

Coletânea do **VIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL**

Tutelas à Efetivação de
Direitos Indisponíveis

Organizadores

HANDEL MARTINS DIAS
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ROGÉRIO GESTA LEAL

volume
1



DIALÉTICA
EDITORA

CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
Antônio Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Claudia Lambach
Cristiane Wosniak
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Fabiola Paes de Almeida Tarapanoff
Fernando Andacht
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Gláucia Davino
Helena Maria Ferreira
Hernando Urrutia
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
Jorge Manuel Neves Carrega
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis

Ligia Barroso Fabri
Livia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Luiz Gustavo Vilela
Manuela Penafria
Marcelo Campos Galuppo
Marco Aurélio Nascimento Amado
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Mauro Alejandro Baptista y Vedia Sarubbo
Milena de Cássia Rocha
Mirian Tavares
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Susana Costa
Sylvana Lima Teixeira
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

Coletânea do
VIII SEMINÁRIO
INTERNACIONAL

Tutelas à Efetivação de
Direitos Indisponíveis

volume **1**

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.



Copyright © 2024 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2024 by Handel Martins Dias,
Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal (Orgs.)

 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores

Profa. Dra. Milena de Cássia de Rocha
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira
Prof. Dr. Tiago Aroeira
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

Coordenadora Editorial

Kariny Martins

Produtora Editorial

Yasmim Amador

Controle de Qualidade

Maria Laura Rosa

Capa

Isabella Carvalho

Diagramação

Isabella Carvalho

Preparação de Texto

José Rômulo

Revisão

Responsabilidade do autor

Auxiliar de Bibliotecária

Laís Silva Cordeiro

Assistentes Editoriais

Rafael Andrade
Ludmila Azevedo Pena
Thaynara Rezende

Estagiários

Giovana Teixeira Pereira
Maria Cristiny Ruiz



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C694v Coletânea do VIII Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis / organização Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal. – São Paulo : Editora Dialética, 2024. 400 p.

Bibliografia.
ISBN 978-65-270-0972-6

1. Direitos Indisponíveis. 2. Ciências jurídicas. 3. Direito. I. Organizadores. II. Título.

CDD-340

APRESENTAÇÃO

Com o apoio da Associação Mundial de Justiça Constitucional, Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos, Colegio de Doctores en Ciencias Jurídicas de Iberoamérica, Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal Dr. Cipriano Gómez Lara, Asociación Argentina de Justicia Constitucional, Universidad Autónoma de Chiapas, Universidad Finis Terrae e Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción Campus Itapúa, o Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) promoveu, entre os dias 10 e 11 de outubro deste ano, o **VIII Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**, consolidando no cenário internacional um espaço próprio para a comunidade acadêmica apresentar, debater e publicar pesquisas sobre tutelas à efetivação de direitos indisponíveis, tema ao qual se volta o Mestrado Acadêmico em Direito da FMP. Durante o evento houve intensas e profícuas discussões entre os participantes nos painéis e grupos de trabalho, realizados em ambientes virtuais, através das plataformas Zoom e StreamYard, com transmissão ao vivo pelo canal da FMP no YouTube.

Observando o recorte epistemológico da área de concentração do Mestrado Acadêmico em Direito e das atividades de pesquisa em geral da FMP, o **VIII Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis** organizou-se a partir de dois eixos temáticos, a saber: *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* e *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais*. Os painéis contaram com a participação de juristas convidados e de professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP como moderadores. Sob a moderação do Prof. Dr. Rogério Gesta Leal (PPGD/FMP), o painel *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* teve como painelistas o Prof. Dr. Mário Ferreira Monte (Portugal), a Prof.^a Dr.^a Flavia Noversa Loureiro (Portugal), a

Prof.^a Dr.^a Inmaculada Valeije Alvarez (Espanha) e o Prof. Dr. Carlos Aymerich Cano (Espanha). Já o painel *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* foi moderado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias (PPGD/FMP) e teve como painelistas o Prof. Dr. Alfa Oumar Diallo (Senegal), a Prof.^a Dr.^a Iride Isabel María Grillo (Argentina) e o Prof. Dr. François Julien-Laferrrière (França).

Nos grupos de trabalho, foram apresentadas, mediante comunicações orais, as pesquisas cujos artigos submetidos haviam sido previamente selecionados através do sistema *double blind peer review*. Sob a coordenação da Prof.^a Dr.^a Cristina Stringari Pasqual (PPGD/FMP) e do Prof. Dr. Rodrigo Ríos Álvarez (Chile), o grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* contou com a apresentação das seguintes pesquisas: *Obrigações processuais penais positivas e dever de investigação no direito internacional dos direitos humanos: pontos fundamentais no caso Gomes Lund vs. Brasil* (Giovanna de Carvalho Jardim); *Conventionality control and its application in collective rights* (Edgar Andrés Quiroga Natale); *El principio de interseccionalidad y la protección de los derechos de la mujer indígena en el proceso constituyente chileno* (Camila Ignacia Espinoza Almonacid); *Avances y desafíos del marco jurídico de la igualdad de género en el SIDH* (Neidaly Espinosa Sanchez e Alfonso Jaime Martínez Lazcano); *Patologias racistas a partir da Lei n.º 14.532/23* (Fábio Roque Sbardelotto e Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra); *Desafios en la implementación de los derechos sociales en México* (José Alfredo López Morales e Alfonso Jaime Martínez Lazcano); *Afectación de los derechos fundamentales en el contexto de la 4ª revolución industrial* (José Thomaz Cunha Gervásio de Oliveira, Bernardo Teixeira e Douglas Riccardi); *As contribuições dos tribunais de contas brasileiros para o fortalecimento da democracia e do controle da Administração Pública* (Betieli da Rosa Sauzem Machado e Ricardo Hermany); *Infralegalismo autoritário e o controle pelo Poder Judiciário* (Sérgio da Silva Pereira); *A reinterpretación do artigo 142 da Constituição Federal de 1988: uma análise pelo fenômeno da psicologia das massas* (Renan Eduardo da Silva); *A prova genética e os riscos da sociedade contemporânea* (Leandro Reis de Souza); *Revogação da Lei da Alienação Parental e a (des)proteção da criança e adolescente: breve discussão sobre a necessária manutenção da Lei n.º 12.318/2010* (Desyrrê Moraes Lemes Mota e Helena Gil Klein); *Aborto no Brasil: análise dos principais aspectos que contribuem para a sua não descriminalização* (Gláucia Borges);

(In)eficácia das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha sob o crivo do princípio da vedação à proteção deficiente (Fernanda Cristina Gasparotto e Pedro Henrique Marcon Rockenbach).

Por outro lado, o grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* desenvolveu-se através de duas salas. A primeira delas teve como coordenadores o Prof. Dr. Augusto Tanger Jardim (FMP) e o Prof. Dr. Pablo Darío Villalba Bernié (Paraguai). Nela foram apresentadas as seguintes pesquisas: *Democracia y desinformación democrática. Una mirada crítica contemporánea desde los derechos fundamentales* (Jorge Isaac Torres Manrique); *La relevancia de los principios jurídicos: derechos humanos fundamentales como derechos indisponibles* (Rimi Onodera Otsuka); *La educación como un derecho humano, reglamentaria del artículo 3º constitucional* (Karina Yolanda del Sagrario García Carreón e Alfonso Jaime Martínez Lazcano); *O constitucionalismo de ocasião, o jogo duro constitucional e o papel do STF* (Mateus Viegas Schönhofen); *Argumentos consequencialistas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a reforma na LINDB em 2018* (Mônia Clarissa Hennig Leal e Mateus Henrique Schoenherr); *Bienes supraindividuales y análisis del artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (Rosa María Días López); *A ação civil pública na tutela da ordem urbanística* (Gustavo Ledur e Vitória Souza Pagnussat); *Recurso especial: relevância da questão federal e acesso à justiça* (Thomás Henrique Welter Ledesma, Gabriel Pessotti Silva e Felipe Ananias de Oliveira); *A desobediência contumaz dos direitos dos consumidores: um estudo de caso da ENEL como grande litigante no TJCE* (Lara de Sousa Duarte); *A efetividade da ação inibitória como meio de tutela objetiva dos direitos do consumidor em Moçambique* (Almeida Zacarias Machava); *Dimensões do princípio do contraditório* (Fábio Weber Ludwig); *A duração razoável do processo como fator de influência sobre a celebração de acordos* (Matheus Prestes Tavares Duarte); *A racionalização da execução civil e a possibilidade de convenções processuais versando sobre a extrajudicialização da execução para pagamento de quantia certa* (Felipe Dutra de Freitas).

Na segunda sala do grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais*, sob a coordenação da Prof.^a Dr.^a Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (PPGD/FMP) e do Prof. Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano (México), foram apresentadas as seguintes pesquisas: *Constitucionalismo digital, manipulação algorítmica e direitos fundamentais: uma*

análise dos desafios constitucionais contemporâneos (Júlia Farias Mertins); *Los contenidos del derecho fundamental a la salud en México: hacia escenarios de mayor justicia y bienestar* (Alfonso Jaime Martínez Lazcano); *O controle de convencionalidade como instrumento de (des)legitimação dos direitos humanos* (Arthur Bonifácio Garcia e Wellington Boigues Corbalan Tebar); *Da constitucionalização à convencionalização: a aplicabilidade do controle de convencionalidade no direito de família* (Cinara Furian Fratton e Patrícia Cunha); *Derecho humano a la familia: niñez y adolescencia. Desafios y logros obtenidos en el siglo XXI* (Elena de los Ángeles García Velázquez e Alfonso Jaime Martínez Lazcano); *Necessidade de fortalecimento dos instrumentos protetivos aos vulneráveis que geram renda* (Alexandra Neves Pinheiro, Ana Paula Brudnicki Barbosa e Desyrrê Moraes Lemes Mota); *Disposição do próprio corpo: autonomia da vontade e o poder familiar no filme “uma prova de amor”* (Alex Bruno Assis Lopes); *Criança intersexo e o cis-tema que impõe procedimentos para definição de sexo* (Bárbara Aparecida Nunes Souza); *Sinais exteriores de riqueza nas redes sociais como causa para distribuição dinâmica do ônus da prova nas ações de alimentos* (Luciana Ignácio Krieger, Marina Mayer Pereira e Victória Barboza Sanhudo); *Responsabilidade do pai biológico frente ao reconhecimento da multiparentalidade: apontamentos acerca do tema 622 do STF* (Elisandra Almeida Hlawensky); *Proteção da legítima no direito sucessório brasileiro: autonomia versus solidariedade* (Maria Eduarda Mikiewicz Desplanches e Helena de Azevedo Orselli); *Trajetória do regime de separação obrigatória de bens impostos aos septuagenários no direito brasileiro* (Dáley Azevedo de Castro Eleuthério, Elizangela Cerqueira da Silva e Gabriel Florianana de Andrade Dutra da Rocha); *Trata de mujeres en el Estado de Oaxaca, México: un análisis del sistema de usos y costumbres* (Pastor Santa Anna Gutiérrez e Alfonso Jaime Martínez Lazcano); *Uma nova análise sobre direitos reprodutivos e planejamento familiar: perspectivas da Lei 14.443/2022* (Geórgia Manfroi); *Preço do cuidado e as consequências do capital invisível da maternidade* (Marina Marques Gontijo).

Esta coletânea reúne, em dois volumes, os estudos apresentados no **VIII Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. No volume 1 encontram-se as investigações objeto do painel e do grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados*. Já as pesquisas divulgadas no painel e no grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* estão no volume 2. Recuperando

essas valiosas contribuições com a presente obra, a Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público renova mais uma vez o seu sólido compromisso de difusão do conhecimento e dos benefícios resultantes da pesquisa científica.

Uma excelente leitura a todos!

Porto Alegre, 31 de outubro de 2023.

Prof. Dr. **Anizio Pires Gavião Filho**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP

Prof. Dr. **Rogério Gesta Leal**

Vice-Coodenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP

Prof. Dr. **Handel Martins Dias**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP

SUMÁRIO

RIESGOS PENALES EN LA GESTIÓN DE LOS FONDOS NEXT GENERATION UE	15
---	-----------

INMACULADA VALEIJE ALVAREZ

ACERCA DE LA INEFICACIA PRÁCTICA DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: CAUSAS Y REMEDIOS	47
---	-----------

CARLOS AYMERICH CANO

A PROTEÇÃO DE DADOS PRIVADOS EM FACE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 51 – ADC 51	63
--	-----------

ROGÉRIO GESTA LEAL

OPINIÓN PÚBLICA E INSEGURIDAD EN SOCIEDADES COMPLEJAS. UNA MIRADA DESDE LA TEORÍA DE NIKLAS LUHMANN	91
--	-----------

RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ

OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS E DEVER DE INVESTIGAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: PONTOS FUNDAMENTAIS NO CASO GOMES LUND VS. BRASIL	111
---	------------

GIOVANNA DE CARVALHO JARDIM

CONVENTIONALITY CONTROL AND ITS APPLICATION IN COLLECTIVE RIGHTS	127
---	------------

EDGAR ANDRÉS QUIROGA NATALE

EL PRINCIPIO DE INTERSECCIONALIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER INDÍGENA EN EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO	147
--	------------

CAMILA IGNACIA ESPINOZA ALMONACID

**AVANCES Y DESAFÍOS DEL MARCO JURÍDICO DE
LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL SIDH** **169**

NEIDALY ESPINOSA SÁNCHEZ
ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO

PATOLOGIAS RACISTAS A PARTIR DA LEI N.º 14.532/23 **189**

FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO
VENÂNCIO ANTÔNIO CASTILHOS DE FREITAS TERRA

**DESAFÍOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS
DERECHOS SOCIALES EN MÉXICO** **205**

JOSÉ ALFREDO LÓPEZ MORALES
ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO

**AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN
EL CONTEXTO DE LA 4ª REVOLUCIÓN INDUSTRIAL** **225**

JOSÉ THOMAS CUNHA GERVÁSIO DE OLIVEIRA
BERNARDO TEIXEIRA
DOUGLAS RICCARDI

**AS CONTRIBUIÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS
BRASILEIROS PARA O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA
E DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA** **253**

BETIELI DA ROSA SAUZEM MACHADO
RICARDO HERMANY

**INFRALEGALISMO AUTORITARIO E O CONTROLE
PELO PODER JUDICIÁRIO** **279**

SÉRGIO DA SILVA PEREIRA

**A REINTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988: UMA ANÁLISE PELO FENÔMENO DA
PSICOLOGIA DAS MASSAS** **299**

RENAN EDUARDO DA SILVA

**A PROVA GENÉTICA E OS RISCOS DA
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA 315**

LEANDRO REIS DE SOUZA

**REVOGAÇÃO DA LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A
(DES)PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:
BREVE DISCUSSÃO SOBRE A NECESSÁRIA MANUTENÇÃO
DA LEI 12.318/2010 333**

DESYRRÊ MORAES LEMES MOTA
HELENA GIL KLEIN

**ABORTO NO BRASIL: ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ASPECTOS
QUE CONTRIBUEM PARA A SUA NÃO DESCRIMINALIZAÇÃO 351**

GLÁUCIA BORGES

**(IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA
DA LEI MARIA DA PENHA SOB O CRIVO DO PRINCÍPIO
DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE 375**

FERNANDA CRISTINA GASPAROTTO
PEDRO HENRIQUE MARCON ROCKENBACH

RIESGOS PENALES EN LA GESTIÓN DE LOS FONDOS NEXT GENERATION UE

INMACULADA VALEIJE ALVAREZ^{1*}

1 EL PROGRAMA NEXT GENERATION UE²

El Programa *Next Generation UE* constituye el mayor instrumento de estímulo económico jamás financiado por la Unión Europea. Aparece en un contexto histórico muy particular como fue la explosión dramática de la pandemia por COVID-19, situación que forzó a los Estados miembros a admitir la necesidad de adoptar una respuesta coordinada y urgente, tanto a nivel comunitario como nacional, para hacer frente a sus consecuencias sociales y económicas y a los posibles efectos asimétricos de las mismas sobre los Estados miembros. Su importancia histórica deriva en que, por primera vez, los Estados miembros han aceptado la posibilidad de endeudarse juntos y proporcionarse con cargo a fondos europeos una ayuda financiera significativa y eficaz para intensificar las reformas sostenibles y las inversiones públicas conexas. A tal efecto, el 21 de julio de 2020 el Consejo Europeo acordó un fondo económico para la recuperación de la Unión Europea conocido como *Next Generation* (próxima generación UE) por un importe de 750.500 millones de euros a repartir entre préstamos y subvenciones. El eje central del Instrumento *Next Generation* está constituido por el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (en adelante, el Mecanismo) y que, como hemos dicho, está

-
- 1 * Profesora Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Santiago de Compostela, <https://orcid.org/0000-0003-0027-8216>.
 - 2 Los fondos bibliográficos proceden del Proyecto de I+D+i “El lobbismo en el ordenamiento jurídico español: aspectos de Derecho Constitucional y de Derecho Penal (LOBDER)”. Ministerio de Ciencia e Innovación y Agencia Estatal de Investigación. Ref. 2019-PN106.

destinado a garantizar una respuesta europea coordinada con los Estados miembros para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia COVID- 19³.

EL Mecanismo supone un absoluto cambio de paradigma en la gestión de fondos públicos comunitarios, no solo porque viene a superar las viejas reticencias entre Estados miembros a comprometerse en un endeudamiento común, sino porque presenta unos rasgos especiales en su modo de ejecución, como es que:

1. Los Fondos *Next Generation* están financiados con cargo a una deuda europea.
2. A la hora de abordar el desembolso de los Fondos, su pago queda vinculado al desempeño y a los resultados finales (hitos y objetivos) que se obtengan y no tanto a los costos finales. Esto es, se prestará más atención a cómo se reciben, gestionan y distribuyen los Fondos *Next Generation* que al cómputo de costos finales por actividades.
3. Están sometidos a una condicionalidad política, no solo la de evitar la mala administración y despilfarro de los Fondos, sino también al hecho de que si un Estado miembro no cumple con determinados mínimos en el respeto a los valores comunes de la UE, propios de un Estado de Derecho (dignidad humana, libertad, democracia, respeto a los derechos fundamentales descritos en los arts. 2 y 7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), puede dar lugar a que ese Estado se quede sin los mismos.
4. La legislación nacional regulará las sanciones administrativas y también los posibles procesos penales y las sanciones que puedan imponerse por el desvío y la mala praxis en el desembolso y ejecución de los Fondos, pero se habilita a las Agencias Europeas más relevantes para desarrollar investigaciones administrativas y, en particular, controles y verificaciones *in situ*, con el fin de determinar si ha habido fraude o cualquier

3 Ampliamente, vid. Campos Acuña, 2021.

otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión,⁴ en especial son competentes:

- El Tribunal de Cuentas Europeo (TCE).
- La Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF)⁵.
- La Fiscalía Europea (EPPO)⁶.

El Mecanismo ha sido objeto de regulación mediante el Reglamento UE 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021⁷, cuyo art. 22 está dedicado a la “Protección de los intereses financieros de la Unión Europea”. Este precepto pone de relieve que una de las preocupaciones fundamentales en la ejecución de los Fondos *Next Generation* es la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y el conflicto de intereses, así como evitar la doble financiación, constituyendo una herramienta fundamental para obtener el desembolso de los Fondos implantar unos sistemas de control interno de Nivel 1 o de gestión robustos, orientados a minimizar o mitigar el impacto de los citados cuatro riesgos⁸.

Los Fondos *Next Generation* pueden canalizarse a través de subvenciones directas, ventajas fiscales, garantías y bonificaciones de préstamos, ayudas a la I+D, ayudas a productos sanitarios, medidas de recapitalización o aplazamiento de impuestos y cotizaciones, entre otros mecanismos. Pueden solicitar estas ayudas financieras cualquier tipo de empresas y no se excluye a ningún sector⁹, pero sí que se incide en la

4 Vid. Considerando (72) del Reglamento UE 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021.

5 Vid. https://anti-fraud.ec.europa.eu/index_es

6 Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

7 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), núm. 57, de 18 de febrero de 2021, L57/17.

8 Vid. entre otros, Rey Iglesias, 2020; Gómez Asensio, 2022; Candela Talavero, 2023.

9 Especialmente preocupante es la influencia indebida de determinados grupos de presión y posible su participación informal o confidencial en las reuniones en las que se adoptan decisiones administrativas y normativas sobre las actividades que deben ser financiadas con cargos a Fondos *Next Generation*. De hecho, como señala Pérez Rivas, la influencia indebida de grupos de presión preocupa tanto a la UE que a los efectos de apremiar a países como España para que procedan a la

necesidad de que los proyectos susceptibles de obtener las ayudas europeas deben estar alineados con los cuatro ejes prioritarios de actuación: transformación digital, transición ecológica, cohesión social y territorial, e igualdad de género. La crisis del COVID-19 también ha puesto de manifiesto la importancia de las reformas e inversiones en la resiliencia sanitaria, económica, social e institucional que estén destinadas, entre otras cosas, a aumentar la capacidad de respuesta y la preparación ante las crisis, en particular, mejorando la continuidad de las actividades y los servicios públicos, la accesibilidad y la capacidad de los sistemas de salud y asistenciales, la eficacia de la administración pública, incluida la reducción a un mínimo de la carga administrativa y la eficacia de los sistemas judiciales, así como la prevención del fraude y la supervisión de la lucha contra el blanqueo de capitales¹⁰.

