jurídico é diverso, pois um país não pode pretender atribuir-se a tutela sobre a integridade da Administração Pública de outro - no caso, a "Administração Pública estrangeira", como dispõe o Código Penal (LGL\1940\2) brasileiro. Demais disso, de acordo com a tipificação sugerida pela Convenção Interamericana contra a Corrupção, o suborno transnacional se limita aos casos de obtenção ou retenção de negócio no exterior. Trata-se, portanto, de evitar que um cidadão ou uma empresa obtenha vantagens ilícitas no comércio transnacional por meio do suborno de funcionários públicos estrangeiros. Essa conduta atenta claramente contra as regras da concorrência econômica internacional, que devem estar sempre pautadas pela boa-fé. São, destarte, a boa-fé, a regularidade e a transparência das transações comerciais internacionais o *bem jurídico* tutelado no delito de corrupção ativa de funcionário público estrangeiro e de tráfico de influência em transação comercial internacional. (PRADO, L. R. *op.cit.*, p. 436)

³⁴ MIRABETE, J. F. *Manual de Direito Penal*, Vol. 3: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 28 ed., Atlas, São Paulo, 2014. p. 380.

³⁵ NUCCI, G. S. *Curso de Direito Penal*, Vol. 3: Parte Especial arts. 213 a 361 do Código Penal. 2ed., Forense, Rio de Janeiro, 2018. p. 635.

público estrangeiro e promete usá-la para obter benefício em favor de terceiro, em troca de vantagem ou promessa de vantagem.³⁶

Insta salientar que, inobstante o Brasil tenha seguido as recomendações dos instrumentos internacionais no tocante à criminalização de suborno e tráfico de influências transnacionais, existem outras recomendações que encontram-se pendentes e cuja tipificação de condutas tem suscitado debates em território nacional.

Note-se que a Convenção da OEA³⁷, em seu art. IX, exorta a tipificação do enriquecimento ilícito, e a Convenção da ONU³⁸, ao reafirmar os dispositivos do referido instrumento internacional, também enfatiza a criminalização de tal conduta.

Segundo Ramina³⁹, as referidas disposições indicam que o enriquecimento ilícito configuraria um ato de corrupção.

Frise-se ainda, que a Convenção da ONU⁴⁰, em seu art. 21 dispõe que os Estados signatários deveram considerar a possibilidade de criminalizar a corrupção no setor privado.

Há que se observar, no entanto, que o texto de ambas as Convenções deixa claro que não há uma obrigação na tipificação das mencionadas condutas.

Assim, de acordo com Pinheiro e Veloso⁴¹, no Brasil ainda não foi efetuada a criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, embora já exista a tipificação da conduta como ilícito civil no art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8429/1992).

Cabe apontar, no entanto, que visando acatar a recomendação dos instrumentos internacionais, desde 2005 diversos projetos de lei foram propostos com o intuito de tipificar o enriquecimento ilícito como infração penal.

No entanto, tem se observado que não há um posicionamento pacífico sobre o tema, o qual tem gerado certa celeuma.

Embora haja defensores da criminalização do enriquecimento ilícito, como uma forma de melhoria do sistema de combate à corrupção brasileiro, conforme explicita Smanio⁴², há que se considerar alguns aspectos que parecem obstar tal tipificação no território pátrio.

De acordo com Badaró⁴³, o enriquecimento ilícito, nos moldes que vem sendo proposto, não se afasta dos antigos crimes de suspeita (situações em que o sujeito não pratica conduta de relevância penal, porém, é punido em razão do modo como atua, o qual faz com que se suspeite que no futuro possa vir a delinquir). Segundo o autor, o fato de adquirir, alugar ou utilizar coisas (condutas suficientes), de valor é não compatível com os rendimentos e não justificado por outro meio lícito (circunstância idônea), sendo funcionário público (condição pessoal), gera a suspeita

³⁶ BITENCOURT, C. R. *op.cit.*, p. 265.

³⁷ OEA. Convenção Interamericana contra Corrupção. Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm> >. Acesso em 22 jul. 2019.

³⁸ UNODOC. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Disponível em: < <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptao/convencao.html> >. Acesso em 22 jul. 2019.

³⁹ RAMINA, L. *op.cit.*, p. 204.

⁴⁰ UNODOC. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Disponível em: < <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptao/convencao.html> >. Acesso em 22 jul. 2019.

⁴¹ PINHEIRO, H. de J. G. y VELOSO, R. C. *op.cit.*, p. 96.

⁴² SMANIO, G. P. *op.cit.*, p. 735.

⁴³ A proposta de criminalização do enriquecimento ilícito no Projeto do Código Penal possui a seguinte redação: "Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo funcionário público em razão de seu cargo ou por outro meio lícito" (BADARÓ, G. H. "O crime de enriquecimento ilícito no Projeto do Código Penal, em face da presunção de inocência", *Tribuna Virtual IBCCRIM*. Ano: 01, ed. 01. Jan/fev, 2013, p. 65.)

do cometimento prévio de um crime, geralmente de corrupção, que não se conseguiu provar.

Dessa forma, o tipo penal implicaria uma ofensa ao princípio da culpabilidade e um de seus correlatos, a presunção da inocência, como explica Greco⁴⁴. Ocorre que o princípio da culpabilidade possui, como núcleo, o direito de ser condenado e punido apenas pela conduta que praticou, enquanto o proposto pretende punir e condenar não por enriquecer, mas sim por ter cometido atos de corrupção ou de peculato. Entretanto, esses atos não se conseguem comprovar, com o que fica manifesta a violação dos princípios mencionados.

Ainda, de acordo com Badaró⁴⁵, embora o proposto não exija expressamente uma “justificativa da origem do patrimônio”, ao prever que o valor do bem seja incompatível com os “rendimentos auferidos” ou com “outro meio lícito”, o “outro meio lícito” (meio indeterminado), invariavelmente, deverá ser indicado e provado pelo acusado, “justificando” a origem lícita do bem, e impondo a inversão do ônus da prova com prejuízo para o acusado.⁴⁶

Assim, ante os aspectos supramencionados, evidencia-se que a tipificação do enriquecimento ilícito conforme vem sendo proposta, apresenta alguns óbices que devem ser considerados. Conforme assinala Greco⁴⁷ “ocorre que qualquer esforço de criminalização tem de ser submetido a um escrutínio cuidadoso, que avalie, além da correção do argumento desenvolvido em caráter declaradamente provisório, a compatibilidade do tipo penal com o *nemo tenetur*, a ideia de *ultima ratio* e, por fim, a sua concreta necessidade diante da existência de um direito penal material já bastante abrangente”.

No que se refere à criminalização da corrupção no setor privado no Brasil, observa-se elaboração de um Anteprojeto para inserir o tipo penal de corrupção privada na Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo pela ENCCLA como resultado da ação n.º 5 de 2018⁴⁸.

No que se refere há a propositura de projetos de lei sobre o tema, Destacam-se nessa seara o PL n.º 5895/2016⁴⁹ que se encontra arquivado atualmente e os PL n.º 362/2012 e PL 455/2016 que alteram o código penal para incluir o crime de corrupção privada.

Enquanto o primeiro trata de corrupção entre particulares, esse último propõe o seguinte texto descritivo do pretendido tipo penal: “*Exigir, solicitar, aceitar*

⁴⁴ GRECO, L. “Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito”, *Boletim IBCCRIM* n.º 277 dez/2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexoes-provisorias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilicito>. Acesso em: 22 jul. 2019.

⁴⁵ BADARÓ, G. H. “O crime de enriquecimento ilícito no Projeto do Código Penal, em face da presunção de inocência”, *Tribuna Virtual IBCCRIM*. Ano: 01, ed. 01. Jan/fev, 2013. pp. 50-75. p. 67-68.

⁴⁶ No mesmo sentido, Bechara entende que em relação ao elemento “outro meio ilícito”, inverte-se o ônus da prova. (BECHARA, A. E. L. “A criminalização do enriquecimento ilícito de funcionário público”, *Lições ao Brasil sobre o perigo de retrocesso do direito penal ao período pré-iluminista*. RBCCRIM, São Paulo, RT, n. 98, set.-out. 2012, p. 536.)

⁴⁷ GRECO, L. *op.cit.*

⁴⁸ A ENCCLA – Estratégia Nacional de combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, criada em 2003, é a principal rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal e estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas, e para a formulação de políticas públicas voltadas ao combate àqueles crimes. (ENCCLA. Ações e metas. Disponível em: < <http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2018-1>>. Acesso em: 22 de jul. de 2019.)

⁴⁹ Esse Projeto de Lei tratava como crime, no âmbito da Lei de Propriedade Intelectual (Lei n.º 9.279/96), a corrupção privada, elencando-a conjuntamente com o crime de concorrência desleal, aplicando pena de detenção de três meses a um ano, ou multa.

ou receber vantagem indevida, o diretor, o administrador, o membro de conselho ou de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto, o representante ou o empregado da empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições. Pena: reclusão de 1 a 4 anos, e multa”.

Observa-se, portanto, que as condutas descritas assemelham-se àquelas constantes nos tipos penais que versam sobre a corrupção pública, porém encontram-se inseridas no ambiente privado, na medida em que coloca como sujeitos o diretor, administrador, membro de conselho ou de órgão técnico, auditor, gerente, preposto, representante ou empregado de empresa ou instituição privada.

Além do mais, verifica-se que as penas estipuladas são consideravelmente menores do que as cominadas para os casos de corrupção pública, provavelmente por considerar que o prejuízo causado por atos corruptos no meio corporativo seria de menor escala, se comparado com casos de corrupção pública.

Não obstante, há que se ressaltar que mesmo na esfera privada os atos de corrupção podem ser de grande impacto e extrapolar o âmbito da empresa em si. Como exemplo pode-se citar um caso que envolva uma empresa de capital aberto, no qual o prejuízo será de caráter coletivo.

Nesse ponto, insta considerar o comentário de Oliveira e Ribeiro⁵⁰ no sentido de que a introdução de tipos penais semelhantes aos que tutelam os interesses da Administração Pública no setor privado seria incomum, ou seja, não seria usual e viável transferir automaticamente a estrutura dos delitos de corrupção de funcionários públicos para o setor privado, sem antes considerar as matizações e particularidades do setor privado.

Ante as propostas de lei acima expostas, evidencia-se que há no Brasil um movimento que influenciado pelos instrumentos internacionais visa tornar crime a corrupção no setor privado.

Todavia, há que se mencionar que, mesmo sem a criminalização da corrupção privada, em geral as condutas que o configurariam não prescindem de resposta penal segundo o ordenamento jurídico, na medida em que podem configurar outros crimes.

Assim, a depender das circunstâncias, situações que poderiam ser enquadradas como corrupção privada, segundo os tipos penais propostos, em sua ausência poderiam configurar o crime de estelionato (art. 171) uma vez que esse também visa a obtenção de vantagem indevida.

Ainda, as condutas em questão podem implicar a violação de sigilo profissional (art. 154 CP), no caso em que informações confidenciais sejam repassadas visando a obtenção de vantagens ilícitas.

No mesmo sentido, podem ainda configurar crimes de concorrência desleal, os quais constam do art. 195 da Lei nº 9279/96, e, segundo Chaves⁵¹ podem ser divididos em três categorias: I – atos que geram confusão sobre os signos distintivos usados pelo concorrente; II - atos de desvio da clientela que buscam denegrir o concorrente e seus produtos e serviços; III – atos contrários à moralidade comercial que estão situados na violação de segredo dos concorrente, por meio de seus empregados ou demais integrantes da empresa e na propaganda falsa.

Dentre os crimes inseridos em tais categorias destaca-se a conduta descrita no inciso X, daquele que: “recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador.”

Desse modo, tem-se que embora haja uma tendência legislativa no sentido de promover a tipificação da corrupção privada no Brasil, em geral, as condutas que

⁵⁰ OLIVEIRA, W. T. de y RIBEIRO, D. G. “Corrupción en el sector privado”, *Revista Penal*, Barcelona, nº 11, jan. 2003, p.159-163.

⁵¹ CHAVES, A. C. S. “Corrupção privada no Brasil” *Revista jurídica ESMP-SP*, Vol nº 4. 2013. pp. 231-260. p. 252.

seriam abarcadas por tal tipo penal já se encontram tuteladas pelo Direito Penal pátrio.

CONCLUSÃO

A elaboração de instrumentos internacionais de combate à corrupção representa um importante avanço no que tange à prevenção e controle desse tipo de criminalidade pois incentiva a cooperação global e pretende eliminar lacunas legislativas dos Estados Partes que comprometeriam sua efetividade em um contexto em que a prática de delitos se dá de forma muito ágil (impulsionada pela tecnologia) e transnacional.

Ainda, é inegável que, ao ratificar os referidos instrumentos, o Brasil assumiu uma série de compromissos visando reforçar seu sistema de prevenção e combate à corrupção, bem como passou a ser influenciado pelas tendências internacionais nessa seara.

Insta salientar que a referida influência teve grande impacto no âmbito da legislação penal, o que se verifica a partir da criação de novos tipos penais relacionados a atos de corrupção transnacional.

Inobstante, deve-se considerar que em alguns pontos os instrumentos em questão conferem discricionariedade aos Estados Partes para que decidam sobre a implementação de novos tipos penais, como é o caso do enriquecimento ilícito e da corrupção privada.

Assim, verifica-se que ao fazer uso da mencionada discricionariedade, o Brasil não teria prejudicado a implementação dos instrumentos em território nacional, mas ao contrário, estaria se valendo de importantes debates e análises jurídicas quanto à constitucionalidade e necessidade de criação dos referidos tipos penais.

Frise-se que tais debates e análises tem se dado principalmente no bojo de Projetos de Lei específicos que demonstram a existência de um movimento favorável à criminalização de novos atos de corrupção.

De qualquer maneira, independentemente do resultado de tais discussões, pode-se afirmar que a influência dos instrumentos internacionais tem grande relevância para a definição da corrupção e crimes correlatos no Brasil.

REFERÊNCIAS:

- BADARÓ, G. H. "O crime de enriquecimento ilícito no Projeto do Código Penal, em face da presunção de inocência", *Tribuna Virtual IBCCRIM*. Ano: 01, ed. 01. Jan/fev, 2013, pp. 50-75.
- BECHARA, A. E. L. "A criminalização do enriquecimento ilícito de funcionário público", *Lições ao Brasil sobre o perigo de retrocesso do direito penal ao período pré-iluminista*, *RBCCRIM*, RT, São Paulo, n. 98, set.-out. 2012, p. 536.
- BIJOS, L.M. D.; ALMEIDA, M. J. de M. "A Globalização e a Lavagem de Dinheiro: medidas internacionais de combate ao delito e reflexos no Brasil", *Revista CEJ*, Brasília, v. 19, n. 65, p. 84-96, jan./abr. 2015.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte especial, Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos*, 12 ed., Saraiva, São Paulo, 2018.
- BRANDÃO, C. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*, Almedina, Coimbra, 2012.
- COSTA JUNIOR, P. J. da. *Direito Penal: curso completo*. 8 ed. ver, e consolidada em um único volume. Saraiva, São Paulo, 2000. p. 28.
- ENCCLA. *Ações e metas*. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2018-1>>. Acesso em: 22 de jul. de 2019
- FILGUEIRAS, F. "A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social", *Opinião Pública*, Campinas, vol. 15, nº 02, 2009, p.386-421.

- GRECO, L. "Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito", *Boletim IBCCRIM* n^o 277 dez/2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670-Reflexoes-provisorias-sobre-o-crime-de-enriquecimento-ilicito>. Acesso em: 22 jul. 2019.
- GRECO FILHO, V. "O combate à corrupção e a Lei de Responsabilidade da Pessoa Jurídica Lei n. 12.46/2013", *Revista Jurídica ESSMP-SP* v.9, 2016. pp. 15-30. p. 22.
- GRECO FILHO, V. Y RASSI, J. D. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas (Lei n. 12.846, de 1o de agosto de 2013) – Atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*, Saraiva, São Paulo, 2015. p. 20.
- HOBBSAWM, E. *Globalização, democracia e terrorismo*, Companhia das Letras, São Paulo, 2007.
- HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*, Volume IX. 2^a ed., Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959.
- ÍNDICE DE PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO 2018 BRASIL APRESENTA SUA PIOR NOTA DESDE 2012 E CAI DA 96^a PARA A 105^a POSIÇÃO NO RANKING DA TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, disponível em, <<https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>>, acesso em 04 de dezembro de 2019.
- MEYER-PLUFG, S. R. y OLIVEIRA, V. T. de. "O Brasil e o combate internacional à corrupção", *Revista de Informação Legislativa*. Ano 146. n^o 181. Brasília, Janeiro/março 2009. pp. 187-194. p. 189.
- MIRABETE, J. F. *Manual de Direito Penal*. Vol. 3, parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 28 ed. Atlas, São Paulo, 2014. p. 303.
- NORONHA, E. M. *Direito Penal*. Vol. 4. São Paulo, Saraiva, 1998.
- OEA. Convenção Interamericana contra Corrupção. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>>. Acesso em 22 jul. 2019
- OLIVEIRA, W. T. de; RIBEIRO, D. G. "Corrupción en el sector privado", *Revista Penal*, Barcelona, no 11, p.159-163, jan. 2003. p. 159-160.
- PINHEIRO, H. de J. G; VELOSO, R. C. "Prevenção e enfrentamento supranacionais à corrupção: reflexões sobre o organismo europeu de luta antifraude", *Revista Brasileira de Direito Internacional*, V. 4, n^o2, Porto Alegre, jul/dez 2018. pp. 84-106.
- SMANIO, G. P. "O sistema normativo brasileiro anticorrupção", em VV.AA CUNHA DILHO, A. J. C. da; ARAÚJO, G. R. B. de; LIVIANU, R.; PASCOLATI JUNIOR, U. A. (coords.) *48 visões sobre a corrupção*, Quartier Latin, São Paulo, 2016.
- UNODOC. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>>. Acesso em 22 jul. 2019.

El pago de pensión alimenticia retroactiva, supuestos de procedencia y aplicación en el derecho mexicano.

The payment of retroactive alimony, assumptions of origin and application in mexican law.

Pablo Alfonso Aguilar Calderón¹

Universidad Autónoma de Sinaloa, México.

Sumario: 1.- Introducción. 2.- El derecho de alimentos. 3.- El pago de pensión alimenticia retroactiva en las legislaciones civiles y familiares de México. 4.- La retroactividad de los alimentos en la Jurisprudencia Mexicana. 4.1.- Alimentos. Elementos que el juzgador debe considerar para calcular el cuántum de la pensión alimenticia cuando la obligación deba retrotraerse al momento del nacimiento del menor. 4.2.- Alimentos. La pensión alimenticia derivada de una sentencia de reconocimiento de paternidad debe ser retroactiva al momento del nacimiento del menor. 4.3- Pensión alimenticia. Por regla general su pago es retroactivo al momento del nacimiento del menor, salvo que no haya prueba directa del conocimiento del embarazo y de aquél, por lo que dicho pago será a partir de que el deudor alimentario fue emplazado al juicio natural, al conocer los resultados de las pruebas de filiación o la sentencia constitutiva de paternidad. 4.4.- Pensión alimenticia retroactiva líquida cuantificable con el salario mínimo diario. Su procedencia depende del acreditamiento del vínculo filial con el padre o la madre demandada (legislación del estado de Veracruz). 4.5.- Pensión alimenticia. Por regla general su pago es retroactivo al momento del nacimiento del menor, salvo que el deudor alimentario haya adquirido su mayoría de edad con posterioridad a éste, pues sólo desde que adquiere capacidad de ejercicio es cuando se le puede obligar a ello. 5.- Propuesta de supuestos de procedencia del pago de pensión alimenticia retroactiva. 6.- Conclusiones. 7.- Bibliografía.

Resumen: El derecho de alimentos es una institución esencial para la subsistencia y sano desarrollo de los miembros de una familia, cuya protección recae en el derecho familiar, el cual tiene la obligación de estar en constante renovación en base a las nuevas necesidades de la sociedad cambiante, quien acude a clamar justicia pronta y expedita a los tribunales familiares. Recientemente la institución de alimentos en el derecho mexicano entra de nuevo en controversia al resurgir la figura de la

¹Doctor en Derecho con mención honorífica por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor e investigador de la Facultad de Derecho Mazatlán de la Universidad Autónoma de Sinaloa, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores CONACYT SNI-C. Miembro del Claustro de Doctores en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Contacto: pablo_aguilar@uas.edu.mx

retroactividad en la obligación y pago de los mismos, facultad que se le ha otorgado al acreedor para que los solicite en el reconocimiento, lo cual es injusto en razón de que desde la concepción se requiere del apoyo económico radicado en la pensión alimenticia para sufragar los gastos provenientes. En consecuencia, es necesario establecer los supuestos de procedencia del pago de alimentos retroactivos así como proponer la ampliación del alcance de la prestación en distintos escenarios.

Palabras clave: alimentos, obligación, retroactividad, supuestos, propuesta, reforma.

Abstract: The right to food is an essential institution for the subsistence and healthy development of family members, the protection of which lies in family law, who has the obligation to be constantly renewed on the basis of the new needs of the changing society, who comes to demand prompt and expeditious justice in the family courts. Recently, the institution of the right to maintenance is again in dispute with the resurgence of the concept of retroactivity in the obligation and payment of maintenance, which has been granted to the creditor to request them, but in a limited way to recognition, which is unfair because, from conception, financial support based on maintenance is required to cover the costs involved. It is therefore necessary to establish the assumptions as to where retroactive maintenance should be paid and to propose extending the scope of the benefit in different scenes.

Key words: food, obligation, retroactivity, assumptions, proposal, reform.

1.- Introducción.

En el presente artículo se realizó un análisis integral de una de las instituciones principales del derecho familiar, el derecho de alimentos, esto desde la perspectiva del carácter retroactivo, efectuando una revisión del estado del arte para poder identificar lo establecido; en algunas legislaciones civiles o familiares aplicables, la facultad se encuentra limitada al reconocimiento, en otras autorizado para reclamar desde la concepción del hijo, situación que la Suprema Corte de la Justicia de la Nación no ha sido capaz de determinar la justa aplicación del derecho en favor de los menores, ocasionando que a los reclamantes se les vulneren sus derechos fundamentales a la no discriminación, igualdad e interés superior. Por lo anterior, a pesar de que el derecho familiar en México es de carácter local, es necesaria una ampliación y unificación de criterios de uso para una mejor protección a los acreedores alimentistas, idea con la cual se concluye este trabajo de investigación.

2.- El derecho de alimentos.