En consecuencia, el Mecanismo es un instrumento específico destinado a hacer frente a los efectos y consecuencias adversas de la crisis del COVID -19 en la Unión. Siendo como es una situación muy particular, permite comprender el especial rigor y énfasis que se hace, desde el punto de vista de la gestión de los Fondos, en el ámbito preventivo y de control para evitar toda sospecha de corrupción o despilfarro. Y aunque es la Comisión la que debe velar por los intereses financieros de la Unión Europea, el control primario de los Fondos se ejerce por los propios Estados miembros (ya sea en condición de beneficiarios o prestatarios), de modo que toda la arquitectura de la gestión de los Fondos está pensada para que los Estados miembros se vigilen unos a los otros. Una vigilancia que va más allá de la que pueda hacer la Comisión, y que se articula a través del Comité Económico y Financiero del Consejo. El papel de los Estados miembros en la correcta gestión de esos fondos y, en definitiva, en la protección de los intereses financieros de la UE, es crucial. A ellos les corresponde el establecimiento de instrumentos específicos de prevención, detección y corrección de irregularidades graves que deben figurar

regulación de los lobbies, ha decidido condicionar la entrega de los Fondos Next Generation EU a la promulgación de una regulación a este respecto, incluyendo este requisito en la documentación que aprobó el Plan Nacional de Recuperación. Vid. Pérez Rivas, 2023. En la misma línea, González Pastor, 2023.

10 Considerando (15) del Reglamento UE 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Vid. Gimeno Feliú, 2021.

además en los planes de recuperación y resiliencia que se han tenido que presentar ante la Comisión para que se acuerde el desembolso de esos Fondos. En particular, el Plan de recuperación y resiliencia debe incluir una explicación de los planes, los sistemas y medidas concretas adoptadas por el Estado miembro para prevenir, detectar y corregir el fraude, la corrupción, el conflicto de intereses y doble financiación procedente del Mecanismo y de otros programas de la Unión. La Comisión debe evaluar el Plan, estando facultada para suspender o reducir el apoyo financiero prestado a los Estados miembros, así como para recuperar cualquier importe pendiente o solicitar el reembolso anticipado de los préstamos en caso de detectar fraude, corrupción, doble financiación o el incumplimiento grave del resto de las obligaciones, así como en el caso de que los Estados miembros proporcionen a los órganos europeos de control externo información incorrecta sobre el incumplimiento de los hitos y metas.

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Reino de España fue aprobado por decisión de ejecución del Consejo con fecha de 13 de julio de 2021. En el acuerdo de financiación firmado con la Comisión, España se compromete a garantizar un sistema de control interno y a verificar los hitos y objetivos y comprobar la ausencia de irregularidades, fraude, corrupción, conflictos de interés y de doble financiación (en el sentido de que en ningún caso podrán financiarse con el mismo presupuesto dos veces los mismos gastos).

2 LA ORDEN MINISTERIAL HFP 1031/2021

En España la Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública 1030/2021, de 29 de septiembre, es el instrumento normativo por el que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (de ahora en adelante, Orden HFP/1030/2021)¹¹ conforme al marco establecido en el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el MRR.

El art. 6 de la citada Orden HPF /1030/2021 bajo el rotulo de “Refuerzo de mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses” establece que toda

11 BOE núm. 234, jueves de 30 de septiembre de 2022.

entidad decisora o ejecutora que participe en la ejecución medidas del PRTR deberá aprobar un “Plan de medidas Antifraude” en la gestión de los Fondos *Next Generation* que le permita declarar y garantizar que, en su respectivo ámbito de actuación, los fondos obtenidos se han utilizado de conformidad con las normas aplicables, en particular, en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción, los conflictos de interés y la doble financiación.

La propia Orden HFP 1030/2021 incorpora los conceptos básicos de fraude, corrupción y conflicto de intereses en línea con las definiciones contenidas en la Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea a través del Derecho penal (en lo sucesivo la Directiva PIF) y en los arts. 91 y 136 del Reglamento (UE Euratom) 2018/1046 del Parlamento y el Consejo sobre las normas financieras aplicables al Presupuesto general de la UE (Reglamento Financiero de la UE)¹².

Este Plan de medidas Antifraude deberá estructurarse en relación con las cuatro áreas clave del denominado *ciclo antifraude*. Los elementos obligatorios están señalados en el art. 6.5 de la Orden HFP 1030/2021 que, con carácter de normativa básica para todas las entidades ejecutoras, prevé que el Plan ha de cumplir los siguientes requisitos:

- a. Debe estructurar las medidas antifraude de manera proporcionada y en torno a los cuatro elementos clave del denominado ciclo antifraude: prevención, detección, corrección y persecución.
- b. Definir las medidas preventivas adecuadas y proporcionadas, ajustadas a las situaciones concretas, para reducir el riesgo residual del fraude a un nivel aceptable.
- c. Prever la existencia de medidas de detección ajustadas a las señales de alerta y definir el procedimiento para su aplicación efectiva.
- d. Definir las medidas correctivas pertinentes cuando se detecta un caso sospechoso de fraude, con procedimientos claros de comunicación de las sospechas de fraude.

12 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), 30 de julio de 2018 de febrero.

- e. Establecer procesos adecuados para el seguimiento de los casos sospechosos de fraude y la correspondiente recuperación de los Fondos de la UE gastados fraudulentamente.

3 EL PLAN DE MEDIDAS ANTIFRAUDE

En relación con el contenido del Plan de medidas Antifraude, la Orden deja un amplio margen a las entidades ejecutoras, ya que se trata de instrumentos de autorregulación que deberán adaptarse a las características y riesgos específicos de la actividad de la entidad de que se trate. A los efectos de lograr una homogeneidad en el diseño de las medidas por parte de los participantes, la Orden recoge en el Anexo (IIB.5) un cuestionario de autoevaluación relativo al estándar mínimo de riesgos que pueden afectar a la gestión de los fondos (por áreas, riesgo de incumplimiento) y en el Anexo III C una orientación sobre medidas de prevención, detección y corrección del fraude, corrupción y conflicto de interés¹³. Este test de autoevaluación deberá realizarse al menos una vez al año, por parte de cada una de las administraciones, para saber cuál es su nivel de riesgo y la solidez de sus procedimientos de gestión y control interno. La Guía también hace referencia en el punto III 4. a los conflictos de interés, cuya definición remite a los apartados 1 y 2 del art. 61 del Reglamento Financiero de la UE, según el cual “a los efectos del apartado 1, existirá conflicto de intereses cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones de los agentes financieros y demás personas a que se refiere el apartado 1 se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo directo o indirecto de interés personal”.

13 No obstante, en la matriz de riesgos se encuentran también descritos otros riesgos significativos que pueden afectar al control de los Fondos, tales como limitación de la concurrencia, significadamente, prácticas colusorias en las ofertas. Es el caso de que distintas empresas acuerdan en secreto manipular el proceso de licitación para limitar o eliminar la competencia entre ellas, por lo general con la finalidad de incrementar artificialmente los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios. Vid. art. 268 del CP el delito de alteración de precios en concurso y subastas públicas, recientemente reformado por la Ley Orgánica 14/2022 Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. Al respecto, Martínez –Bujan Pérez, 2023; Martínez -Bujan, 2019; Abanto Vasquez, 2010; Brage Cendan, 2001.

En todo caso, existen unas actuaciones que no podrán soslayarse por parte de las administraciones que gestionen los Fondos:

- a. Evaluación del riesgo de fraude por impacto y probabilidad.
- b. La cumplimentación de la declaración de la ausencia de conflicto de intereses (DACI) por parte de los sujetos responsables que participen en procedimientos vulnerables (tales como expedientes de contratación o subvenciones)¹⁴, y
- c. Regulación de un procedimiento para abordar los conflictos de intereses¹⁵.

El Plan de medidas Antifraude es obligatorio para todos los niveles de las administraciones públicas (unidades ejecutoras y decisoras), y para todas las entidades integrantes del sector público institucional, estatal, autonómico y local¹⁶. Esta obligación supone dar un paso significativo en la introducción de las técnicas similares de la *compliance* o *planes de prevención de riesgos penales* propias del sector privado al sector público, siguiendo los marcos de integridad de la OCDE¹⁷. Es cierto que son sistemas de integridad institucional¹⁸, y salvo por algunas diferencias son muy similares a las normas propias de autorregulación que hasta ahora solo se habían desarrollado en el sector privado con motivo de la exigencia de responsabilidad penal para las personas jurídicas tras las reformas del

14 No obstante, cabe señalar que, de conformidad con el apartado 1 del art. 61 del Reglamento Financiero de la UE, en el concepto de “participación” se incluyen los actos preparatorios y cualquier etapa del proceso de planificación, decisión, gestión, auditoría y control del uso de los Fondos Next Generation UE. Por tanto, este concepto incluye a toda persona que pueda influir en el proceso de toma de decisiones, en particular las autoridades nacionales, regionales y locales, el personal o los miembros de dichas autoridades y los miembros del Gobierno, en la medida en que se ocupen de cualquiera de las etapas mencionadas en la ejecución del presupuesto de la UE.

15 Vid. ANEXO IIB.5 de la Orden de HFP sobre test de conflicto de interés.

16 De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.

17 Vid. Directrices de la Organización de Comercio y Desarrollo (OCDE) en materia de lucha contra la corrupción e integridad de las empresas publicas (2019).

18 Sobre este tema vid. Adán Nieto Martín; García Moreno, 2018; Adán Nieto Martín; García Moreno, 2019; López Donaire, 2020; Campos Acuña, 2022.

Código Penal español por las Leyes Orgánicas 5/2010 de 22 de junio y la 1/2015 de 30 de marzo (arts. 31 bis, 31bis ter, 31quater y 31 quinquis)¹⁹.

Por su parte, el art. 6.6 de la Orden HFP 1030/2021, contempla las obligaciones que debe adoptar la entidad decisora o ejecutora en el caso de que se detecte o sospeche la existencia de fraude.

Los Planes de medidas Antifraude también son obligatorios para beneficiarios privados, socios, contratistas, subcontratistas cuyas actuaciones sean financiadas con Fondos *Next Generation UE*. El art. 8 de la Orden HFP 1030/2021 incluye, dentro de los requisitos que las entidades gestoras y ejecutoras de las convocatorias de ayudas y licitaciones deben hacer cumplir a beneficiarios contratistas y subcontratistas, el de firmar una “*declaración responsable relativa al compromiso de cumplimiento de los principios*” del PRTR.

Por su parte, el Anexo IV.C incorpora un modelo de dicha declaración y en él se incluye un “*compromiso*” de la persona o entidad de contar “con los estándares más exigentes en relación con el cumplimiento de las normas jurídicas, éticas y morales, adoptando las medidas necesarias para prevenir y detectar el fraude, la corrupción y los conflictos de interés, comunicando en su caso a las autoridades que proceda los incumplimientos observados”.

Por lo tanto, aunque la Orden HFP 1030/2021 no alude expresamente a la exigencia de los programas de “*compliance*” para ser beneficiarios de las ayudas financieras, sí se puede interpretar que lo hace tácitamente al referirse a los “*estándares más exigentes*” de cumplimiento, lo que parece dirigirse directamente al necesario cumplimiento de los requisitos contenidos en el art. 31 bis. 5 del CP. Esto implica que, si el beneficiario de los Fondos cuenta con una *compliance* o un modelo de cumplimiento de prevención de riesgos penales, se cumplen las exigencias de la citada Orden para acceder a los Fondos.

4 SERVICIO NACIONAL DE COORDINACIÓN ANTIFRAUDE

Para facilitar la tarea, la Secretaría General de Fondos Europeos ha elaborado unas Orientaciones en las que se ofrecen pautas para la elaboración de los Planes de medidas Antifraude a los que se refiere el art. 6

19 Sobre los requisitos de los Planes de prevención de riesgos penales, vid. art. 31 bis. 5 código penal español.

de la Orden HFP/1030/2021. Dichas Orientaciones remiten, a su vez, a las directrices y protocolos del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, órgano adscrito a la Intervención de la Administración General del Estado (IGAE).

El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA) es el órgano que se encarga de la coordinación a nivel nacional, es decir, en el ámbito estatal, autonómico y local, de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea y de actuar como punto de enlace con la Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF) y con la Fiscalía Europea²⁰.

El SNCA también es la autoridad a la que se le confía la revisión de los Planes de medidas Antifraude aprobados por las entidades decisoras y ejecutoras. El diagnóstico que se realice sobre la eficacia de estos Planes será a su vez tenido en cuenta en el diseño de la futura Estrategia Nacional Antifraude en colaboración con la OCDE²¹.

5 GUÍA PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS ANTIFRAUDE EN LA EJECUCIÓN DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA

En este contexto el SNCA ha elaborado la “Guía para la aplicación de medidas antifraude en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” con el ánimo de aportar herramientas, procedimientos y prácticas que faciliten el análisis de los riesgos por parte de la entidad decisora o ejecutora para garantizar la legalidad de operaciones y, fundamentalmente, la elaboración de los Planes de medidas antifraude. Todos estos intentos están dirigidos a evitar debilidades estructurales en la supervisión y control de los Fondos.

De esta Guía podrían destacarse los siguientes aspectos:

1. Definiciones de los conceptos clave desde una perspectiva eminentemente práctica. Aunque la Orden HFP 1030/2021 parece aludir o estar limitada a la evaluación de riesgos de fraude sin incluir los otros tres riesgos - corrupción, conflicto

20 Disposición Adicional Vigésima 5ª de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

21 El proyecto de elaboración de la Estrategia Nacional Antifraude se inició en 2021 y cuenta con la asistencia de la Organización para la Cooperación y desarrollo económico (OCDE).

de intereses, doble financiación- la Guía específica los cuatro a los que hace referencia el Reglamento MRR: fraude, corrupción, malversación, conflicto de intereses, doble financiación incluyendo otras irregularidades e incumplimientos graves de las obligaciones establecidas en el Acuerdo de Financiación y con respecto a las cuales también resulta necesario adoptar medidas de prevención y detección²².

Algunos de estos conceptos están en línea con los comportamientos delictivos que han sido objeto de armonización a través de la Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea a través del Derecho penal, que a su vez ha sido objeto de trasposición en el Código Penal español tras las reformas por Ley Orgánica 1/ 2019 de 20 de febrero²³ y por la Disposición Final 4ª de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea²⁴.

2. Herramienta para la evaluación de los cuatro riesgos clave e instrucciones para su utilización. Para facilitar la elaboración

22 El concepto de irregularidades aparece definido en el art. 1.2 del Reglamento (CE Euratom,) 2988/95, de 28 de diciembre de 1995 relativo a la protección de intereses financieros de las Comunidades Europeas (Reglamento PIF), según el cual se puede entender por irregularidad toda infracción de una disposición del derecho comunitario correspondiente a una acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las Comunidades o a los presupuestos administrados por estas, ya sea mediante la reducción o la pérdida de los ingresos devengados de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades, bien mediante un gasto indebido. Por otra parte, tanto el art. 2.1 del Reglamento del Mecanismo como el apartado 4.6 del PRTR inciden en que ha de velarse por el cumplimiento de la legalidad, tanto nacional como europea, por lo que se puede entender por irregularidad, en un sentido amplio, aquel incumplimiento de la normativa nacional o comunitaria aplicable que requiera la notificación, la corrección y la recuperación del importe afectado por las autoridades competentes. Esta noción amplia de irregularidad no precisa de que sea intencional o causada por negligencia, o que tenga que dar lugar a una sanción administrativa.

23 Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional (BOE. núm. 45, de 21 de febrero de 2019, páginas 16698 a 16712).

24 Vid. BOE núm. 157, del 02 de julio de 2021.

del Plan de medidas antifraude la Guía proporciona una matriz para la identificación y evaluación de los riesgos mediante indicadores de alerta de fraude –las denominadas banderas rojas- y la descripción de controles adicionales.

3. Herramientas informáticas o Bases de datos, pues muchos de los indicadores de fraude y otras conductas irregulares, tanto reales como potenciales, residen en los datos sobre transacciones, datos operativos y datos financieros de entidades y pueden identificarse utilizando técnicas y herramientas de tratamiento y análisis de datos. Como indica la propia Guía estas herramientas o técnicas permiten detectar irregularidades que cumplan con un patrón conocido, gestionar grandes cantidades de datos, identificar elementos que se comporten de forma anómala o servir de evaluación de los controles de detección existentes²⁵.
4. Explicación del funcionamiento del canal *Infofraude* como canal de denuncias externo del MRR e indicación de un buzón para consulta de los empleados públicos²⁶.
5. Formulario de comunicación al SNCA de los procedimientos judiciales y administrativos sancionadores a efectos del seguimiento de las sospechas de fraude.
6. Modelo de remisión de denuncias a la Fiscalía Europea (EPPO) como órgano competente para todos los delitos que afecten a la ejecución del MRR.

También se aprovecha la Guía para dar difusión a la entrada en funcionamiento, con fecha desde el 1 de junio de 2021, de la Fiscalía Eu-

25 Guía para la aplicación de medidas antifraude en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Servicio Nacional de Coordinación Antifraude. 24 de febrero de 2022, pág. 45.

26 La efectividad de estos canales de denuncia vendrá respaldada por la aprobación del Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Esta norma por el momento en trámite en el Congreso de los Diputados pretende incorporar al Derecho español la Directiva 2019/1937 de protección del denunciante. La finalidad de la norma es la de proteger a las personas que en un contexto laboral o profesional detecten infracciones penales o administrativas graves o muy graves y las comuniquen mediante los mecanismos regulados en la misma. Vid. Fraga Gómez, 2022; Lopez Donaire; Gimeno Bevia, 2022.

ropea que es la institución europea encargada de investigar los delitos que afectan la intereses de la Unión Europea, de tal forma que los delitos que entren en la competencia de la citada Fiscalía le han de ser comunicados.

Las funciones de la Fiscalía Europea serán investigar, procesar y llevar a juicio a los autores de los delitos contra los intereses financieros de la Unión Europea recogidos en la Directiva (UE) 2017/1371, así como los delitos conexos. A tal fin, la Fiscalía Europea efectuará las investigaciones, ejercerá la acción penal y las funciones de acusación ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros. Los delitos a prevenir según la Directiva (UE) 2017/1371, son: fraude en ingresos (la más común es la evasión fiscal derivada de la exportación o importación clandestina o el fraude IVA con dimensión transfronteriza), en gastos (subvenciones y ayudas) corrupción, blanqueo de capitales y participación en organización delictiva.

Pero en pro de evitar la doble incriminación y hacer más eficiente y posible la investigación se habilita a la Fiscalía para ejercer su competencia en el caso de delitos conexos (por ejemplo, falsedad documental o de certificados entre otros). De modo que en el Considerando 56 se recoge que la Fiscalía tiene derecho a ejercer su competencia en caso de delitos indisolublemente vinculados a un delito del ámbito objetivo de la Directiva (UE) 2017/1371. Se considera que el delito es de carácter accesorio por naturaleza por cuanto es meramente instrumental para el delito fin que perjudique los intereses financieros de la Unión, en particular, cuando ese otro delito se haya cometido con el objetivo principal de crear las condiciones necesarias para cometer el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión, como cuando se trata de un delito estrictamente dirigido a asegurarse los medios materiales o legales para cometer el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión, o para asegurarse el beneficio o producto de dicho delito. Esta competencia se extiende no solo en delitos cometidos en los territorios de los Estados miembros sino también fuera de ellos en los términos del art. 23 del REF²⁷ las instituciones tienen un deber de colaboración leal y coope-

27 Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

ración activa²⁸. Los Fiscales europeos delegados podrán dar instrucciones y órdenes a cuantos funcionarios constituyan la policía judicial y requerir la práctica de actuaciones concretas. El enjuiciamiento queda reservado a la Audiencia Nacional y al Juzgado Central de lo Penal.

6 LA DIRECTIVA (UE) 2017/1371: LA DEFINICIÓN DE FRAUDE A LOS INTERESES FINANCIEROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Como hemos adelantado la “Guía para la aplicación de medidas antifraude en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” remite en la definición de los riesgos clave a lo establecido en la Directiva (UE) 2017/1371 (de ahora en adelante Directiva PIF). La Directiva PIF tiene por objeto dotar a las legislaciones nacionales de los Estados miembros de tipos y sanciones penales homogéneos y adecuados para castigar eficazmente las conductas de fraude que lesionen los intereses financieros de la Unión europea, buscando armonizar el concepto de fraude a efectos penales, de modo que se legisle de una forma común en todos los Estados miembros las conductas fraudulentas respecto a los ingresos que afecten a recursos propios, esto es, al sistema de autofinanciación del sistema europeo introducido a principios de los años 60 del siglo pasado, en el que junto con los derechos de aduana, los derechos agrícolas, tiene cada vez más importancia el porcentaje de los ingresos por el impuesto de valor añadido (IVA) recaudado por los Estados²⁹.

Especialmente, desde el ámbito comunitario preocupa ampliar los casos que podrían definirse como fraudes. La experiencia derivada de la

28 Considerando (20) Directiva PIF: Teniendo en cuenta, en particular, la movilidad de quienes perpetran estos actos y del producto de las actividades ilegales en detrimento de los intereses financieros de la Unión, así como la complejidad de las investigaciones transfronterizas que esto implica, todos los Estados miembros deben establecer su jurisdicción de modo que les permita combatir estas actividades. Cada Estado miembro debe de este modo garantizar que su jurisdicción aquellas infracciones penales cometida por medio de tecnologías de la información y la comunicación a las que se hayan accedido desde su territorio.

29 El Impuesto sobre el valor añadido (IVA) es un impuesto comunitario. Una característica importante del IVA es la de ser un impuesto que se exige en todos los Estados miembros (EM) de la Unión Europea (UE) con una normativa muy similar, basada en una normativa común de la Unión, una de cuyas fuentes de financiación es, precisamente, su participación en las recaudaciones que por este impuesto obtienen los distintos Estados miembros.

ejecución del Convenio PIF de 1995, había demostrado que la definición de fraude (tanto en materia de ingresos como de gastos con cargo a presupuestos o subvenciones o ayudas comunitarias) existente en dicho Convenio, por muy amplia que fuera, no podía abarcar todos los casos en que se defrauda ilícitamente dinero europeo. También la experiencia práctica de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) fue crucial a este respecto. La OLAF no solo es competente para llevar a cabo actividades de investigación administrativa sobre irregularidades en detrimento del presupuesto de la Unión, sino también para asistir y cooperar con las autoridades judiciales penales de los Estados miembros de los cuales obtiene abundante información. Así, en el ejercicio de su actividad consultiva y de asesoramiento, la OLAF, ha tenido ocasión de constatar que, a menudo, las definiciones de fraude existentes en los textos penales de los Estados miembros, incluso tras la aplicación del Convenio PIF, casos concretos, no se ajustan plenamente a lo establecido en el citado Convenio, lo que da lugar a procedimientos penales que terminan en decisiones absolutorias que, y este es el aspecto importante para la Unión Europea, complican enormemente la recuperación de fondos europeos por la vía administrativa. Un ejemplo típico de estas discrepancias entre lo establecido en el Convenio PIF y los textos penales nacionales tiene lugar en el ámbito de los procedimientos de contratación financiados con fondos europeos. De hecho, hay una variedad de comportamientos que pueden realizarse que no siempre se corresponden con la definición de fraude de subvenciones o estafa de los distintos ordenamientos (caso italiano) basada en la definición que aporta el Convenio PIF (por ejemplo, nunca abarcan los acuerdos colusorios para alterar principio de libre mercado, o que en el ámbito anglosajón es conocido por el termino *big -rigging*)³⁰.

En concreto, en materia de ingresos, según establece la Directiva PIF en el Considerando (4) las infracciones que más preocupan a la Unión Europea se sitúan en las infracciones más graves contra el sistema común del impuesto del IVA intracomunitario. En particular, los llamados fraudes *carrusel*. El fraude realizado mediante la utilización de sociedades ficticias o sociedades que desaparecen sin dejar rastro y el fraude cometido en el marco de una operación delictiva representan

30 Sobre la técnica legislativa en materia de trasposición del Convenio PIF a la legislación interna en materia de fraude de subvenciones, críticamente, vid. por todos, Martínez -Bujan, 2023.

graves amenazas para el sistema común del IVA y, por consiguiente, para el presupuesto de la Unión. De acuerdo con lo establecido en la Directiva PIF estas infracciones deben ser consideradas delito cuando tienen una dimensión transfronteriza y afectan al territorio de dos o más Estados y son el resultado de una trama fraudulenta, conforme a las cuales esas infracciones se cometen de manera estructurada con objeto de obtener una ventaja indebida del sistema común del IVA y supongan un perjuicio total de al menos 10.000.000 euros como mínimo. El concepto de perjuicio total se refiere al perjuicio estimado que cause la totalidad de la trama fraudulenta, tanto a los intereses de los Estados miembros afectados como a los de la Unión.

También preocupan en el ámbito comunitario las conductas fraudulentas respecto a los gastos (sobre todo en materia de contratos públicos) que afectan al presupuesto general de la Unión Europea, incluidas las operaciones financieras como concesión y solicitud de préstamos. Esto es, la Directiva PIF pretende abordar la lucha contra el fraude de manera omnicompreensiva. De ahí que entienda que la lucha contra el fraude no solo hace referencia a la gestión de los créditos presupuestarios, sino que abarca también todas las medidas que afecten o puedan afectar negativamente a sus actividades y a los de los Estados miembros en cuanto guarden relación con las políticas de la Unión (Morales Prat, 2021).

En consecuencia, a los efectos de la presente Directiva en su art. 3 se considera fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea en materia de gastos *no* relacionados con contratos públicos (por ejemplo, subvenciones y ayudas comunitarias y en consecuencia los Fondos *Next Generation* obtenidos en tal concepto) cualquier acción u omisión que implique:

- a. el uso o presentación de documentos falsos, inexactos o incompletos que tenga por efecto la malversación o la retención infundada de fondos o activos del presupuesto de la Unión o de los presupuestos administrados por la Unión o en su nombre.
- b. el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto, o
- c. el uso indebido de esos fondos o activos para fines distintos de los que motivaron su concesión inicial.

Los mismos comportamientos son considerados fraude en materia de gastos relacionados con los contratos públicos, si bien se matiza de que “al menos cuando se cometan con ánimo de lucro ilegítimo para el autor u otras personas, causando una pérdida para los intereses financieros de la Unión” y en el caso del comportamiento c) cuando perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea.

Todas las conductas descritas en la Directiva están recogidas en el Código penal español, en el Título XIV relativo a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y en el Título I de la Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando³¹. Y, en concreto, el delito de evasión fiscal referido a la Hacienda de la Unión Europea en el art. 305 apdo. 3.

7 COMPORTAMIENTOS DE FRAUDE EN MATERIA DE GASTOS

7.1 Fraude en materia de gastos no relacionados con la contratación pública: el delito de fraude de subvenciones y ayudas públicas

en lo que se refiere a la definición de fraude en materia de gastos, llama la atención que la “Guía para la aplicación de medidas antifraude en la ejecución de Plan de Recuperación Transformación y resiliencia” cuando proporciona la noción de fraude los identifica con los comportamientos tipificados en el art. 308 del CP (fraude de subvenciones o ayudas de las Administraciones públicas incluida la Unión Europea), y, curiosamente, no menciona, el art. 306 CP relativo al delito de Fraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por esta (ámbito en el que se enmarcarían los gastos relacionados con la contratación pública).

El Plan de medidas Antifraude descrito en la precitada Guía debe prevenir el riesgo de comportamientos de fraude tipificados en el art. 308 CP, precepto que, de acuerdo con el principio de asimilación y tras la última reforma penal por LO 1/2019, castiga conjuntamente tanto el fraude de subvenciones y ayudas cuyo origen presupuestario proceda de una Administración pública española (hacienda estatal, autonómica, foral, provincial o de una entidad local) como cuando el origen de la atri-

31 Sobre modalidades típicas de contrabando vid. Vázquez-Portomeñe Seijas, 2022; Martínez -Bujan, 2019.

bución patrimonial realizada a favor del beneficiario proceda en origen de una institución europea.

El art. 308 CP recoge alternativamente las tres modalidades típicas contempladas en el art. 3.2 a) de la Directiva (UE) 2017/1371, a través de las cuales ha de llegarse necesariamente a la obtención de las subvenciones o ayudas:

- a. Falseamiento de las condiciones requeridas para su concesión. El tipo penal se refiere a aquellas condiciones esenciales o cuya frustración afecta a las posibilidades mismas de la concesión de los fines perseguidos por la subvención o ayuda. Requisito necesario para la concesión de la subvención (relevantes).
- b. Ocultación de las condiciones que la hubieren impedido (no es una mera conducta omisiva sino una declaración incompleta).
- c. El desvío de los fondos incumpliendo o alterando sustancialmente los fines para los cuales la subvención fue concedida.

Respecto al objeto material el legislador alude a subvenciones y ayudas. Lo que debe entenderse por cada concepto queda confiado a la normativa extrapenal, en especial, a la Ley 3/2003 de 17 de noviembre de subvenciones (LGS), a lo dispuesto en las bases reguladoras de la subvención³², así como la propia interpretación jurisprudencial.

La reforma penal introducida por Ley Orgánica 1/2019, de 20 de enero rebajó el límite del importe ilícitamente obtenido, defraudado o indebidamente aplicado de los anteriores 120.000 a los actuales 100.000 euros, a la vez que contempla un tipo atenuado de delito de fraude de subvenciones cuando se rebasan los 10.000 euros (art. 306.4 CP)³³. Límite cuantitativo que opera cualquiera que sea el origen de la subvención, sea europea sea estatal. De modo que contrariamente a la versión anterior a la reforma, el umbral del fraude estatal se mueve en los mismos umbrales que vienen determinados por la normativa europea. Al aplicarse el mismo límite cuantitativo, la reforma tiene unos efectos ampliatorios

32 Los arts. 9.2 y 17.3 LGS atribuyen, con carácter básico, naturaleza reglamentaria a las Bases. De acuerdo con el primero, previamente “al otorgamiento de las subvenciones, deberán aprobarse las normas que establezcan las bases reguladoras de concesión”. Para el segundo, “la norma reguladora de las bases de concesión” tendrá el contenido mínimo previsto en el art. 17Señala .3 LGS.

33 BOE núm. 45 de 21 de febrero de 2019.

del anterior ámbito de tipicidad; y es que, por un lado, baja exponencialmente el umbral típico de los delitos de fraudes de subvenciones estatales o autonómicas (baja a 10.000 antes reservado a la mera infracción administrativa), y, por otro lado, soluciona el problema de solventar la cuantificación de importes de subvenciones en el caso de programas cofinanciados. En el caso de las subvenciones cofinanciadas, se considera el importe total de la subvención, con independencia de las cantidades aportadas específicamente por cada administración.

En la versión anterior del art. 306 CP, aun en el caso de programas cofinanciados, debían computarse por separado las cuantías de las subvenciones y ayudas comunitarias de las obtenidas en el ámbito estatal o autonómico (pues se tipificaban en preceptos diferentes con límites cuantitativos distintos), por lo que de darse el caso de que el resultado de su contabilidad separada fuera inferior podría dar lugar al archivo de la denuncia penal. Por lo demás, también hay que advertir que el art. 306 CP se ha modificado en otro aspecto importante, y es la forma de determinar la cuantía defraudada: si antes se iba al cómputo anual de la subvención, ahora se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado. De este a modo, también se amplía notablemente el tipo penal; pues, si bien es cierto que en los fraudes realizados en diversas anualidades superiores a 100.000 euros no se apreciará un concurso real de delitos (o un delito continuado), porque se aplicará el monto total de la subvención, por el contrario, en fraudes inferiores a 10.000 euros, con la regla del cómputo total es más fácil alcanzar el umbral típico, toda vez que puede convertir en delito lo que antes de la reforma de 2019 eran solo aisladamente consideradas varias infracciones administrativas (Martínez-Bujan, 2019).

7.2 Fraude en los gastos relacionados con la contratación pública

El Fraude en los gastos relacionados con la contratación pública es una de las conductas descritas en el art. 3.2.b) de la Directiva (UE) 2017/1371³⁴.

34 Entre los Fondos de la UE en régimen de gestión compartida por los Estados miembros se encuentran los siguientes: i) Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER); ii) Fondo Social Europeo (FSE); iii) Fondo de Cohesión (FC); iv) Fondo Europeo Marítimo y de Pesca (FEMP); v) Fondo de Asilo y Migración (FAMI); vi) Fondo de Seguridad Interior (FSI); vii) Instrumento de Gestión de las Fronteras y Visados (IGFV); viii) Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader); ix) Fondo Euro-

La definiciones descritas en el art. 3.2.b) de la Directiva (UE) 2017/1371 señala que son fraudes en materia de gastos relacionados con los contratos públicos aquellos que se cometan con ánimo de lucro ilegítimo para el autor u otra persona causando una pérdida para los intereses financieros de la Unión, o cualquier acción u omisión relativa al uso o a la presentación de declaraciones o documentos inexactos o incompletos que tengan por efecto la malversación o la retención infundada de fondos o activos del presupuesto de la Unión o administrados por la Unión o en su nombre. También serán constitutivos de esta clase de fraude el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto, o el uso de esos fondos o activos para fines distintos de los que motivaron su concesión inicial y que perjudique los intereses financieros de la Unión.

Las dos primeras conductas a las que se refiere la Directiva PIF pueden ser sancionadas a través del delito del art. 306 del CP y el uso indebido a través de la malversación impropia (art. 435 con relación al art. 433 bis), ambos delitos pueden dar lugar a la responsabilidad penal corporativa (de la persona jurídica, tanto del sector privado como del sector público si se trata de una sociedad pública mercantil si se cumplen los requisitos del art. 31 bis y del art. 31.2 quinquies del CP)³⁵.

El art. 306 CP fue reformado por el apartado 3 de la Disposición Final 4ª de la L.O. 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea («B.O.E.» 2 de julio). De acuerdo con su tenor literal deberán entenderse como comportamientos contra los presupuestos generales de la Unión Europea “las conductas defraudatorias respecto a los fondos administrados por el Estado (Comunidades autónomas, entidades locales) por cuenta de la Unión Europea deberán ubicarse también en el art. 306”³⁶.

peo Agrícola de Garantía (FEAGA); x) Fondo de Ayuda Europea para las Personas más Desfavorecidas, y xii) Fondo de Solidaridad de la Unión Europea (FSUE).

35 Vid. Valeije Alvarez, 2022a; Valeije Alvarez, 2022b.

36 Artículo 306 del CP: El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por esta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, eludiendo, fuera de los casos contemplados en el apartado 3 del artículo 305, el pago de cantidades que se deban ingresar o, dando, fuera de los casos contemplados en el artículo 308, a los fondos obtenidos una aplicación

8 OTROS COMPORTAMIENTOS DE CORRUPCIÓN Y MALVERSACIÓN RELACIONADOS CON EL PERJUICIO A LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Aparte de cuanto se ha dicho hasta ahora, la Directiva PIF 2017/1371 es novedosa en muchos otros aspectos, porque:

1. Exige una ampliación del ámbito subjetivo del delito que, comprenda, además de funcionarios o autoridades de ámbito estatal, todos los que desempeñan una función oficial en el ámbito de la Unión Europea o en terceros países, en la línea que se ha seguido con la incorporación del art. 427 del CP con relación al delito de cohecho activo y al cohecho en las transacciones internacionales (arts. 286 ter y 424 CP).
2. Exige una “definición de funcionario público” que englobe también a personas que no ostentan un cargo oficial, pero que, sin embargo, de manera similar se les ha asignado y/o ejerzan una función de servicio público en relación con los fondos de la UE como, por ejemplo, los contratistas que participan en la gestión de esos fondos.
3. Exige ampliar el ámbito de tutela del delito de malversación de caudales -tradicionalmente ceñido a la tutela de fondos estatales-, a los presupuestos y fondos comunitarios.
4. Exige sancionar no solo comportamientos de apropiación sino también de comprometer o desembolsar fondos o apropiarse o utilizar activos de forma contraria respecto a los fines estructurales para los que están previstos y que perjudique de cualquier manera los intereses financieros de la Unión.

distinta de aquella a que estuvieren destinados u obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

Si la cuantía defraudada o aplicada indebidamente no superase los cincuenta mil euros, pero excediere de cuatro mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triple de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años.

5. Exige que estas conductas se castiguen con penas de privación de libertad cuya duración máxima sea, como mínimo de 4 años, al menos en aquellos casos que causen perjuicios o se obtengan ventajas considerables, entendiéndose por “considerables” las que asciendan a más de 100.000 euros.
6. Exige contemplar la responsabilidad de personas jurídicas por las infracciones penales citadas en la Directiva PIF y que deben ser objeto de armonización por las legislaciones penales de los Estados miembros, y aun en el caso de que, por razón de que su ordenamiento interno no admita la responsabilidad penal de las personas jurídicas, éstas deben ser igualmente sancionadas con multas y sanciones administrativas, eficaces, proporcionales y disuasorias (art. 9 Directiva PIF).

Como se ha dicho, la Directiva PIF ha sido transpuesta por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero por la que se modifica el CP, reforma que no solo supuso la regulación armonizada de los fraudes a los intereses financieros de la UE, sino también la penalización de otras conductas vinculadas a las mismas, como el blanqueo de capitales procedentes de los delitos denominados PIF, el cohecho, la malversación de caudales públicos y los denominados delitos conexos al delito PIF.

Por lo que se refiere a las exigencias citadas en el núm. 1 y 2 de los anteriores apartados, la reforma penal por LO 1/2019 amplió el círculo de sujetos activo/pasivo (según los casos) descritos en el art. 427, incorporando un ulterior supuesto (letra d); de modo que pueden ser responsables por los artículos precedentes (cohecho pasivo) cuando las conductas descritas sean realizadas por o afecten a cualquier persona a las que se le haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público en los Estados miembros o con terceros países, y que consista en la gestión de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos interés³⁷. También se proyecta su aplicabilidad a los sujetos del delito de tráfico de influencias al incluir la regla en el art. 431 “a los efectos de este Capítulo se entenderán funcionarios públicos los determinados por

37 Art. 427 CP. Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando las conductas descritas sean realizadas por o afecten a:

a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

los artículos 24 y 427³⁸. Se trata de una confusa técnica legislativa porque no todos los sujetos descritos en el art. 427 son, funcionarios públicos en el sentido. De hecho, en las letras b) y d) se contraponen la expresión personas que *ejercen una función pública a personas que ejercen un servicio público*.

De este modo, los arts. 24, 427, 431 y 435 bis del Código penal español asimilan a los funcionarios de la UE y de otros Estados miembros de la UE a los funcionarios públicos españoles a los efectos de todos los tipos penales de cohecho pasivo (arts. 419 y siguientes CP) de tráfico de influencias de funcionario o autoridad (art. 428 CP) y de malversación de caudales (art. 435 bis CP). Queda así que, además de sancionar las conductas descritas en el art. 4.2 de la Directiva, la ley española también condena otras, independientemente de que la finalidad de la corrupción, del tráfico de influencias o de la malversación sea perjudicar a los intereses financieros de la UE (Quintero Olivares, 2019).

Pero, según García Albero, esta lectura no es acertada. En su opinión, solo se ha extendido la condición de sujeto activo de malversación de caudales asimilándolo a la condición de funcionario a las personas (físicas o jurídicas) que estén ejerciendo un servicio público que suponga gestión de fondos de la administración central, autonómica o local. Opinión restrictiva que por cuestiones sistemáticas también deberá estar referida con los mismos efectos de los delitos de cohecho pasivo y tráfico de influencias. En mi opinión, es preciso reflexionar si realmente estos supuestos no tenían cabida ya en el núm. 1 del art. 435 (García Albero, 2019)³⁸ (aunque solo se refiere a los fondos, rentas o efectos de las Administraciones pú-

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo o una empresa públicos, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.

c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.

d) Cualquier persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses.

38 Art. 435 CP. Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.

2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

blicas, por lo que habrá entender, como hace García Albero, a la estatal, local y autonómica), de ahí que la explicación de su inclusión en el art. 427 letra d) probablemente resida en que su expresa mención contribuye a reforzar que se trata de un delito PIF y, en consecuencia, de competencia de la Fiscalía europea. Para García Albero, cuando la colaboración público-privada en una gestión de un servicio público cristaliza en una sociedad mixta que gestiona fondos europeos, estamos ante fondos públicos y, por consiguiente, la gestión de aquellos fondos habrá de asimilarse a la realizada por funcionario o autoridad (García Albero, 2019).

En todas estas figuras delictivas se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 427 bis y 430 CP) si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 31 bis del CP³⁹. Además, por disponerlo el art. 445 CP en sede de Disposiciones comunes a los delitos previstos en el título, son perseguibles penalmente incluso los actos preparatorios (conspiración, proposición y provocación) para cometer los delitos comentados.

Por lo que se refiere a las exigencias de armonización de comportamientos descritas señalados anteriormente en los apartados descritos con los números 3, y, 4 y 5, cabe decir que con anterioridad a la Directiva PIF, la primera reforma de calado que experimentó el delito de malversación de caudales públicos fue con motivo de la publicación de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre en materia de transparencia y lucha contra el Fraude fiscal y la Seguridad Social. Como indica la propia Exposición de Motivos, con la finalidad de dotar de la máxima transparencia al sector público y garantizar la confianza en la veracidad de la información que refleja la situación económica de las administraciones y entidades públicas (en definitiva, la veracidad de las cuentas públicas), se introdujo una modalidad muy próxima al delito de falsedad de información societaria previsto en el art. 290 del CP. A tal efecto, se incluyó el art. 433 bis por el que se castiga a la autoridad o funcionario público que de forma idónea para causar un perjuicio a la entidad pública de la que dependa, y fuera

3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad, aunque pertenezcan a particulares.

4.º A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley.