La familia es el pilar fundamental para la existencia de la sociedad y la conservación del Estado, en consecuencia no es posible concebir una sociedad sin familia, puesto que es considerado "el grupo primario por excelencia que surge en razón de necesidades naturales, la reproducción por una parte y por la otra la sustitución de los integrantes de la sociedad. Forma parte de la estructura social, es la única institución que tiene presencia en la vida humana, a partir de las sociedades primitivas"², y de acuerdo Pérez Contreras, "desde el punto de vista social, la familia puede definirse como la institución formada por personas unidas por vínculos de sangre y relacionados con ellos en virtud de intereses económicos, religiosos o de ayuda"³. Ahora bien desde la acepción jurídica, la familia es "el conjunto de personas unidas por los vínculos emergentes del matrimonio o del parentesco, sea éste por

² NUÑEZ CARPIZO, E., "La figura paterna en el proceso de socialización" Revista de la Facultad de Derecho de México, 271, p. 128.

³ PÉREZ CONTRERAS, M. M., *Derecho de Familia y Sucesiones*, Editorial Nostra e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2010, p. 22.

consanguinidad, legítima o extramatrimonial, por afinidad o por adopción”⁴, por ello es primordial su protección a través del carácter de orden público e interés social del derecho familiar, entendido como la protección que el Estado otorga a las familias no interviniendo directamente, pero sí estableciendo los mecanismos adecuados para salvaguardar sus intereses siendo estos: la creación de normas, juzgados, instituciones protectoras de la familia y menores, etcétera. De lo anterior radica la importancia de la constante actualización en la que el derecho siempre debe estar, particularmente el familiar, como soporte para la estructura social.

Una institución esencial para la conservación de la familia y la propia especie es la de los alimentos, que a través de los años siempre se ha encontrado en polémica por los clásicos supuestos de incumplimiento de la obligación, pero sin lugar a dudas por ministerio de ley y por humanidad, el deudor nunca debería de dejar de proveer.

El derecho de alimentos es tan antiguo como el mismo ser humano, puesto que por naturaleza y esencia, los padres siempre han hecho lo posible por la subsistencia de sus descendientes, claro que siempre hay sus excepciones, pero en materia de fundamento jurídico histórico es con los romanos donde inicia la salvaguarda legal de este derecho.

“En juristas como Ulpiano, encontramos que los alimentos son sinónimo de comida e incluyen la ropa, la casa habitación, lo necesario para sanar una enfermedad y que en su duración señalaban los romanos que eran para toda la vida y solo al morir se terminaban, decían *alimenta cum vita finin*. Llevado a normas más profundas, vinculando a los padres y a los hijos, decían los romanos no se dan alimentos a los padres, se les devuelven, porque resultaría injustísimo que alguien pudiera decir que el padre siente necesidad cuando el hijo goza de abundancia”⁵.

Asimismo, siguiendo a Gutiérrez enunciado por Güitrón, se decía en el Digesto que alimentos “eran los bienes indispensables para existir, no solo para la alimentación o nutrición del *alimentarius*, sino los precisos para el alojamiento y vestido. Pueden ser debidos en virtud del parentesco próximo, por imposición de la ley o por disposición testamentaria en forma de legado. También son debidos entre patrono y liberto”.⁶

La evolución del establecimiento del derecho de alimentos como obligación jurídica en la legislación familiar hasta nuestros tiempos, se deriva del derecho romano, al sentar las bases de la reciprocidad de los mismos y lo que comprenden, es decir, se le otorguen al menor hasta cuando los necesita y éste a los padres cuando no puedan valerse por sí mismos, además de las necesidades que se deben cumplir con dicha prestación.

En razón de lo anterior, para adentrarse al estudio de lo que implica el derecho de alimentos, se requiere conocer su significado en las distintas acepciones como lo son etimológica, gramatical y jurídica.

De acuerdo con la etimología, alimentos viene del latín *alimentum*, compuesta por la raíz del verbo *alere* (alimentar, criar, nutrir o hacer crecer) y del sufijo *mento*, que significa medio, instrumento o modo⁷.

En su acepción gramatical, refiere a la “prestación debida entre parientes próximos cuando quien la recibe no tiene la posibilidad de subvenir a sus necesidades”⁸.

Desde el sentido jurídico, de acuerdo con el Doctor Julián Güitrón Fuentesvilla cuya definición fue plasmada en el primer código familiar del país, promulgado para el Estado de Hidalgo en 1983 y realizada para el contexto de la época, “los alimentos

⁴ M. FERRER, F.A., “Introducción al Derecho de Familia”, *Derecho de Familia*, T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, Argentina, 1982, p.13.

⁵ GÜITRÓN FUENTEVILLA, J. *Derecho Familiar, Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho UNAM*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2016, p. 196.

⁶ Idem.

⁷ *Diccionario etimológico*, consultado en: <http://etimologias.dechile.net/?alimento>

⁸ *Diccionario de la Real Academia Española*. 2019. <http://dle.rae.es/?id=1rm36tt>

comprenden lo necesario para vivir. Incluye comida, vestido, habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, además de gastos para la educación primaria y secundaria”⁹.

Edgar Baqueiro Rojas los define de la siguiente manera: “los alimentos constituyen la obligación de una persona llamada deudor alimentario de proporcionar a otra llamada el acreedor alimentario (que le asiste el derecho), de acuerdo con las posibilidades de aquel y con las necesidades del último, lo necesario para su subsistencia biológica y social, ya sea en dinero o en especie”¹⁰.

Para Muñoz Rocha, alimentos es “la facultad jurídica de interés público que tiene un acreedor para exigir a un deudor, en virtud de la relación jurídica familiar, lo necesario para ayudar a su subsistencia, en los términos y parámetros que fija la ley”.¹¹

El ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juan Luis González Alcántara y Carrancá, precisa que los alimentos son “la prestación en dinero o en especie que una persona denominada acreedor alimentario tiene derecho a exigir a otra llamada deudor alimentario, porque así lo dispone la ley, la sentencia judicial o el contrato para satisfacer las necesidades básicas”¹².

Nuestro máximo órgano de administración de justicia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación refirió en Jurisprudencia los elementos específicos del contenido material que componen los alimentos:

“esta Primera Sala considera que la misma va más allá del ámbito meramente alimenticio, pues también comprende educación, vestido, habitación, atención médica y demás necesidades básicas que una persona necesita para su subsistencia y manutención. Lo anterior, pues si tenemos en cuenta que el objeto de la obligación de alimentos consiste en la efectivización del derecho fundamental a acceder a un nivel de vida adecuado, es indispensable que se encuentren cubiertas todas las necesidades básicas de los sujetos imposibilitados y no solamente aquellas relativas en estricto sentido al ámbito alimenticio”¹³.

Por lo anteriormente expuesto y como en otras ocasiones se ha colegido, se infiere que los alimentos

“es el deber jurídico que el Derecho Familiar impone a una persona denominada deudor alimentario en favor de otra llamada acreedor alimentario, - quienes están vinculados por lazos familiares- de asistir en favor de éste último una prestación económica para cubrir las necesidades básicas que necesita para su manutención, donde se busca un equilibrio entre lo que necesita el acreedor y la posibilidad de otorgarlo por parte del deudor”¹⁴.

El derecho a recibir alimentos es de trascendencia para el sano desarrollo de los miembros de la familia, que nace del parentesco por consanguinidad, afinidad y adopción considerado equiparable al primero (dependiendo de la legislación aplicable), de donde recae en el deudor la obligación de darlos al acreedor que tenga derecho a recibirlos y quien fue beneficiado, en un futuro si se requiere, tendrá que proporcionarlos a sus padres, de ahí la reciprocidad como característica esencial de éste derecho. En lo que respecta a que comprenden queda claro que es comida,

⁹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, J. *Derecho Familiar*, op.cit. p. 196.

¹⁰ BAQUEIRO ROJAS, E. Y BUENROSTRO BÁEZ, R., *Derecho de Familia*, 2da. Edición, Editorial Oxford, México, 2010, p. 33.

¹¹ MUÑOZ ROCHA, C., *Derecho Familiar*, Editorial Oxford, México, 2013, p. 213.

¹² GONZÁLEZ ALCÁNTARA Y CARRANCÁ, J. L. et al., *Compendio de términos de Derecho Civil*, Editorial Porrúa-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004, p.12.

¹³ Tesis 1ª./J. 35/2016. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, agosto de 2016, p. 601.

¹⁴ AGUILAR CALDERÓN, P.A. “Registro de deudores alimentarios morosos en Sinaloa: una propuesta de mejora”, *Revista Aequitas*, 18, p. 39.

vestido, habitación, educación, atención médica y necesidades básicas de quien los recibe, pero en la realidad del derecho procesal familiar, en el día a día en los tribunales, es claro que lo que aporta el deudor alimentario en la mayoría de las ocasiones, no alcanza ni para la comida en razón del porcentaje o cantidad que les toca aportar para la manutención del menor por razones de diversa índole como bajo salario, falsedad en la declaración o investigación de sus ingresos, entre otras.

En materia legislativa, el derecho de alimentos es un derecho humano consagrado en la Declaración de los Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (pacto de San José), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención sobre los Derechos del Niño. En la primera se encuentra fundamentado en el artículo 16 párrafo tres: "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"¹⁵. La segunda establece en el artículo 17, párrafos uno, cuatro y cinco:

"1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

4.- Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5.- La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo"¹⁶.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se ampara el derecho de alimentos en sus artículos 6, 7 y 30, refiriendo lo siguiente:

"Art. 6.- Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

Art. 7.- Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

Art. 30.- Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten"¹⁷.

Finalmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 3, hace referencia al interés superior del niño, el cual es soporte del derecho de alimentos, afirmando que "todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen la capacidad para hacerlo"¹⁸.

En consecuencia, México como Estado Parte de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos (OEA), debe propiciar las condiciones para garantizar la protección de los miembros de la familia mediante la administración de justicia eficiente a través de la actualización de los supuestos e instituciones de derecho familiar, como es el caso de los alimentos.

En razón de lo anterior, nuestro país realizó en 2011 una reforma integral a nuestra Carta Magna en materia de derechos humanos, en la cual las garantías

¹⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Consultado en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

¹⁶ Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Consultado en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

¹⁷ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Consultado en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

¹⁸ Declaración de los Derechos del Niño. Consultado en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

individuales pasaron a ser derechos fundamentales, incluyendo el derecho de alimentos a través de la protección de la familia instaurado en el artículo 4, párrafos uno, tres, nueve, diez y once de la legislación en comento:

“1.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

3.- Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

9.- En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

10.- Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

11.- El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”¹⁹.

La principal finalidad de establecer el derecho de alimentos como derecho fundamental en la Constitución, es el intentar garantizar dicha prestación a los miembros de la familia que la necesiten, puesto que ese es el papel que puede realizar el Estado en su favor, debido a la naturaleza jurídica propia del derecho familiar.

Es necesario recordar que se han implementado diversos mecanismos para el aseguramiento del pago de alimentos a los hijos ya sea menores de edad o mayores que se encuentren estudiando para poder ejercer una profesión acorde a su edad biológica para que una vez finalizados puedan valerse por sí mismos, como lo son la pena privativa de libertad en caso de incumplimiento de las obligaciones alimentarias o la inscripción en el Registro de deudores alimentarios morosos donde se le priva al deudor alimentario de algunos derechos y trámites, pero que resulta insuficiente por el reducido catálogo de limitaciones del mismo.

Finalmente, necesitamos las mejores estrategias actuales para salvaguardar el ingreso familiar de los menores en alimentos, porque representan el futuro de la sociedad y el pilar del estado, la familia. Los menores siempre serán una prioridad, pues son de suma importancia, así como el análisis de las suposiciones de origen y aplicación de alimentos retroactivos, para sentar las bases de una forma de protección y compensación para aquellos afectados por la irresponsabilidad, desconcentración del deudo padre.

3.- El pago de pensión alimenticia retroactiva en las legislaciones civiles y familiares en México.

El derecho familiar, entendido como como “el conjunto de normas jurídicas, que regulan la vida entre los miembros de una familia, sus relaciones internas, así como las externas, respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado”²⁰, siempre tiene que estar en constante actualización en su doctrina, legislaciones y procesos judiciales acorde a las necesidades de la sociedad que acude a solicitar justicia a los administradores de justicia.

Actualmente, una institución que siempre está en polémica y ha vuelto a llamar la atención de la sociedad en general, es la del pago de pensión alimenticia retroactiva como medio de protección de la familia para su adecuada subsistencia, que pretende restituir las carencias que pasaron los hijos durante su niñez, para propiciar que siga prevaleciendo el interés superior del menor y pueda tener un sano

¹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. H. Congreso de la Unión. 2019. Consultado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060619.pdf

²⁰Güitrón Fuentesvilla, Julián, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, 2da. edición, México, Editorial Promociones Jurídicas y Culturales S.C., 1992, p. 40.

desarrollo para la propia sobrevivencia de la especie y del propio Estado. Por lo anteriormente expuesto es necesario realizar un análisis legislativo y jurisprudencial sobre la situación que guarda a la fecha los supuestos de procedencia y aplicación de la retroactividad del pago de alimentos a los hijos, que en su momento y conforme a derecho no los recibieron.

La figura de alimentos retroactivos se manifiesta de una manera bastante difusa en las legislaciones familiares y civiles de nuestro país por un factor principal: el derecho familiar es considerado de carácter local, es decir, cada entidad federativa tiene su propio código familiar o código civil en donde se concentran las instituciones familiares y sus reformas son realizadas e impulsadas por medio de los Congresos Estatales a través del proceso legislativo en la Cámara de Diputados, bajo la premisa de que son acorde al contexto de la población de cada región. La excepción del Código Civil Federal que tiene que ser reformado mediante el proceso legislativo de carácter federal.

Con respecto al contenido diferente aplicable a las figuras de derecho familiar, en cuanto a alimentos retroactivos es el Código Civil Federal, que en su artículo 389 fracción II fundamenta que el hijo reconocido tiene derecho a la porción hereditaria y a los alimentos que fije la ley²¹. Como se puede apreciar, dicha legislación no especifica si se pagarán con efecto retroactivo o solo a partir de que se decrete el reconocimiento del mismo.

En el mismo orden de ideas, el artículo 393 fracción III del Código Familiar de Michoacán²² establece el derecho a recibir alimentos del hijo reconocido, sin precisar si son de carácter retroactivo a partir del nacimiento o cuanto finalice el proceso de reconocimiento.

De igual manera, el Código de Familia del Estado de Yucatán en su artículo 254 fracción II, dispone que el hijo reconocido tiene derecho a ser alimentado²³, sin instaurar criterios específicos sobre si es procedente la retroactividad del pago de alimentos o si el Juez que resuelva tendrá facultades discrecionales para decretarla en ese sentido.

Se infiere que los cuerpos normativos anteriormente analizados no demuestran una tendencia hacia un posicionamiento específico sobre la procedencia y supuestos de aplicación del pago de alimentos retroactivos en razón de que no se encuentra fundamentado nada en la ley, no existe la posibilidad de que se decreten en la sentencia de un juicio de reconocimiento de paternidad o porque no un juicio de alimentos, en el hipotético de que el padre nunca haya aportado alimentos a un hijo menor.

Por otra parte, el Código Familiar del Estado de Sinaloa en el artículo 309 decreta que los alimentos en los juicios de reconocimiento se pagarán de forma retroactiva solamente a partir de la presentación de la demanda, en el supuesto de que el padre haya negado el vínculo paterno filial²⁴. En el mismo sentido se encuentra el Código Familiar de Sonora en su artículo 267²⁵.

Se colige que las dos legislaciones examinadas demuestran una propensión clara en cuanto a la retroactividad de los alimentos, es procedente a partir de la fecha

²¹ Cfr. Código Civil Federal, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2019, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_030619.pdf

²² Cfr. Código Familiar de Michoacán, H. Congreso del Estado de Michoacán de Ocampo, 2019, disponible en: <http://congresomich.gob.mx/file/C%3%93DIGO-FAMILIAR-ref-18-agosto-de-2017.pdf>

²³ Cfr. Código de Familia para el Estado de Yucatán, H. Congreso del Estado de Yucatán, 2019, disponible en: http://congresoyucatan.gob.mx/detalle_codigo.php?idcodigo=43

²⁴ Cfr. Código Familiar del Estado de Sinaloa, H. Congreso del Estado de Sinaloa, 2019, consultado en: http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo_familiar_21-feb-2018.pdf

²⁵ Cfr. Código de Familia para el Estado de Sonora, H. Congreso del Estado de Sonora, 2019, consultado en: http://www.congresoson.gob.mx:81/Content/Doc_leyes/doc_436.pdf

de la presentación de la demanda de paternidad y solamente si el demandado niega el vínculo paterno-filial.

Por otro lado, el Código Civil de la Ciudad de México en su artículo 353 bis, advierte que aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde la fecha de nacimiento que consta en la primera acta²⁶.

La Ley para la Familia del Estado de Hidalgo establece en el artículo 129 que la obligación de dar alimentos surge desde la concepción de los hijos²⁷.

El Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos erige en su artículo 38 que la pensión alimenticia derivada de una sentencia de reconocimiento de paternidad debe ser retroactiva al nacimiento del menor²⁸.

En consecuencia del estudio de los últimos tres cuerpos normativos en lo que refiere a los alimentos retroactivos, se deduce que se encuentra bien establecidos los supuestos de procedencia de los mismos, no se deja lugar a especulaciones o interpretaciones del juzgador al momento de dirimir una controversia de alimentos en favor de quien los solicita, para el caso del presente estudio el reconocido.

En conclusión, el estudio de la legislación vigente en materia de derecho familiar permite inducir la posición que guardan en la actualidad hacia la retroactividad de los alimentos siendo las siguientes:

- No especifican su procedencia, por lo que es posible el ejercicio de la facultad discrecional del Juez para decidir.
- Delimitan que solo serán aprobados a partir de la fecha de interposición de la demanda de paternidad y que el demandado niegue el vínculo paterno-filial.
- Independientemente de la fecha de la interposición de la demanda de reconocimiento de paternidad, la retroactividad alimenticia procederá desde el nacimiento del hijo.

4.- La retroactividad de los alimentos en la Jurisprudencia Mexicana.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido algunas tesis aisladas sobre la posibilidad de la retroactividad del pago de alimentos, estableciendo algunos criterios orientadores pero sin poder llegar aun a la uniformidad en cuando a su procedencia y aplicación, esto al igual que las legislaciones civiles y familiares anteriormente observadas, por lo que se requiere su análisis e interpretación para el objetivo principal del presente artículo.

4.1.- Alimentos. Elementos que el juzgador debe considerar para calcular el cuántum de la pensión alimenticia cuando la obligación deba retrotraerse al momento del nacimiento del menor.

“En los casos en que se ventile el pago de alimentos derivado del reconocimiento de paternidad, el juzgador debe valorar y ponderar ciertos elementos a la luz del interés superior del menor y del principio de igualdad y no discriminación para verificar su pertinencia y, en caso de que se advierta su actualización, debe considerarlos al dictar su resolución para modular el monto retroactivo de la pensión alimenticia, de tal forma que sea razonable y no llegue a ser abusivo, tales como: i) si existió o no conocimiento previo de su obligación; y, ii) la buena o mala fe del

²⁶ Cfr. Código Civil de la Ciudad de México, H. Congreso de la Ciudad de México, 2019, consultado en: <http://aldf.gob.mx/archivo-0bd3121a0334f53844d2fe92b52fb5a2.pdf>

²⁷ Cfr. Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, H. Congreso del Estado de Hidalgo, 2019, consultado en: http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/biblioteca_legislativa/Leyes/118Ley%20para%20la%20Familia%20del%20Estado%20de%20Hidalgo%20Bis.pdf

²⁸ Cfr. Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, Consejería Jurídica del Poder Ejecutivo del Estado de Morelos, 2019, consultado en: <http://marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/codigos/pdf/CFAMILIAREM.pdf>

deudor alimentario. Por lo que se refiere al conocimiento previo, el juzgador debe ponderar si el deudor alimentario tuvo o no conocimiento del embarazo o del nacimiento del menor, ya que el conocimiento del hecho generador es una condición esencial al ponderar el cuántum, en tanto que si el padre no tuvo conocimiento de la existencia del menor, y ese desconocimiento no es atribuible a él, no podrá asumirse que quiso incumplir con las obligaciones alimentarias, sino que, al desconocer su existencia, no podía cumplir con una obligación que ignoraba. Dicho de otro modo, el juez debe tomar en cuenta si el embarazo y/o nacimiento del menor no le fueron ocultados, restringiéndose con ello los derechos tanto del menor como del padre y así, una vez delimitado si existió o no conocimiento previo, el juzgador debe considerar la actuación del deudor alimentario en el transcurso del proceso para determinar la filiación y los alimentos, y si ha actuado con buena o mala fe durante la tramitación del proceso; si siempre se ha mostrado coadyuvante y con afán de esclarecer la situación o si, por el contrario, se ha desempeñado negligentemente o se ha valido de artimañas con el objeto de obstaculizar el conocimiento de la verdad. Como se advierte, la mala fe alude a la actuación del deudor alimentario, es decir, a la valoración que se realice del hecho de que por causas imputables a él no puede definirse la paternidad; o bien, si por el contrario, existe buena fe de su parte y, por ejemplo, se presta a colaborar en el proceso con la finalidad de esclarecer la paternidad del menor. En este sentido, el juez debe tomar en cuenta que no le basta al demandado con adoptar una actitud de simple negación, sino que hay un deber de colaborar dentro del proceso en atención a su posición privilegiada o destacada en relación con el material probatorio, pues se encuentra en mejor condición para revelar la verdad y su deber de colaboración se acentúa al punto de atribuirle una carga probatoria que en principio no tenía o, mejor dicho, se le atribuyen las consecuencias de la omisión probatoria. Así, no puede aceptarse que el padre resulte beneficiado como consecuencia de mantener una conducta disfuncional y opuesta a derecho. De ahí que sea en el padre en quien recae la carga de probar la existencia de razones justificadas por las que deba relevarse de la obligación de contribuir al sostenimiento del menor a partir de la fecha de nacimiento del niño o la niña; es decir, corresponde al padre la prueba de que tuvo como causa un motivo objetivo y razonable, ajeno a toda discriminación y, por tanto, esos motivos deben considerarse al determinar el cuántum de la obligación alimentaria²⁹.

De la anterior tesis se desprenden los elementos que el juzgador debe considerar para la determinación de alimentos retroactivos al nacimiento del menor en un juicio de paternidad, siendo fundamental establecer si el presunto padre tuvo conocimiento o no del embarazo, lo cual se aprecia complicado pues a él le corresponde la carga de la prueba. El siguiente criterio a sopesar es la actuación del demandado en el desarrollo del juicio, es decir, su disposición a cooperar para llegar al esclarecimiento de la verdad, todo esto con el propósito de salvaguardar el interés superior del menor, la igualdad de condiciones y evitar la discriminación. Se induce que son muy vagos los criterios de aplicación para determinar la obligación alimentaria de carácter retroactivo en razón de que se puede prestar a otras interpretaciones, dependiendo lo anterior de la visión del juez.