39 Críticamente, vid. Fernández Teruelo, 2020.

de los supuestos de falsedad documental previstos en el art. 390, falsearse su contabilidad, los documentos que deben reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos (por ejemplo, introduce en el expediente facturas falsas). Y, con la misma finalidad, de fomentar la transparencia en la información fundamentalmente económica de las administraciones públicas, se añadió el castigo, con idénticos sujetos activos, por la facilitación a terceros de esa información mendaz relativa a la situación económica de la entidad pública de la que dependan, o de alguno de los documentos o informaciones a las que se refiere el párrafo anterior, cuando tal conducta resulta idónea para causar un perjuicio económico a la misma entidad pública. Es importante tener en cuenta que por este delito no solo responden los funcionarios o autoridades que gestionen Entidades públicas empresariales, sino señaladamente las sociedades mercantiles públicas, y las personas físicas y jurídicas que, por cualquier título gestionan fondos, rentas o efectos públicos. Esta fórmula ampliatoria de la responsabilidad penal a sujetos no propiamente funcionarios o autoridades procede de la reforma penal por LO 1/2019, de 20 de febrero, en virtud de la cual también responden penalmente por el delito de malversación de caudales públicos las personas jurídicas (art. 435.5).

Todas estas conductas, en la medida en que no se trate de supuestos de falsificación de documentos públicos u oficiales – art. 390 del CP – se castigan con penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación, y pena de prisión de uno a cuatro años en el supuesto de causación efectiva del perjuicio económico.

Por su parte la reforma por LO 1/2015 dio un vuelco al tradicional diseño de la malversación de caudales, suprimiendo del delito de malversación propia las modalidades de distracción contempladas en el art. 433 (destinar a usos ajenos a la función pública los caudales y efectos puestos a cargo del funcionario por razón de sus funciones pero sin intención de incorporación patrimonial) y la del art. 434 (dar una aplicación privada a los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u organismos dependiente de ellos). En su lugar, se introdujo una novedosa tipificación de la malversación de fondos públicos que tomó como referencia los modelos de descripción típica de los delitos de administración desleal y apropiación indebida cometida por particulares en sede de delitos patrimoniales. A tal efecto el art. 432 párrafo 1º remitía la descripción de la conducta cas-

tigada a la establecida para el delito de administración desleal previsto en el art. 252 del CP. En su segundo apartado, la descripción de la conducta quedaba confiada a la prevista en el art. 253 del CP que tipifica el delito de apropiación indebida (antes prevista para funcionarios públicos en el art. 438 conjuntamente regulada con la estafa). El reenvío solo era respecto a las modalidades del núcleo central de la acción típica, pues los sujetos activos, el objeto material, las penas y los propios tipos agravados relacionados con la importancia de la cuantía del perjuicio o el entorpecimiento o daño causado al servicio público se contemplaban en el art. 432.3 del CP.

Desde la reforma por Ley Orgánica 1/2019 se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas para el delito de malversación de caudales (art. 435.5° CP). La justificación está en la preocupación de la UE por proteger sus intereses financieros, que no se queda ahora en el ámbito de los ingresos (fraude del IVA intracomunitario y otros futuros impuestos que vayan surgiendo de ámbito comunitario) y los gastos a través de subvenciones y ayudas. Sobre la base integral de protección de los intereses financieros de la UE, la Directiva PIF parte de un principio de protección, también de los activos y del gasto cubierto por el presupuesto de la Unión Europea, incluyendo los relacionados con los contratos públicos y, por supuesto, alcanza también a la misma gestión directa, indirecta y compartida cuando es asumida por particulares (sea persona física o jurídica). De hecho, en los Fondos *Next Generation* tendrán un protagonismo especial las sociedades mixtas para activar la colaboración público-privada.

En el momento en que se cierran estas páginas asistimos a una nueva reforma del delito de malversación por la Ley Orgánica 14/2022 de 22 de diciembre de transposición de Directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. Por motivos de la extensión de este trabajo, prescindimos de su comentario⁴⁰.

40 Al respecto se remite a González Cussac, 2023.

9 CONCLUSIONES

El impacto económico y social que la COVID- 19 ha tenido en todos los Estados miembros ha impulsado una respuesta unitaria, por parte de la Unión Europea, en forma de préstamos y trasferencias no reembolsables a los Estados miembros. En la gestión y control de estos Fondos se producen importantes cambios que alteran las tradicionales reglas de juego que, hasta el momento, inspiraban la ejecución de los fondos europeos. Los cambios más importantes, muy brevemente sintetizados, son en mi opinión, los que siguen:

- El desembolso de los Fondos *Next Generation* que la Unión Europea pone a disposición de los Estados miembros están condicionados al cumplimiento de distintas obligaciones.
- Entre las obligaciones más significativas está el contar con unos sistemas de gestión y control de primer nivel para lograr la integridad institucional en la asignación y ejecución legal de las ayudas europeas y evitar conductas de fraude, corrupción, conflicto de intereses, doble financiación, además de otras irregularidades graves.
- Los entes públicos (en todos los niveles de la administración) y los destinatarios de las ayudas asumen la obligación de elaborar unos Planes de medidas Antifraude como mecanismo para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción, los conflictos de intereses y la doble financiación.
- Los Planes de medidas Antifraude son una figura totalmente novedosa en el panorama administrativo español, y supone introducir en el sector público sistemas de integridad institucional y de cumplimiento normativo similares a las técnicas de *compliance* propias del sector privado.
- La adopción de Planes de medidas Antifraude sigue la senda de las recomendaciones de la OCDE sobre integridad pública que viene declarando que las administraciones públicas deben estar adheridas a valores éticos, así como a un conjunto de principios y normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados, evitar la corrupción, y garantizar una gestión transparente de todas sus actuaciones.

- El fraude en el desembolso, gestión y ejecución de los Fondos *Next Generation UE*, en tanto se integran en el presupuesto de la Unión Europea, deberán ser castigados por los delitos descritos en la Directiva PIF, delitos que deben ser traspuestos en la legislación nacional de los Estados miembros de una forma homogénea.
- Los citados Fondos también entran dentro del radio de acción del control de la Fiscalía Europea en tanto tiene encomendada la investigación y el enjuiciamiento de los delitos que defrauden al presupuesto de la Unión (delitos PIF en materia de gastos e ingresos, corrupción, malversación, blanqueo de capitales, organización criminal y otros delitos conexos).
- La Fiscalía Europea, juntamente con otras Agencias Europeas, señaladamente la Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF) y el Tribunal de Cuentas Europeo, podrán fiscalizar las irregularidades que surjan en la ejecución de los Fondos *Next Generation UE* para su recuperación.

En definitiva, todo apunta a que el desembolso y ejecución de los Fondos *Next Generation EU* y, en particular, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, además de ser la clave económica para la recuperación y transformación de nuestra estructura socio-económica tras la pandemia COVID-19 conlleva una mayor integración supranacional que puede leerse como un fortalecimiento del Espacio Superior de Libertad, Seguridad y Justicia en materia de lucha contra la corrupción y el fraude a los intereses financieros de la UE.

REFERENCIAS

ABANTO VASQUEZ, A. Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras. Delitos contra la libre y la competencia. *In: PIEDECASAS, J. R Serrano; DEMETRIO, E. (Dir.). Cuestiones actuales del Derecho Penal de Empresa Colex.* Madrid, 2010.

ADÁN NIETO MARTIN, A.; GARCÍA MORENO, B. (Coord.). Guía para la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha. Universidad de Castilla-La Mancha. 2018.

ADÁN NIETO MARTIN, A.; GARCÍA MORENO, B. De la ética pública al public compliance sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas. *In*: BOQUIN, C. Marí (Coord.); COLOMER, J. L. Gómez (Dir.). **Tratado sobre la compliance penal**: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. Tirant Lo Blanch, 2019.

BRAGE CENDAN, S. **Los delitos de alteración de precios**. Granda: Comarés, 2001.

CAMPOS ACUÑA, C. (Dir). **La gestión de los Fondos Next Generation**: claves de la revolución administrativa. La Ley. Wolters Kluwer 2021.

CAMPOS ACUÑA, C. Las oportunidades de los Fondos europeos Next Generation con los ODS y la integridad pública. **Planes antifraude en el Plan de recuperación, transformación y resiliencia**. Aranzadi 2022.

CANDELA TALAVERO, J. E. El peligro del fraude en el uso y gestión de los Fondos Next Generation. Planes y medidas de control. **Contratación administrativa Práctica**, n. 183, jan./feb. 2023.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. La inconsistente inclusión del delito de malversación de caudales públicos en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a través de la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero. *In*: REMESAL, J. de Viente *et al.* (Dirs). **Libro homenaje al Profesor Diego Luzón Peña con motivo de su 70º Aniversario**. Madrid: Reus SA, 2020. V. II.

FOFFANI, L. Exigencias fundamentales para la construcción de un Derecho penal europeo. *In*: SOUTO, M. Abel *et al.* (Coords.). **VIII Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

FRAGA GÓMEZ, O. Directiva 2019/1937 de protección del denunciante y sistemas internos de comunicaciones de irregularidades en las entidades financieras. Whistleblowing system. *In*: BURGOS, Enrique *et al.* (Dirs). **Derecho penal 2022**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022.

GARCIA ALBERO, R. La reforma de 2019 y la protección de los intereses financieros a la Unión Europea. *In*: OLIVARES, G. Quintero *et al.* (Dirs). **Reformas penales de 2019**. Cizur Minor: Aranzadi, 2019.

GIMENO FELIÚ, J. M. El desafío de Fondos Next Generation como elemento de transformación de la gestión pública. **Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XX**, Zaragoza, 2021.

GÓMEZ ASENSIO, J.A. **El compliance de los planes antifraude de las administraciones locales y sus sociedades mercantiles de los Fondos Europeos Next Generation**. Diario La Ley n. 10032, Wolters Kluwer, 18 mar. 2022.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. El retorno a las figuras autónomas de malversación. *In: CUSSAC, J. L. González et al. (Coords). Comentarios a la LO 14/2022 de reforma de Código Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023.

GONZÁLEZ PASTOR, D. La actividad del lobby en España como un derecho democrático. *In: SANJURJO Y FERNANDO VÁZQUEZ-PORTOMENE, Vicente A. Los lobbies: Un instrumento de participación democrática o medios de corrupción*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023.

LÓPEZ DONAIRE, B. La prevención de la corrupción en la Administración pública. El método 9-4 ¿se pueden prevenir los “cisnes negros” en la I-Administración”. **Revista Administración & Ciudadanía**, v. 15, n. 1, p. 84-98, 2020.

LOPEZ DONAIRE, B.; GIMENO BEVIA, J. **La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

MARTÍNEZ –BUJAN PÉREZ, C. La nueva causa de anulación de la pena de los arts. 262-3 y 288 bis del Código penal. *In: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.) et al. Comentarios a la LO 14/2022 de reforma de Código Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023.

MARTÍNEZ -BUJAN, C. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**. Parte Especial. 6. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

MORALES PRAT, F. *La reforma de 2019 y la protección de los intereses financieros a la Unión Europea en la Directiva 2017/1371 y su recepción en la reforma del Código penal de 2019*”. En *El Derecho Penal en el siglo XIX: Liber Amicorum en honor a José Miguel Zugaldía Espinar*. E. Marín de Espinosa Ceballos (dir.) et. al. Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, págs. 607-519.

PEREZ RIVAS, N. Corrupción publica y Covid: la responsabilidad del conseqüidor. *In*: ALAPONT, José León (Dir.). **El derecho penal ante las crisis sanitarias**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023.

QUINTERO OLIVARES, G. La ampliación del concepto de funcionario público a los efectos del delito de soborno, tráfico de influencias y malversación de caudales públicos. **Reformas penales de 2019**. Cizur Minor: Aranzadi, 2019.

REY IGLESIAS, P. **La pequeña revolución normativa para la captación de Fondos Next Generation**. El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, La Ley 14589/2020.

VALEIJE ALVAREZ, I. La responsabilidad penal del sector público institucional en el Código Penal español. **Revista de Derecho Penal**, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, n. 29, p. 175-198, 2022a.

VALEIJE ALVAREZ, I. Sobre la responsabilidad penal de las Sociedades Públicas mercantiles que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (art. 31.2 quinquies CP)". *In*: VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (Dir.); SANJURJO RIVO, V. A. (Coord.). **Los Lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?** Valencia: Tirant lo Blanch, 2022b.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. **El delito de contrabando**. Madrid: Dykinson, 2022.

ACERCA DE LA INEFICACIA PRÁCTICA DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: CAUSAS Y REMEDIOS

CARLOS AYMERICH CANO^{1*}

1 INTRODUCCIÓN

En un artículo publicado en 2019² indiqué que, desde mi punto de vista, el análisis de la regulación de las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (LCSP) revela la tensión entre un sistema draconiano sobre el papel y una aplicación práctica laxa, cuando no directamente ineficaz.

En los pocos años transcurridos desde entonces, la evolución práctica del modelo confirma aquel juicio, incluso con alguna agravante añadida: si en 2019 el Registro Oficial de Licitadores (ROLECE), en el que por mandato legal deben ser publicadas las prohibiciones para contratar en vigor, aun podía ser consultado ofreciendo una cierta transparencia³, en la actualidad no puede examinarse en su globalidad sino exclusivamente buscando, una por una, la ficha de cada empresa o entidad⁴.

1 * Universidade de Coruña.

2 Véase también Aymerich Cano, 2020.

3 Ciertamente mejorable: el registro podía consultarse sólo a través de una página escaneada no utilizable como texto.

4 En una información data el día 18 de junio de 2023, el diario “Público” revela que más de 150 empresas, entre personas físicas y jurídicas, están afectadas por prohibiciones para contratar. A pesar de que esta información debería ser pública, el diario tuvo que acudir a la legislación de transparencia para superar la negativa del Ministerio de Hacienda a facilitar esos datos (<https://www.publico.es/econo->

A través de este trabajo intentaré exponer cómo funciona el sistema de prohibiciones para contratar, el contraste existente entre su aplicación práctica y el diseño legal para, finalmente, proponer algunas reformas tendentes a mejorar su eficacia.

2 CAUSAS

Las vías para conseguir la ineficacia práctica de las prohibiciones para contratar son diversas.

2.1 No incoación del procedimiento

La vía más directa – y también potencialmente la más arriesgada para los funcionarios o autoridades responsables – es, simplemente, no incoar el procedimiento de declaración de la prohibición para contratar.

Tal es el caso decidido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) 180/2021, de 30 de abril, que condena a la Administración autonómica gallega a incoar el procedimiento de declaración del alcance y duración de prohibición de contratar contra diversas empresas de transporte culpables de la resolución de anteriores contratos.

Es interesante destacar que el TSJG acoge sin ambages la legitimación del denunciante, reconociendo su derecho al trámite, esto es, a la incoación de un procedimiento que la Administración debe iniciar de oficio.

El TSJG acoge, implícitamente, la figura del “denunciante cualificado” o “denunciante interesado”, acuñada por el TS para proteger los derechos de las personas portadoras de intereses que se ven perjudicados por la inactividad de una Administración que se resiste a iniciar procedimientos que sólo se pueden incoar de oficio.

Más concretamente, la categoría fue creada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2015, confirmando la dictada en instancia por la Audiencia Nacional, en relación con la solicitud formulada por la asociación “Salvemos Pontevedra” para que por parte del órgano competente de la Administración del Estado se incoase expediente de caducidad de la concesión de dominio público marítimo-terrestre

[mia/150-empresas-particulares-prohibido-contratados-administracion.html#m-d=modulo-portada-ancho-completo:t1;mm=mobile-big](https://www.mia/150-empresas-particulares-prohibido-contratados-administracion.html#m-d=modulo-portada-ancho-completo:t1;mm=mobile-big)).

de la que era titular la empresa ELNOSA en la ría de Pontevedra. En lo que ahora interesa, el fundamento sexto de la sentencia razona:

Antes de la incoación propiamente dicha de los procedimientos administrativos incoados de oficio —que es desde cuando (esto es, a partir del momento de su incoación) se inicia el cómputo de su plazo a efectos de determinar la producción del silencio— y, por tanto, no dentro de tales procedimientos, es cuando puede producirse la denuncia de los particulares que puede dar lugar en su caso a la incoación ulterior de tales procedimientos.

Pues bien, en garantía de los derechos que asisten a éstos, la tramitación de la denuncia no puede quedar al albur de la Administración, al menos, no siempre y en todo caso. Puede tratarse de denunciantes cualificados, bien porque ostentan algún derecho o interés legítimo (denunciantes-interesados) o porque actúan en el ejercicio de una acción pública legalmente reconocida, como es el caso. En estos supuestos hemos de considerar que tienen derecho a obtener al menos una respuesta sobre su denuncia (solicitud) por parte de la Administración. Y a falta de dicha respuesta, como no está previsto el sentido asignado al silencio (porque la Ley solo contempla la caducidad del procedimiento ya incoado, pero no lo que sucede antes de comenzar propiamente el indicado procedimiento), dicho silencio necesariamente ha de tenerse por positivo, de acuerdo con el artículo 43.2 LRJAP-PAC primer párrafo.

Bien entendido que los efectos del silencio indicado se limitan en estos casos a lo que les es propio, esto es, lo que obtendrían sus beneficiarios sería el denominado derecho al trámite o, en otros términos, el derecho a la incoación del procedimiento, no a que se acceda a la pretensión de fondo.

La reciente promulgación de la Ley de Protección de Informantes⁵ refuerza esta legitimación de terceros al incluir, dentro de su ámbito de aplicación (artículo 2) las infracciones del Derecho de la Unión Europea que afecten al mercado interior – dentro del cual se incluye la contratación pública – y, más en general, las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave.

5 Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Vid. *Barbará Rodríguez*, 2023.

Por lo demás, aun cuando no sea objeto de este trabajo, conviene recordar la existencia de una historia accidentada – en lo administrativo, lo contencioso-administrativo y también en lo penal – de relaciones entre las empresas de transporte, la Administración gallega, los órganos de defensa de la competencia y las prohibiciones para contratar⁶.

2.2 No determinación del alcance y duración de la prohibición en la sentencia o resolución

Una segunda vía para lograr la ineficacia de las prohibiciones, en los supuestos de condena penal o sanción administrativa firme, se abre cuando la sentencia o resolución no determina el alcance (esto es, a qué Administraciones o tipos de contrato afecta) ni la duración de la prohibición. En tal caso, de acuerdo con el artículo 72 LCSP, la declaración corresponde al Ministerio de Hacienda, previa instrucción del procedimiento por la Junta Consultiva de Contratación Pública estatal (JCCP).

Aquí debemos diferenciar, a la luz de la última doctrina administrativa, entre la condena penal o las resoluciones sancionadoras:

a) En el caso de la condena penal firme de los administradores de una persona jurídica, la JCCP estatal ha revisado el criterio que venía aplicando el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) de acuerdo con el cual, si el órgano de contratación constata la existencia de una condena penal firme a los administradores de una empresa licitadora por alguno de los delitos incluidos en la relación del artículo 71.1.a) LCSP debería suspender la adjudicación del contrato y remitir el expediente a la JCCP estatal.

Según la Resolución del TACRC de 14 de julio de 2017 (Rec 0531-2017), en tal caso:

6 El rastro puede seguirse en la prensa gallega: “Un xulgado abre dilixencias por prevaricación contra o director de Mobilidade da Xunta pola súa xestión dos autobuses” (<https://praza.gal/politica/un-xulgado-abre-dilixencias-por-prevaricacion-contra-o-director-de-mobilidade-da-xunta-pola-sua-xestion-dos-autobuses>); “A Xunta desbota investigar se empresas de buses atentaron contra a competencia ao non loitar entre elas no maior concurso do sector” (<https://praza.gal/economia/a-xunta-desbota-investigar-se-empresas-de-buses-atentaron-contra-a-competencia-ao-non-loitar-entre-elas-no-maior-concurso-do-sector>); “O Tribunal Superior di que Monbus e Alsa se repartiron o concurso da Xunta para renovar as liñas de bus e ordena sancionadas” (<https://praza.gal/economia/o-tribunal-superior-di-que-monbus-e-alsa-se-repartiron-o-concurso-da-xunta-para-renovar-as-linas-de-bus-e-ordena-sancionadas>).

[...] hay que aplicar el art. 61.2 y 3 del TRLCSP⁷ que, determinan que cuando la sentencia o resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar –como es el presente caso–, el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo –art. 61.2-. Y la competencia para tramitar y resolver este procedimiento, de fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar en los casos en que no figure en la correspondiente sentencia o resolución, corresponderá al Ministro de Hacienda, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –art. 61.3.

Así las cosas, ¿cómo debería proceder el órgano de contratación? La opción que ofrece el tribunal administrativo no puede ser más decepcionante, pues lo que debe hacer es, según el TACRC.

[...] remitir todo el expediente a la Junta Consultiva de Contratación del Estado, para que tramite y resuelva el expediente a que se refiere el art. 61.3 del TRLCSP, sobre la prohibición de contratar para la sociedad ESPORTS 85, S.L., a la vista de la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 13 de enero de 2014, y determine el alcance y duración de la prohibición de contratar. Y entre tanto se resuelve el citado expediente, adoptar la medida provisional de suspender la resolución del expediente de contratación o cualquiera otra que estime oportuna, de conformidad con el art. 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa de oficio o a petición del Ayuntamiento, puede también adoptar la medida provisional que estime oportuna, tal y como permite el art. 61, bis 3, párrafo último del TRLCSP.

Es decir, debe permitir la participación de la empresa y suspender el procedimiento de contratación mientras el Ministerio Hacienda resuelve – si es que lo hace – el procedimiento dirigido a determinar el

⁷ La regulación de las prohibiciones para contratar contenida en los art. 71 a 73 de la nueva LCSP reproduce sin apenas modificaciones lo ya previsto en el derogado Texto Refundido de 2011 de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF) que el TACRC aplica en la resolución citada, introducido a través de la Disposición Final 9ª de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

alcance y la duración de una prohibición cuya existencia ya ha sido declarada. Es decir, en el mejor de los casos, una demora de tres meses en la efectiva satisfacción del interés público que justifica la contratación.