4.2.- Alimentos. La pensión alimenticia derivada de una sentencia de reconocimiento de paternidad debe ser retroactiva al momento del nacimiento del menor.

“Bajo la premisa del interés superior del menor y del principio de igualdad y no discriminación, el derecho de alimentos, como derecho humano del menor contenido en los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no admite distingos en cuanto al origen de la filiación de los menores. Es por eso que la deuda alimenticia es debida a un menor desde su nacimiento, con independencia del origen de su

²⁹ Tesis 1a. XC/2015. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1380.

filiación, esto es, el derecho a los alimentos de los hijos nacidos fuera de matrimonio es el mismo que el de los nacidos dentro de él, pues es del hecho de la paternidad o la maternidad, y no del matrimonio, de donde deriva la obligación alimentaria de los progenitores. Desde esta perspectiva, el reconocimiento de paternidad es declarativo, no atributivo, esto es, no crea la obligación alimentaria, sino que la hace ostensible. Ahora bien, si no se admitiera que los alimentos le son debidos al hijo nacido fuera de matrimonio desde el instante de su nacimiento, se atentaría contra el principio del interés superior del menor en relación con el principio de igualdad y no discriminación; de ahí que debe reconocerse una presunción iuris tantum a favor de que el derecho de alimentos debe retrotraerse al comienzo de la obligación. Así, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estima que la pensión alimenticia derivada de una sentencia de reconocimiento de paternidad debe retrotraerse al instante en que nació la obligación misma, esto es, al en que se generó el vínculo y que es precisamente el nacimiento del menor, porque la sentencia únicamente declara un hecho que tuvo su origen con el nacimiento del menor y, por tanto, esta premisa debe tenerla en cuenta el juzgador al determinar el momento a partir del cual se deben los alimentos derivado del reconocimiento judicial de la paternidad"³⁰.

Consecuentemente, la tesis fundamenta el deber que tienen los jueces de sentenciar alimentos retroactivos en favor de los menores a cargo del progenitor deudor, con el propósito de proteger y respetar el interés superior del menor así como el principio de igualdad y no discriminación, independientemente de su condición de hijo fuera o dentro del matrimonio, razón por la cual dichos términos ya fueron eliminados de algunas legislaciones familiares y civiles de México por ser el derecho familiar de carácter local en las entidades federativas. La idea principal a destacar por parte de la sala que emitió la resolución anteriormente expuesta, es que la obligación alimentaria nace con la paternidad independientemente de las circunstancias concretas o del origen de la misma.

4.3- Pensión alimenticia. Por regla general su pago es retroactivo al momento del nacimiento del menor, salvo que no haya prueba directa del conocimiento del embarazo y de aquél, por lo que dicho pago será a partir de que el deudor alimentario fue emplazado al juicio natural, al conocer los resultados de las pruebas de filiación o la sentencia constitutiva de paternidad.

"La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que la obligación de dar alimentos es de tracto sucesivo porque la necesidad de recibirlos surge y persiste de momento a momento; por ende, la pensión alimenticia debe ser retroactiva al momento del nacimiento del menor, porque, demostrada la existencia del nexo biológico paternidad inseparablemente se genera el derecho de alimentos. Así deriva de las tesis 1a. LXXXVII/2015 (10a.) y 1a. XC/2015 (10a.), publicadas en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 27 de febrero de 2015 a las 9:30 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 15, Tomo II, páginas 1382 y 1380, de títulos y subtítulos: "Alimentos. La pensión alimenticia derivada de una sentencia de reconocimiento de paternidad debe ser retroactiva al momento del nacimiento del menor." y "Alimentos. Elementos que el juzgador debe considerar para calcular el cuántum de la pensión alimenticia cuando la obligación deba retrotraerse al momento del nacimiento del menor.", respectivamente. De ello se sigue que derivado del juicio de reconocimiento de paternidad el pago de pensión alimenticia será retroactivo al momento del nacimiento del menor; la excepción a dicha regla general es cuando el deudor demuestra que no tuvo conocimiento del embarazo ni del nacimiento del menor, por lo que en ese

³⁰ Tesis 1a. LXXXVII/2015. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1382.

supuesto el Juez debe ponderar si estos hechos le fueron ocultados o desconocidos, lo que impidió cumplir con la obligación que ignoraba. Ahora bien, al quedar determinado si existió o no conocimiento previo, el Juez debe considerar la actuación del deudor alimentista y la buena fe, a partir de que es emplazado al juicio de reconocimiento de paternidad en el que demuestre su disposición para coadyuvar en el juicio a fin de esclarecer la situación en controversia. En ese contexto, al demostrarse que no existió conocimiento previo del embarazo y del nacimiento del menor y que la conducta del demandado en el procedimiento fue coadyuvante quedará liberado de la obligación del pago de pensión alimenticia en forma retroactiva al momento del nacimiento, porque no se le puede condenar a una obligación que ignoraba; consecuentemente, el pago de la pensión procederá a partir de que tiene conocimiento de la existencia de un hijo, lo que puede ocurrir al ser emplazado al juicio, al conocer los resultados de las pruebas de filiación o la sentencia constitutiva de paternidad, pues si se partiera de la base de que en todos los supuestos la pensión alimenticia será retroactiva al momento del nacimiento del menor, pudiera ser ruinoso para el obligado alimentista. Por tanto, cuando no exista prueba directa que demuestre que el obligado a dar alimentos tuviera conocimiento cierto del embarazo o del nacimiento del menor lo que le impidió cumplir con la obligación que ignoraba y, además, demuestra su buena fe a partir de ser emplazado al juicio coadyuvando con el desahogo de la prueba pericial idónea para el reconocimiento de paternidad, y pagando la pensión a partir de que se entera que efectivamente es su hijo. Entonces, debe concluirse que no existe ni mala fe ni prueba directa que quiso incumplir con la obligación alimentaria porque no la conocía y en ese supuesto no procede el pago de la pensión alimenticia en forma retroactiva al momento del nacimiento del menor, sino a partir de que tiene conocimiento de la existencia de éste. Lo anterior no implica desatender el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación pues, por regla general, en todos los casos que haya prueba directa de que el deudor alimentista tenía conocimiento del embarazo y del nacimiento del menor al demostrarse su paternidad, tendrá la obligación ineludible de pagar retroactivamente la pensión alimenticia a partir del momento de su nacimiento. En cambio, en caso de que no haya prueba directa que demuestre que el deudor alimentista tuvo conocimiento del embarazo y del nacimiento del menor, constituye una excepción a la regla general y, por ende, el pago de la pensión será a partir de que fue emplazado al juicio natural; al conocer los resultados de las pruebas de filiación o la sentencia constitutiva de paternidad”³¹.

La tesis enunciada emite una serie de criterios interesantes al momento de resolver la retroactividad de los alimentos en un juicio de reconocimiento de paternidad, constituyendo como caso de exclusión, cuando el deudor alimentario no tuvo conocimiento del embarazo ni del nacimiento del supuesto hijo, además de la comprobación de que dicha información le fue ocultada y la valoración de todos estos elementos para eximirlo de la responsabilidad alimenticia de carácter retroactivo, puesto que no se le puede condenar a una obligación cuyo origen se ignoraba. Entonces, de haber actuado de buena fe y colaborando en todo lo que se le solicitó, procederá el pago a partir de que fue emplazado a juicio, se conozcan los resultados de la prueba de filiación o se dicte sentencia constitucional de paternidad. Como es posible apreciar, el constatar que el deudor alimentario no tuvo conocimiento del embarazo y del posterior nacimiento del supuesto hijo es complicado para el juzgador, por ende estos factores de apreciación van a recaer en las facultades discrecionales derivadas de la valoración de los medios de prueba aportadas por las partes, cuya carga por naturaleza procesal en derecho familiar reincidenta en el demandado.

³¹ Tesis I.3o.C.252 C. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, octubre de 2016, p. 3000.

4.4.- Pensión alimenticia retroactiva líquida cuantificable con el salario mínimo diario. Su procedencia depende del acreditamiento del vínculo filial con el padre o la madre demandada (legislación del estado de Veracruz).

“Cuando la pretensión de un hijo es obtener el pago de la pensión alimenticia retroactiva líquida cuantificable con el salario mínimo diario, ante su incumplimiento, y no el pago de ésta con gastos determinados generados desde y por razón de su nacimiento, basta con acreditar el vínculo filial con el padre o la madre demandada, para proceder a fijarlo, toda vez que son hechos notorios que los hijos requieren alimentos y el monto del salario mínimo; así, si los hechos notorios no requieren prueba, en términos del artículo 232 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz, la procedencia de esa prestación no requerirá mayores medios probatorios, toda vez que si bien el diverso artículo 228 establece que el actor debe probar los extremos de su acción y el 229 enumera algunas excepciones, lo cierto es que la obligación de probar radica en la necesidad de justificar con medios de pruebas el dicho del actor, es decir, los hechos de su pretensión; por ello, cuando la acción se funde en hechos notorios, no será jurídicamente posible requerir su acreditamiento en juicio toda vez que, ante lo notorio, no puede exigirse su justificación; sin que ello signifique la imposibilidad de reclamar el pago de la pensión alimenticia retroactiva líquida cuantificable con base en gastos específicos; sin embargo, en estos asuntos, sí deberán acreditarse los gastos para poder cuantificarlos en sentencia, al estar determinados específicamente y no constituir hechos notorios”³².

Esta resolución no profundiza ni propone criterios específicos para resolver sobre alimentos retroactivos en favor de los hijos más allá que con la acreditación del vínculo filial, pues se fundamenta en los denominados hechos notorios como son la necesidad alimentaria y el valor del salario mínimo en el país y para ser más exacto en la determinación de la cuantía, se requiere acreditar los gastos específicos de quien solicita pensión para fundamentarlos en la resolución final del juicio.

4.5.- Pensión alimenticia. Por regla general su pago es retroactivo al momento del nacimiento del menor, salvo que el deudor alimentario haya adquirido su mayoría de edad con posterioridad a éste, pues sólo desde que adquiere capacidad de ejercicio es cuando se le puede obligar a ello.

“La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis aisladas, de títulos y subtítulos: “Alimentos. La pensión alimenticia derivada de una sentencia de reconocimiento de paternidad debe ser retroactiva al momento del nacimiento del menor.” y “Alimentos. elementos que el juzgador debe considerar para calcular el cuántum de la pensión alimenticia cuando la obligación deba retrotraerse al momento del nacimiento del menor.”, estableció que la pensión alimenticia derivada de una sentencia de reconocimiento de paternidad debe retrotraerse al instante en que nació la obligación, esto es, al en que se generó el vínculo y que es, precisamente, el nacimiento del menor; asimismo, que es en el padre en quien recae la carga de probar la existencia de razones justificadas por las que deba relevarse de la obligación de contribuir al sostenimiento del menor a partir de la fecha de nacimiento del niño o la niña; sin embargo, para determinar el cuántum de la obligación alimentaria debe considerarse, como caso de excepción, el hecho de que el padre haya cumplido su mayoría de edad con posterioridad al nacimiento del menor, pues es innegable que previo a ello no tenía capacidad de ejercicio, razón por la que no puede obligársele a cumplir con la obligación de dar alimentos a partir de su nacimiento, máxime si tampoco se constató su solvencia económica o su emancipación, ya que la minoría de edad en una persona origina restricciones en su capacidad de ejercicio en la vida jurídica, no quedando vinculada

³² Tesis VII.2o.C.137 C. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, marzo de 2018, p. 3431.

a las consecuencias jurídicas de los actos en los que interviene; de ahí que el pago de la pensión deba contabilizarse a partir de la fecha en que el padre del menor adquirió su mayoría de edad, por ser el momento en el que puede legalmente asumir esa obligación”³³.

La anterior tesis plantea un nuevo caso de excepción para eximir de responsabilidad a la condena de alimentos retroactivos al deudor alimentario, la minoría de edad al nacimiento del hijo, es decir, no pagará el tiempo que presuntamente adeuda porque no tenía capacidad de ejercicio. En ese sentido el criterio orientador no define sobre quién debe caer la condena en materia de alimentos, se considera que está afectando el interés superior del menor necesitado y privilegiando un interés superior de quien fue menor. Entonces los abuelos paternos son los que deben hacerse responsables del pago de alimentos retroactivos en el supuesto anteriormente planteado, porque si se está respetando una falta de capacidad de ejercicio por minoría de edad del padre al momento del nacimiento, los tutores legales y sobre quien recaía la patria potestad eran los abuelos, quienes deberían de asumir las consecuencias de los actos de su representado.

5.- Propuesta de supuestos de procedencia y aplicación del pago de pensión alimenticia retroactiva

En consecuencia del análisis y reflexión de la institución de los alimentos desde la perspectiva de su origen etimológico, gramatical y jurídico, entendiendo todo la responsabilidad inherente, así como el estudio de la situación actual en cuanto a su retroactividad establecido en algunas legislaciones civiles y familiares de nuestro país, además del examen de las diferentes tesis que versan sobre el tema, se requiere plantear una propuesta de supuestos de procedencia y aplicación del pago de pensión alimenticia retroactiva para los hijos que por una u otra circunstancia y como resultado de posibles malas decisiones de los progenitores, fueron privados o carentes de la prestación, afectados en sus derechos humanos, fundamentales y familiares como derecho de alimentos, igualdad y no discriminación.

Es necesario señalar que se siguen haciendo esfuerzos por salvaguardar los derechos familiares, pero con los cambios sociales se requiere estar en constante actualización y búsqueda de estrategias que permitan seguir protegiendo a la principal institución para la conservación de la sociedad y el estado, que es la familia.

La situación actual de procedencia de los alimentos retroactivos se presenta en el juicio de reconocimiento de paternidad bajo las siguientes premisas fundamentadas en los cuerpos normativos de derecho familiar:

- A partir de la presentación de la demanda.- Se condena al demandado en caso de comprobarse el vínculo filial a pagar alimentos retroactivos desde la fecha en que inició el juicio.
- A partir del nacimiento del hijo.- Una vez finalizado el juicio de reconocimiento, el demandado es sentenciado a pagar pensión alimenticia retroactiva al nacimiento del menor.

En correspondencia, las tesis aisladas han fundamentado criterios en favor y en contra de lo establecido en las leyes familiares, pero sin llegar a un acuerdo común aplicable para todos:

- Es aplicable a partir del nacimiento del menor.
- Es aplicable desde la presentación de la demanda.
- No es aplicable cuando el padre del hijo fuese menor de edad al momento del nacimiento.
- No es procedente si el padre no tenía conocimiento de la existencia del hijo.
- Podrá ser procedente o no dependiendo de la disponibilidad del padre a cooperar en el juicio.

³³ Tesis XXVI.1 C. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, abril de 2019, p. 2087.

Ante el difuso contenido de la legislación, de las tesis de la Corte y falta de jurisprudencia que permita unificar criterios en cuanto al supuesto de alimentos retroactivos para los menores, además de la carente sensibilidad y experiencia de los legisladores en el acontecer en los juzgados familiares ante las necesidades de las familias, se propone lo siguiente con el propósito de enriquecer y proteger el desarrollo integral de la familia, así como la salvaguarda de sus derechos familiares:

- Una vez presentada la demanda de reconocimiento, se establezca una pensión alimenticia provisional, para asegurar los alimentos del menor hijo debido a su necesidad y ante lo prolongado que se puede volver el proceso.
- En caso de no comprobarse el vínculo filial, se debe condenar al demandante al pago íntegro de la pensión provisional que recibió durante el transcurso del juicio.
- En el supuesto de que el demandado no tuvo conocimiento de la existencia o nacimiento del hijo, no es motivo para privar del derecho de alimentos retroactivo puesto si bien es cierto no se debe condenar a alguien por una obligación desconocida, tampoco se debe de afectar el interés superior del menor, por lo que con la debida ponderación de los hechos y derechos, es más importante el segundo, por ende debe establecerse el pago del 50% de los alimentos retroactivos en favor del demandante, con el propósito de buscar una media que beneficie a ambas partes.
- En la hipótesis en la que el padre tuvo conocimiento de la existencia del supuesto hijo pero se negó a proporcionar el pago de alimentos y de comprobarse el vínculo, se le debe declarar el pago retroactivo.
- Si el padre del hijo era menor de edad al momento del nacimiento y por ende no tenía capacidad ni derecho de ejercicio, no son razones suficientes para eximirlo de responsabilidad alimentaria retroactiva, por lo que de no recaer en el directamente, debe ser para sus padres o para quien ejerció en dicho momento la patria potestad y guarda y custodia del entonces menor de edad.
- A manera de ampliar los supuestos de procedencia y aplicación de la pensión alimenticia retroactiva fuera de la esfera del juicio de reconocimiento, se propone que en el proceso de alimentos se condene también a los padres que se nieguen a otorgarlos o que no son constantes con su pago, a fin de proteger el menor en su sano desarrollo.

Finalmente, se debe proteger el derecho de alimentos desde todas sus aristas, incluyendo a los que ya son mayores de edad, tomando en consideración todos los supuestos propuestos y atendiendo a la situación de cada caso en concreto, para determinar la cuantía de la prestación alimentaria en base a la necesidad de recibirlos y la posición económica y social del deudor.

6.- Conclusiones

La sociedad en general siempre está en constante cambio de acuerdo al contexto en que le tocó vivir, es por ello que el derecho es una ciencia siempre en transformación para poder satisfacer las nuevas necesidades de las personas que acuden ante la justicia a solicitar su protección. En el pasado era impensable para el caso del presente artículo, que en las normas de derecho familiar se fundamentara por ejemplo el matrimonio entre personas del mismo sexo y las consecuencias jurídicas derivadas de la institución como la adopción, divorcio, alimentos, patria potestad, guarda y custodia y derechos hereditarios, sin embargo en muchos estados y países es una realidad.

Actualmente debido a esos cambios sociales, se establece dentro de la legislación la posibilidad de solicitar el pago retroactivo de alimentos si se acredita alguno de los criterios establecidos, pero la realidad es que se encuentra muy limitado

el abanico de posibilidades para el mismo, por lo que se requiere primeramente ampliar el alcance de la procedencia del beneficio que otorga la institución analizada en el desarrollo de esta investigación, razón por la cual se presentaron propuestas concretas para lograr ese objetivo y estar en condiciones de unificar criterios en beneficio de los miembros de la familia que son acreedores a ese derecho, ya sean menores o mayores de edad que fueron privados de la prestación alimentaria independientemente de las causas que motivaron al demandado a realizarlo.

La familia es lo más importante, es quien le da rumbo al desarrollo de la sociedad, por lo que su protección siempre debe ser prioridad para quienes puedan aportar algo en su favor sin importar el sector en que se desempeñe, ya sea académicos, investigadores, abogados postulantes, administradores de justicia o funcionarios públicos.

Es por ello que se insta a los congresos estatales y federal a que desde sus respectivos centros de trabajo, se avoquen a legislar con mayor profundidad y sensibilidad social en favor de la familia, esperando que la presente investigación y propuesta funcione como un referente para la protección del interés superior del menor, el derecho de igualdad y no discriminación de los hijos que tienen derecho a la retribución de las carencias que vivieron y pasaron por la falta de la prestación alimentaria.

7.- Bibliografía

Libros

- BAQUEIRO ROJAS, E. Y BUENROSTRO BÁEZ, R., *Derecho de Familia*, 2da. Edición, Editorial Oxford, México, 2010.
- GONZÁLEZ ALCÁNTARA Y CARRANCÁ, J. L. et al., *Compendio de términos de Derecho Civil*, Editorial Porrúa-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004.
- GÜITRÓN FUENTEVILLA, J., *¿Qué es el Derecho Familiar?*, 2da. Edición, México, Editorial Promociones Jurídicas y Culturales S.C., 1992.
- GÜITRÓN FUENTEVILLA, J., *Derecho Familiar*, Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho UNAM, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2016.
- M. FERRER, F.A., "Introducción al Derecho de Familia", *Derecho de Familia*, T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, Argentina, 1982.
- MUÑOZ ROCHA, C., *Derecho Familiar*, Editorial Oxford, México, 2013.
- PÉREZ CONTRERAS, M. M., *Derecho de Familia y Sucesiones*, Editorial Nostra e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2010.

Revistas

- AGUILAR CALDERÓN, P. A. "Registro de deudores alimentarios morosos en Sinaloa: una propuesta de mejora", *Revista Aequitas*, Poder Judicial del Estado de Sinaloa, año 7, número 18, mayo-agosto del 2018.
- NUÑEZ CARPIZO, E., "La figura paterna en el proceso de socialización" *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. 68, número 271, mayo-agosto del 2018.

Legislaciones

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Consultado en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Consultado en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Consultado en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Declaración de los Derechos del Niño. Consultado en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. H. Congreso de la Unión. 2019. Consultado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060619.pdf
- Código Civil Federal, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2019. Consultado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_030619.pdf
- Código Familiar de Michoacán, H. Congreso del Estado de Michoacán de Ocampo, 2019, consultado en: <http://congresomich.gob.mx/file/C%C3%93DIGO-FAMILIAR-ref-18-agosto-de-2017.pdf>
- Código de Familia para el Estado de Yucatán, H. Congreso del Estado de Yucatán, 2019, consultado en: http://congresoyucatan.gob.mx/detalle_codigo.php?idcodigo=43
- Código de Familia para el Estado de Sonora. H. Congreso del Estado de Sonora, 2019, consultado en: http://www.congresoson.gob.mx:81/Content/Doc_leyes/doc_436.pdf
- Código Civil de la Ciudad de México, H. Congreso de la Ciudad de México, 2019, consultado en: <http://aldf.gob.mx/archivo-0bd3121a0334f53844d2fe92b52fb5a2.pdf>
- Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, H. Congreso del Estado de Hidalgo, 2019, consultado en: http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/biblioteca_legislativa/Leyes/118Ley%20para%20la%20Familia%20del%20Estado%20de%20Hidalgo%20Bis.pdf
- Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, Consejería Jurídica del Poder Ejecutivo del Estado de Morelos, 2019, consultado en: <http://marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/codigos/pdf/CFAMILIAREM.pdf>

Jurisprudencia y tesis

- Tesis 1ª./J.35/2016. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, agosto de 2016, p. 601.
- Tesis 1a. XC/2015. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1380.
- Tesis 1a. LXXXVII/2015. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1382.
- Tesis I.3o.C.252 C. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, octubre de 2016, p. 3000.
- Tesis XXVI.1 C. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, abril de 2019, p. 2087.

Diccionarios

- Diccionario etimológico*, consultado en: <http://etimologias.dechile.net/?alimento>
- Diccionario de la Real Academia Española*. 2019. <http://dle.rae.es/?id=1rm36tt>

Enriquecimento sem causa e dissolução da união de facto. Algumas notas à luz do Direito português

Injust enrichment and dissolution the facto relationship.
Some notes in the light of Portuguese Law

Diana Isabel Silva Leiras¹

Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (IPCA, Portugal)

Sumário: 1. Introdução 2. Considerações gerais sobre o instituto do enriquecimento sem causa 3. A união de facto: forma de comunhão de vida à margem do casamento 4. Recurso ao instituto do enriquecimento sem causa no caso de dissolução da união de facto 5. Considerações finais

Resumo: Perante a falta de regulação jurídica das relações patrimoniais estabelecidas entre os membros dessa união, assiste-se a uma tendência atual da jurisprudência portuguesa no sentido de admitir o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa no caso de dissolução de união de facto. Neste estudo analisa-se alguma da jurisprudência que aprecia no referido caso a existência da obrigação de restituição, assim como algumas questões que surgem a propósito dessa obrigação nas decisões judiciais que afirmam a sua existência. Para um melhor alcance do objetivo delineado, fazem-se previamente a essa análise, considerações gerais em torno do instituto do enriquecimento sem causa e da união de facto como forma de comunhão de vida à margem do casamento.

Palavras-chave: enriquecimento sem causa; união de facto; jurisprudência;

Abstract: In the face of the lack of legal regulation of the patrimonial relations established between the members of this union, there is a current tendency of portuguese jurisprudence to allow recourse to the institute of unjust enrichment in the event of dissolution of a de facto relationship. This study examines some of the case-law which assesses in that case the existence of the obligation to repay, as well as some questions which arise in relation to that obligation in court decisions which state its existence. In order to better reach the objective outline, general analysis is made before the institute of unjust enrichment and de facto relationship as a form of communion of life on the margins of marriage.

Keywords: unjust enrichment; de facto relationship; jurisprudence

1. INTRODUÇÃO

Face à inexistência de regulação jurídica das relações patrimoniais na união de facto e não tendo os conviventes prevenido essa falta acordando a esse respeito, o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa poderá ser o único meio ao dispor do ex-convivente empobrecido para exigir a restituição ao ex-convivente enriquecido.

¹ Doutoranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela. Assistente Convidada na Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

Com o presente estudo pretende-se contribuir para a análise do instituto do enriquecimento sem causa como meio de obrigar à restituição no âmbito da cessação da união de facto. A apreciação de jurisprudência sobre esta matéria contribuirá com uma vertente prática, inclusivamente em relação a certas questões essenciais que se colocam na aplicação do instituto em análise.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O INSTITUTO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

O enriquecimento sem causa (arts. 473.º e ss. Código Civil²) corresponde a uma das fontes das obrigações³, à semelhança dos contratos (arts. 405.º e ss.); dos negócios unilaterais (art. 457.º e ss.), da gestão de negócios (art. 464.º e ss.); e da responsabilidade civil (art. 483.º e ss.).

Segundo o art. 473.º, n.º 1 CC, “aquele que sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou”. Portanto, este instituto assenta no princípio de que pessoa alguma deve enriquecer à custa alheia de forma injustificada ou sem justa causa, e caso se verifique tal enriquecimento, nasce para o enriquecido a obrigação de restituir ao empobrecido aquilo com que injustamente enriqueceu à sua custa⁴. São, pois, três os pressupostos cumulativos da obrigação de restituir por enriquecimento: a) existência de um enriquecimento; b) que esse enriquecimento tenha sido obtido à custa de outrem; e c) falta de causa justificativa para o enriquecimento⁵.

Segundo o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 9/06/2016⁶, “é uniformemente entendido, que só há enriquecimento sem causa, quando o património de certa pessoa ficou em melhor situação, se valorizou ou deixou de desvalorizar, à custa de outra pessoa, sem que para tal exista causa”. Portanto, como acrescenta o mesmo acórdão, o apuramento do enriquecimento resulta “da comparação entre a situação em que se encontra atualmente o património do enriquecido, e aquela que se verificaria se não se tivesse dado o enriquecimento”.

Nos termos gerais do ónus da prova é àquele que se arroga titular do direito à restituição (o empobrecido) que cabe provar a factualidade integrativa dos referidos pressupostos (art. 342.º, n.º 1)⁷. Todavia, a reunião dos aludidos pressupostos ainda que seja condição *sine qua non* para que haja lugar à restituição por enriquecimento não é suficiente; o art. 474.º estabelece a natureza subsidiária dessa obrigação.

Como salienta MENEZES LEITÃO, os referidos pressupostos “são tão amplos e genéricos, que seria possível efetuar uma aplicação indiscriminada desta cláusula geral, colocando em causa a aplicação de uma série de outras regras de direito positivo”⁸. Desta forma, do art. 474.º decorre que o instituto do enriquecimento sem causa apenas é aplicável se a lei não facultar ao empobrecido outro meio de ser

² Pertencerão a este diploma legal todas as normas referenciadas neste estudo sem indicação da respetiva fonte legal.

³ As fontes das obrigações são os factos jurídicos que lhes podem dar origem. Cfr. QUINTAS, P., *Manual Prático de Direito das Obrigações*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 35.

⁴ TELES DE MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações, Vol. I – Introdução da constituição das obrigações*, 14.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 405.

⁵ V.g., TELES DE MENEZES LEITÃO, L. M., *op. cit.*, p. 406; e ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 491 e ss.

⁶ Processo n.º 2847/14.1TBBERG.G1

⁷ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2/07/2009, Processo n.º 123/07.5TJVN.F.S1; e do mesmo tribunal o Acórdão de 19/05/2011, Processo n.º 2203/09.3 TBPVZ. Na doutrina, por exemplo: PEREIRA COELHO, F. M., *O enriquecimento e o dano*, 2.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, p. 36.

⁸ TELES DE MENEZES LEITÃO, L. M., *op. cit.*, p. 406. No mesmo sentido, ALMEIDA COSTA, M. J., *op. cit.*, p. 502.

indenizado ou restituído⁹, e desde que a lei não lhe negue o direito à restituição ou atribua outros efeitos ao enriquecimento¹⁰.

O art. 473.º CC após enunciar o princípio geral de que ninguém se deve locupletar à custa alheia de forma injustificada (n.º 1), acrescenta que “a obrigação de restituir, por enriquecimento sem causa, tem de modo especial por objeto o que for indevidamente recebido, ou o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou” (n.º 2). Em seguida faz-se uma breve referência a estas situações, que têm carácter especial pois nelas não se esgota o âmbito de aplicação do instituto do enriquecimento sem causa (a enumeração do art. 473.º, n.º 2 é exemplificativa)¹¹.

A primeira hipótese especial de enriquecimento injustificado – a repetição do indevido (*condictio indebiti*) –, divide-se de acordo com a lei, em dois tipos de situações. Um deles abrange os casos em que se cumpre uma obrigação objetivamente inexistente, seja relativamente ao que a efetua, seja relativamente a terceiro. Nos termos do art. 476.º, n.º 2, CC “sem prejuízo do disposto acerca das obrigações naturais, o que for prestado com intenção de cumprir uma obrigação pode ser repetido, se esta não existia no momento da prestação”. No outro tipo de situação de repetição do indevido – cumprimento de obrigação alheia –, cabe a hipótese de cumprimento de uma obrigação de outrem na convicção de que é própria (art. 477.º), assim como a situação de cumprimento de obrigação alheia na convicção errónea de estar obrigado a cumpri-la (art. 478.º)¹².

A segunda hipótese especial corresponde ao enriquecimento por virtude de uma causa que deixou de existir (*condictio ob causam finitam*). A causa jurídica que fundamenta a realização de uma prestação existe no momento dessa realização mas posteriormente desaparece, com o que surge a pretensão de restituição do enriquecimento. Um exemplo típico observa-se com a recuperação de uma coisa cujo desaparecimento determinou o pagamento de uma indemnização ao seu titular (por exemplo é restituído um objeto roubado ao respetivo dono, tendo este recebido uma indemnização pelo segurador)¹³. É nesta hipótese especial que alguma jurisprudência alicerça o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa no âmbito da dissolução da união de facto (*cf. infra* 4.)

Por último quanto ao enriquecimento por falta do resultado previsto (*condictio ob causam datorum*), está em causa a realização de uma prestação em vista de um resultado futuro que não se verificou. A restituição é devida, salvo nos

⁹ A pretensão de recorrer à ação de enriquecimento é viável quando exista ação normalmente adequada mas que não possa ser exercida por certa razão legal, como por exemplo a prescrição do direito de indemnização (art. 498.º, n.º 4 CC). *Cfr.* ALMEIDA COSTA, M. J., *op. cit.*, p. 503.

¹⁰ A impossibilidade de recorrer à ação de enriquecimento quando a lei recusa o direito à restituição por enriquecimento abrange situações em que “não existe contrariedade ou fraude ao modo como a lei ordena as atribuições patrimoniais”. Exemplos: hipóteses de prescrição (arts. 300.º e ss., CC), usucapião (arts. 1287.º e ss.), de frutos percebidos pelo possuidor de boa-fé (art. 1270.º, n.º 1), e de objetos achados e não reclamados dentro de certo prazo (art. 1323.º, n.º 2). Relativamente ao obstáculo legal de recurso ao instituto do enriquecimento sem causa quando a lei atribua outros efeitos ao enriquecimento, estão em causa situações em que a lei impõe ao beneficiado uma obrigação com objeto diverso da fundada no enriquecimento sem causa. Exemplos: levantamento de benfeitorias úteis (art. 1273.º, n.º 1); alteração da base do negócio (art. 437.º). *Cfr.* ALMEIDA COSTA, M. J., *op. cit.*, p. 504.

¹¹ Com esta enumeração legal o legislador pretende apenas “fornecer alguma linha de rumo ao intérprete, na sequência da formulação indeterminada que antecede”, ou seja, nos termos do princípio geral enunciado no n.º 1 do mesmo artigo. *Cfr.* ALMEIDA COSTA, M. J., *op. cit.*, p. 505.

¹² *Vid.* ALMEIDA COSTA, M. J., *op. cit.*, pp. 505 e ss.

¹³ ALMEIDA COSTA, M. J., *op. cit.*, p. 509.

casos mencionados no art. 475.º: o autor, quando realizou a prestação, já sabia que o efeito previsto era impossível; o autor impediu de má-fé a verificação do resultado.

Relativamente ao objeto da obrigação de restituição, o art. 479.º dispõe, no seu n.º 1, o seguinte: “A obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa compreende tudo quanto se tenha obtido à custa do empobrecido ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente”. Dá-se, assim, de acordo com a obrigação de indemnização (arts. 562.º e 566.º n.º 1), preferência à restituição em espécie sobre a restituição em valor. Mas quando se deverá entender que a restituição em espécie não é possível? Como explica MENEZES CORDEIRO, “o termo deve sofrer uma interpretação sistemática, complementando-se à luz do artigo 566.º/1 e por maioria de razão: a restituição opera em valor sempre que a restituição em espécie seja demasiado onerosa para o devedor”¹⁴.

O n.º 2 do art. 479.º acrescenta que a obrigação de restituir não pode exceder a medida do locupletamento à data em que se verifique um dos factos indicados no art. 480.º: “a) citação judicial do enriquecido para a restituição; b) conhecimento, pelo enriquecido, da falta de causa do seu enriquecimento ou da falta do efeito que se pretendia conseguir com a prestação”. O enriquecimento é, assim, apurado à data de algum destes factos, correspondendo ao enriquecimento atual¹⁵.

Com a verificação de qualquer um dos aludidos factos considera-se que o enriquecido entra no período de má-fé, e por conseguinte a sua obrigação de restituição é agravada. Com efeito, nos termos do art. 480.º, “o enriquecido passa a responder também pelo perecimento ou deterioração culposa da coisa, pelos frutos que por sua culpa deixem de ser percebidos e pelos juros legais das quantias a que empobrecido tiver direito”¹⁶.

No âmbito da obrigação de restituição, deve ainda referir-se a situação em que o enriquecido alineou gratuitamente coisa que devesse restituir. Segundo o art. 481.º, n.º 1, o adquirente fica obrigado no lugar do enriquecido, mas só na medida do próprio enriquecimento. Nesta situação o alienante estava de boa-fé quando alienou a coisa e o adquirente foi quem obteve um efetivo enriquecimento. Na hipótese de a alienação gratuita ter ocorrido estando o alienante de má-fé (a alienação realizou-se após a verificação de algum dos factos referidos no art. 480.º), este já será responsável nos termos do art. 480.º, sendo o adquirente também responsável nos mesmos termos caso tenha agido de má-fé¹⁷.

Uma vez que o direito à restituição por enriquecimento não é imprescritível importa apontar o prazo de que o empobrecido dispõe para exercer esse seu direito¹⁸. Sobre este aspeto, o art. 482.º refere que “o direito à restituição prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o credor teve conhecimento do direito que lhe compete e da pessoa do responsável, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respetivo prazo a contar do enriquecimento”.

A referida norma indica dois prazos legais de prescrição. Um de três anos, que se conta a partir do momento em que o empobrecido tem conhecimento do direito que lhe compete, ou seja, da ocorrência dos factos constitutivos e também da

¹⁴ MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil, Vol. VIII, Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 244.

¹⁵ ALMEIDA COSTA, M. J., *op. cit.*, p. 514.

¹⁶ Este preceito visa compelir o enriquecido, que tenha conhecimento da sua obrigação de devolver o enriquecimento, a ter cautela, de modo a não o desvalorizar; e simultaneamente a proteger o empobrecido de delongas ou manobras que possam diminuir o valor que a Ordem Jurídica lhe atribui. Na prática, o artigo em questão é utilizado para contar juros legais a favor do empobrecido, após a citação. Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *op. cit.*, pp. 253-254.

¹⁷ A responsabilidade do alienante e do adquirente é solidária (art. 497.º).

¹⁸ Verificada a prescrição, o seu beneficiário tem a faculdade de licitamente recusar a prestação a que se encontrava adstrito (art. 304.º, n.º 1). A prescrição não é de conhecimento officioso, tendo de ser invocada conforme resulta do art. 303.º.

pessoa do responsável¹⁹. O outro prazo, de vinte anos (prazo ordinário de prescrição previsto no art. 309.º) conta-se desde que a restituição pode ser exigida, o mesmo é dizer desde que teve lugar o locupletamento injustificado. ALMEIDA COSTA explica como se coordenam estes prazos: “por um lado, a prescrição ordinária só impera quando o direito à restituição não se haja, entretanto, extinguido pelo decurso do prazo excecional da prescrição de três anos; mas, por outro lado, a prescrição ordinária opera sempre, mesmo que o empobrecido não chegue a ter conhecimento do seu direito e da pessoa responsável pela restituição”²⁰.

3. A UNIÃO DE FACTO: FORMA DE COMUNHÃO DE VIDA À MARGEM DO CASAMENTO

A união de facto, que está abrangida no direito ao desenvolvimento da personalidade consagrado no art. 26.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, corresponde a um modo de convivência íntima porque muitos casais optam, que assim excluem o casamento das suas vidas ou simplesmente adiam a sua celebração²¹. Neste último caso, trata-se de uma convivência pré-matrimonial, tendo, pois, carácter transitório²².

Embora não estando reconhecida no art. 1576.º como fonte típica de relações jurídicas familiares, a união de facto foi institucionalizada pela Lei n.º 135/1999, de 28 de agosto. Esta lei foi revogada pela Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, conhecida por “Lei das Uniões de Facto” (LUF), que “adota medidas de proteção das uniões de facto”, e que já conhece algumas redações²³.

Nos termos do art. 1.º, n.º 1 LUF, “a união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”. Portanto, a consideração de que duas pessoas vivem em união de facto implica que exista entre elas comunhão de leito, mesa e habitação, à semelhança dos cônjuges, e que essa comunhão de vida tenha uma duração mínima de dois anos²⁴. A proteção jurídica da união de facto tem ainda como pressuposto a não verificação dos impedimentos indicados no art. 2.º LUF, que em grande medida correspondem aos impedimentos dirimentes do casamento (arts. 1601.º e 1602.º).

Trata-se de uma relação meramente fáctica, não estando a sua constituição e dissolução dependentes de quaisquer formalidades ao contrário do que acontece, como se sabe, no casamento, cuja celebração está sujeita a determinada solenidade e a sua dissolução depende da observância de determinados formalismos.

¹⁹ Este prazo prescricional assenta na “pressão que a lei pretende compreensivelmente exercer sobre o credor no sentido de usar do seu direito, logo que tenha os elementos necessários para agir: o conhecimento do direito que lhe assiste (como quem diz dos elementos constitutivos do seu direito) e da pessoa do responsável”. Cfr. ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10.ª edição, 2000, Coimbra, Almedina, p. 535.

²⁰ ALMEIDA COSTA, M. J., *op. cit.*, p. 516.

²¹ Antes da aprovação da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, a união de facto estava associada, sobretudo, aos casais homossexuais, porquanto o casamento só era permitido entre pessoas de sexo diferente. A referida lei conferiu a atual redação do art. 1577.º, que define casamento como o “contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos da disposição deste Código”.

²² PEREIRA COELHO, F. M. e OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família, I, Introdução, Direito matrimonial*, 5.ª edição, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2016, p. 59-61.

²³ A Lei n.º 7/2001, de 11 de maio foi modificada pelas seguintes Leis; 23/2010, de 30 de agosto, 2/2016, de 29 de fevereiro, 49/2018, de 14 de agosto, e 71/2018, de 31 de dezembro.

²⁴ A separação dos conviventes e posterior reconciliação implica nova contagem do prazo, mas se apenas cessou a coabitação, sem que tivesse havido o propósito de pôr fim à comunhão de habitação (por exemplo por motivos profissionais), o prazo suspende-se. Cfr. DUARTE PINHEIRO, J., *O Direito da Família contemporâneo*, 3ª edição, Lisboa, AAFDL, 2012, pp. 716-717.

Além da informalidade que caracteriza a união de facto, cujos efeitos (arts. 3.º e ss. LUF) não estão condicionados à inscrição da união num determinado registo como sucede, por exemplo, no Direito Civil da Galiza²⁵, outra razão impede a sua equiparação ao casamento. Não está prevista para os unidos de facto uma norma análoga ao art. 1672.º CC que obriga os cônjuges ao cumprimento recíproco dos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência. Desta forma, a união de facto constitui uma situação materialmente diferente do casamento: os conviventes não assumem como os casados, por não quererem ou não poderem, o compromisso de vida em comum, mediante a sujeição a um vínculo jurídico.

Face ao exposto, tal como a doutrina tem sustentado a propósito da atribuição ao unido de facto de certos direitos que lei concede ao cônjuge, a união de facto e o casamento não são realidades equiparáveis, pelo que o seu tratamento jurídico desigual não é ofensivo do princípio constitucional da igualdade (art. 13.º da Constituição da República Portuguesa)²⁶. Esta posição tem sido perfilhada de modo sólido pela jurisprudência, tanto do Tribunal Constitucional (cfr. por exemplo, o Acórdão n.º 106/2014, de 12 de fevereiro²⁷) como do Supremo Tribunal de Justiça (cfr. por exemplo, o Acórdão de 14/07/2016²⁸).

A união de facto dissolve-se por falecimento de um dos seus membros; por vontade de um dos seus membros; ou com o casamento de um dos seus membros (art. 8.º n.º 1 LUF). Na segunda situação, ou seja, quando num (ou até em ambos os conviventes), cessou a vontade de manter a comunhão de vida, o legislador esclarece que só é necessária a declaração judicial da dissolução caso se pretendam fazer valer direitos que dependam dela, devendo essa declaração ser proferida na ação mediante a qual o interessado pretende exercer tais direitos, ou em ação que siga o regime processual das ações de estado (art. 8.º n.º 2 e 3 LUF).

No domínio patrimonial, observa-se que o legislador intencionalmente, com vista ao respeito da liberdade individual dos cidadãos que recorrerem a esta forma informal de organização família, não regula de forma específica as relações patrimoniais entre os conviventes²⁹. Com efeito, pese embora a proteção jurídica conferida à união de facto, que tem especial incidência sobre a casa de morada de família e respetivo recheio (arts. 4.º e 5.º LUF³⁰), não está estabelecido um regime

²⁵ A *Disposición adicional tercera* da *Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia*, reconhece aos unidos de facto os direitos e as obrigações que estão previstos nesta lei em relação aos cônjuges desde que observados determinados requisitos, entre os quais a inscrição da união num registo criado especificamente para esse efeito (n.º 1). Nos termos do n.º 2 da *Disposición*, "*tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de las personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio*".

²⁶ OLIVEIRA, G., in "Crónicas legislativas, notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto (Alteração à lei das uniões de facto)", *Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 14, Coimbra, Coimbra Editora, julho/dezembro 2010, p. 140; e PEREIRA COELHO, F. M. e OLIVEIRA, G., *op. cit.*, p. 62, que inclusivamente afirmam que "legislação que equiparasse inteiramente a união de facto ao casamento poderia ser julgada inconstitucional, fosse qual fosse a via por que essa equiparação se fizesse".

²⁷ Processo n.º 547/2013

²⁸ Processo n.º 2637/04.OTBVCD-L.P1.S1

²⁹ Cfr. Acórdão do STJ, de 24/10/2017, processo n.º 3712/15.OT8GDM.P1.S1.

³⁰ O art. 4.º LUF, que se refere à proteção da casa de morada de família em caso de rutura determina a aplicação do disposto nos arts. 1105.º e 1793.º CC, *mutatis mutandis*.

O art. 5.º LUF regula a proteção da casa de morada de família em caso de morte, concedendo ao membro sobrevivente da união no caso em que o membro defunto é o proprietário da casa de morada de família e do respetivo recheio, o direito de permanecer nessa casa, pelo prazo de cinco anos, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio.

legal de bens pré-definido com o desiderato de regular o património adquirido pelos unidos de facto, durante a comunhão de vida, observando-se um quadro de silêncio legal absoluto quanto às relações patrimoniais entre os unidos de facto, e destes com terceiros.

Não sendo a união de facto uma realidade equiparável ao casamento não lhe são aplicáveis no caso de dissolução as normas relativas aos regimes de bens do casamento (arts. 1717.º e ss.). De acordo com o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de junho de 2018³¹, “a união de facto só tem os efeitos que a lei lhe atribuir, não sendo legítimo estender-lhe as disposições referentes ao casamento”. Pode ainda ler-se no acórdão que “finda a união de facto, não tem aplicação o disposto nos artigos 1688.º e 1689.º, pois, não há bens comuns sujeitos a partilha, ao contrário do que se passa no casamento”³². Com efeito, na união de facto não existem bens comuns pois as relações patrimoniais entre os seus membros não são reguladas por um regime de bens³³. Isto não significa, porém, que os unidos de facto estão impedidos de adquirir bens conjuntamente. Podem fazê-lo sem quaisquer restrições, ficando nesse caso sujeitos ao regime da compropriedade (arts. 1403.º e ss.)³⁴, à semelhança do que sucede com os casados sob o regime da separação de bens, em que cada um dos cônjuges “conserva o domínio e fruição de todos os seus bens presentes e futuros, podendo dispor deles livremente” (art. 1735.º).