En la práctica, aun cuando no se comparta, la alternativa resulta evidente: obviar la existencia del hecho causante de la prohibición para contratar y continuar el procedimiento evitando, en lo posible, la contratación con el licitador afectado.

Este frustrante criterio ha sido revisado por la JCCP a partir del Informe nº 26-2019, de 21 octubre, de acuerdo con el cual, en el caso de condena firme de los administradores por alguno de los delitos listados en el artículo 71.1.a) LCSP, la locución “vigente su cargo y representación y hasta su cese” debe ser interpretada en el sentido siguiente:

Dicha prohibición extenderá sus efectos a las personas jurídicas que, aunque no hayan sido condenadas penalmente, mantengan en su cargo o representación administrador o representante –de hecho o de derecho- que ha sido condenado mediante sentencia firme. Tal prohibición persiste únicamente hasta el momento de su cese efectivo en el cargo o representación, porque recordemos que la ley alude expresamente a los administradores de hecho.

En consecuencia,

[...] la prohibición de contratar alcanzará únicamente a las entidades licitadoras solo durante el tiempo en que mantenga como administrador o representante, de hecho o de derecho, a quien haya sido condenado por sentencia firme por alguno de los delitos que se consignan en el artículo 71.1, a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Y, en tal supuesto, el órgano de contratación puede aplicar directamente la prohibición para contratar excluyendo del procedimiento a la empresa afectada:

Si nos atenemos al tenor literal de la ley aparentemente correspondería a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado instruir el pertinente procedimiento para la determinación del alcance y duración de la prohibición de contratar también en el caso planteado en la consulta. Sin embargo, el propio tenor del

texto legal, cuando alude al cometido de la Junta en este caso, esto es, la declaración de la duración de la prohibición, resulta contradictorio con el hecho de que la duración de la prohibición ya viene establecida en la ley por referencia a la subsistencia del cargo del administrador. Por tanto, es imposible que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado declare tal duración, que es indeterminada y ya viene fijada en el texto legal. *Por esta razón, la única conclusión posible en este caso es que la ley ya determina cuál es la duración de la prohibición de manera automática, de modo que el propio órgano de contratación, al conocer las circunstancias del caso, puede sin necesidad de ulterior pronunciamiento apreciar la prohibición de contratar, que desplegará sus efectos ex lege mientras concurra la circunstancia prevista en la ley.*

La interpretación que la JCCP estatal sostiene en este informe supone, sin duda, un avance pero, aun así, deja sin resolver el caso en el cual la condenada sea la persona jurídica y no sus administradores. En tal supuesto seguiría aplicándose el criterio mantenido por el TACRC en la resolución citada de 14 de julio de 2017.

b) En el caso de sanciones administrativas firmes, en particular las impuestas por infracciones en materia de competencia, se produce una situación similar.

En efecto, por razones nunca explicadas, las resoluciones sancionadoras dictadas por la CNMC no determinan ni el alcance ni tampoco la duración de la prohibición para contratar que, por imperativo del artículo 71.1.b) LCSP, debe aplicarse a las empresas sancionadas⁸. De modo que, una vez firme la sanción, el expediente debe remitirse a la JCCP estatal para que tramite el procedimiento correspondiente.

Recientemente, en el curso de una comparecencia parlamentaria, la presidenta de la CNMC anunció que la determinación del alcance y la duración de la prohibición se realizaría en las propias resoluciones sancionadoras, apuntando las ventajas derivadas de ese cambio, que ella

8 Esta omisión contrasta con la actuación de órganos autonómicos de defensa de la competencia que, como el catalán o el gallego, sí acostumbran a determinar expresamente la duración y el alcance de la prohibición impuesta. Véase, entre otras, la Resolución 4/2020, de 15 de diciembre, de la Comisión Gallega de la Competencia (Licitación Transporte Escolar), que impone a las empresas sancionadas por una infracción muy grave en esa materia la prohibición de contratar durante tres meses servicios de transporte escolar en la provincia de Lugo.

resume en mayor seguridad jurídica, la posibilidad de limitar el alcance subjetivo de la prohibición y, en fin, el carácter disuasorio que produce la aplicación inmediata de la prohibición para contratar⁹.

9 “¿Qué pasa ahora con la prohibición de contratar? Que como vemos que no se aplica, vamos a recurrir al segundo mecanismo que nos permite la ley, que es que en nuestras propias resoluciones se determine ya el alcance y la duración de la prohibición de contratar. Hasta el máximo de los tres años que determina la ley, nosotros podemos ya decretar en la propia resolución qué alcance y qué duración tiene. ¿Por qué lo vamos a hacer? Creemos que tiene varias ventajas. Primero, tiene una ventaja de seguridad jurídica para las empresas. Estamos teniendo consultas de organismos internacionales, en donde se presentan para competir empresas españolas que tienen una prohibición de contratar no ejecutada, suspendida, que nos preguntan si pueden o no pueden concurrir, y yo tengo que responder: Esto está suspendido. No me queda más remedio que responder eso. Entonces, el organismo internacional convocante se queda en una situación de incertidumbre sobre si debe o no admitir a estas empresas a esa licitación. Esta incertidumbre se termina cuando sea yo quien imponga la prohibición de contratar, porque impondré duración y alcance; y si el producto al que le he impuesto la prohibición de contratar no es el producto de la licitación, al menos no la contamina, con lo cual ya hay una primera garantía: seguridad jurídica.

Segunda, si es la Junta de contratos del sector público, tiene que imponer la prohibición de contratar frente a toda la Administración; esa empresa no podrá contratar con ningún ente de la Administración. Si soy yo quien la impone, al establecer duración y alcance — que puedo hacerlo —, puedo limitar mejor el impacto y puedo determinar dónde tiene sentido prohibir a esa empresa que contrate. Si hablamos de empresas que tienen mil negocios, no va a tener sentido prohibirles toda la contratación, como haría la junta; yo sí que puedo modular.

Tercera, el hecho de imponer la prohibición de contratar con inmediatez marca disuasión. Una empresa que ve que a lo mejor dentro de ocho años tiene que... ¡bah!, veremos si existo. Si es inmediatamente cuando yo impongo la resolución, por supuesto, puede ir a los tribunales, por supuesto la pueden suspender, pero también se puede plantear presentarme un programa de cumplimiento normativo suficientemente sólido que nos dé garantías de que no va a volver a cometer esa infracción, con lo cual hemos ganado doblemente, porque tenemos un asesoramiento preventivo. Obviamente, si esa empresa incumpliera ese programa de cumplimiento normativo, tendría un agravante en la siguiente sanción, no cabe duda. Al menos, esa inmediatez nos permite que aquellas empresas que estén comprometidas con el cumplimiento de la defensa de la competencia y pongan en funcionamiento programas de cumplimiento serios, rigurosos y sólidos, no cosméticos, que vamos a valorar, tenemos por ley la posibilidad de levantarles la prohibición de contratar, con lo cual, adelantamos los posibles efectos beneficiosos de la medida. Esas son las razones que nos llevan a decidir hacerlo nosotros, y hemos sacado a consulta pública con la mayor transparencia un primer documento sobre criterios. Lo que queremos es aprobar una comunicación, que la aprobará el Pleno de la CNMC, previa comunicación también al Consejo de Defensa de la Competencia con representación de las comunidades autónomas. Esperamos hacerlo este mismo año, a ser posible antes del verano” (Comparecencia de la Presidenta de la CNMV ante la

La propuesta, en suspenso tras el adelanto de las elecciones generales al 23 de julio de 2023, resulta especialmente necesaria a la vista de cómo la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional suspende de forma sistemática todas las sanciones pecuniarias impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y, con ellas, también las prohibiciones que comportan la incoación del procedimiento correspondiente ante la JCCP estatal.

Al margen de la alarma social producida por la suspensión automática de sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de competencia¹⁰ y de lo discutible que resulta suspender la efectividad de sanciones económicas impuestas a grandes empresas que en ningún caso verían comprometida su viabilidad si tuviesen que pagarlas¹¹, lo cierto es que el Tribunal Supremo ha ratificado las suspensiones decretadas por la Audiencia Nacional, sentando al respecto la siguiente doctrina casacional:

La cuestión de interés casacional planteada consiste en determinar si la declarada prohibición de contratar que incluye la resolución sancionadora dictada por la CNMC ha de entenderse inmediatamente ejecutiva a los efectos de su eventual suspensión cautelar o, por el contrario, la ejecutividad de dicha medida se producen un momento posterior tras la tramitación del procedimiento correspondiente ante la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Comisión de Asuntos Económicos Transformación Digital, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, nº 872, 23 de marzo de 2023).

- 10 Piénsese en el caso de la sanción de 203,6 M€ impuesta en el caso “Obra Civil 2” a siete grandes empresas constructoras españolas que compartían trabajos técnicos e información comercial en la licitación de grandes obras públicas durante 25 años, entre 1992 y 2017 (Resolución CNMV de 7 de julio de 2022, caso S/0021/20).
- 11 “A la vista de tales datos considera la Sala que la conveniencia de la suspensión de la ejecutividad de la sanción aparece suficientemente justificada desde la perspectiva de los intereses en conflicto a que se refiere el transcrito artículo 130.1 de la Ley jurisdiccional, pues de lo expuesto se deduce que el pago inmediato de la sanción impuesta por la resolución recurrida, de 57,1 millones de euros, produciría para DRAGADOS un impacto económico- financiero negativo significativo, atendiendo a su tesorería y a sus ratios de solvencia, conllevaría un riesgo de devolución anticipada de financiación ajena actualmente vigente, de ejecución de garantías y/o avales que podría incidir de manera negativa en la capacidad de DRAGADOS para obtener nuevos proyectos de clientes importantes” (Auto de la AN 249/2023, de 9 de enero, en relación con la sanción impuesta a Dragados en el asunto “Obra Civil 2”).

A tal efecto debe afirmarse que la prohibición de contratar acordada por la CNMC al amparo del art. 71.1.b) de la LCSP es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias.

Los efectos de la prohibición de contratar solo se producen, y la limitación solo es ejecutiva, desde el momento en el que se concreta el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora bien a través del procedimiento correspondiente y, en este último caso, una vez inscrita en el registro.

Ello no impide que el órgano judicial, por vía cautelar, pueda suspender la remisión a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado cuando, entre otros supuestos, haya considerado necesario suspender cautelarmente la sanción a la que va anudada¹².

3 REMEDIOS

3.1 Sobre la apreciación de las prohibiciones para contratar

Existe, sin embargo, otra alternativa que además de ser más respetuosa con la literalidad de la normativa aplicable cumple en mayor medida con los objetivos declarados del sistema de prohibiciones.

En efecto, la legislación española de contratación pública distingue dos funciones diferentes en relación con la aplicación de las prohibiciones para contratar: la apreciación de la existencia de una prohibición por un lado y, del otro, la determinación de su duración y alcance. Esta distinción se observa claramente en vigente Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), cuyo art. 17.2 dispone:

Cuando las sentencias o resoluciones firmes no contengan pronunciamiento sobre la prohibición de contratar o su duración, ésta se apreciará de forma automática por los órganos de contratación, sin perjuicio de que su alcance y duración se determine mediante el procedimiento que se regula en el artículo 19 de este Reglamento.

12 Auto del Tribunal Supremo 5091/2021, de 29 de abril. Confirmando el anterior, Sentencia TS, Sala 3ª, nº 377/2022, de 28 de marzo. Ciertamente, la doctrina sentada por la Sala 3ª del TS corrige, parcialmente, el criterio de la AN – para la cual “el hecho de que la duración y el alcance de la prohibición quede diferido a un procedimiento posterior ante la JCCP no significa que la resolución no contenga ya una prohibición para contratar inmediatamente ejecutiva, al margen de su ponderación posterior” – al afirmar que la ejecutividad de la prohibición para contratar sólo se produce cuando se concreta su alcance y duración.

Así pues, en relación con la prohibición para contratar derivada de la condena por delitos de corrupción o fraude o por la imposición de sanciones administrativas firmes, la competencia para apreciar su existencia pertenece, en todo caso, al órgano de contratación. En cuanto a su duración y alcance, para el caso de que éstos no aparezcan ya fijados en la sentencia o resolución administrativa, habrá de instruirse un procedimiento específico en el cual dicha determinación habrá de ser efectuada, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por el Ministerio de Hacienda.

La “apreciación” —o constatación de existencia— de una prohibición para contratar supone su aplicación al procedimiento concreto que el órgano de contratación esté tramitando, pues ésta es su eficacia mínima. Su aplicación a otros procedimientos de los que conozca ese u otro órgano (“alcance”) y su extensión temporal (“duración”) es lo que habrá de determinarse a través de un procedimiento *ad hoc* decidido por un órgano diferente del de contratación, siempre y cuando estos extremos no aparezcan ya determinados en la sentencia.

Ésta es, o debería ser, la solución adoptada por la nueva LCSP. Al menos si el apartado segundo de su artículo 72 —titulado “Apreciación de la prohibición de contratar. Competencia y procedimiento”— fuese interpretado de acuerdo con las Directivas europeas que ella transpone y aplicado de conformidad con lo que disponen las normas reglamentarias vigentes. Veamos que es que lo que dice literalmente este precepto legal:

La prohibición de contratar por las causas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas. En el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar; en los casos de la letra e) del apartado primero del artículo anterior; y en los supuestos contemplados en el apartado segundo, también del artículo anterior, el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo.

Al igual que su antecesora, el nuevo precepto sigue distinguiendo entre la competencia de apreciación de la existencia de una prohibición para contratar, que atribuye a los órganos de contratación, y la de determinación de su duración y alcance que atribuye al Ministerio de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la JCCP estatal (art. 73.3 LCSP). Por consiguiente, la “apreciación” – esto es, la constatación de la concurrencia de una prohibición para contratar y su aplicación efectiva al procedimiento de contratación concreto en forma de exclusión del licitador o candidato afectado – tendría que ser decidida directamente por el órgano de contratación, por más que su alcance y duración tenga que determinarse a través de otro procedimiento.

3.2 Sobre la apreciación de las medidas de autocorrección

La centralización de la declaración de la prohibición de contratar en el Ministerio de Hacienda establecida por el legislador español (desapoderando a los órganos de contratación y provocando, en la práctica, la ineficacia del sistema), centralización que pugna con la literalidad de las Directivas – que otorgan expresamente esta competencia a los “poderes adjudicadores” – halla su paralelo, en el ámbito de la evaluación de las medidas de autocorrección, en la previsión en la LCSP de un procedimiento de levantamiento general de la prohibición, también centralizado, que se contradice, nuevamente, con lo dispuesto en las Directivas según las cuales la apreciación de si las medidas adoptadas por el empresario incurso en prohibición son o no suficientes corresponde a cada órgano de contratación en relación con cada procedimiento de contratación concreto.

Basta, a tal efecto, comparar lo dispuesto en el artículo 57.6, párrafo primero, de la DCP, con lo establecido por el artículo 72.5 LCSP.

El precepto europeo, en efecto, dispone:

Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, **el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.**

Sin embargo, la norma española prevé:

No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a).

La prohibición de contratar, así declarada, podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos a que se refiere el párrafo anterior. El órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.

El contraste es claro: la competencia que la LCSP española centraliza una potestad que, de acuerdo con la Directiva, debe ser ejercida en todo caso por el órgano de contratación. El procedimiento único y general, en la LCSP española, casa mal con la apreciación singularizada por parte de cada órgano de contratación exigida por la norma comunitaria.

Por si había alguna duda, el TJUE aclara en su Sentencia de 11 de junio de 2020 (asunto C-472/19, *As. Vert Marine SAS*), en relación al sistema italiano que atribuye la competencia de evaluación de las medidas de autocorrección a autoridades judiciales que, en todo caso, debe asegurarse el derecho de las empresas incurso en prohibición de poder obtener, con antelación suficiente, el derecho a participar en un procedimiento de contratación:

Por otra parte, el artículo 38, apartado 9, de la Directiva 2014/23¹³ debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite a las autoridades judiciales levantar a una persona la prohibición de pleno Derecho de participar en los procedimientos de adjudicación de contratos de concesión a raíz de una condena penal, eliminar tal prohibición u omitir toda mención de la condena en el registro de antecedentes penales, siempre que tales procedimientos judiciales obedezcan efectivamente a las condiciones fijadas y al objetivo perseguido por ese régimen y, en particular, permitan que, cuando un operador económico desee participar en un procedimiento de adjudicación de contratos de concesión, se levante, con tiempo suficiente, la prohibición que le afecta, a la luz de si las medidas correctoras invocadas por ese operador y evaluadas por la autoridad judicial competente de conformidad con las exigencias previstas en esa disposición son adecuadas, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

De modo que nada podría impedir que un licitador incurso en prohibición, incluso después de haber visto evaluadas negativamente las medidas de autocorrección adoptadas (y denegado el levantamiento general de la prohibición), pudiese reiterar esa solicitud ante los órganos de contratación de los procedimientos concretos a los que desee concurrir y tenga derecho a obtener, en tiempo hábil para poder formular una oferta o candidatura de participación, una respuesta motivada.

4 CONCLUSIÓN

La opción del legislador español por desapoderar a los órganos de contratación de la competencia para aplicar y levantar las prohibiciones para contratar, centralizando ambas potestades y refiriéndolas a procedimientos generales (en vez de a cada procedimiento concreto de contratación) es una de las causas que explican la ineficacia práctica del sistema español de prohibiciones para contratar.

La experiencia permite concluir que la obsesión por controlar el sistema no obedece, precisamente, al afán de asegurar su efectividad y aplicación igualitaria a todos los operadores económicos sino, más bien, a todo

13 Precepto de la Directiva de Concesiones prácticamente idéntico al artículo 57.6 de la Directiva vigente de Contratación Pública. Vid. Huergo Lora, 2018; Sánchez Graells, 2014.

lo contrario: a garantizar su ineficacia en especial respecto de los operadores económicos más poderosos y de mayor dimensión. O, por decirlo más claramente, que la decisión última sobre si una gran empresa va a ser o no efectivamente objeto de prohibición de para contratar sea adoptada por el gobierno español y no por cada uno de los órganos de contratación.

En todo caso, cambios como los anunciados por la presidenta de la CNMC (precisar en las propias resoluciones sancionadoras la duración y el alcance de las prohibiciones, de acuerdo con criterios generales previamente publicados) deben ser aplaudidos y deberían ser seguidos por los órganos de la jurisdicción penal.

Todo ello sin perjuicio de acometer una reforma legal que aclare y simplifique el sistema, acercándolo al establecido por las Directivas vigentes.

REFERÊNCIA

AYMERICH CANO, C. "Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. **Revista Aragonesa de Administración Pública**, n. 53, 2019.

AYMERICH CANO, C. Exclusión por corrupción e fraude na contratación pública: diferencias e converxencia. **Administración & Cidadanía**, v. 15, n 1, 2020.

BARBARÁ RODRÍGUEZ, B. Ámbito material de aplicación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero. Especial referencia a la contratación pública. *In*: AYMERICH CANO; PARAJÓ CALVO (Dirs.). **La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales**. Madrid: La Ley, 2023.

HUERGO LORA, A. La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia. **Revista Española de Derecho Administrativo**, 182, 2017.

MEDINA ARNAIZ, T. **Las prohibiciones para contratar desde una perspectiva europea**. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

SÁNCHEZ GRAELLS, A. Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Procurement Directive 2014/24. *In*: F. LICHÈRE; R. CARANTA;

Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho e Rogério Gesta Leal (Orgs.)

S. TREUMER (Eds.). **Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement**,
Copenhagen, Djøf Publishing, 2014.

A PROTEÇÃO DE DADOS PRIVADOS EM FACE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 51 – ADC 51

ROGÉRIO GESTA LEAL^{1*}

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O objetivo geral deste trabalho é avaliar em que medida a proteção de dados privados na era das tecnologias da informação e realidade virtual pode se dar em face de determinados direitos fundamentais sociais, como a segurança pública e apuração de responsabilidades jurídicas.

Para tanto, o problema mais específico que pretendemos indagar neste texto, tomando como premissa o direito fundamental a privacidade e intimidade, e seu correlato, a proteção de dados pessoais, é o verificar se, em nome de interesses públicos indisponíveis – como o da segurança pública e a apuração de responsabilidades jurídicas legítimas –, é possível modular a tutela de direitos individuais como estes.

Em face disto, a hipótese que vamos defender aqui é afirmativa, no sentido de que o Estado pode, à proteção eficiente da segurança pública, ou à persecução eficiente de responsabilidades jurídicas, buscar acessar dados e informações (físicas e virtuais) de pessoas (naturais e jurídicas) de maneira mais célere e direta, observados os ditames do sistema normativo vigente, tendo como referência a decisão judicial nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº51, junto ao Supremo Tribunal Federal.

Elegemos desenvolver este texto a partir dos seguintes objetivos tópicos: (i) alguns aspectos internacionais do contexto da proteção de

1 * Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e FMP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

dados; (ii) privacidade e proteção de dados: uma relação necessária; (iii) a proteção de dados no Brasil e a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº51: notas críticas; (iv) notas conclusivas; (v) bibliografia.