Coloca-se então a questão: Como resolver a questão dos efeitos patrimoniais emergente da vivência em comum e liquidação dos mesmos em consequência da cessação, por morte ou separação, da união de facto?

Naturalmente que o problema só existe se os membros da união de facto não celebraram, no exercício da sua autonomia privada, um contrato com a finalidade de regular as suas relações patrimoniais, estipulando cláusulas sobre a propriedade dos bens adquiridos na vigência da união de facto. O art. 405.º consagra o princípio da liberdade contratual, que permite aos unidos de facto regular as suas relações patrimoniais de acordo com a sua vontade; o contrato de coabitação está apenas “sujeito às regras do direito comum, nomeadamente a respeito pelos bons costumes e pela ordem pública”³⁵.

Estando em falta essa regulação das suas relações patrimoniais por mútuo acordo dos conviventes, o que se verifica na generalidade dos casos, cumpre saber da viabilidade do recurso ao enriquecimento sem causa.

4. RECURSO AO INSTITUTO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO CASO DE DISSOLUÇÃO DA UNIÃO DE FACTO

Na vigência do anterior Código de Processo Civil³⁶, as decisões judiciais referiam-se à liquidação do património do ex-casal unido de facto segundo o acordado pelos conviventes quanto à regulação das suas relações patrimoniais, e

³¹ Processo n.º 658/15.6T8GDM.P1

³² Na comunhão e bens (comunhão de adquiridos e comunhão geral), os cônjuges participam por metade no ativo e no passivo, sendo nula qualquer convenção em contrário (art. 1730.º n.º 1).

³³ Neste sentido, v.g. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26/10/2010, processo n.º 1874/05.4TCSNT.L1-7.

³⁴ “Existe propriedade em comum, ou compropriedade, quando duas ou mais pessoas são simultaneamente titulares do direito de propriedade sobre a mesma coisa” (art. 1403.º, n.º 1). O n.º 2 deste artigo acrescenta: “Os direitos dos consortes ou comproprietários sobre a coisa comum são qualitativamente iguais, embora possam ser quantitativamente diferentes; as quotas presumem-se, todavia, quantitativamente iguais na falta de indicação em contrário no título constitutivo”.

³⁵ Cfr. COSTA, M., *Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do Direito da Família europeu: uniões homossexuais*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 163.

³⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de dezembro de 1961, e republicado com as devidas correções materiais pelo Decreto-lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro.

supletivamente com base na aplicação dos princípios das sociedades de facto, quando verificados os respetivos pressupostos (arts. 1010.º e ss. Código Civil), ou no recurso aos meios comuns, mais concretamente ao Direito comum das relações obrigacionais e reais³⁷.

É evidente que a natureza da união de facto não é idêntica à das sociedades de facto, pois não constitui uma atividade económica, nem visa a obtenção e repartição dos lucros resultantes dessa atividade (art. 980.º). Ainda assim, a jurisprudência e a doutrina defendiam a aplicação do processo especial de liquidação das sociedades de facto para liquidação do património adquirido na vivência da união de facto. Neste sentido, por exemplo, PEREIRA COELHO para quem “cessada a união de facto, cada um dos sujeitos da relação tem direito a participar na liquidação do património adquirido pelo esforço comum, liquidação que, segundo determinada orientação, deve fazer-se de acordo com os princípios das sociedades de facto, desde que os respetivos pressupostos se verifiquem”³⁸.

Sucede que o aludido processo, que estava regulado nos arts. 1122.º e seguintes do “velho” Código de Processo Civil e que já não consta do novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, pressupunha que a existência e conseqüente cessação da relação de união de facto fossem declaradas em ação judicial, admitindo-se que o processo de liquidação corresse por apenso a essa mesma ação³⁹.

Perante a exigência de uma ação declarativa prévia, na qual tinha de ser feita não só a alegação e prova da rutura da vida em comum, mas também dos requisitos específicos da união, com indicação concreta do ativo e passivo constituído até à dissolução da união, começou a generalizar-se neste âmbito o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa. Claro está que com a revogação daquela forma de liquidação do património, este instituto adquiriu ainda mais relevo como fonte de obrigações entre ex-conviventes, quando há enriquecimento injustificado de um deles à custa do outro (art. 473.º, n.º 1).

A união de facto, enquanto forma de estar em família, implica naturalmente que um dos conviventes ou até ambos realizem contribuições para as despesas normais e correntes do agregado familiar. Aquando da dissolução da união de facto, não surge, como é óbvio, a obrigação de restituir essas contribuições, quando as mesmas sejam desproporcionais entre os conviventes, tal como clarifica o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18 de outubro de 2018⁴⁰. No caso apreciado neste acórdão, o direito à restituição com base no enriquecimento injustificado foi exercido pelo Réu em sede de reconvenção no âmbito de ação de reivindicação, na qual a Autora pede que aquele seja condenado a reconhecer-lhe o seu direito de propriedade sobre a totalidade do prédio que serviu de casa de morada de família do

³⁷ Cfr., por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/06/2018, processo n.º 658/15.6T8GDM.P1.

³⁸ PEREIRA COELHO, F. M., *Revista de Legislação e Jurisprudência*, N.º 120, 1986, pp. 79-86.

³⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26/06/2012, processo n.º 170/09.2TBANS-B.C1.

⁴⁰ Processo n.º 944/16.8T8VRL.G1. Vid. também os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 20/03/2014, processo n.º 2152/09.5TBARG.G1.S1, e do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22/05/2018, processo n.º 619/16.8T8MGR.C1 no sentido de que a causa justificativa para a realização desses contributos pelos conviventes é o dever recíproco de assistência a que estes estão vinculados na vigência da união de facto.

De acordo com outra perspetiva, o contributo de cada um dos conviventes para as despesas normais e correntes do agregado familiar configura o cumprimento “de uma obrigação natural, de coercitividade e repetição impossíveis, atenta a natureza da relação instituída” e no que se refere aos filhos, esse contributo assenta no exercício das responsabilidades parentais a que os conviventes, seus pais, estão vinculados com eles. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24/10/2017 (processo n.º 3712/15.0T8GDM.P1.S1).

casal, a abandonar o mesmo, e ainda a pagar-lhe uma importância diária (dez euros) por cada dia de ocupação. A questão do possível enriquecimento injustificado obtido pela Autora à custa do Réu coloca-se em relação a contributos que foram realizados durante a vigência da união de facto mas que são estranhos às despesas normais e correntes do agregado familiar. Em concreto está em causa a construção, reparação, conservação e/ou ampliação da casa de morada de família do "casal", propriedade exclusiva da Autora.

O Tribunal entende que "uma vez dissolvida a união de facto, deixa de existir a causa jurídica justificativa para o convivente proprietário reter o contributo feito pelo outro convivente para o pagamento dessas despesas, com o qual se encontra enriquecido, em detrimento do último, que ficou sem nada, devendo esse convivente proprietário ser condenado à restituição desse contributo feito pelo outro, com fundamento no instituto do enriquecimento sem causa". De acordo com esta decisão judicial, a união de facto constituía a causa que justificou a realização pelo Réu de tais contribuições no património próprio da Autora, e nesse segmento, a cessação da vida em comum entre ambos fez surgir na esfera jurídica da Autora a obrigação de restituir (ao Réu) o que recebeu por virtude de uma causa que deixou de existir (art. 473.º n.º 2).

A referida decisão judicial segue a mesma linha de pensamento do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de novembro de 2016⁴¹, que aprecia se a Ré incorreu numa situação de enriquecimento sem causa ao arrogar-se, após a rutura da união de facto, exclusiva proprietária de um conjunto de bens utilizados por ambos, que segundo o autor foram adquiridos apenas com o seu esforço de trabalho.

A Ré recorreu da decisão do Tribunal da Relação do Porto (acórdão de 4 de fevereiro de 2016), que a condenou "a restituir ao Autor o valor da casa referida em T, calculado com referência a princípios de março de 2008, com as dependências, obras e melhoramentos efetuados nela ou no seu logradouro e quintal, mencionados nos factos X a AK), mas sem o terreno onde foi construída, bem como o valor do veículo referido em AAI)", calculado com referência à mesma data, ambos os valores a liquidar; e com juros a partir da citação".

O Supremo Tribunal de Justiça confirma a decisão da Relação, justificando a obrigação de restituir pela Recorrente com base no desaparecimento da causa da contribuição monetária prestada pelo Recorrido, correspondente à *condictio ob causam finitam* indicada no art. 473.º, n.º 2. Lê-se no acórdão o seguinte: "Pode, assim, afirmar-se que a contribuição monetária do Recorrido para a construção e melhoria da moradia da Recorrente, assim como para a aquisição do veículo automóvel, teve uma causa jurídica, constituída pelo modo como, em concreto, e em conjunto, escolheram a residência da família e um meio de mobilidade". Cumpre ainda apontar a exclusão que o Tribunal faz quanto a outros meios que eventualmente poderiam compensar o Recorrido da deslocação patrimonial de que sofreu (em causa o levantamento de benfeitorias; a acessão industrial imobiliária; e a ação de reivindicação) com a qual fica bem patente o carácter subsidiário do instituto do enriquecimento sem causa (art. 474.º) bem como a necessidade da sua aplicação no caso concreto⁴².

⁴¹ Processo n.º 390/09.0TBBAO.S1

⁴² Sustenta o tribunal que "o regime da restituição das benfeitorias, previsto nos arts. 1273.º e segs. do CC, não pode ser aplicável, na medida em que não existe qualquer relação ou vínculo jurídico do Recorrido para com o prédio e o veículo automóvel, ambos propriedade da Recorrente, como sucede, por exemplo, nos casos de posse, arrendamento ou comodato". O tribunal acrescenta: "Quanto ao regime da acessão industrial imobiliária, igualmente mencionado pela Recorrente, também não poderia aproveitar ao Recorrido, na medida em que este não é proprietário da construção, condição indispensável para a acessão industrial, como decorre do disposto nos arts. 1325.º e 1340.º, n.º 1, ambos do CC". Por fim, quanto à ação de reivindicação, pode ler-se no acórdão que não pretendendo o Recorrido o reconhecimento do direito de propriedade, tanto da moradia como do veículo automóvel, "não seria possível obter a restituição de tais bens mediante a ação de reivindicação (art. 1311.º do CC).

Mais recentemente, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 2/05/2019⁴³ aprecia a possível vantagem patrimonial obtida por um dos conviventes (enriquecido) à custa do outro (empobrecido) no âmbito da aquisição do imóvel que fora destinado a casa de morada de família constando aquele primeiro do título aquisitivo como proprietário deste bem. O Tribunal declarando que estão reunidos os requisitos para existir obrigação de restituição por enriquecimento e que não há outro meio ao alcance do empobrecido para ser restituído (arts. 473.º n.º 1 e 474.º), reconhece-lhe o direito à restituição da quantia que suportou com o pagamento do empréstimo, e também das quantias que suportou com a reconstrução e ampliação do imóvel em causa (quantias essas a liquidar em execução de sentença, por enriquecimento sem causa)⁴⁴. No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/06/2018⁴⁵, admite “que a partilha do património adquirido pelos unidos de facto se possa efetuar através duma ação em que um dos membros da ex-união que se considere empobrecido peça a condenação do outro a reembolsá-lo com fundamento no enriquecimento sem causa”. O Tribunal condena o Réu a reconhecer que uma conta bancária e um imóvel de que é exclusivo titular são também da propriedade da Autora, na proporção de metade, e a reembolsar a autora na quantia de € 5.050,00 relativa a valores pertencentes à Autora que foram utilizados pelo Réu.

Não obstante, também se encontram decisões judiciais atuais que rejeitam a obrigação de restituição por enriquecimento com fundamento na inexistência de um enriquecimento de um dos ex-conviventes à custa do empobrecimento do outro.

No acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 9/06/2016⁴⁶, que aprecia a tutela dos direitos patrimoniais decorrentes da cessação da união de facto, isto é saber se a recorrente tem direito à quota-parte dos bens a que se arroga (50 %), o Tribunal após analisar os pressupostos do enriquecimento sem causa, decide o seguinte: “Em função da factualidade provada, não há da parte da Autora qualquer empobrecimento, nem sacrifício a tal equiparado, muito menos com correspondência direta no enriquecimento patrimonial do Réu”, reforçando, com apoio no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20/03/2014⁴⁷, que não foi feita prova de deslocações patrimoniais ocorridas durante a união de facto, entretanto dissolvida.

Claro está que, visando o instituto do enriquecimento sem causa a remoção do enriquecimento do património do enriquecido (*in casu* o Recorrido) transferindo-o ou deslocando-o para o património do empobrecido (*in casu* a Recorrente), a prova de deslocações patrimoniais da esfera jurídica da Recorrente para a do Recorrido era essencial para que a ação fosse julgada procedente, nos termos gerais do ónus da prova (art. 342.º n.º 1). Mas o certo é que o Tribunal refere ainda que o aumento do património do Réu “surge justificado em função da sua atividade profissional, sem que se possa concluir pela existência de uma comunhão de esforços entre os unidos de facto para esse fim”.

Veja-se ainda o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27/06/2019⁴⁸ onde se lê: “No caso, a valorização do património da autora com as obras realizadas, na parte suportada pelo réu, é integralmente neutralizada, senão mesmo superada, pelas vantagens patrimoniais alcançadas pelo réu, decorrentes da poupança de

⁴³ Processo n.º 94/14.1T8VRS.E1

⁴⁴ A situação apreciada no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 27/06/2019, processo n.º 2149/17.1T8PTM.E1, é diversa, sendo a decisão judicial desfavorável à existência da obrigação de restituição por enriquecimento: “A aquisição de bens, em compropriedade, na constância da união de facto, pagos exclusivamente com dinheiro de um dos membros da união, desacompanhada de qualquer convenção adicional, não se distingue de uma liberalidade que o direito consente; nestas situações não há lugar a restituição por enriquecimento sem causa”.

⁴⁵ Processo n.º 658/15.6T8GDM.P1

⁴⁶ Processo n.º 2847/14.1TBBERG.G1.

⁴⁷ Processo n.º 2152/09.5TBBERG.G1.S1

⁴⁸ Processo n.º 944/16.8T8vRL.G1.S2

despesas, designadamente com o trabalho doméstico efetuado pela autora, e por ter habitado, sem qualquer custo, no imóvel da autora durante cerca de 23 anos”.

Das decisões judiciais *supra* referidas que são a favor do recurso ao instituto do enriquecimento sem causa como meio ao dispor dos membros de união de facto dissolvida ressaltam questões acessórias atinentes aos termos de aplicação desse instituto. Uma dessas questões respeita ao objeto da obrigação de restituição, outra ao prazo prescricional do direito à restituição, e uma última ao exercício do direito de retenção pelo empobrecido.

a) Objeto da obrigação de restituição

No caso apreciado pelo acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 2/05/2019, que condena o Réu a restituir à Autora o valor com que esta participou na aquisição do imóvel em que decidiram instalar a casa de morada de família, tal como indica o Tribunal a restituição em espécie não é possível já que o imóvel pertence exclusivamente ao Réu. Desta forma, o que está em causa é saber qual o valor com que aquele enriqueceu à custa do sacrifício económico da Autora, já que é esse o objeto da obrigação de restituição.

A decisão recorrida condena o Réu a restituir à Autora metade do valor comercial atual do imóvel, decisão que o Tribunal de segunda instância revoga, limitando o objeto da obrigação de restituir aos valores pagos pela Autora com a amortização do empréstimo (ou a quantia suportada na reconstrução do imóvel), valores esses a liquidar em execução de sentença, por enriquecimento sem causa.

Esta decisão é a mais acertada, uma vez que a lei impõe a restituição daquilo que o enriquecido obteve à custa do empobrecido (arts. 473.º n.º 1 e 479.º n.º 1), ou seja, *in casu* dos valores que a Autora pagou para amortização do empréstimo contraído pelo Réu para aquisição do seu imóvel.

b) Prescrição do direito à restituição

Na situação apreciada no indicado acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18/10/2018, foi invocada a exceção perentória da prescrição do direito à restituição, a qual assenta no decurso do prazo de mais de três anos, indicado no art. 482.º, a contar da dissolução da união de facto (é com a dissolução da união de facto que desaparece a justificação da privação da contribuição monetária prestada por um dos conviventes)⁴⁹. No caso concreto há uma peculiaridade que interfere nesta matéria, que tem a ver com o facto de o credor do direito à restituição ter continuado a residir na casa de morada de família após a dissolução da união, quando esta dissolução é evidenciada pelo fim da coabitação.

O Tribunal, alegando razões de certeza e segurança jurídicas, não reconhece a data do desentendimento dos conviventes (maio de 2013) como sendo a data da cessação da união de facto, por considerar que é presumível que o convivente empobrecido não tivesse a consciência de que a ruptura era definitiva, com a qual tomaria conhecimento do enriquecimento da outra parte, essencial para lhe poder exigir a restituição. Não tendo a apelante feito prova de que exigiu ao apelado, antes de instaurar a ação de reivindicação, que abandonasse que o imóvel que até aí fora a casa de morada de família do agregado familiar de ambos, o Tribunal formou convicção no sentido de que aquele apenas teve conhecimento da dissolução da união de facto aquando da sua citação para aquela ação, e nestes termos não conhece a prescrição do direito à restituição⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15/05/2012, processo n.º 885/09.5T2AVR.C1; e o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26/10/2017, processo n.º 230/10.7TBSTR.E1.

⁵⁰ No acórdão pode ler-se: “Tendo o apelado sido citado para os termos da presente ação em 09/06/2016 (cfr. fls. 16), é indiscutível que aquando da notificação da apelante-reconvinda para os termos da contestação, em que aquele exerce o seu direito à restituição sobre o imóvel

Crê-se que muito dificilmente o Réu apenas teve conhecimento da dissolução da união de facto quando foi chamado para contestar a ação de reivindicação, pois como a união de facto implica uma convivência análoga ao casamento (comunhão de leito, mesa e habitação) o impulso processual da Autora não teria sentido se esta e o Réu mantinham a comunhão de vida. Contudo, não se pode deixar de entender que a solução adotada tribunal é a que melhor se adequa ao caso. Não havendo certeza jurídica quanto à data concreta de rutura definitiva da união de facto, não seria justo excluir o direito do Réu à restituição por enriquecimento por razão da prescrição.

c) Direito de retenção do titular do direito à restituição

No caso apresentado na alínea anterior é ainda apreciada a questão sobre se o apelado, tal como este afirma e conforme decidido em primeira instância, pode reter o imóvel em que realizou as despesas em que assenta o seu direito à restituição enquanto este seu direito não for satisfeito pela apelante.

De acordo com o art. 754.º, “o devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados”. Não tendo o elenco do art. 755.º carácter exaustivo (tratam-se apenas de “casos especiais”), o direito de retenção depende apenas dos seguintes pressupostos cumulativos: 1) que o titular do direito de retenção detenha a coisa licitamente (art. 756.º, al. a) *a contrário*⁵¹); 2) que simultaneamente seja credor daquele a quem deva a restituição (art. 754.º); e 3) a conexão substancial e funcional entre a coisa retida e o crédito do autor da retenção⁵².

O Tribunal de segunda instância, após analisar os aludidos pressupostos confirma a decisão recorrida ao reconhecer ao apelado o direito de retenção, com o que este pode continuar a residir no imóvel, propriedade exclusiva da apelante, que entre 1990 e 2013 serviu de casa de morada de família do agregado familiar que ambos constituíram. O sustentáculo da decisão judicial é o seguinte: “No caso, o apelado detém licitamente o imóvel na medida em que foi para ele residir em 1990, na sequência da união de facto que estabeleceu com a apelante, proprietária deste, de onde nunca saiu; aquele é credor da quantia de onze mil euros sobre a apelante, correspondente ao valor do seu contributo para as obras de reparação, conservação e ampliação realizado nesse imóvel durante a constância da união de facto, entretanto dissolvida, e, finalmente, esse crédito resulta de despesas feita pelo apelante por causa desse prédio, mais concretamente, obras de reparação, conservação e ampliação do mesmo. Aqui chegados, verifica-se estarem preenchidos todos os pressupostos legais do direito de retenção”.

Salienta-se a forte “arma” que o titular do direito à restituição tem contra o obrigado a essa restituição tendo em conta a dupla função do direito de retenção: de garantia, pois ao tratar-se de um direito real de garantia, o seu titular pode executar a coisa retida nos mesmo termos que um credor pignoratício ou hipotecário, sendo pago com preferência pelo seu valor, em relação aos demais credores do devedor (art. 604.º n.º 2); e coercitiva, pois o seu titular pode recusar-se licitamente a entregar coisa alheia ao seu proprietário enquanto este não cumprir a obrigação

que constitui a casa de morada de família, sua propriedade, o direito daquele não se encontrava prescrito”.

⁵¹ O art. 756.º prevê situações excludentes do direito de retenção: “Não há direito de retenção: a) a favor dos que tenham obtido por meios ilícitos a coisa que devem entregar, desde que, no momento da aquisição, conhecessem a ilicitude desta; b) a favor dos que tenham realizado de má-fé as despesas de que proveio o seu crédito; c) relativamente a coisas impenhoráveis; d) quando a outra parte preste caução suficiente”.

⁵² PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, Vol. I, 4.ª edição, 2010, Coimbra editora, p. 773.

garantida⁵³. Portanto, no caso concreto o titular do direito à restituição é igualmente titular do direito de retenção, que constitui “um direito real de garantia, oponível *erga omnes*, que justifica que possa conservar a posse da coisa até ver satisfeito o seu crédito”⁵⁴.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A união de facto como forma de comunhão de vida à margem do casamento levanta diversas questões de inegável interesse, designadamente no domínio das relações patrimoniais entre os conviventes.

O carácter subsidiário do instituto do enriquecimento sem causa harmoniza-se com a inexistência de regulação jurídica dessas relações e de contrato no qual os conviventes regulam essas relações.

Há uma presunção natural no sentido de que os contributos realizados pelos conviventes que não correspondam a despesas normais e concorrentes do agregado familiar são feitos na suposição da manutenção da união de facto, e é nesse sentido que a jurisprudência dominante admite que cessada a vida em comum é possível recorrer ao instituto do enriquecimento sem causa.

A obrigação de restituição não abrange as contribuições patrimoniais que os conviventes realizaram para fazer face às despesas normais e correntes do agregado familiar e as que não realizaram no pressuposto de que a relação de facto se manteria no futuro. Nestas contribuições a dissolução da união de facto não faz desaparecer a causa por virtude da qual foram realizadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013.
- ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.
- COSTA, M., *Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do Direito da Família europeu: uniões homossexuais*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- DUARTE PINHEIRO, J., *O Direito da Família contemporâneo*, 3ª edição, Lisboa, AAFDL, 2012.
- MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil, Vol. VIII, Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2016.
- OLIVEIRA, G., “Crónicas legislativas, notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto (Alteração à lei das uniões de facto)”, *Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 14, Coimbra, Coimbra Editora, julho/dezembro 2010, pp. 139-145.
- PEREIRA COELHO, F. M.,
- *O enriquecimento e o dano*, 2.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003.
- *Revista de Legislação e Jurisprudência*, N.º 120, 1986.
- PEREIRA COELHO, F. M. e OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família, I, Introdução, Direito matrimonial*, 5.ª edição, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2016.
- PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2010.
- QUINTAS, P., *Manual Prático de Direito das Obrigações*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.
- TELES DE MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações, Vol. I – Introdução da constituição das obrigações*, 14.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.