Pretendemos utilizar no texto o método dedutivo, testando nossas hipóteses com os fundamentos gerais a serem declinados. Utilizaremos para tanto técnica de pesquisa com documentação indireta, nomeadamente bibliográfica.

2 ALGUNS ASPECTOS INTERNACIONAIS DO CONTEXTO DA PROTEÇÃO DE DADOS

No momento em que escrevemos este texto o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem seus servidores e site de dados invadido por hackers que praticamente imobilizou parcialmente o sistema de justiça gaúcho por poucos dias, tendo, por conta de pronta reação, conseguido recuperar suas funcionalidades institucionais sem perdas significativas, mesmo assim causando transtornos e problemas que atingiram a tutela jurisdicional propriamente dita.²

Situações como estas são cada vez mais recorrentes no mundo, evidenciando, de um lado, as incipientes estruturas e logísticas de segurança dos gestores públicos e privados de dados e informações de pessoas físicas e jurídicas, até em face das cada vez mais sofisticadas ações criminosas (nacionais e internacionais) no âmbito das redes virtuais de comunicação; de outro, causando danos por vezes trágicos em serviços indispensáveis à tutela de bens e interesses importantíssimos – e até indisponíveis -, como é o caso da jurisdição.

Na sociedade moderna em que vivemos, caracterizada pelo constante e acelerado desenvolvimento tecnológico, compreender de que modo

2 O ataque ocorreu no dia 28/04/2021, e cerca de 18 mil computadores tiveram de ser, de uma hora outra para outra, desconectados para evitar aumento da contaminação virtual. O Tribunal de Justiça (TJ) ainda não sabe o tamanho do problema (<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2021/05/ataque-hacker-ao-judiciario-deixa-arquivos-corrumpidos-contas-invadidas-e-atrasos-processuais-cko8yf2yw000s-018m9gm0kins.html>). O mesmo ocorreu com o Tribunal de Justiça e o Ministério Público do Estado de São Paulo (<https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/457670812/hackers-param-o-poder-judiciario-e-o-ministerio-publico-em-sao-paulo>), e até com o Superior Tribunal de Justiça, em novembro de 2020 (<https://www.telesintese.com.br/stj-sofre-ataque-digital-e-suspende-atividades/>).

se possa tutelar adequadamente o direito à privacidade individual representa questão fundamental. Em particular, a grande difusão de smartphones e das redes sociais tem proporcionado que se possa vir a acessar/conhecer informações e dados, do passado e do presente, de aspectos importantes da vida das pessoas.

Evidente que esta espetacularização do privado recebe impulso quotidiano de auto exposições multifacetárias envolvendo opiniões, relações sociais, hábitos, experiências de trabalho, de relacionamentos, projetos de vida, etc.

Provavelmente, e em certos aspectos também inconscientemente, estamos perdendo a concepção e o valor da tutela da própria privacidade, deixando de perceber como a proteção dos dados pessoais representa articulação fundamental em relação a outros direitos e seus exercícios.

Por conta disto, os ordenamentos jurídicos democráticos hodiernos têm cada vez mais adotado mecanismos emergenciais e de policia para enfrentar ameaças à segurança dos cidadãos, sobretudo provenientes de fenômenos como o terrorismo – nacional e internacional. Este desafio implica estudos e conexões necessárias com diversos campos dos sistemas jurídicos globais e de Estados Nacionais, constitucionais e infraconstitucionais, tendo de revisar, por vezes, antigos institutos dogmáticos vigentes para atualizá-los – ou criar novos – a fim de dar conta destas demandas.

Tais fenômenos restam caracterizados e mesmo constituídos por múltiplas dimensões históricas e políticas que tendem, de um lado, a desequilibrar o próprio Estado de Direito; e de outro, a limitar a fruição de tradicionais direitos individuais. Em face disto, o modo como geralmente os ordenamentos jurídicos reagem diante destes fenômenos tem sido o de realizar intervenções de caráter emergencial consistentes em ampliar ferramentas de polícia, fazendo com que órgãos estatais – dentre eles o Judiciário - e a opinião pública, sejam chamados para debater sobre a eficácia destes mecanismos em tutelar a segurança individual bem como a integridade do Estado de Direito.³

3 Isto pode ser visto de forma muito explicita nas experiências: (i) norte americana no que tange ao ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 e (ii) nos ataques terroristas do continente europeu, nomeadamente os de Madri, Londres, Bruxelas e Paris, nos anos seguintes. No ponto ver o interessante trabalho de BASSU, 2010.

As tradicionais liberdades negativas - a partir das liberdades pessoais – são os primeiros direitos fundamentais do homem a serem potencialmente atingidos por aqueles mecanismos de segurança pública (e também privada), demonstrando que a exigência de controle e prevenção tem pontos de contato deveras estreitos seja com os âmbitos de tutela das liberdades fundamentais e suas formas de exercício clássicas, seja em sua declinação digital, referindo-nos ao emprego de meios de comunicação, sobretudo através das redes virtuais.

Uma das primeiras formas invasivas da privacidade nestes cenários foi a adotada pelos Estados Unidos da América – USA, a partir do *Patriot Act*, de 2001, impondo inúmeras restrições as liberdades individuais, e mesmo criando formas de duvidosa constitucionalidade e legalidade para lidar com os riscos e perigos do terrorismo, como a prisão de Guantanamo.⁴ Todavia estas precauções não foram suficientes para evitar outras modalidades de ataques como as provocadas pelo escândalo do *Datagate*, de autoria de Edward Snowden, ao revelar detalhes de programas de vigilância global da NSA norte americana, notadamente através do programa PRISM, expondo políticas de invasão de privacidade do governo sem controle político ou social.⁵

A partir dos primeiros anos do século XXI só aumentam os instrumentos de investigação do Estado em nome da segurança pública e para o enfrentamento de várias espécies de criminalidades, o que inexoravelmente atinge dados de pessoas físicas e jurídicas, colocando em risco vários e históricos direitos e garantias constitucionais.

Mas não é só o Estado que assim age, o Mercado também o faz, basta pensarmos nos inúmeros dados que algoritmos de pesquisa da web vão revelando a ambientes os mais distintos, associando elementos em cadeias sobre informações de usuários da realidade virtual, e a partir daí

4 Ver melhores informações sobre esta política de segurança no site <https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>.

5 Ver a interessante matéria do The Guardian no site <https://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/4>. Isto se espalha também à Europa, até por conta dos atos terroristas que lá ocorrem, basta vermos as normativas francesas relacionadas na chamada *assignation à résidence*, estabelecendo restrições de circulação a determinados sujeitos identificados como perigosos à ordem pública e segurança, *ex vi* a Lei nº1501, de 20/11/2015, sobre o estado de urgência e seus poderes investigativos. Ver o texto de GAZZETTA, 2015.

alimentando demandas específicas de segmentos da indústria e comércio privados.⁶ Neste sentido, lembremos do caso *Google v. Spain*, julgado pela Corte de Justiça da União Europeia, envolvendo a Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja González⁷, muito importante para qualificar a atividade daqueles algoritmos como tratamento de dados pessoais, definindo a obrigação dos gestores destas plataformas em eliminar, sob pedido do interessado, o elenco dos resultados obtidos por pesquisa efetuada a partir de nominativo individual deste em links para páginas contendo dados seus.

Especial atenção o julgado sob comento deu aos chamados *cookies*, dados recolhidos durante a navegação do usuário na internet e que possuem relevante valor estatístico, permitindo o perfilhamento deste para variados fins (comerciais, negociais, costumes, preferências gastronômicas, de vestuário, entretenimento, hobbies, viagens, etc.), o que evidencia ainda mais as conexões diretas que tais aspectos mantem com o direito à privacidade, nomeadamente em face da potencialidade destes dados serem utilizados de modo prejudicial aos seus titulares.

O poder judiciário aqui tem tido papel relevante no aprimoramento não só do entendimento sobre a matéria, mas também contribuído para o avanço de tutela legislativa destes direitos debatidos, e referimos pontualmente a decisão da mesma Corte de Justiça no caso conhecido como *Digital Rights Ireland*, oportunidade em que o Tribunal declarou inválida a Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa, que modificou a Diretiva 2002/58/CE, relativa a conservação de dados gerados ou tratados no âmbito do fornecimento de serviços de comunicações eletrônicas acessíveis ao público, ou de redes públicas de comunicação – *data retention*.⁸ E o fez por razões muito justificadas,

6 Estes algoritmos são constituídos por conjuntos ordenados de dados pré-definidos e instruções executáveis mecanicamente, pré-configurados para alcançar determinados resultados configurados, ou seja, submetido a modelos de racionalidades instrumentais indutivas.

7 Causa C131/12, 13 de maio de 2014. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=EN>).

8 Corte de Justiça da União Europeia, sentença da Grande Sessão, de 08/04/2014, na causa reunida *Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12)*, *Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl e a. (C-594/12)*. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0293&from=EN>).

dentre as quais: (i) autorizava coletas e conservação de imensa quantidade de dados pessoais, sem contextualmente estabelecer critérios de diferenciação entre os vários instrumentos de comunicação, tampouco entre os diversos tipos de crimes a serem perseguidos, sequer identificando minimamente os perfis dos indivíduos envolvidos; (ii) no que tange à conservação, a Diretiva não delimitava critérios-padrão proporcionais e razoáveis para a Autoridade Nacional regulamentar os procedimentos adequados à guarda destes dados e sua utilização (e reutilização) por parte desta mesma Autoridade.

A Corte, pois, determinou que deveriam ser estabelecidos aqueles critérios, nomeadamente para demarcar, no acesso, guarda e uso dos dados, mecanismos adequados para garantir que eles estivessem a disposição em tempo estritamente necessário para os fins delimitados.

Por tais razões – e tantas outras – que Norberto Bobbio, já em 1997, classificava o Direito à Intimidade como de quarta geração, ocupando hoje papel central para regular as relações humanas e estando englobado pelo conceito ampliado de patrimônio jurídico passível de tutela jurisdicional (Bobbio, 1997). A despeito disto, e paradoxalmente, temos visto certa inércia da maior parte dos cidadãos no que diz com estes temas em geral, quiçá porque figuram, muitas vezes, como autores e vítimas de eventuais problemas decorrentes de suas interações virtuais cada vez mais expansivas.

O que está na agenda atual do debate jurídico e político internacional, todavia, é como devemos nos situar entre o princípio *salus rei publicae suprema lex esto*, no sentido de que eventuais derrogações ou flexibilizações a direitos fundamentais devem ser aceitos na medida em que necessários, adequados e proporcionais à garantia direitos fundamentais sociais – como a segurança pública; ou seria mais adequado, diante de emergências pontuais (como as do terrorismo), repensar a tutela de garantias individuais, justamente para evitarmos certa naturalização/ordinariedade da violação daqueles direitos?

E neste sentido ganha relevo, a título exemplificativo, a decisão da Corte de Justiça da União Europeia de 21/12/2016, conhecida como *Caso Tele2*, na qual estabeleceu que os Estados membros não podem impor a fornecedores de serviços de comunicação eletrônica obrigação genérica e indiferenciada de conservação de dados relativos ao tráfego e à

localização dos usuários, sem o consentimento destes. Autorizou a Corte, somente a título preventivo, a conservação destes elementos voltada exclusivamente ao enfrentamento de graves fenômenos de criminalidade, limitando-se ao quanto necessário e determinado para os que detêm a categoria de dados a conservar.⁹

E isto é assim em face da importância do Direito Fundamental a Privacidade e Intimidade nas relações individuais, sociais e institucionais, razão pela qual passamos a avaliar tal garantia com o tema da proteção de dados pessoais.

3 PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA

A história do direito à privacidade é tema antigo em termos de Ocidente, e mesmo de circulação de modelos jurídicos, tendo, para muitos, no artigo de *The Right to Privacy*, do senador Warren e do juiz Brandeis, de 1890, um dos primeiros marcos teóricos desta reflexão, em que se sustenta o direito de se estar sozinho (*the right to be let alone*), enquanto direito autônomo, propondo que a sua invasão configure ilícito civil (*tort*) (Brandeis; Warren, 1890).

É de lembrar, todavia, que este direito à privacidade foi tendo seus contornos conceituais e dogmáticos aos poucos delineados, haja vista que vinha tratado entre outros direitos, como o da reputação e honra. E a abordagem que faz o texto de Brandeis e Warren destaca a importância de se proteger aquele direito não como valor que possui para o campo público, mas pelo relevo que alcança à dimensão privada da pessoa humana.

Na atual sociedade da informação o conceito de privacidade e comunicação resultam indissociáveis da proteção dos dados pessoais, o que lhes dão enquadramento mais dinâmico do que estático em termos de configuração e aplicação no tempo e espaço – nomeadamente em face dos aspectos virtuais que lhe alcançam. E na medida em que resta

⁹ Ver a íntegra da decisão no site: https://privacyinternational.org/sites/default/files/2019-08/CELEX_62015CJ0203_EN_TXT.pdf. O Parlamento Europeu e o Conselho da Europa modificaram a Diretiva 2002/58/CE, através da Diretiva 2006/24/CE, que agora versa sobre a conservação de dados gerados ou tratados no âmbito do fornecimento de serviços de comunicações eletrônicas acessíveis ao público ou de redes públicas de comunicação.

considerada a *privacy* como aspecto vinculado a liberdade pessoal, isto de um lado implica certo tipo de liberdade negativa, no sentido de que ninguém possa se intrometer na esfera privada do titular de liberdade; em outro viés, liberdade positiva, tomada como possibilidade de atribuir ao titular de direito a autonomia de agir/reagir em face de comportamentos de outrem que possam ofender sua posição.¹⁰

Mas o tema é delicado, a ponto de a Comunidade Europeia ter conseguido esboçar regulação mais detalhada sobre ele com a Diretiva 95/46/CE, visado a tutela das pessoas físicas em relação ao tratamento dos dados pessoais, assim como da circulação de dados, fixando parâmetros de proteção vinculantes a todos os Estados-partes da EU.¹¹

Antes disto, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, deu proteção internacional à privacidade, em seu artigo 5º, dispondo que: “toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida privada e familiar”. Em 10 de dezembro do mesmo ano foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal de Direitos do Homem, prevendo em seu art.12 que: “ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques”.

Mais tarde, as Constituições de países isolados se preocuparam pontualmente com isto, *ex vi* a Constituição Suíça de 1999, que em seu art.13, 2º, dispõe que todos tem direito de serem protegidos do emprego abusivo de seus dados pessoais; e a Constituição espanhola de 1978, em seu art.18, 4º, estabelecendo que lei especial deve limitar a utilização da informática para os fins de assegurar a honra, a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos.

Em seguida o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia adotaram a Diretiva 2002/58/CE, regulamentando o tratamento dos dados pessoais e a tutela da vida privada no setor da comunicação

10 Ver no ponto o excelente texto de Baldassarre, 1997.

11 Para maior detalhamento do tema ver o interessante artigo de Flor, 2015. Esta Diretiva representa significativa articulação da União Europeia à proteção da privacidade, ao mesmo tempo em que permite a livre circulação das informações entre os Estados membros, estando ancorada também nos termos do art.8º, da Carta de Direitos Fundamentais da EU, que protege dados de caráter pessoal.

eletrônica. E isto é importante porque todos os dias empresas, públicas e privadas, assim como pessoas físicas, transmitem grandes quantidades de dados pessoais através de meios eletrônicos de forma global; por isto, termos globalmente marcos regulatórios ordenadores destes ambientes afigura-se essencial para maior segurança jurídica e responsabilidades as mais diversas. Com base naquela Diretriz, os dados de usuários que trafegam nas redes virtuais, tratados e memorizados pelos fornecedores destes serviços, devem ser cancelados ou mantidos anônimos quando não mais necessários aos fins da transmissão comunicacional.¹²

A informação (e dados pessoais) representa, hoje mais do que nunca, importante fator econômico, sendo certo que individualizar de maneira acurada as características das demandas dos consumidores permite a indústria – e ao próprio comércio – atendê-las conforme justamente as expectativas/necessidades do mercado. Em tais contextos, resulta óbvio que o universo incalculável de informações que são veiculadas pela internet seja considerado pelos operadores econômicos como produto fundamental para garantir incrementos produtivos constantes, razões adicionais para que haja efetivos recursos e políticas de proteção de dados desta natureza.

No plano doutrinário, ao término da 26ª *International Conference on Privacy and Personal Data Protection*, Stefano Rodotà sustentou que:

La privacy si presenta come un elemento fondamentale della società dell'eguaglianza. Senza una forte tutela dei dati riguardanti le convinzioni politiche o l'appartenenza a partiti, sindacati, associazioni, i cittadini rischia-no di essere esclusi dai processi democratici: così la privacy diventa una condizione essenziale per essere inclusi nella società della partecipazione. Senza una forte tutela del -corpo elettronico-, dell'insieme delle informazioni raccolte sul nostro conto, la stessa libertà personale è in pericolo. Diventa così evidente che la privacy è uno strumento necessario per difendere la società della libertà, e per opporsi alle spinte verso la costruzione di una società della sorveglianza, della classificazione, della selezione sociale. (Rodotà, 2004).

12 Como nos diz Di Martino (2005, p. 369): “Il diritto alla riservatezza, a seguito della sempre più costante e innovativa diffusione di nuove tecniche di comunicazione a distanza che si basano sull'utilizzo di Internet (es. Skype, Messenger, Whatsapp), ha mutato la propria fisionomia, ragion per cui si è reso necessario un adeguamento delle sue tutele che possa conformarsi alle recenti innovazioni tecnologiche”.

O problema é que os níveis de riscos e perigos que vivemos nesta quadra histórica tem levado Estados a buscarem novas formas de proteção e enfrentamento, e uma delas são políticas de acesso, armazenamento e manejo de dados de pessoas físicas e jurídicas para fins de prevenção e responsabilização por atos de violência e defraudação dos sistemas normativos.

Mesmo assim, parte da doutrina assente no argumento de que eventual aumento das condições de segurança vem sempre acompanhado do crescimento da sensação subjetiva de insegurança. “Esse problema, em si já relevante, torna-se ainda maior quando lembramos que, frente a novas formas de criminalidade, os padrões convencionais de interpretação dos perigos tendem a se mostrar ineficazes, dado que esse tipo de medição tem por base prognósticos cujos pressupostos são normalmente controversos” (Rodotá, 2012).

Neste sentido, políticas de segurança pública podem, em determinados contextos singulares de riscos e perigos sociais, implicar/justificar ações de restrições de direitos e garantias individuais, mas isto também pode acarretar abusos de poder e desvios de finalidades se não avaliados e ponderados com direitos e garantias fundamentais igualmente assegurados pelo constitucionalismo contemporâneo.

Daí porque os tribunais na UE têm insistido com o argumento de que seja utilizado para aferir tais elementos – e a possibilidade ou não de se acessar, armazenar e manejar dados pessoais sem o consentimento dos seus titulares – a partir de severos testes de proporcionalidade entre os escopos perseguidos e bens tutelados, a partir do que a Comunidade Europeia teve de evoluir a regulamentação destes temas, basta vermos, a título exemplificativo, documentos como o Tratado de Lisboa, de 2009, reconhecendo a proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental; a edição da Diretiva (EU) 2016/680, do Parlamento Europeu e do Conselho, em 27/04/2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que tange ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e a livre circulação destes dados, revogando a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho.

O enfrentamento pela Corte de Justiça da União Europeia dos casos *Google Spain*, *Data Retention* e *Teledue*, constituem sólida base preliminar de formatação de standards decisórios envolvendo parâmetros de balan-

ceamento entre direitos e garantias contrapostas, dando relevo a diálogos ocorridos entre algumas Cortes Constitucionais de Estados-membros.

Caso polêmico tratando deste tema na União Europeia foi concluído em maio de 2021, com o julgamento do processo *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*¹³, pela Corte Europeia dos Direitos Humanos - CEDH, envolvendo Grã Bretanha e Irlanda do Norte, por conta de violação do art.34, da Convenção à Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, fundados em três requerimentos chegados a Corte (58170/13, 62322/14 e 24960/15).¹⁴

Os requerimentos sustentam que se afigura ilegal o escopo e a magnitude dos programas de investigações eletrônicas operados pelo governo da UK. Em 04 de julho de 2017, a Câmara da Primeira Sessão, da CEDH, resolveu por agrupar todos os reclamantes e ouvi-los sobre suas petições, o que ocorreu em Strasbourg, na data de 07/11/2017.

Os peticionantes apresentaram vários aspectos e abordagens de invasão de privacidade ilícita, mas também se referenciaram a partir das revelações feitas por Edward Snowden atinentes aos programas de vigilância operados pelos serviços de inteligência dos Estados Unidos da América, sustentando que, devido a natureza das atividades monitoradas por estes programas, as suas comunicações eletrônicas tranquilamente poderiam ter sido interceptadas, no caso, pelos serviços de inteligência do UK, depois de serem interceptados igualmente por governos estrangeiros; ou mesmo obtidos por autoridades do UK de provedores de serviços de comunicação.¹⁵

13 Acesso pelo site: [https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/eu/cases/ECHR/2021/439.html&query=\(title:\(+Big+\)\)+AND+\(title:\(+Brother+\)\)+AND+\(title:\(+Watch+\)\)+AND+\(title:\(+Others+\)\)+AND+\(title:\(+v+\)\)+AND+\(title:\(+the+\)\)+AND+\(title:\(+United+\)\)+AND+\(title:\(+Kingdom+\)\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/eu/cases/ECHR/2021/439.html&query=(title:(+Big+))+AND+(title:(+Brother+))+AND+(title:(+Watch+))+AND+(title:(+Others+))+AND+(title:(+v+))+AND+(title:(+the+))+AND+(title:(+United+))+AND+(title:(+Kingdom+))).