⁵³ Neste sentido, v.g. o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 30/11/2017, processo n.º 1829/16.3T8BRG.G1.

⁵⁴ TELES DE MENEZES LEITÃO, L. M., *op. cit.*, p. 238.

Los derechos de la víctima en la Ley 4/2015, de 27 de abril. Origen, alcance y contenido más relevante

The rights of the victim in Law 4/2015, of 27 April. Origin, scope and most relevant content

Javier García González¹

Universidad Cardenal Herrera CEU

Sumario: 1. Breve reseña histórica: ¿cómo surge el actual sistema de protección de la víctima? Naciones Unidas. Consejo de Europa. Parlamento Europeo. Derecho español. Otros documentos. Fiscalías específicas. 2. El Estatuto de la víctima del delito: algunas cuestiones previas. Compendio de derechos. Adecuación del Estatuto a las exigencias propias de procesos judiciales específicos. Beneficiarios de los derechos contenidos en el EVD. Análisis individualizado de los derechos de la víctima. Clasificación de estos derechos. 3. Sobre alguno de los derechos de las víctimas: alcance y contenido del texto legal. Derecho a entender y ser entendido. Derecho de información. Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo. Derecho a ser acusación particular y a aportar pruebas. Derecho a la comunicación y revisión del sobreseimiento. Derecho a la participación de la víctima en el proceso de ejecución. Derecho al reembolso de gastos. Derecho a la solicitud de justicia gratuita. Derecho a preservar la intimidad y privacidad de la víctima. BIBLIOGRAFÍA

Resumen: Desde la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de abril, sobre el Estatuto jurídico de la víctima del delito y del reglamento que la desarrolla se han generado algunos problemas prácticos entre este régimen general con aquellas normas específicas que protegen a las víctimas especialmente vulnerables, como pueda ser el caso de violencia sexual o de menores de edad.

A ello se une las dudas de interpretación sobre la obligación que puedan tener las Oficinas de Atención a las Víctimas de atender ciertos supuestos que, aparentemente, podrían quedar excluidos de su competencia. Sería el caso de ¿víctimas? de hipotéticos delitos de acoso escolar, de odio en redes sociales, de intolerancia o ataque al colectivo LGTB+, o de comportamientos de aporofobia, entre otros. Quizá la única solución que podrían encontrar es pedir apoyo y asesoramiento a través de lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima.

En estas páginas se quiere dar respuesta a esas dudas, al tiempo que se compendia la interpretación doctrinal sobre el alcance de alguno de los derechos más relevantes, que no todos, contenidos en el citado Estatuto.

Palabras clave: derechos de la víctima, derechos extraprocerales, competencia de las Oficinas de Ayuda a la Víctima.

Abstract: Since the entry into force of Law 4/2015, of 27 April, on the Legal Status of the Victim of the Crime and the Regulations implementing it, some practical problems have arisen between this general regime and those specific rules protecting vulnerable victims, such as the case of sexual violence or of minors.

¹ Doctor en Derecho. Profesor de Derecho penal en la Universidad Cardenal Herrera CEU. Miembro de la Comisión Deontológica del Ilustre Colegio de Criminólogos de la Comunidad Valenciana.

This is compounded by doubts of interpretation as to the obligation of the Victim Services Offices to deal with certain situations which, apparently, could be excluded from their competence. Would that be the case with ¿victims? of hypothetical crimes of bullying in schools, hatred in social networks, intolerance or attack against the LGBT+ group, or behavior of aporophobia, for example. Perhaps the only solution they could find was to seek support and advice through the provisions of the Victim Statute.

These pages are intended to answer these doubts, while summarizing the doctrinal interpretation of the scope of some of the most relevant rights, but not all, contained in the Statute.

Keywords: rights of the victim, extra-procedural rights, competence of the Victim Assistance Offices

Breve reseña histórica: ¿cómo surge el actual sistema de protección de la víctima?

Conviene detenerse, siquiera un momento, para conocer cómo hemos llegado hasta la situación actual: contamos con un Estatuto Jurídico de la Víctima. Seguramente insuficiente y susceptible de mejora, como veremos en otros apartados de este trabajo. Pero, ¿siempre ha sido así?

Para contestar a esta pregunta resulta útil adentrarse con cierto detalle en la evolución histórica de la víctima. En concreto, la posición que ha ocupado (entendida como reacción penal) ante la victimización sufrida. Y, en consecuencia, los derechos que ha podido ejercitar frente a ella, con el paso de los años.

Podría pensarse que se trata de un proceso lineal y acumulativo en el que la víctima ha ido mejorando su estatus y conquistando, poco a poco, los derechos que ahora ostenta. Pero no es así: el camino ha sido tortuoso y no siempre ha supuesto una mejora para sus intereses personales. En las próximas líneas solo se pretende reflejar los hitos más relevantes de ese recorrido, con el único objetivo de dar respuesta a la pregunta inicial. Pero si el lector precisa conocer con detalle tal evolución, puede consultar el completo trabajo de Pérez Rivas², que es el que sirve de sustento a estas breves notas.

Como es sabido, el punto de partida es el sistema de autotutela: la víctima (o su familia) era la protagonista absoluta a la hora de concretar la reacción ante el ataque sufrido. Se establece, por tanto, un sistema de control social basado en la venganza privada. Posteriormente se amplía la capacidad de respuesta al resto de miembros del clan familiar, por ser este el que está llamado a sobrevivir, más allá de sus componentes individuales. A partir de ahí, según Peréz Rivas, se pueden distinguir dos modelos: la venganza impuesta cuando víctima y agresor pertenecen a la misma tribu, frente a la que corresponde aplicar cuando ambos pertenecen a tribus distintas. En este último caso, prosigue, "la venganza de sangre de tribu a tribu" está dirigida a la aniquilación del otro.

Según diversos autores, será el paso entre las tribus nómadas a la creación de enclaves fijos de población, lo que provoque la necesidad de reducir estas respuestas tribales violentas a otras formas más proporcionales. Todo ello con la finalidad -no tanto de proteger a la víctima- como de lograr una mayor estabilidad social entre grupos identificados y asentados en territorios más o menos cercanos. En ese contexto se sitúa la Ley del Talión, la aparición de ciertas autorizaciones por parte de las estructuras de poder para que la víctima pudiera ejercitar su venganza y/o el recurso a la compensación económica, como posibles fórmulas para satisfacer a la víctima (a cambio de que esta renunciara a tomar otras medidas violentas contra

² PEREZ RIVAS, N. "Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: especial referencia al Derecho Español". *Revista General de Derecho procesal*. IUSTEL. Vol. 41. (2017). Págs. 1-43, p. 3.

el agresor o su familia y lograr cierto grado de convivencia entre los grupos enfrentados).

Este proceso presentará muchos matices a lo largo de los siglos, pero supondrá -de facto- la aparición del sistema de heterotutela, en la protección de la víctima. En efecto, mediante diversos procedimientos y trabas formales, el incipiente poder administrativo estatal irá asumiendo el control de la cantidad compensatoria que debe recibir la víctima (al tiempo que también se irá ampliando este pago a favor de la comunidad, el monarca o el estado), así como fijando el contenido de la pena a aplicar. A ello se unirá la prohibición de que sea la víctima la que imparta tal castigo, pasando igualmente a manos públicas. En suma, irá produciéndose la aparición del *Ius Puniendi* del Estado, en detrimento de la venganza individual antes citada. Cambios fundamentales que, según Pérez Rivas, se consolidarán entre los siglos VIII a XVIII.

Será entonces cuando la necesidad de fortalecer la figura del monarca imponga más restricciones a la víctima: en ese momento histórico, el incumplimiento de las leyes supone la negación del poder del rey absoluto -así como una contradicción con el mandato divino que lo sustenta-. De suerte que las penas (como mera reacción retributiva) aumentarán considerablemente y se aplicarán en público para servir de escarnio y advertencia al resto de súbditos. Mientras, en paralelo, la víctima pasará a un segundo plano, por no cumplir un papel esencial en este nuevo modelo de poder social. Son los llamados "casos de corte" o "casos del Rey". Y en tal contexto histórico (siglo XIII) será cuando surge la separación entre el proceso civil, que ha de servir para compensar económicamente a la víctima, y el proceso penal, destinado a castigar la desobediencia al poder absoluto y divino del monarca³.

De nuevo, durante varios siglos más se mantuvieron estos criterios de castigo. La identificación del delito con el pecado no hizo más que reforzar la división entre lo público y lo privado, así como la pérdida de relevancia de la víctima del delito.

Y así será hasta la Revolución Francesa: tomando la idea del contrato social como soporte y origen de todos los derechos y obligaciones del ciudadano, el Estado tendrá que limitar su reacción penal, tan desproporcionada hasta entonces. Pero esa pérdida de poder estatal solo redundará en beneficio, principalmente, del delincuente. No de la víctima. Las penas serán revisadas para otorgarles una función retributiva, lejos del carácter expiatorio y de sumisión que ostentaba hasta ahora. Pero todo ello sin tener en cuenta los intereses particulares de la víctima. Su papel se limitará a soportar el ataque o lesión y, en su caso, a aportar el relato correspondiente en el proceso.

Ni siquiera el surgimiento de la criminología como disciplina científica en fechas posteriores supuso grandes avances para la víctima, que quedará relegada en esa posición hasta bien avanzado el siglo XIX. A partir de entonces, tendrán lugar diversas reuniones científicas centradas en analizar la compensación de las víctimas y, en menor medida, su protección. Sirva de referente el Congreso penitenciario de París, de 1895.

Después, se producirán continuas aportaciones teóricas⁴ que no pueden reflejarse ahora en este breve resumen, pero que resultan ser esenciales para la víctima. Y como resultado de todo ello, ya a finales del siglo XX, se vuelve retomar la idea de mejorar su estatus legal, social y de protección asistencial, como una necesidad ineludible.

No obstante, conviene recalcar que tal "redescubrimiento" de la víctima vino de la mano de graves abusos que nadie evitó (victimización de la Segunda Guerra Mundial, redes criminales internacionales ...), de la presión ejercida por los propios

³ Para conocer la utilidad de la pena, en particular de la prisión, y su evolución histórica, vid. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Editorial Siglo XXI, 1975.

⁴ Entre otros muchos, las macro victimizaciones de la Segunda Guerra Mundial, diversas aportaciones teóricas de los grandes representantes de la victimología, el primer congreso sobre victimología de 1973, etc.

afectados (movimiento feminista, principalmente) así como por los avances en investigación victimológica (encuestas y estudios victimológicos) que permitieron identificar las necesidades de estos colectivos y trasladar a los poderes públicos su constante petición de ser atendidas.

El resto de la historia más reciente ya es de todos conocido. A lo que aquí importa, el Estatuto de la víctima del delito es fruto de un ingente esfuerzo colectivo que apenas se refleja en los primeros documentos formales en los que se protege a las víctimas del delito, tanto nacionales como internacionales⁵.

El Estatuto de la víctima del delito: algunas cuestiones previas Compendio de derechos

La propia Exposición de motivos de la Ley del Estatuto de la víctima del delito (en adelante LEVD o EVD) ya refleja su objetivo fundamental: este Estatuto tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, siendo su meta aglutinar en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima, recogiendo así la particular demanda de la sociedad española. En definitiva, se persigue lograr una visión de conjunto que evite la victimización secundaria.

Sin embargo, a pesar de esa declaración de intenciones, lo cierto es que el Estatuto de la Víctima no llega tan lejos. Más bien constituye un compendio de derechos que se suman o complementan a lo ya dicho en otras normas en vigor. En ocasiones, simplemente se reiteran. No obstante, supone un gran avance y hay que reconocer el esfuerzo hecho a la hora de compilar y sistematizar buena parte de ellos en este texto legal.

Pero como afirma Carrasco Andrino, el EVD "se ha limitado a ordenar lo que constituyen los derechos mínimos comunes a las víctimas de cualquier tipo de delito, dejando subsistentes los que, de forma más pormenorizada y amplia, se definen en las correspondientes leyes sectoriales". Y prosigue diciendo que "el mantenimiento de esta dispersión normativa produce algunas distorsiones en lo concerniente al ejercicio de determinados derechos reconocidos en el referido Estatuto"⁶. De ahí la importancia de conjugar el propio EVD con el resto de normas aplicables a esas víctimas especialmente vulnerables y/o que cuentan con un tratamiento legal específico.

Realidad que también confirma la propia Exposición de motivos de la ley 4/2015, al contemplar la compatibilidad de todo lo en ella dispuesto con lo ya dicho -a favor de la víctima- en cualquier otra ley especial que así lo contemple⁷.

Es más, como recuerda Pérez Rivas, "en esencia, la LEVD es la trasposición, a nuestro sistema procesal-penal, del contenido de la Directiva 2012/29/UE". En ese sentido, la LEVD la asume y la supera en alguna medida, constituyendo la legislación básica en materia de derechos de las víctimas. Como ya se ha dicho antes, en ella se articulan los aspectos esenciales y comunes de los derechos de que son titulares las víctimas de toda clase de delitos, configurando, a este respecto, su estándar mínimo

⁵ Sobre el contenido y avances concretos que supusieron tales documentos, vid. PEREZ RIVAS, N. "Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: especial referencia...", cit., p. 22 y ss. Además, para consultar los antecedentes normativos en Derecho Comunitario Europeo, vid: GARCIA RODRIGUEZ, M.J.: "Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo". *Diario La Ley*, nº 5342, de 2 de julio de 2001, págs. 1706-1714.

⁶CARRASCO ANDRINO, M.M. "Víctima, sujeto pasivo y perjudicado". *Revista La ley penal*, nº 136, 2019, pp.1-16, p.2.

⁷ Sería el caso de víctimas especialmente vulnerables (menores, personas mayores, mujeres objeto de violencia de género, víctimas de terrorismo, víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual...) y/o de colectivos con regímenes específicos, aunque no tengan cabida en el concepto jurídico de víctima que establece esta ley 4/2015 (sería el caso de aquellas que no lo son por razón de un hecho delictivo, como puede ser un accidente de tráfico no tipificado en el código penal o provocado por una catástrofe, por ejemplo). O la protección de testigos y peritos en causas criminales.

de protección. Pero "nada obsta, por tanto, para que, de estimarse necesario, se articule un nivel más elevado de protección a favor de determinadas categorías de víctimas"⁸, ampliando las ya existentes o creando otras nuevas.

Adecuación del Estatuto a las exigencias propias de procesos judiciales específicos

De igual modo, cabe señalar que este Estatuto y los derechos en él reconocidos tendrán que ajustarse a las reglas específicas que rigen algunos procedimientos penales. En concreto, el establecido para juzgar delitos cometidos por los menores de edad. Como es sabido, la ley 5/2000 es una norma penal que contempla la exigencia de responsabilidad penal para los jóvenes infractores, fundamentada en principios orientados hacia la reeducación de los menores de edad. Como dice la Exposición de motivos, este régimen legal de los menores "presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable". A ello se suma el superior interés del menor como criterio interpretativo imperante a la hora de aplicar cualquier precepto de esta ley. Incluyendo los que puedan cubrir las necesidades y/o expectativas de la víctima.

Aspecto de gran relevancia a la hora de compaginar lo dispuesto en el Estatuto de la víctima del delito y la aplicación práctica de esta ley. Téngase en cuenta que la LORPM siempre se guiará por "las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución"⁹. Y que, por más que tenga una naturaleza sancionadora, busca como fin último una intervención de claro alcance educativo "rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, (pues) se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares"¹⁰.

Beneficiarios de los derechos contenidos en el EVD

Resulta una obviedad que disfrutarán de estos derechos aquellas personas que sean víctimas de un delito, en los términos que describe el propio Estatuto y el reglamento que lo desarrolla.

No obstante, conviene poner de manifiesto dos cuestiones sobre este particular. Por un lado, lo ya dicho sobre la capacidad de la víctima para intervenir en algunas fases del proceso y/o ejecución de la pena sin ser parte procesal. Y por otro, el derecho que tiene para acudir a las Oficinas de Atención solicitando apoyo y asesoramiento sin necesidad de haber presentado la denuncia.

La Exposición de motivos también se pronuncia sobre estas cuestiones al afirmar que la protección y el apoyo a la víctima no es sólo procesal, ni depende de su posición en un proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal. Se funda en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo, en aras a la salvaguarda integral de la víctima.

⁸ PEREZ RIVAS, N. "Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: especial referencia al Derecho español", cit., p. 37.

⁹ Exposición motivos ley del menor.

¹⁰ Exposición motivos ley menor. Por más que se hayan modificado algunos aspectos y reforzado el papel de la víctima respecto de la primera versión del año 2000.

De esta manera – y este es el asunto que se requiere remarcar ahora- las Oficinas podrían tener que atender algunos supuestos que, aparentemente, podrían quedar excluidos de su competencia. Sería el caso de ¿víctimas? de hipotéticos delitos de odio en redes sociales, posibles comportamientos de aporofobia, posibles supuestos de intolerancia o ataque al colectivo LGTB+, posibles episodios de acoso escolar¹¹, disminuciones patrimoniales sufridas por empresarios autónomos (que son al mismo tiempo personas físicas y representantes de personas jurídicas unipersonales), socios (personas físicas) de una empresa que han sido estafados por otros socios..., personas en definitiva que, por desconocimiento y/o por falta de concreción de los hechos al estar ausente una posible denuncia, acudan a solicitar apoyo y asesoramiento, por considerarse víctimas de un delito.

En este mismo sentido, cabría tener que resolver situaciones propias del derecho administrativo sancionador. Sería el caso de ¿víctimas? de *mobbing* o acoso laboral, por citar un ejemplo. Escenario que se puede complicar aún más si -como advierte Gómez Colomer- se tiene en cuenta que esta rama del ordenamiento jurídico no protege a los trabajadores de la Administración Pública que no han alcanzado la categoría de funcionario¹². Siguiendo con este supuesto concreto, estos trabajadores no pueden ser parte en el proceso contencioso administrativo, precisamente por estar restringido a quien ostente esa cualidad de funcionario. En consecuencia, quedarían desamparados si sufren una situación de acoso o de trato degradante que no constituya delito. No podrían acudir a los tribunales, por no ser esos hechos de suficiente gravedad como para aplicar el Código penal. Pero tampoco podrían lograr amparo en el procedimiento administrativo. Quizá la única solución que podrían encontrar es pedir apoyo y asesoramiento a través de lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima.

Y los fundamentos para acceder a sus peticiones podrían ser, por un lado, el reconocimiento de derechos extraprocesales, no vinculados a la presentación de una denuncia, que se han citado supra. Y por otro, la propia Exposición de Motivos de la ley 4/2015, cuando expresamente afirma que “el presente texto legislativo no sólo responde a la exigencia de mínimos que fija el legislador europeo con el texto finalmente aprobado en la citada Directiva 2012/29/UE, sino que trata de ser más ambicioso, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado”.

Análisis individualizado de los derechos de la víctima

Este aspecto merece ser destacado. El Estatuto reitera en diversas ocasiones la necesidad de interpretar y aplicar los derechos de la víctima que recoge esta norma, de forma individualizada. Tamarit Sumalla habla incluso del principio de individualización de la víctima¹³, como una de las mejores fórmulas para lograr el fiel reflejo del mandato de la Directiva 2012/29/UE y de la propia Ley 4/2015.

¹¹ Sobre estos colectivos vid. VV.AA.: *El reto de la convivencia escolar. Cómo actuar ante las conductas que alteran gravemente la convivencia*. GVA, 2015; GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Dir.), *La violencia de género en la adolescencia*, Aranzadi 2012; GARCÍA GONZÁLEZ, J. Respuesta jurídico-penal ante nuevos escenarios de acoso escolar, en particular, los contenidos en la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral de reconocimiento del derecho a la identidad y expresión de género en la Comunidad Valenciana. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, nº 30, 2018, págs.339-371.

¹² GOMEZ COLOMER, J.L., “La victimización secundaria de la mujer que ha sufrido acoso sexual, acoso laboral o tratos vejatorios y degradantes, a cargo de su superior jerárquico funcionario público, en el procedimiento administrativo sancionador”. *Revista electrónica de Ciencias Criminológicas e-Eguzkillore*, nº 2, 2017, págs.1-25.

¹³TAMARIT SUMALLA, J.M. “Una lectura victimológica del Estatuto jurídico de las víctimas”. *Cuadernos penales José María Lidón*. Universidad de Deusto, nº 13/2017, p.115-138, p. 119.

Su formulación es muy simple, pero no por ello debe dejar de guiar todos y cada uno de los pasos que deban darse para aplicar y desarrollar el conjunto de derechos de la víctima: habrá que hacerlo desde la perspectiva concreta de esa víctima, en función de sus circunstancias particulares.

De esta forma, ha de desterrarse - en sentido contrario- cualquier plasmación automática y/o meramente formal de estas disposiciones. La simple entrega de formularios o documentos preconfeccionados pueden ser útiles en un primer momento. Y no resulta negativa, por sí sola. Pero hay que evitar el riesgo de convertir el derecho de la víctima a ser informado, con la simple entrega de información, por muy extensa que esta sea.

Precisamente eso es lo que persigue el art. 5 LEVD: velar por el cumplimiento de este mandato, que se refleja en la directiva europea y en la legislación nacional. Esto es, trasladar la información que corresponda, adaptada a sus circunstancias y condiciones personales, así como a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos.

Máxime si esta labor ha de recaer sobre colectivos especialmente vulnerables y/o necesitados de especial atención¹⁴. O sobre personas que vivan alguna de las situaciones descritas anteriormente¹⁵, en las que no quede perfectamente identificada la categoría delictiva de los hechos relatados pero que, a pesar de ello y de no haber presentado ninguna denuncia, acudan a las Oficinas de Atención a la Víctima, precisamente para buscar apoyo y asesoramiento.

Clasificación de estos derechos

Como reconoce el propio Reglamento, "no se pretende, ni resulta oportuno, un desarrollo reglamentario de todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Estatuto de la víctima del delito, ya que la gran mayoría se encuentran bien definidos y pueden ejercitarse sin necesidad de mayor regulación. Tan solo se contienen algunas precisiones para garantizar la mejor aplicación de alguno de ellos derechos reconocidos a las víctimas". Criterio que también va a seguirse en este trabajo.

Para facilitar la exposición y breve análisis de alguno de los derechos que asisten a las víctimas, se hace uso de la clasificación propuesta por Gómez Colomer, por su valor didáctico y aclaratorio, aunque se incluye alguna modificación por nuestra parte¹⁶. Este autor distingue entre:

A) Derechos no procesales:

1º) Derecho a no ser molestada por abogados y procuradores en búsqueda fácil de clientes cuando sea víctima de una catástrofe, calamidad pública o sucesos con elevado número de víctimas que puedan constituir delito.

2º) Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo. Del que se deriva el derecho a la información, aplicado bajo el principio de individualización, antes citado.

3º) Derecho a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio.

¹⁴ Por ejemplo, por sufrir violencia de género siendo además persona inmigrante o sufriendo alguna discapacidad mental. Sobre tales supuestos, vid. ANTON GARCIA, L. *Violencia de género y mujeres inmigrantes*, Universidad Pompeu Fabra, 2013. VIDAGANY PELAEZ, J.M., *Protección integral de la mujer con diversidad funcional en supuestos de violencia de género*. Universidad de Valencia, 2016.

¹⁵ Vid nota pie nº 11 y 12 de este trabajo.

¹⁶ La propuesta original puede consultarse en GOMEZ COLOMER, J.L., "La victimización secundaria de la mujer que ha sufrido acoso sexual, acoso laboral o tratos vejatorios y degradantes, ...", cit., p.1.

B) Derechos procesales penales¹⁷:

- 1º) Derecho a entender y ser entendida en las actuaciones procesales penales desde la interposición de la denuncia.
- 2º) Derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes desde el momento previo a la presentación de la denuncia.
- 3º) Derechos específicos de la víctima como denunciante a obtener un resguardo validado ya la asistencia lingüística gratuita y a la traducción escrita.
- 4º) Derecho a recibir información sobre la causa penal (también en sentido contrario, esto es, a no recibir información sobre tales resoluciones, si así lo decide y notifica)
- 5º) Derecho a la traducción e interpretación.
- 6º) Derecho de la víctima a participar en el proceso penal como parte ejerciendo la acción civil e interponiendo la pretensión penal:

6.1) Como parte procesal:

- a) Derecho a una participación activa en el proceso penal como parte penal y civil. Incluyendo la capacidad de aportar fuentes de prueba e información relevante
- b) Derecho al reembolso de gastos.
- c) Derecho a la Justicia restaurativa.
- d) Derecho a la Justicia gratuita.
- e) Derechos inherentes a la participación en el proceso: resolución de sobreseimiento, recurso contra resolución de sobreseimiento; clasificación del penado en tercer grado, beneficios penitenciarios, permisos de salida, cómputo de tiempo, libertad condicional....
- f) Derecho a contar con un defensor judicial, si es menor de edad y cumple con los requisitos legales.

6.2) Sin ser parte:

- a) Derecho a que se le comunique el auto de sobreseimiento y a impugnarlos.
- b) Derecho a recurrir resoluciones dictadas durante la ejecución de la pena.
- c) Derecho a presentar denuncias en España siendo extranjero por delito cometido en el extranjero.

6.3) Sea o no sea parte:

- a) Derecho a la protección física.
- b) Derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor.
- c) Derecho a protecciones específicas durante la fase de investigación del crimen.

¹⁷ TAMARIT SUMALLA considera que estos derechos "son consecuencia del papel crucial que desempeña el proceso penal como cauce formalizado para encauzar la respuesta del Estado al delito. Algunos de estos derechos son la manifestación intraprocesal de genéricos derechos de las víctimas cuyo fundamento es previo al proceso. Tal sucede con el derecho de las personas a ser tratadas con respeto a su dignidad, que emana del derecho fundamenta la la dignidad humana, o del derecho a la disponibilidad sobre sus propios datos, el derecho al respecto a su intimidad, a acceder a los servicios de apoyo o a obtener la reparación del daño causado. Para establecer la naturaleza esencialmente previa al proceso de estos derechos es necesario tener presente que el reconocimiento de los mismos no está condicionado a que se haya incoado o siga adelante un proceso penal contra el infractor. La naturaleza de otros derechos es, sin embargo, eminentemente procesal, pues tienen su origen en la propia existencia del proceso penal" (TAMARIT SUMALLA, J.M. "Una lectura victimológica del Estatuto jurídico de las víctimas", cit., p. 119).

- d) Derecho a la protección de la intimidad.
- e) Derecho a solicitar la orden de protección europea, si procede.

C) Derechos procesales no penales: Devolución de bienes, en razón de título de propietario, tanto si ha sido parte como si no. Y derecho a facilitar información relevante para la ejecución para la responsabilidad civil (aunque podría entenderse dentro de los derechos reconocidos para intervenir en la fase de ejecución de la condena).

Sobre alguno de los derechos de las víctimas: alcance y contenido del texto legal

Derecho a entender y ser entendido

Como ya se ha dicho supra, hay que huir del riesgo que genera la simple enumeración de derechos por más que estén contenidos en textos legales. La mera comunicación de tales derechos, así como la entrega de modelos confeccionados a modo de guía o documento informativo, apenas cubren la exigencia de informar a la víctima del delito. El propio Reglamento que desarrolla la ley 4/2015 ya advierte sobre ello.

Además, tales impresos o ejemplares no siempre lograrán que la víctima se exprese en los términos que necesite para ser entendida en sus reclamaciones y necesidades, que no solo serán de carácter legal. La recepción y lectura de los mismos tampoco aseguran, por desgracia, que la víctima los comprenda ni que sea capaz de vislumbrar el alcance de sus derechos. En este sentido, la diligencia de información no puede, por sí sola, suplir este derecho, aunque solo sea porque las más de las veces incumplirá el principio de individualización, antes nombrado.

Por tanto, el objetivo que se persigue, como destaca Coscollola¹⁸ es el de garantizar la correcta y completa comunicación con la víctima, asegurando que ambas partes (emisor y receptor) utilizan el mismo código para cifrar sus mensajes. Solo así se puede asegurar la efectividad de las conversaciones que se mantengan, más allá de los aspectos formales. En su opinión, será el secretario judicial o el juez quien debería asumir esta tarea, en sede judicial.

Lo anterior supone un gran esfuerzo para adaptar contenidos complejos a un lenguaje claro, sencillo y accesible. Sin renunciar por ello a la relevancia jurídica de determinados aspectos procesales y/o penales, que planean en todo momento sobre la víctima y sus circunstancias concretas. Máxime si esta pertenece a algún colectivo especialmente vulnerable o presenta alguna merma intelectual que haga más compleja esta labor. Por supuesto que si la víctima acude con su representante legal, este será el interlocutor principal. Pero no por ello habrá que renunciar –en todos los casos- a asegurar este derecho que tiene la víctima, como es obvio.

Por lo demás, este derecho guarda estrecha relación con el de interpretación y traducción. También debe recordarse que la víctima podrá estar acompañada en todo momento por una persona de su libre elección¹⁹, junto con el letrado que le asista, si es el caso.

¹⁸COSCOLLOLA FEIXA, M.A. "Aspectos prácticos del Estatuto de la Víctima del delito en el proceso penal (fase de instrucción)". *Centro de Estudios Jurídicos CGPJ*. Barcelona 2017.

¹⁹ En opinión de TAMARIT SUMALLA, "la elección del acompañante es un elemento clave si se tiene en cuenta que muchas víctimas no van a contar con los servicios de un abogado y que las asociaciones dedicadas a prestar apoyo a las víctimas pueden ofrecerles un servicio de acompañamiento a través de profesionales o de voluntarios. No debe olvidarse que este derecho es aplicable también a las víctimas menores de edad, quienes, si tienen suficiente madurez, en casos de victimización intrafamiliar, pueden así defender sus derechos frente a sus representantes legales, en casos que éstos tengan conflicto de intereses por ser investigados en la causa o por adoptar una posición de protección hacia los ofensores

En suma, solo si se garantiza una correcta comunicación, cabe plantearse la eficacia del resto de derechos. En esa misma línea, recuerda Tamarit Sumalla, cómo en este apartado “se manifiesta una de las habituales preocupaciones referidas a la situación de las personas que al contactar con autoridades y funcionarios se enfrentan a barreras de tipo lingüístico, recibiendo una comunicación estereotipada, no personalizada y difícilmente comprensible. Mediante el uso del lenguaje oficial, legal o propio de la jerga forense el sistema transmite a las víctimas un mensaje de distancia incompatible con el apoyo que la Ley quiere garantizar”²⁰.

Derecho de información

Si se compara con otras regulaciones incluso relativas a colectivos de víctimas, se puede afirmar que este derecho se ha potenciado y ampliado de manera considerable. En opinión de Domínguez Fernández, “la extensión es inmensa, acogiendo realmente toda la información que pueda serle de utilidad a la víctima”. La misma puede y debe estar disponible antes y durante el proceso penal, como es lógico. Pero el Estatuto también prevé el apoyo y asistencia a la víctima tras la finalización del mismo, durante “un tiempo razonable”, sin concretar nada más.

En cuanto al contenido de este derecho, García Rodríguez, desde la interpretación de la Directiva Europea que sirve de base a este Estatuto, destaca como imprescindible “que todas las víctimas puedan acceder a esta información desde su primer contacto con las autoridades policiales o judiciales, configurándola en su art. 4 (de la Directiva) con un contenido de carácter mínimo que deberá incluir: tipo de apoyo que puedan obtener y de quién obtenerlo; procedimientos para interponer su denuncia y su papel en relación a ellos; modo y condiciones para obtener protección, recibir asesoramiento jurídico, asistencia jurídica o cualquier otro asesoramiento; requisitos para acceder a indemnizaciones y tener derecho a interpretación y traducción; procedimientos o mecanismos especiales para la defensa de sus intereses cuando resida en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya cometido la infracción penal; servicios de justicia reparadora existentes; procedimientos de reclamación existentes cuando las autoridades que intervengan en el marco del proceso penal no respeten sus derechos; y por último, información sobre el modo y condiciones para obtener el reembolso de los gastos en los que haya incurrido como resultado de su participación en el proceso penal”²¹.

Por otro lado, este derecho se ve condicionado o completado con otros que también asisten a la víctima, como es el de traducción, asistencia jurídica gratuita, acompañamiento por persona de su elección y acceso a determinados documentos o notificaciones procesales aunque no sea parte, entre otros. Y siempre desde la completa adaptación de esta información a sus circunstancias personales, grado de entendimiento y tipología y gravedad del delito que haya sufrido.

La información se tendrá que modular según el momento procesal en que se tome contacto con la víctima. Como ya se ha visto, esta puede acudir a las Oficinas de Atención sin necesidad de haber formulado denuncia. Y también podrá hacerlo, lógicamente, una vez cursada. A su vez, podrá buscar apoyo y asesoramiento tanto si es parte en el proceso como si decide no personarse en el mismo. Por último, el propio Estatuto prevé que esta labor de información y asesoramiento se prolongue más allá de los tiempos procesales, durante un tiempo razonable, como ya me mencionaba unas líneas atrás.

Sin ánimo de exhaustividad²², la información que debe recibir la víctima debe concretarse como sigue:

(TAMARIT SUMALLA, J.M. “Una lectura victimológica del Estatuto jurídico de las víctimas”, cit., p. 131).

²⁰TAMARIT SUMALLA, J.M., op cit., loc. cit.

²¹GARCIA RODRIGUEZ, M.J. “El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE”, cit., p. 15.

²² Además de la enumeración hecha en la propia ley 4/2015, habría que tener en cuenta las disposiciones contenidas en este sentido en la legislación especial sobre determinados

A) Siendo parte del proceso penal

Como es lógico, en la mayoría de las ocasiones la víctima contará con asistencia letrada, aunque sea de oficio. Y este profesional recibirá cumplida información de lo atinente al proceso iniciado. No obstante, el Estatuto quiere asegurarse de que la víctima tenga disponible esta información, en los términos de claridad y accesibilidad que se comentaron antes. Y todo ello sin dejar de aplicar el principio de individualización al que también se aludía supra.

En la misma línea, cabe recordar que esta exigencia no se ve cubierta mediante la entrega de un documento más o menos elaborado y completo con el elenco de derechos que le asisten como víctima. Se pretende -y así es exigible- que se trate de una explicación sencilla y comprensible sobre el contenido de ese documento²³. A lo que podrá acompañarse de otros recursos disponibles, como puedan ser las diversas guías divulgativas o cualquier otro medio similar²⁴.

Siguiendo a Coscollola²⁵, habrá que comunicarle lo siguiente:

- a) Los derechos que le asisten como denunciante: asistencia lingüística gratuita y traducción de la denuncia; obtención de una copia certificada de la denuncia, con la totalidad del texto que la integra.
- b) Medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicas o materiales, y procedimiento para obtenerlas (Se incluirá, cuando resulte oportuno, información sobre las posibilidades de obtener un alojamiento alternativo).
- c) Derecho a denunciar y, en su caso, el procedimiento para interponer la denuncia y derecho a facilitar elementos de prueba a las autoridades encargadas de la investigación.
- d) Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente.
- e) Posibilidad de solicitar medidas de protección y, en su caso, procedimiento para hacerlo.
- f) Indemnizaciones a las que pueda tener derecho y, en su caso, procedimiento para reclamarlas.
- g) Servicios de interpretación y traducción disponibles.
- h) Ayudas y servicios auxiliares para la comunicación disponibles.
- i) Procedimiento por medio del cual la víctima pueda ejercer sus derechos en el caso de que resida fuera de España.
- j) Recursos que puede interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos. En especial, las que tengan por objeto el sobreseimiento del caso, las que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo. Y aquellas que versen sobre la adopción de medidas cautelares y las relativas a la ejecución de la pena.
- k) Datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento y cauces para comunicarse con ella.
- l) Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible.

colectivos, tantas veces citadas (vid. Nota pie número 7 y 11), así como la normativa española de aplicación.

²³GARCIA RODRIGUEZ, M.J. "El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal ...", cit., p. 42

²⁴Sirva como ejemplo de buenas prácticas la guía editada por los Juzgados de Valencia: Decanato de los Juzgados de Valencia. Estatuto de la víctima en los juzgados de Valencia. Guía práctica. Disponible en http://portales.gva.es/c_justicia/decanato/e-victima/e-victima-ppal-c.htm

²⁵COSCOLLOLA FEIXA, M.A. "Aspectos prácticos del Estatuto de la Víctima del delito en el proceso penal", cit., p. 11.

m) Supuestos en los que pueda obtener el reembolso de los gastos judiciales y, en su caso, procedimiento para reclamarlo. Al respecto debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la legislación específica a favor de determinados colectivos.

B) No siendo parte del proceso

Puede solicitar que le sean notificadas determinadas decisiones judiciales así como información esencial sobre la marcha del proceso. A tal fin se le pedirá una dirección de correo electrónico, si bien podría indicar que se utilizara una dirección postal. De igual modo, podría designar a las oficinas de atención a la víctima como lugar donde recibir esas comunicaciones. Incluso, para los no residentes, podrá hacerse uso de las sedes diplomáticas españolas, de ser necesario.

Es un derecho que debe solicitar de forma expresa (justo al contrario de lo dispuesto en materia de violencia de género, donde las notificaciones se realizarán de oficio salvo que la víctima comunique que no desea recibirlas).

Las resoluciones que recibirán serán las que afecten a la esencia de lo que allí se sustancia, junto con las que informen sobre la situación de prisión del condenado y su posterior puesta en libertad, de ser el caso.

En concreto, y siguiendo de nuevo a Coscollola²⁶, cabría enumerar las siguientes:

- a) Fecha, hora y lugar donde se celebrará el juicio, así como del contenido de la acusación dirigido contra el infractor;
- b) La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal;
- c) La sentencia que ponga fin al procedimiento;
- d) Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo;
- e) Las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima;
- f) Las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima;
- g) Las resoluciones que en sede de ejecución, pueda dictar el Juez de vigilancia, principalmente sobre clasificación del penado en tercer grado, beneficios penitenciarios, permisos de salida y relativos a la libertad provisional.
- h) Y añade que también debería ser informada de la obligación de reembolsar las cantidades recibidas como subvenciones, ayudas percibidas por su condición de víctima, así como a abonar los gastos causados a la Administración por sus actuaciones de apoyo y servicios prestados, con un incremento del interés legal del dinero aumentado en un 50%, si es condenada por denuncia falsa o simulación de delito.

Nótese que la información relativa a la dirección electrónica y/o postal deberá ser actualizada en cada fase del procedimiento, pues de lo contrario podría dejar de recibir tal información. De hecho, así está establecido en las resoluciones que afecten a la ejecución de la penal, como luego se verá.

Todo ello sin olvidar que la víctima también tiene derecho a manifestar su deseo de no recibir esta información, en cualquier momento procesal, como es lógico²⁷.

Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo

Entre los derechos básicos de las víctimas del delito se encuentra el acceso a los servicios de asistencia y apoyo ofertados por las administraciones públicas y muy especialmente los prestados por las Oficinas de Asistencia. El acceso a estos servicios siempre será de forma gratuita y con absoluto respeto a la privacidad de la víctima – de manera confidencial- pudiendo hacerse extensivos a los familiares de la víctima

²⁶COSCOLLOLA FEIXA, M.A. "Aspectos prácticos del Estatuto de la Víctima del delito en el proceso penal", cit., p.12.

²⁷ Sobre este particular, vid PEREZ RIVAS, N. "El derecho de la víctima a olvidar", *Revista La Ley Penal* n° 122, 2016, págs. 1-19.

cuando se trate de delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad. Por familiares, a los efectos de este derecho, se entiende a las personas unidas a la víctima en matrimonio o relación análoga de afectividad, y a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad.

Conviene en este punto recordar la necesidad de distinguir estos servicios de asistencia y apoyo, esenciales para evitar una segunda victimización, de la asistencia letrada o asesoramiento jurídico, por obvio que resulte.

La víctima podrá recurrir a estos servicios, como ya se dijo, "antes, durante y por un periodo de tiempo adecuado después de la conclusión del proceso penal", sin que el reglamento que desarrolla el Estatuto añada ninguna pista sobre la extensión temporal que se deriva de ello.

Por otro lado, también se comentó páginas atrás que el hecho de poder solicitar esta asistencia aun sin haber interpuesto la correspondiente denuncia, puede generar situaciones complejas de resolver. De ahí que sea previsible que las Oficinas de Atención tengan que lidiar con conflictos tipificados en distintas ramas del ordenamiento jurídico que no siempre constituirán delito, pero que no podrán obviarse, por si pudieran llegar a materializarlo. Como se avanzaba al inicio de este trabajo, sirva de ejemplo algún supuesto de acoso escolar, trato degradante, acoso laboral o comportamientos xenófobos, homófobos o similares, por citar algunos. Se trata de casos en los que quizá haya una posible responsabilidad penal. Pero también puede quedarse en una simple infracción sometida a la disciplina (administrativa) del centro escolar, del centro de trabajo y/o de la jurisdicción civil, por seguir con esos mismos ejemplos. Me remito a lo dicho supra sobre este particular.

Derecho a ser acusación particular y a aportar pruebas

Las leyes procesales ya contemplan la posibilidad de personarse en la causa criminal y hacer uso de cuanta información y pruebas mejor sirva a sus pretensiones, como es sabido. La aportación que hace el Estatuto consiste en establecer que tal derecho puede ejercitarse en cualquier momento (siempre que sea antes de la apertura del juicio oral). Y que, en consecuencia, la indecisión o retraso en tomar parte en el proceso no generará efectos irreversibles a la víctima. Eso sí, tampoco podrá afectar a los derechos del investigado, por lo que tal retraso no supondrá que vuelvan a repetirse las actuaciones practicadas hasta entonces o que estas pierdan su valor procesal. En suma, lo que potencia este derecho es poder ejercitar su derecho como parte acusadora, aunque en un primer momento procesal no lo hubiera solicitado, como se ha dicho. De ahí la relevancia de las notificaciones y del alcance del derecho a la información visto antes, pues son esenciales para que la víctima (que no sea parte en el proceso) pueda conocer la fecha y lugar donde se celebrará la vista, pudiendo personarse en la misma o participar en otras fases del proceso, como establece el Estatuto.

Y algo similar ocurre con el derecho a aportar pruebas que tiene la víctima durante la fase de investigación. Eso sí, una vez tenga lugar la apertura de juicio oral, la declaración de la víctima (que no haya sido practicada hasta entonces, por no ser parte) quedará a expensas de que sea admitida como prueba, a solicitud de una de las partes. De ahí la conveniencia de que tal declaración se haya aportado en fases anteriores, precisamente para evitar el riesgo de no ser admitida.

En todo caso, durante la fase de investigación, como es lógico, la víctima tiene el derecho de aportar cuantas pruebas considere adecuadas. A tal fin, podría acudir ante la policía, el juez o el ministerio fiscal. Posibilidad que le asiste tanto en la vertiente penal como en la civil. Siendo que para ello deberá nombrar abogado y procurador cuando corresponda, al igual que se le exige al resto de intervinientes.

Derecho a la comunicación y revisión del sobreseimiento

De nuevo se trata de un derecho recogido en la legislación procesal española. Por tanto, la aportación del Estatuto, en este caso, consiste en haberlo establecido también para la víctima que no forma parte de la causa.

De esta forma, dicha víctima podrá impugnar dicha resolución, lo que refuerza la idea de que sus derechos deben ser respetados dentro y fuera del proceso. Por su propia cualidad de víctima, sin importar si es o no parte procesal. Por tal motivo, habrá que comunicarle esta resolución en todo caso. Y podrá anunciar su oposición en el plazo de cinco días, sin necesidad de contar con asistencia letrada. Posteriormente, ya mediante abogado, tendrá que motivar y presentar su impugnación en los quince días siguientes.

Derecho a la participación de la víctima en el proceso de ejecución

La propia extensión de este artículo 13 da buena prueba de su importancia. A través de este texto, el Estatuto otorga a la víctima la capacidad de intervenir²⁸ sobre cinco asuntos²⁹ capitales, se haya personado o no en la causa:

- 1) Oponerse a la posible clasificación del penado en tercer grado, antes de que haya cumplido la mitad de la condena (según dispone el párrafo tercero del art. 36.2° del Código penal).
- 2) Oponerse a que los cómputos de tiempo que se usan para el cálculo de posibles beneficios penitenciarios se hagan sobre el límite penal de cumplimiento de la condena, en vez de sobre la suma total de las penas realmente impuestas (según prevé el art. 78. 3° CP)
- 3) Oponerse a que se le conceda la libertad condicional al penado que haya sido sentenciado a una pena superior de cinco años, por uno de los delitos concretos que establece el art. 36.2° CP y/o de los enumerados en el art. 13.1°, letra a) LEVD.
- 4) Solicitar que se impongan al penado que logre la libertad condicional, alguna de las medidas o reglas previstas en el art. 83 CP, por considerar que son necesarias para garantizar la seguridad de la víctima solicitante (para ello, la gravedad del delito que generó la condena debe poder sustentar razonablemente esta petición).
- 5) Aportar cualquier información relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito y/o el comiso que hubiera sido acordado.