14 Os postulantes destes requerimentos foram: Human Rights Watch, Access Now, Dutch Against, Plasterk, Center For Democracy & Technology, European Network of National Human Rights Institutions and the Equality and Human Rights Commission, the Helsinki Foundation For Human Rights, the International Commission of Jurists, Open Society Justice Initiative, The Law Society of England and Wales and Project Moore, Center For Democracy & Technology, the Helsinki Foundation For Human Rights, the International Commission of Jurists, the National Union of Journalists and the Media Lawyers' Association, Electronic Privacy Information Center and to the Equality and Human Rights Commission.

15 Os chamados *communications service providers* – CSPs.

Em face destas configurações comunicacionais e mesmo diante de políticas governamentais, dados e informações em massa circulam de modo global se utilizando de meios facilmente interceptados e com deficientes regulamentações de segurança e proteção, o que vai gerando complexos desafios e problemas a todos os fornecedores e usuários destes serviços.

Daí que a Comissão Europeia, no intento de equalizar a concorrência entre as pequenas e médias empresas e as grandes plataformas *online* (Google, Facebook e Apple)¹⁶, propôs a criação de novas regulamentações sobre estes segmentos de mercado: (i) a Lei de Serviços Digitais, que tem como escopo a criação de conselho nacional de coordenadores de serviços digitais, com poderes para supervisionar o comportamento daquelas plataformas gigantes, bem como criar novas regras quanto a rastreabilidade de usuários de negócios em mercados online, auxiliando o rastreamento de vendedores de bens ou serviços ilegais (ii) a Lei Digital de Mercados, que visa estabelecer limites e marcos regulatórios para serviços digitais, incluindo redes sociais, o *e-commerce* e demais plataformas.¹⁷

Nos Estados Unidos da América -EUA, por sua vez, o tema da proteção de dados privados tem como base normativa fundamental a Quarta Emenda da sua Constituição – que trata justamente do Direito Fundamental à Privacidade-, que se viu ampliada para além da privacidade em termos de espaços físicos e de interpretação jurisprudencial, dentre outros, a partir dos casos *Griswold vs. Connecticut*, de 1965; *Katz vs. United States*, de 1967; *United States vs. Antoine Jones*, de 23/01/2012, julgados pela Suprema Corte deste país.¹⁸ Mais recentemente (23/03/2018),

16 Lembremos o monopólio de mercado que se constituiu neste âmbito, como a compra do Instagram e Whatsapp pelo Facebook, conseguindo, com isto, eliminar concorrência de mercado, já que tais plataformas representam cerca de 70% do mercado das redes sociais. Ver a interessante matéria no site <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/08/eua-investigam-se-facebook-comprou-what-sapp-e-instagram-para-eliminar-concorrentes.html>,

17 Ver os sites: https://ec.europa.eu/competition/sectors/ICT/digital_markets_act.html, e <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1608117147218&uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>. Esta Lei de Mercados Digitais quer abranger a proteção dos usuários, regulamentando, por exemplo, as *big techs*, que utilizam dados dos titulares de modo a influenciar e ditar a decisão de compras (*gatekeepers*).

18 Ver os julgados nos sites: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>, e <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>. Ver igualmente o trabalho de McNeil, 2011.

o Congresso dos EUA aprovou a Lei de Estabelecimento do Uso Legítimo de Dados no Exterior (*Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* – CLOUD ACT), remodelando as condições para solicitações de dados mantidos por provedores de serviços de telecomunicações (em seu território e no exterior), nomeadamente para limitar tais possibilidades, ao mesmo tempo criando salvaguardas para conteúdo em nuvem, reconhecendo o direito dos provedores de contestar solicitações que entrem em conflito com as leis de outro país ou com interesses nacionais.¹⁹

A partir daí as regulamentações foram se dando de forma fragmentada, nomeadamente pelos parlamentos dos Estados²⁰, o que não permitiu formatar base normativa nacional a fim de orientar a todos sobre a matéria, tanto que a *Federal Trade Commission* – FTC, órgão público que responde pela supervisão do comércio nos EUA, em março de 2012, reconheceu que os níveis de tutela dos dados privados em seu território não eram adequadamente seguros, indicando ao Congresso a adoção de regulamentação nacional à proteção de dados (Federal Trade Commission, 2012).²¹

Estes movimentos todos levaram este Congresso, por sua comissão antitruste, em julho de 2020, a realizar audiência pública com os CEOs da Amazon, Apple, Google e Facebook, para tratar de eventuais problemas de monopólio excessivo relacionado as suas posições dominantes no mercado da internet, o que envolve, por óbvio, o tema da proteção de dados privados e públicos. Nesta ocasião, o presidente da comissão antitruste do Congresso, o democrata David Cicilline, chegou a afirmar que estas empresas estariam operando com preços predatórios, levando os usuários a comprar produtos adicionais das plataformas, configurando

19 Ver o documento no site: <https://www.justice.gov/criminal-oia/page/file/1152896/download>.

20 Podemos citar aqui o *California Consumer Privacy Act (CCPA)* – acesso pelo site: <https://oag.ca.gov/privacy/ccpa>, em 14/04/2021; e a *New York Stop Hacks and Improve Electronic Data Security Act (NY SHIELD)* – acesso pelo site: <https://legislation.nysenate.gov/pdf/bills/2019/S5575B>, como iniciativas inovadoras na proteção de dados privados.

21 Por certo que existem outras agências que também tratam de proteção de dados, mas aí de forma setorializada, como: “(i) Federal Communications Commission (FCC); (ii) Department of Health and Human Services (HHS); (iii) Consumer Financial Protection Bureau (CFPB); (iv) Securities and Exchange Commission (SEC)”.

o exercício destrutivo e prejudicial da concorrência no mercado e mesmo na exploração dos consumidores.²²

No Brasil, recentemente, o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal – STF, afirmou em entrevista que é preciso responsabilizar mais as redes sociais e seus provedores, em níveis e situações distintas: (i) seja quando permitem a ocorrência de crimes em seus domínios (terrorismo, pedofilia, ameaças à democracia), quando poderiam, através de mecanismos adequados (algoritmos, por exemplo) impedir que isto se desse, podendo imediatamente fazer cessar tais comportamentos; (ii) seja quando permitem/toleram a violação de direito de terceiro através de suas plataformas (compartilhamentos de fotos íntimas sem autorização, violação de direitos autorais, ameaça de causar mal físico) (Barroso, 2023). E está correto a nosso sentir porque grandes empresas tecnológicas, com milhões de usuários, operam sobre a lógica do tratamento massivo de dados, da predição e modulação de comportamentos, fazendo uso destas informações, muitas vezes, de forma absolutamente ilícita e abusiva.

Veja-se que a Suprema Corte dos EUA está analisando neste momento o caso *Gonzalez vs. Google*, no qual a Google é acusada de divulgar vídeos de organizações terroristas através de seu canal YouTube, recomendando pela via dos algoritmos vídeos semelhantes aos seus usuários, o que caracterizaria fomento ao terrorismo. Neste país, a Seção nº230, da Lei de Decência nas Comunicações (CDA – *Communications Decency Act*), protege a liberdade de expressão na internet a ponto de impedir responsabilização civil das empresas de tecnologia por conteúdos postados por seus usuários. Por outro lado, a Seção 2, desta Seção nº230, concede imunidade para que as plataformas façam a moderação de conteúdos gerados pelos usuários quando considerem, de boa-fé, que há conteúdo

22 Ver matéria no site: <https://www.nytimes.com/2020/10/06/technology/congress-big-tech-monopoly-power.html>. As matérias jornalísticas dão conta de que só a Google tem o monopólio de 92% das ferramentas de pesquisas na internet, o que lhe dá condição de monopólio absoluto destes serviços, com todas suas implicações comerciais e de acesso a dados pessoais os mais distintos, pagando a Apple bilhões de dólares por ano para que esta mantenha a sua plataforma de busca como padrão em seus aparelhos – por certo implicando algum tipo de compartilhamento de dados -, tudo a ser investigado pelo Congresso. Ver também a reportagem publicada no site da <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/big-tech-congress-squared-frustration-was-palpable-rcna507>.

obsceno, lascivo, imundo, excessivamente violento, assediante ou de outra forma censurável, seja ou não tal material protegido constitucionalmente.²³ Esta moderação de conteúdos implica exatamente exercer juízo de valor sobre conteúdos potencialmente violadores de normas protetivas de direitos individuais, institucionais e sociais, evitando que sejam veiculados, ou cessando suas veiculações.²⁴

Cumpra avaliar agora como o Brasil tem enfrentado este tema e de que forma a ADC51 vem colaborar neste debate.

4 A PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL E A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº51: NOTAS CRÍTICAS

O tema da proteção de dados tem ingressado na agenda legislativa brasileira aos poucos – e antes tarde do que nunca –, implantando melhorias no tratamento de matéria tão sensível em todo o mundo, notadamente quando o vazamento e uso indevido de dados de pessoas físicas e jurídicas têm provocado tantos danos²⁵, ao mesmo tempo que alimenta políticas

23 Diz o dispositivo: “Section (c)(2). No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected”. Ver também o texto de Kosseff, 2022.

24 Por certo que as plataformas deverão fazer isto a partir da instituição de políticas de uso dos serviços que prestam, observando as normativas sobre respeito à dignidade da pessoa, à liberdade de expressão, ao direito de privacidade, intimidade e honra, e se valendo para tal moderação de critérios claros, objetivos e transparentes em relação aos usuários.

25 Basta vermos o vazamento de dados pessoais por conta da invasão da rede PSN da Sony, em 2011; o vazamento de dados do site de relacionamentos Ashley Madison; dados pessoais de 553 milhões de pessoas foram recentemente expostos em nova notícia de vazamento envolvendo o Facebook, dos quais 8 milhões de brasileiros teriam sido afetados, conforme notícia veiculada no site <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/04/05/vazamento-do-facebook-descubra-se-seus-dados-foram-expostos.htm>. Em junho de 2021 a revista Exame, em matéria publicada no dia 08/06/2021, dá conta de que: “o **maior vazamento de senhas da história** pode ter exposto 8,4 bilhões de senhas de serviços digitais. Um arquivo foi publicado em um fórum de **hackers** contendo os dados. Em referência ao vazamento de 32 milhões de senhas em 2009, o RockYou, o novo caso vem sendo chamado de “RockYou2021”, de acordo com o site de segurança digital *Cyber News*. As senhas contidas no arquivo de texto, que tem

agressivas de segmentos do mercado que acessam perfis de consumidores cujos dados, obtidos sem a devida autorização, servem de base para estratégias de criação de novos produtos, marketing, publicidade e propaganda.

Por conta disto foi editada a Lei nº12.965/2014, que trata sobre a proteção de dados pessoais (de pessoas físicas e jurídicas), nominada de Marco Civil da Internet, assim como as alterações necessárias que sofreu por parte da Lei nº13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados -LGPD). Estas normativas avançaram na tutela destes bens jurídicos tão vulneráveis, demarcando de forma objetiva os que visa proteger (dado pessoal, dado pessoal sensível e dado anonimizado²⁶), e as responsabilidades indenizatórias por prejuízos causados por acesso e manipulação destes bens (art.42, e seguintes, da LGPD), bem como sanções administrativas pesadas aos agentes de tratamento de dados em face de infrações cometidas no particular (art.52, e seguintes, do mesmo diploma legal).²⁷

Por certo que antes destes dispositivos contávamos com normas infraconstitucionais relacionadas à proteção de dados, tais como a que trata do sigilo dos agentes do fisco no exercício de suas atividades, nos termos do art.198, do Código Tributário Nacional; a Lei nº9.296/1996 e nº10.217/2001, que versam sobre a interceptação telefônica e a gravação ambiental, bem como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº8.078/1990), quando dispõe sobre bancos de dados nas relações de consumo.

Recentemente tivemos a aprovação da Lei nº13.709/2018, instituindo a regulação do tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.²⁸

tamanho de 100 GB, têm entre seis e 20 caracteres” (<https://exame.com/tecnologia/maior-vazamento-da-historia-pode-ter-exposto-8-bilhoes-de-senhas/>).

26 Art.5º, da Lei nº13.708/2018.

27 Na data de 27/02/2023, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados do Brasil fez publicar no Diário Oficial da União, a Resolução CD/ANPD nº4, de 24/02/2023, que aprova o regulamento de dossimetria e aplicação de sanções administrativas, complementando o Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador no âmbito da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, aprovado pela Resolução CD/ANPD nº1, de 28 de outubro de 2021, publicada no Diário Oficial da União de 29 de outubro de 2021.

28 Disposição expressa do art.1º, a LGPD.

É em meio a tais cenários que chega ao STF, em 2017, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº51, que versa sobre o tema das autoridades nacionais solicitarem dados diretamente a provedores de internet com sede no exterior, tendo o Ministro Gilmar Mendes como relator.²⁹

Na ação, a proponente, Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação (Assespro Nacional), defende que o acesso judicial a dados de usuários da internet por provedores sediados no exterior deve seguir o procedimento do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal (MLAT), celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos, e promulgado pelo Decreto Federal nº3.810/2001, nomeadamente para a obtenção de conteúdo de comunicação privada sob controle de provedores de aplicativos de internet sediados fora do país.

O texto do MLAT define o Ministério da Justiça como Autoridade Central nas solicitações de dados a serem feitas pelo Brasil, e coloca o Procurador-Geral nos EUA, ou pessoa por ele designada, como destinatário dos pedidos, prevendo rito de intermediadores entre a Justiça e as empresas. Ao validar o acordo como guia nas solicitações de dados, os processos estariam considerando as possibilidades de negativa de acesso previstas no texto, que são quando: (i) a solicitação refere-se a delito previsto na legislação militar, sem contudo constituir crime comum; (ii) o atendimento à solicitação prejudique a segurança ou interesses essenciais semelhantes do Estado Requerido; ou (iii) a solicitação não for feita de conformidade com o Acordo (que exige, entre outros pontos, declaração detalhada da finalidade, sempre destinadas a matéria de investigação, inquérito, ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal).

A proponente da ação aduz que vários tribunais brasileiros requisitam tais informações diretamente à pessoa jurídica afiliada à provedora de serviços de comunicações eletrônicas no Brasil, por entenderem que o acordo ou a requisição, por meio de carta rogatória, não é cabível para a obtenção do conteúdo de comunicações privadas sob controle de provedor estabelecido fora do território nacional e, por conta disto, sustenta que a requisição direta aos representantes brasileiros representa “declaração branca de inconstitucionalidade” das normas em questão, e que isto não poderia ocorrer.³⁰

29 Ação interposta em 28/11/2017, e distribuída à relatoria do Min. Gilmar Mendes.

30 Sintetiza o Min. Gilmar, no ponto, que: “De acordo com o requerente, embora o procedimento estabelecido pelas referidas normas para cooperação jurídica em

No dia 29 de setembro de 2022, o Min. Gilmar Mendes votou pela possibilidade de autoridades nacionais solicitarem dados diretamente a provedores de internet com sede no exterior, entendendo serem constitucionais as normas procedimentais do MLAT, assim como dos dispositivos dos Códigos Processuais Civil e Penal brasileiros que tratam da cooperação jurídica internacional, e da emissão de cartas rogatórias, em especial nos casos em que a comunicação ou a prestação de serviços tenham ocorrido fora do território nacional.

Se de um lado o instrumento cabível para a solicitação de dados eletrônicos é o da cooperação prevista pelo tratado bilateral e as cartas rogatórias, é possível, pelo voto do Relator, que as autoridades brasileiras solicitem essas informações diretamente às empresas localizadas no exterior para as atividades de coleta e tratamento de dados que estejam sob a posse ou o controle de empresa com representação no Brasil, e para os crimes cometidos por pessoas localizadas em território nacional, pois tais hipóteses estão contidas no artigo 11, do Marco Civil da Internet, que encontra respaldo no artigo 18, da Convenção de Budapeste, bem como o art.21, do Código de Processo Civil.³¹ Em face destes elementos, o Min. Relator demarcou bem o tema jurisdicional a ser enfrentado:

Assim, a rigor, o que está em debate nesta ação não é apenas a constitucionalidade de determinados dispositivos do Código de Processo Civil, do Código de Processo Penal e do Decreto Executivo nº 3.810/2001, que estabelecem a cooperação jurídica internacional, já que é igualmente importante analisar se os Tribunais brasileiros podem utilizar o art.11, do Marco Civil da Internet, para estabelecer o dever das empresas de tecnologia a fornecer

matéria penal seja observado, como regra, em relação aos dados ou documentos que se encontram em posse de empresas sediadas em outros países, tal como ocorre em relação aos dados bancários de cidadãos localizados no exterior, estaria ocorrendo o afastamento ou a não aplicação dessas leis em relação às empresas de tecnologia, com a declaração escamoteada de inconstitucionalidade”. ADC51, voto do Min. Gilmar Mendes, p.04.

- 31 A Convenção de Budapeste prevê que os países devem regulamentar leis que permitam suas autoridades ordenar a fornecedor de serviços que preste estes em seu território; que comunique os dados na sua posse ou sob seu controle, relativos aos assinantes. Este art.21, do CPC, diz que: “Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil”.

essas informações, desde que observados os requisitos legais. Ou seja, cabe a esta Corte analisar a compatibilidade de todos esses dispositivos normativos com a Constituição Federal.³²

E isto efetivamente é assim, nomeadamente quando consideramos o que dispõe o citado art.11, do Marco Civil da Internet, prevendo que:

Art.11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no **caput** aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

O Ministro Relator reconhece que, “do ponto de vista econômico, gigantes de internet como o Facebook defendem que a possibilidade de requisição judicial direta pode fazer com que as empresas fiquem expostas a violações das leis de proteção de dados vigentes no local de sua sede, o que resultaria em obstáculos significativos para o funcionamento global dos modelos de negócios dessas plataformas”³³. Mas para além disto, como destaca o relator, está em jogo neste tema a soberania estatal para o cumprimento de suas obrigações institucionais enquanto garante,

32 ADC51, voto do Min. Gilmar Mendes, p.05, grifos nossos. Podemos ainda fazer registro as disposições do art.780 e 783, do Código de Processo Penal, que tratam destas questões.

33 ADC51, voto do Min. Gilmar Mendes, p.08.

dentre outras coisas, da segurança pública de direitos e garantias fundamentais individuais.

Uma das principais estratégias normativas que os Estados Nacionais têm utilizado para contrapor sua soberania na internet consiste na edição de leis nacionais que tentam “reterritorializar” a rede. Essas estratégias em geral se concretizam em legislações formais que impõem aos agentes econômicos o dever de obedecer às determinações dos Tribunais nacionais, ainda que as operações on-line mediadas por essas empresas não ocorram inteiramente dentro do país. Também se observam situações mais extremas em que os governos implantam firewalls que inviabilizam o acesso dos usuários nacionais a conteúdos censurados. Essa agenda política de recuperação da soberania estatal na rede é vista com extrema preocupação por muitos autores que temem que esse movimento resulte em uma “fragmentação” da rede, comprometendo sua integridade. (Mendes; Fernandes, 2020).

O problema é que documentos e provas digitais possuem natureza intangível, em face de se constituírem como *bits* – menor unidade de medida de transmissão de dados usada na realidade virtual –, passíveis de armazenamento em qualquer ponto/servidor do mundo, inclusive em nuvem, podendo, assim, serem acessados de qualquer lugar. Da mesma maneira, as pessoas físicas e jurídicas que detém o armazenamento destes documentos e provas em *bits* podem estar em qualquer lugar do mundo, administrando-os com autonomia e eficácia.³⁴

Soma-se a isto o fato de que se tem evidenciado várias intercorrências à obtenção de dados para fins de investigações envolvendo, nomeadamente, a morosidade das respostas aos pedidos formulados pelo Brasil pelas vias diplomáticas e tradicionais, dando conta o Min. Relator que, tendo presente os pedidos de quebra de sigilo e obtenção de dados telemáticos feitos aos Estados Unidos, “em dados consolidados de

34 Neste ponto o Min. Gilmar Mendes agrega que: “Como é possível alterar o local de armazenamento dos dados a qualquer momento, o que torna inútil fixar a jurisdição unicamente pela localização de tais dados, segundo o critério de controle, terá autoridade sobre a prova o Juízo ou as autoridades legais do local em que estiver constituída a empresa que controla os dados, e neste ponto, pouco importa se essa empresa é a sede de um grande conglomerado ou apenas uma subsidiária componente de grupo econômico”. ADC51, do Min. Gilmar Mendes, p.13.