Sobre la capacidad de intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, no son pocas las voces que muestran cierta oposición a esta previsión legal. Aducen que los intereses particulares de las víctimas podrían influir negativamente en los fines resocializadores que han de perseguir las penas, por mandato constitucional. Tan es así, que la Exposición de motivos de la LEVD niega que tal facultad pueda modificar las bases del sistema de justicia penal, pues el Estado conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas. En opinión de Luaces Gutiérrez, existe el riesgo de que con la intervención de la víctima en la ejecución de la pena, se "privatiza en cierto modo esta fase final del proceso penal porque se hacen valer sus intereses particulares, lo que puede poner en peligro los principios de rehabilitación y reinserción social del condenado, ya que la intervención de la víctima podría ser determinante para retrasar la vuelta a la vida en libertad de una persona que ya ha saldado su deuda con la sociedad. Se objeta, por tanto, que la víctima puede intervenir en el monopolio estatal del derecho a penar"³⁰. En este

²⁸ De ahí la relevancia del derecho a que se notifiquen (si así lo solicita) las resoluciones más significativas en la causa, aun cuando no haya sido parte en el proceso. Y, del mismo modo, la relevancia que cobra el hecho de que pueda hacer uso del asesoramiento y apoyo por parte de las Oficinas de Atención a la Víctima, durante un 'tiempo razonable' que no tiene que acotarse, estrictamente, con la fecha de inicio y final del procedimiento penal.

²⁹ Sin perjuicio de los derechos específicos que asisten a víctimas de determinados colectivos. En especial, las de violencia de género. En este caso, no precisan solicitar la notificación porque se hace de oficio.

³⁰ LUACES GUTIERREZ, citando a Nistal Burón (pág. 166). En este trabajo, la autora detalla de forma clara y concisa el alcance real de la participación de la víctima en esta fase de

sentido, bien podría retomarse la breve reseña histórica sobre el papel de la víctima, con la que comenzaba este trabajo.

En todo caso, cabe resaltar que se refiere a sentencias condenatorias, sin que pueda extenderse a otro tipo de resoluciones, como serían las relativas a la adopción de medidas cautelares.

Y lo mismo ocurre con la posible aplicación de la libertad vigilada: en este supuesto, la víctima solo tendrá derecho a ser oída, pero no por efecto de la LEVD sino por lo dispuesto en el art. 98 CP.

En otro orden de cosas, y siguiendo de nuevo a Luaces Gutiérrez, es preciso distinguir entre esta medida de seguridad (consistente en libertad vigilada) del resto de medidas que antes se mencionaban (las relativas al art. 83 C).

La primera pretende proteger a la colectividad, una vez el penado se reincorpora a la vida en sociedad. Y tendrá como fundamento el pronóstico de peligrosidad que se elabore desde la institución penitenciaria con cierta anterioridad a su salida de prisión (según el art. 106 CP). Sobre tal pronóstico, el juez tendrá que decidir su aplicación y su duración. Y a tal fin, será necesario citar a la víctima (siempre que lo haya solicitado expresamente y que permanezca localizable para ello, como indica el art. 98 CP). Pero su opinión no será vinculante.

Las segundas sí guardan relación directa con la víctima: según el art. 13 LEVD establece el derecho de la víctima a solicitar la adopción de alguna de las medidas de seguridad contenidas en el art. 83 CP, como condición para acordar la suspensión de la ejecución del tiempo restante de la pena de prisión y conceder la libertad condicional. Y todo ello respecto al hipotético riesgo personal que esa víctima concreta puede sufrir respecto del agresor que ahora solicita la libertad condicional. En este caso, el peso de esta petición hecha ante el juez es mucho mayor, como es lógico.

Por último, en relación con las medidas de protección que puedan adoptarse, cabría mencionar un instrumento legal poco conocido o, al menos, poco utilizado en nuestro país, según se desprende de la estadística oficial. Me refiero a la orden de protección europea³¹, definida en la Directiva 2011/99/UE como el mecanismo de cooperación entre los Estados miembros que garantiza que la protección que posee una persona física en el Estado de donde es natural, continúe en cualquier otro Estado miembro cuando esta se traslade, ya sea de forma temporal o definitiva. Debido a la disparidad de ordenamientos jurídicos existentes en la Unión Europea, no se exige que tal medida tenga su origen –necesariamente– en un procedimiento penal. Pero nada impide que así sea, por supuesto. Además, tiene como objetivo proteger a la persona que, con arreglo al Derecho nacional, goce de tal protección, sin que de nuevo sea preciso que su denominación procesal sea coincidente entre todos los Estados miembros. De ahí que se hable de adoptar las medidas oportunas a favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos que puedan poner en peligro su vida, su integridad, su dignidad, su libertad o su integridad sexual, dentro del Estado receptor³².

Derecho al reembolso de gastos

La normativa aplicable establece que las víctimas gozarán de preferencia al reembolso de los gastos y las costas procesales respecto a las que se hubieran

ejecución de la pena. Vid. LUACES GUTIERREZ, A.I., "Los derechos en la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito: especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal". *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 15, pp. 139-174, págs.163 a 171.

³¹ Vid. Ley 6/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

³² Sobre la orden europea de protección, vid. BELANDO GARIN, B. et al. *La orden de protección europea: la protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*. Tirant lo Blanch, 2016.

causado al Estado. Pero tal extremo merece alguna aclaración sobre tres cuestiones concretas. La primera se refiere a la necesidad (o no) de ser parte en el proceso para poder disfrutar de este beneficio. La segunda, al alcance de este derecho, en relación con la naturaleza pública, semipública o privada del delito cometido. Y la última, sobre su contenido económico, propiamente dicho.

Comenzando con la necesidad de personarse en el proceso, Carrasco Andrino aclara que la víctima gozará de esta prelación tanto si ha participado legítimamente en él (como resulta obvio) como si no se ha participado previamente en la causa. Esto es así porque el Estatuto de la víctima le reconoce el derecho a recurrir el auto de sobreseimiento de la causa (art. 12.3 LEVD) así como la posibilidad de aportar fuentes de prueba e información relevante para el esclarecimiento de los hechos a las autoridades encargadas de la investigación (art.11 LEVD), aun sin ser parte del proceso³³.Y, en consecuencia, nada debe impedir que esa víctima pueda recobrar los gastos que le ha generado su participación en el proceso y/o la interposición de tales recursos o la presentación de pruebas, independientemente de su papel formal en el proceso.

En cuanto a la naturaleza jurídica del delito que ha sufrido y el tipo de acusación que ejerce, esta misma autora aclara -con todo lujo de detalles técnicos- que la víctima podrá reembolsarse las costas procesales, siempre que así lo solicite, tanto en los delitos privados (perseguidos a instancia de parte y como consecuencia directa de lo dispuesto en el art. 123 CP) como en los delitos públicos y semi públicos, si ha ejercido la acusación particular.

En los delitos privados, por su propia naturaleza y por lo estipulado en el citado art. 123 CP, no será necesaria petición expresa de tal condena en costas: la sentencia condenatoria lleva implícita la carga de estos gastos al autor del delito, ahora ya condenado.

En los delitos públicos y semipúblicos será imprescindible que la acusación particular incluya en su escrito la petición expresa de condena en costas. Por otra parte, aunque la lectura del art. 124 CP -en sentido contrario- pudiera generar alguna duda sobre el reembolso de los honorarios facturados a la acusación particular, Carrasco Andrino describe cómo estos sí serán asumidos por el condenado a través de la condena en costas. Por un lado, porque la ley así lo dispone en dos supuestos concretos: a) cuando el Ministerio Fiscal no hubiera formulado acusación, resultando finalmente una sentencia condenatoria; y b) cuando se haya revocado la resolución de archivo del procedimiento, precisamente por el recurso interpuesto por la víctima del delito. Pero también se logrará tal reembolso a favor de la víctima, sin necesidad de pronunciamiento expreso, en los delitos públicos y semipúblicos, siempre que dicha acusación particular no persiga y proponga "pretensiones extrañas o desproporcionadas a las particulares de los hechos" o, como también dice el TS, peticiones no aceptadas y absolutamente heterogéneas con las del Ministerio Fiscal y con las acogidas por el Tribunal que sean, además, "inviabiles, extrañas o perturbadoras". En definitiva, concluye esta autora, "el TS se inclina, por tanto, por incluir las costas de la acusación particular, ya se trata de un delito perseguible a instancia de parte o no, en la correspondiente condena, a no ser que su intervención haya resultado perturbadora en el procedimiento"³⁴.

Y restaría por ver la tercera de las cuestiones planteadas: el contenido del reembolso propiamente dicho. De nuevo, en este punto, Carrasco Andrino ofrece información muy precisa al respecto. Así, las costas procesales "comprenden, además del pago del papel timbrado y los derechos de arancel, el abono de los honorarios de abogados y peritos y las indemnizaciones correspondientes de los testigos"³⁵. Y prosigue diciendo que nada empecé a que también englobe los gastos necesarios para el ejercicio de los derechos de la víctima. Lo que se traduce, en su opinión, en la posibilidad cierta de poder reclamar también "los que puedan derivarse de su

³³CARRASCO ANDRINO, M.M. "Víctima, sujeto pasivo y perjudicado", cit., p.6.

³⁴CARRASCO ANDRINO, M.M. Op. cit., p. 8.

³⁵CARRASCO ANDRINO, M.M. Op. cit., p. 7.

participación en la ejecución, esto es, los que se vinculen a los recursos que en determinados delitos pueden plantearse ante ciertos autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 13.1 LEVD), a saber: el de clasificación en tercer grado del Juez de Vigilancia Penitenciaria, el de modificación del régimen específico fijado en el art.78 CP y el de concesión de la libertad condicional. Si bien el procedimiento para hacerlo efectivo no ha quedado resuelto en la ley³⁶.

Por otra parte, debe remarcarse la incidencia que puede tener la completa satisfacción económica de las cantidades fijadas en sentencia, en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, a la hora de condicionar la obtención de determinados beneficios penitenciarios a los que podría optar el penado. Del mismo modo, este reembolso de gastos podría lograrse a través de los procesos de mediación que -en su caso- pudieran realizarse, conforme prevé la normativa vigente.

Por último, cabe recordar que estas previsiones conviven con lo dispuesto en otras leyes especiales. Así, en caso de no poder satisfacer estos gastos, la víctima podría acudir a la Ley 35/1995, aunque solo si cumple los requisitos allí establecidos. Y lo mismo podría decirse de las ayudas económicas previstas en materia de violencia de género y de terrorismo, por citar dos ejemplos.

En otro orden de cosas, pero guardando cierta relación con los intereses materiales de la víctima, esta también tiene reconocido el derecho a que le devuelvan a la mayor brevedad posible los efectos intervenidos, salvo que sean necesarios para los fines de la investigación (art. 18 EVD). En realidad, como apunta Coscollola, se trata del derecho de la víctima a recurrir la incautación policial de efectos ante el Juez de Instrucción. No requiere asistencia de abogado ni forma alguna, bastando que se exprese la disconformidad por sí o por un familiar mayor de edad al momento de la misma incautación –vid. nuevo artículo 334-3º LECrim-. De nuevo, la ley reconoce una suerte de derecho de petición mediante intervención directa de la persona victimizada, lo que justifica la no necesidad de cumplir condiciones formales y materiales propias de la interposición del recurso correspondiente³⁷.

Derecho a la solicitud de justicia gratuita

Lo más relevante sobre este particular, más allá de que la víctima puede solicitarlo desde el primer momento en que contacta con el funcionario que le atienda, es que no se altera lo previsto para el colectivo de víctimas de violencia de género, terrorismo, víctimas de trata de seres humanos y menores o personas discapacitadas que hayan sufrido abuso sexual. Estos son los únicos³⁸ que verán cómo se analiza su solicitud sin entrar a valorar su nivel de renta, si bien este derecho queda limitado al inicio de la causa penal contra el agresor.

Por su parte, para el resto de víctimas, el Estatuto sí vincula tal pretensión a los recursos económicos disponibles. En todo caso, este beneficio de asistencia gratuita se puede pedir desde el primer contacto con la Oficina de Atención, que lo reconducirá al Colegio de Abogados que corresponda.

³⁶CARRASCO ANDRINO, M.M. Ibidem

³⁷COSCOLLOLA FEIXA, M.A., "Aspectos prácticos del Estatuto de la Víctima del delito en el proceso penal", cit., p.18.

³⁸ También se beneficiarían las víctimas de accidentes de tráfico que, a causa del mismo, acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual, necesitando apoyo de terceras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria. En ese caso, el derecho a asistencia jurídica gratuita se limita, como es lógico, a la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos.

Derecho a preservar la intimidad y privacidad de la víctima

Realmente este derecho ha sido objeto de especial atención por parte del legislador desde hace ya algún tiempo. Así, desde la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, pasando por la Ley de Responsabilidad Penal del Menor o la Ley Integral de Violencia de Género, por citar alguna de ellas, se ha ido protegiendo, de forma paulatina y quizá más lenta de lo que debiera, la intimidad y la privacidad de la víctima. Ahora, con el Estatuto, se refuerza la importancia de este derecho, completando las medidas que cabe adoptar para evitar cualquier victimización que tenga su origen, precisamente, en su vulneración.

Por otra parte, resulta difícil separar este derecho de la seguridad que cabe otorgar a la víctima, para sortear cualquier represalia o riesgo derivado de su participación en el proceso penal. Es obvio que la difusión sus datos personales o el hecho de compartir espacios y salas de juicio con el presunto infractor, por citar solo dos ejemplos, la expone de forma innecesaria, y, potencialmente, merma su seguridad, además de afectar a su intimidad y su privacidad.

Por eso no es de extrañar que la Directiva 2012/29/UE tratara de forma conjunta todas estas cuestiones. Según García Rodríguez, esta Directiva, "para garantizar de manera efectiva este derecho, establece la obligación que tienen todos los Estados de adoptar las medidas necesarias para proteger la seguridad de las víctimas y sus familiares del riesgo de sufrir cualquier tipo de represalias, intimidación o victimización secundaria con ocasión de su participación en el proceso penal (art. 18). Las cuales incluirán en todo caso las dirigidas a brindarles protección física, a evitar su contacto con el infractor en las dependencias donde se celebre el proceso penal, y aquellas otras orientadas a minimizar el riesgo de que puedan sufrir daños psicológicos o emocionales con ocasión de su interrogatorio. Y para conseguir este último objetivo, prevé que sean interrogada sin demora alguna tan pronto hayan presentado su denuncia ante las autoridades competentes, que el número de declaraciones sea el mínimo posible y que sólo se celebren cuando sean estrictamente necesarias a los fines del proceso penal, brindándoles asimismo la posibilidad de ser acompañadas por su representante legal o cualquier otra persona de su elección, salvo que se haya adoptado una resolución motivada en contrario"³⁹.

Este mismo autor considera que la Directiva "prevé de forma novedosa en su propio texto que todas las víctimas puedan ser objeto de una evaluación puntual e individual para determinar sus necesidades especiales de protección (art. 22) y las medidas de las que puedan beneficiarse durante el curso del proceso penal, teniendo en cuenta sus características personales, el tipo o naturaleza del delito, y sus circunstancias"⁴⁰.

Y, en consecuencia, ya en el ámbito de la normativa española, también se haya querido cumplir con este cúmulo de exigencias, de una sola vez, a través de la Ley 4/2015, del Estatuto jurídico de la víctima del delito. Con ese objetivo como horizonte, esta norma forzó "una reforma de la Ley de ritos criminal para que según la previsión de su art. 301 Bis, el juez de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la víctima, pueda acordar cualquiera de las medidas a que se refiere el apartado 2 del art. 681 LECrim cuando resulte necesario proteger la intimidad de la víctima o el respeto debida a la misma o a su familia. Y, entre las medidas, está la de "a) Prohibirla divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección. b) Prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares. Extremo, el de protección de la intimidad, que puede extenderse incluso a las sesiones de juicio oral, pues razona el art. 682 LECrim que "El Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las

³⁹GARCIA RODRIGUEZ, M.J. "El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según"..., cit., p. 23.

⁴⁰Op. cit, loc cit.

sesiones del juicio y prohibir que se graben todas o alguna de las audiencias cuando resulte imprescindible para preservar el orden de las sesiones y los derechos fundamentales de las partes y de los demás intervinientes, especialmente el derecho a la intimidad de las víctimas, el respeto debido a la misma o a su familia, o la necesidad de evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso "⁴¹.

En definitiva, como se decía supra, la legislación española ofrece una verdadera batería de medidas para lograr la salvaguarda de la intimidad y la integridad de la víctima. Afirmación que puede comprobarse a través de la consulta de su articulado⁴² y de los documentos o guías⁴³ diseñados a tal efecto, a los que nos remitimos.

Hasta aquí el breve repaso de lo más destacado de alguno de los derechos establecidos en el Estatuto de la víctima del delito. Como ya avanzaba el Reglamento que desarrolla dicho Estatuto, no todos ellos necesitan ser glosados. Y con ese mismo criterio se han redactado estas páginas, entendiendo que "no se pretende, ni resulta oportuno, un desarrollo reglamentario de todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Estatuto de la víctima del delito, ya que la gran mayoría se encuentran bien definidos y pueden ejercitarse sin necesidad de mayor regulación. Tan sólo se contienen algunas precisiones para garantizar la mejor aplicación de alguno de los derechos reconocidos a las víctimas", como recoge el preámbulo del citado reglamento.

En todo caso, lo importante es que el conjunto de profesionales que contacten y traten con la víctima, conozcan y hagan valer este elenco de derechos, conforme ya lo están haciendo hasta hoy, impidiendo así una segunda victimización, tan injusta como evitable. Ojalá que no vean lastrada su labor por la limitación de recursos disponibles para tal fin.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN GARCÍA, L. Violencia de género y mujeres inmigrantes, Universidad Pompeu Fabra, 2013
- BELANDO GARÍN, B. et al. La orden de protección europea: la protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa, 2016
- CARRASCO ANDRINO, M.M. "Víctima, sujeto pasivo y perjudicado". *Revista La ley penal*, nº 136, 2019, pp.1-16
- COSCOLLOLA FEIXA, M.A. Aspectos prácticos del Estatuto de la Víctima del delito en el proceso penal (fase de instrucción). Centro de Estudios Jurídicos CGPJ. Barcelona 2017.
- DE LAS HERAS, L., "Reflexiones sobre el bien jurídico intimidad a propósito de la intimidad de las víctimas del delito. Comentario a la STS núm. 661/2016, de 10 de noviembre" . *Revista Boliviana de Derecho*, nº. 24, 2017, págs. 446-473.

⁴¹DE LAS HERAS, L., "Reflexiones sobre el bien jurídico intimidad a propósito de la intimidad de las víctimas del delito. Comentario a la STS núm. 661/2016, de 10 de noviembre". *Revista Boliviana de Derecho*, Nº. 24, 2017, págs. 446-473, p.72.

⁴² Puede consultarse el listado de medidas de protección que deben adoptarse en fase de instrucción en COSCOLLOLA FEIXA, M.A., Aspectos prácticos del Estatuto de la Víctima del delito en el proceso penal, cit., p. 18 y ss.

⁴³ Sirva como ejemplo la completa guía publicada por el Decanato de los Juzgados de Valencia. En ella se detallan tanto estas medidas legales como los recursos materiales y buenas prácticas que llevan a cabo a la hora de explorar y/o atender a las víctimas, especialmente, a las más vulnerables, como pueden ser los menores de edad. Documento disponible en este enlace: Estatuto de la víctima en los juzgados de Valencia. Guía práctica. En http://portales.gva.es/c_justicia/decanato/e-victima/e-victima-ppal-c.htm

- DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, G. "Derechos y medidas aportadas por el estatuto de la víctima del delito". *Diario La Ley*, n° 9168, de 2 de abril de 2018, págs.1-5.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.I. "Protección y tutela de las víctimas en el proceso penal". *Cuadernos penales José María Lidón*. Universidad de Deusto, n° 13/2017, p.177-200
- FOUCAULT, M. Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión. Editorial Siglo XXI, 1975
- GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Dir.), La violencia de género en la adolescencia, Aranzadi, 2012.
- GARCÍA GONZÁLEZ, J. GARCÍA GONZÁLEZ, J. Respuesta jurídico-penal ante nuevos escenarios de acoso escolar, en particular, los contenidos en la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral de reconocimiento del derecho a la identidad y expresión de género en la Comunidad Valenciana. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n° 30, 2018, págs.339-371.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J.: Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo. *Diario La Ley*, n° 5342, de 2 de julio de 2001, págs. 1706-1714.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., La protección jurídica de la víctima en el sistema penal español. Universidad de Sevilla, 2015.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J. "El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n° 18, 2016.
- GOMEZ COLOMER, J.L., "La victimización secundaria de la mujer que ha sufrido acoso sexual, acoso laboral o tratos vejatorios y degradantes, a cargo de su superior jerárquico funcionario público, en el procedimiento administrativo sancionador". *Revista electrónica de Ciencias Criminológicas e-Eguzkilore*, n° 2, 2017, pp.1-25
- LUACES GUTIÉRREZ, A.I. "Los derechos en la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito: especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal". *Revista de Derecho penal y criminología*, n° 15, pp. 139-174.
- PEREZ RIVAS, N. "Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: especial referencia al Derecho Español". *Revista General de Derecho procesal*. IUSTEL. Vol. 41. (2017). Págs. 1-43
- PÉREZ RIVAS, N. "El derecho de la víctima a olvidar", *La Ley Penal* n° 122, 2016, págs. 1-19
- TAMARIT SUMALLA, J.M. "Una lectura victimológica del Estatuto jurídico de las víctimas". *Cuadernos penales José María Lidón*. Universidad de Deusto, n° 13/2017, p.115-138
- TAMARIT SUMALLA, J.M., VILLACAMPA ESTIARTE, C. y SERRANO MASIP, M., El Estatuto de las víctimas de los delitos: comentarios a la Ley 4/2015. Valencia, 2015.
- VIDAGANY PELÁEZ, J.M., Protección integral de la mujer con diversidad funcional en supuestos de violencia de género. Universidad de Valencia, 2016
- VV.AA., El impacto del estatuto de la víctima del delito en el proceso penal. Centro de Estudios Jurídicos CGPJ. Barcelona 2016
- VV.AA. El reto de la convivencia escolar. Cómo actuar ante las conductas que alteran gravemente la convivencia. Generalitat Valenciana, 2015.

Otros documentos

- DECANATO DE LOS JUZGADOS DE VALENCIA. Estatuto de la víctima en los juzgados de Valencia. Guía práctica. Disponible en http://portales.gva.es/c_justicia/decanato/e-victima/e-victima-ppal-c.htm