2014 a 2017, 28 pedidos ainda se encontram em andamento, sendo que oito foram enviados em 2014, outros oito em 2015, cinco em 2016 e sete em 2017 (eDOC 92, p. 19), sendo que as autoridades brasileiras apenas obtiveram respostas positivas em 22,5% dos casos”, levando ao Min. Gilmar Mendes concluir que: “Portanto, constata-se que há uma situação de baixa efetividade do MLAT no que se refere à obtenção de dados eletrônicos, com severas consequências sobre a apuração de crimes cometidos em ambiente virtual e sobre o dever do Estado e o direito dos cidadãos brasileiros à segurança pública e à proteção dos demais direitos fundamentais (arts. 5º e 144 da CF/88)”.³⁵

Em face disto, tribunais brasileiros têm entendido que os acordos MLAT não são imprescindíveis à obtenção de dados necessários para que as autoridades nacionais cumpram suas obrigações institucionais de investigação, jurisdição e segurança, podendo requisitar judicial e diretamente a empresas nacionais e internacionais (com sede no país) informações que lhes impõem deveres de ofício.³⁶ E o fazem bem na percepção do Min. Relator, porque:

O art. 11 do Marco Civil da Internet, que encontra respaldo no art. 18 da Convenção de Budapeste em termos de deveres acordados pelo Estado brasileiro com os demais países do mundo a nível internacional, é norma específica em relação às regras gerais do MLAT, das cartas rogatórias e da cooperação jurídica internacional, e estabelece a aplicação da legislação brasileira e a jurisdição nacional sobre atividades de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, dados e comunicações eletrônicas ocorridas em território nacional, desde que pelo menos um dos atos ou terminais se encontrem em território nacional e ainda que a

35 ADC51, voto do Min. Gilmar Mendes, p.11. Também registra o Min. Relator que: “o art. 18 da Convenção sobre Cibercriminalidade do Conselho da Europa (CETS nº 185 - Convenção de Budapeste), que foi recentemente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto Legislativo nº 37, de 16.12.2021, traz como critérios adicionais de **extensão da jurisdição** (i) a localização da pessoa jurídica que tem a posse ou o controle dos dados armazenados em um sistema informático e (ii) o fato de a pessoa jurídica fornecedora dos serviços de internet prestar o serviço no território daquele país”. Grifos nossos.

36 Podemos citar aqui os julgados: RMS 55.019/DF, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018 e Inq 784/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 17/04/2013, DJe 28/08/2013.

pessoa jurídica portadora dessas informações esteja localizada ou armazene tais informações no exterior.³⁷

O Ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos e, na data de 23/02/2023, apresentou seu voto no sentido de que o MLAT deve ser aplicado quando for absolutamente impossível às autoridades judiciais brasileiras a obtenção direta dos dados, pois, sendo possível a solicitação direta das informações com base no Marco Civil, esse deve ser o caminho a ser adotado, tendo o MLAT e as cartas rogatórias papel complementar.³⁸ “O ministro frisou, ainda, que pedidos de informações não podem ser negados sob a justificativa de que a sede dos provedores não está no Brasil, uma vez que as informações são transmitidas pelo sistema de telecomunicações brasileiro.”³⁹

Por fim, em decidiu a Corte que:

O Tribunal, por maioria, conheceu da ação declaratória de constitucionalidade, vencidos os Ministros André Mendonça e Nunes Marques. No mérito, por unanimidade, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para declarar a constitucionalidade dos dispositivos indicados e da possibilidade de solicitação direta de dados e comunicações eletrônicas das autoridades nacionais a empresas de tecnologia, nas específicas hipóteses do art. 11 do Marco Civil da Internet e do art. 18 da Convenção de Budapeste, ou seja, nos casos de atividades de coleta e tratamento de dados no país, de posse ou controle dos dados por empresa com representação no Brasil e de crimes cometidos por indiví-

37 ADC51, voto do Min. Gilmar Mendes, p.13. Lembra o Ministro que vários países tem adotado medidas similares, como Estados Unidos, Austrália, Canadá, Dinamarca, França, Espanha e Irlanda, todos disciplinando regras que possibilitam às autoridades nacionais o acesso a dados em nuvem mantidos no exterior, desde que preenchidos os critérios da atividade e do controle de dados anteriormente exposto, citando ainda o trabalho de Maxwell; Wolf, 2012.

38 Refere o Ministro Alexandre de Moraes que se as informações de um provedor foram transmitidas no Brasil, por meio de antenas e cabos brasileiros, tal empresa se submete à jurisdição nacional, por mais que alegue ter sede em outro país, lembrando que os terroristas bolsonaristas que atacaram Brasília em 8 de janeiro combinaram os atos via Telegram, mas a empresa sustenta que só pode responder em Dubai, onde está sediada.

39 Informações do site do STF: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=502922&ori=1>.

duos localizados em território nacional, com comunicação desta decisão ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, para que adotem as providências necessárias ao aperfeiçoamento do quadro legislativo, com a discussão e a aprovação do projeto da Lei Geral de Proteção de Dados para Fins Penais (LGPD Penal) e de novos acordos bilaterais ou multilaterais para a obtenção de dados e comunicações eletrônicas, como, por exemplo, a celebração do Acordo Executivo definido a partir do Cloud Act, tudo nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, o Ministro Nunes Marques, que já havia proferido voto em assentada anterior, e o Ministro Roberto Barroso, que afirmou suspeição neste julgamento. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 23.2.2023.⁴⁰

Em documento veiculado pelo gabinete do Min. Gilmar Mendes, registra o relator, com acerto, que:

Na prática, esses acordos são bastante complexos e morosos. Mesmo quando o governo do país em que as provas estão armazenadas concorda em compartilhá-las com o Brasil, é necessário que sejam cumpridas etapas formais desse processo. Essa letargia dificulta a apuração de delitos cometidos em ambiente virtual, como em casos de incitações públicas de violência entre Forças Armadas e instituições civis, tentativa de abolição violenta do Estado Democrático de Direito, ameaças contra autoridades públicas, terrorismo, pedofilia, além de difamação, calúnia e injúria. A decisão do STF não invalida esses acordos diplomáticos, mas deixa claro que, para apuração de crimes, os juízes brasileiros podem determinar a requisição de dados diretamente às empresas de tecnologia, conforme expressamente autorizado pelo art. 11 do Marco Civil da Internet. O STF ressaltou que as empresas de internet que ofertam serviços no Brasil devem estar totalmente submetidas à jurisdição nacional, independentemente do local em que decidem instalar seus data centers. A partir dessa deliberação do Supremo Tribunal Federal, o Brasil se alinha ao modelo adotado por nações verdadeiramente democráticas, como Noruega, Espanha, Bélgica, Canadá, Reino Unido e França. Cuida-se de decisão que, fundamentalmente, fortalece a jurisdição brasileira no combate aos delitos praticados nas redes sociais, concretizando o dever estatal de proteção de bens jurídicos relacionados à integridade do regime

40 Conforme informação no site do STF: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>.

democrático, das instituições brasileiras e da honra e imagem dos cidadãos brasileiros.⁴¹

5 NOTAS CONCLUSIVAS

Como vimos acima, circunstâncias e conjunturas internacionais tem tencionado direitos e garantias fundamentais individuais e sociais, nomeadamente em situações envolvendo dados e informações que circulam em ambientes virtuais altamente voláteis, razão pela qual também se incrementam políticas e medidas de segurança nestes campos, envolvendo, por vezes, restrição ou flexibilização de direitos, nomeadamente para tutelar interesses e bens jurídicos difusos e coletivos – como a segurança pública, persecução penal, dentre outros.

Daí porque o Min. Gilmar Mendes sublinha que:

A discussão colocada na ADC 51 mais uma vez respalda a necessidade de construção de pontes de diálogo entre a teoria do constitucionalismo digital e a jurisdição constitucional. Enquadrar essa discussão como uma simples análise in abstracto da compatibilidade dos acordos de cooperação mútua previstos no Decreto Executivo Federal nº 3.810, de 2 de maio de 2001 com a literalidade do texto constitucional certamente não seria suficiente para resolver os embates judiciais sobre o tema. Na linha do que demonstrou a própria Audiência Pública realizada pelo STF, o cerne da discussão constitucional consiste em saber como compatibilizar a efetividade do nosso sistema de persecução criminal com o respeito à soberania dos estados estrangeiros e a proteção da privacidade dos usuários a nível global.

De forma mais profunda, o que se deve investigar é como o critério que tradicionalmente define os limites da jurisdição constitucional – a territorialidade – pode ou não ser compatibilizado com a sobreposição de regimes jurídicos estrangeiros que servem de base para o desenvolvimento de atividades econômicas e sociais para além das fronteiras nacionais. A resposta a esse questionamento invariavelmente perpassa a compreensão de princípios estruturantes do constitucionalismo digital, em especial dos valores atrelados à ideia de governança da internet e dos embates sobre estratégias de re-territorialização e fragmentação da rede.⁴²

41 Acesso pelo site: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/briefingGabineteADC51.pdf>.

42 ADC51, voto do Min. Gilmar Mendes, p.15. Grifos nossos.

Também restou reconhecido nesta ADC51 que o procedimento de requisição e obtenção de dados deve ser aperfeiçoado mediante a celebração de outros tratados e acordos que possibilitem a obtenção dessas informações com maior agilidade e segurança, sugerindo a decisão que o STF deve comunicar aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem providências necessárias, como a aprovação do projeto de uma lei geral de proteção de dados para fins penais (LGPD Penal) e a adesão a outros tratados e acordos internacionais bilaterais sobre o tema. E isto porque, como assenta o Relator, modelo tradicional de obtenção de provas localizadas no exterior – pelos termos do art.780, e seguintes, do Código de Processo Penal - tem funcionado de forma adequada em relação a bens físicos, tendo em vista fundamentalmente a precisa delimitação das fronteiras territoriais. “Contudo, por diversos motivos, a transposição da lógica de territorialidade penal para o campo das discussões sobre os limites da atuação judicial na internet compromete significativamente a efetividade da persecução penal”.⁴³

Ainda há muito o que discutir.

REFERÊNCIAS

BALDASSARRE, Antonio. **Diritti della persona e valori costituzionale**. Torino: Giappichelli, 1997.

BASSU, Carla. **Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati**. Torino: Giappichelli, 2010.

BOBBIO, Norberto. **L'età dei Diritti**. Torino: Einaudi, 1997.

BRANDEIS, Louis D; WARREN, Samuel D. The Right to Privacy. *In: Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220. Dez. 1890.

CORTÉS, Raúl Arrieta. El nuevo entorno regulatorio de la protección de datos personales en Chile. **Iapp**, 4 set. 2019.

CURICCIATI, Luca. Diritto alla riservatezza e sicurezza nella giurisprudenza delle Corti Costituzionali e sovrastatali europee. Il caso della Data Retention Di-

43 ADC51, voto do Min. Gilmar Mendes, p.10.

rective. **Democrazia e Sicurezza** – Democracy and Security Review. A. VII, n. 2, 2017.

DI MARTINO, Alessandra. La protezione dei dati personali. Aspetti comparatistici e sviluppo di un modello europeo di tutela. *In*: PANUNZIO, Sergio P. (a cura di). **I diritti fondamentali e le corti in Europa**. Napoli: Jovene, 2005.

DICOSOLA, Maria. La data retention directive e il dialogo tra Corti Costituzionali e Corte di Giustizia nel sistema multilivello europeo. **Diritti Comparati**: compare I diritti fundametal in Europa. 20 fev. 2014.

FEDERAL TRADE COMISSION - FTC. Protecting consumer privacy in an era of rapid change: recommendation for businesses and policymakers, 2012. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf>. Acesso em 14 abr. 2021.

FLOR, Roberto. Dalla data retention al diritto all'oblio. Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia. *In*: RESTA, Giorgio; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. (cur.), **Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain**. Roma: Unversità degli Studi Roma Ter, 2015.

GAZZETTA, Cristina. Sicurezza, terrorismo e cittadinanza: la nuova legislazione francese anti-terrorismo e l'impegno Internazionale contro i cd. Foreign fighters. **Osservatório sulla normativa**, a. V, n. 3, 2015.

KOSSEFF, Jeff. A user's guide to Section 230, and a legislator's guide to amending it (or not). **Berkeley Technology Law Journal**, v. 37, n° 2, 2022.

MAXWELL, Winston; WOLF, Christopher. A Global Reality: Governmental Access to Data in the Cloud – a comparative analysis of ten international jurisdictions. **Hogan Lovells**, Washington, 2012.

MCNEIL, Sonia. Privacy and the modern grid. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. .25; n. 1, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, out. 2020.

PELIN-RADUCU, Ioana. Deferential dialogues between the Court of Justice and domestic Courts regarding the compatibility of the EU Data Retention Directive with (higher?) national fundamental rights standards. **Law Working Paper**, University of Luxembourg, n. 03, 2014.

RODOTÀ, Stefano. Privacy, libertà, dignità. **Garante per la Protezione dei Dati Personali**, 2004.

WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

OPINIÓN PÚBLICA E INSEGURIDAD EN SOCIEDADES COMPLEJAS.

Una mirada desde la teoría de Niklas Luhmann

RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ^{1*}

1 OPINIÓN PÚBLICA. CONCEPTUALIZACIONES

Resulta imposible recurrir a una definición de opinión pública que sea ampliamente aceptada en el mundo académico y que tenga un cimiento pacífico. Esta dificultad se da principalmente por las diferentes valoraciones que caracterizan el trabajo individual de cada autor, conformando de esa manera, una complejidad epistemológica que no puede ser soslayada.

Teniendo presente lo anterior, ilustrativo resultará hacer una breve reseña —sin pretensión de exhaustividad— con algunas de las más importantes conceptualizaciones relativas a la opinión pública. El que utilizó por primera vez el término fue J. J. Rousseau, quien desde 1750 se preocupó sistemáticamente del poder que reviste (Noelle-Neumann, 1995). La define como una “transacción entre el consenso social y las convicciones individuales” (Spencer, 2002).

Ya en épocas posteriores, desde una perspectiva racional y voluntarista, Ferdinand Tönnies la entiende como el “conglomerado de puntos de vista, deseos y propósitos diversos y contradictorios, que pueden llegar a conformar una potencia unitaria, una expresión de la

1 * Doctorando en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal Penal y Litigación Oral, Universidad Finis Terrae (Chile).

voluntad común”. Desde una perspectiva sistémico-informativa, Otto Baumhauer sostiene que “es el producto del proceso transformativo de información introducida en el sistema abierto de clima de opinión pública” (Monzón, 1987, p. 136).

Desde la perspectiva de la ciencia política, Giovanni Sartori sostiene que la opinión pública es ante todo y sobre todo un concepto político. Para el investigador italiano la opinión pública es “un público, o multiplicidad de públicos, cuyos difusos estados mentales (de opinión) se interrelacionan con corrientes de información referentes al estado de la res pública” (Sartori, 1988), es decir, argumentos de naturaleza pública: los intereses generales, el bien común, los problemas colectivos. Además, sostiene que “la opinión pública tiene una ubicación: es el conjunto de opiniones que se encuentra en el público o en los públicos. Pero la noción de opinión pública denomina sobre todo del público, opiniones endógenas, las cuales son del público en el sentido de que el público es realmente el sujeto principal” (Sartori, 1988).

Desde una perspectiva psicosocial, Elisabeth Noelle-Neumann construye una definición operativa en la que sitúa la opinión pública como “las opiniones sobre temas controvertidos que pueden expresarse en público sin aislarse” (Noelle-Neumann, 1995, p. 112). Sostiene esta autora que la opinión pública tiene que ser explicada como un hecho social, y que el análisis debe estar desprovisto de todo tipo de categorías normativas. Se abandona de esa manera el plano del deber ser, enfocándose sólo en la descripción y análisis de la opinión pública tal y como se presenta, libre de valoración alguna.

Basándose en investigaciones empíricas —a partir de sondeos de opinión— elabora su famosa “Teoría del Espiral del Silencio”, donde señala que las personas están atentas a las opiniones de su entorno para construir la suya. Así las opiniones están ligadas a tradiciones, valores, prejuicios o modas antes que a posturas racionales vinculadas a aspectos político-institucionales. El temor al aislamiento y la fuerte presión social marcan este espacio psicosocial del que no puede escapar el individuo, surgiendo de esta manera una forma de “censura”, reconocida intuitivamente por todos los miembros de la sociedad, que lleva a las personas a evitar la emisión de opiniones “minoritarias” para de esa forma eludir el rechazo social. Este “espiral” va favoreciendo la impresión de los que

opinan en mayoría, llevando a la aparente conclusión de que su preponderancia social es incluso más extensa de la existente en realidad.

Desde otra perspectiva, Jürgen Habermas puede ser considerado como uno de los pensadores más influyentes en lo que al estudio de la opinión pública se refiere, toda vez que desde los albores de su carrera se interesó por la investigación sobre el espacio público (*Öffentlichkeit*) y la opinión pública (*Öffentlichkeit Meinung*)². La visión de Habermas respecto de la opinión pública se enmarca dentro de la tradición normativa³, y tiene un rol esencial como garante de la democracia.

Por consiguiente, en el modelo “habermasiano” la opinión pública no es sólo un problema científico, es un problema práctico moral con dimensiones ético políticas, donde las condiciones comunicativas juegan un papel vital. “Cuando las leyes del mercado, que controlan la esfera del tráfico mercantil y del trabajo social, penetran también en la esfera reservada a las personas privadas en su calidad de público, el raciocinio tiende a transformarse en consumo, y el marco de la comunicación pública se disgrega en el acto, siempre uniformizado, de la recepción individual” (Habermas, 1986, p. 190).

El espacio público⁴ —constata Habermas— deja de estar ocupado así por ciudadanos razonantes y se somete a una cultura integradora y de mero consumo de noticias y entretenimiento, o sea, que como consecuencia de la intrusión de las leyes del mercado en la esfera privada de las personas, surge un público consumidor de cultura, consumidor de información. Es este público el que es degradado y mirado por los medios de comunicación como una masa homogénea que como tal cede instintivamente sus gustos e inclinaciones al mejor “postor”. La finalidad de

2 Basta con mencionar su célebre trabajo titulado “Historia y crítica de la opinión pública”, aparecido en 1962, el cual marcó un antes y un después en el tratamiento de dicha materia, hasta una de sus obras más recientes, titulada “Facticidad y Validez”, en la cual trata también el tema de la opinión pública.

3 Tradición que se destaca por su constante preocupación por los derechos ciudadanos, el diálogo político, las relaciones que se originen entre gobernantes y gobernados, es decir, una inquietud persistente por crear las bases necesarias para plasmar y desarrollar el régimen democrático en nuestras sociedades. Destacan en esta línea de pensamiento Platón, Maquiavelo, Hume, Locke, Rousseau, Tocqueville, Bentham, entre otros.

4 Aquel destinado por los ciudadanos —como individuos privados que se comportan como público— a generar opinión pública.

la ideología de la cultura de masas es reduplicar y legitimar la situación existente, sin que exista ningún tipo de trascendencia y crítica⁵.

Se pregunta si es posible plasmar un sistema social en el que las inquietudes de la opinión pública, sus anhelos y proyectos, tengan una traslación al plano de la acción política. Esto es, si es posible superar la regulación administrativa de la democracia por una democracia auto-constructiva, guiada por la interacción comunicativa de los individuos que la integran.

A partir de ello concluye que la opinión pública es la única base reconocida de legitimación del dominio político del Estado. En ese sentido, la opinión pública está íntimamente vinculada con las tareas de crítica y de control, que los ciudadanos de un estado ejercen, normalmente, de manera informal, en reuniones y conversaciones de cualquier tipo, y también de manera formal, en los plebiscitos, frente al dominio estatalmente organizado. Ergo, opinión pública simboliza la soberanía popular, la cual es presupuesto del Estado moderno. Y por lo tanto si éste no funda su actuar en conformidad a ella la sociedad no es verdaderamente democrática.

La opinión pública, por ende, debe mantenerse informada respecto de los sucesos internos a las organizaciones y asociaciones y ejercer una crítica de ellas. Sólo una publicidad crítica permitiría la expresión de los conflictos reales y la superación de los mismos por la generación de consensos, de voluntad común. Ha de ser el equilibrio necesario a las formas de presión y coacción del poder, que tiende siempre a superponerse opresivamente sobre la realidad social. Lo anterior lleva a una exaltación, y por sobre todo, a una ampliación de los ámbitos de diálogo y racionalidad a través de “un proceso crítico de comunicación sustentado en los principios de la argumentación y del consenso racionalmente motivado” (badia, 1996, p. 70). Todo lo cual redundará, más temprano que tarde, en un fortalecimiento de las libertades civiles y políticas.

5 Además, plantea que “la cultura de masas se hace, en efecto, con su dudoso nombre precisamente porque el crecimiento de sus proporciones se debe a su adecuación a las necesidades de distracción y diversión de grupos de consumidores con un nivel relativamente bajo de instrucción (la situación inversa se había dado a finales del siglo XVIII, donde el pueblo es elevado a cultura, no la cultura degradada a masa). (Habermas, 1986, p. 194).

Desde una perspectiva ecléctica-conservadora destaca W. Russell Neuman. Su trabajo se enmarca como una reacción a las investigaciones caracterizadas por una sobrevaloración de los efectos mediáticos (históricamente atribuidos a los estudios de los aparatos ideológicos de L. Althusser, los trabajos de los pensadores de la Escuela de Frankfurt, y en última instancia a toda la corriente marxista). Neumann realiza una importante investigación que logra unir dos áreas de estudio que históricamente han seguido caminos paralelos, estos es, la de los medios masivos y la que se centra en el impacto de otras tecnologías de información y comunicación, tales como el teléfono o la tecnología de redes, entre otras.

Concluye que “la opinión pública, como a menudo se indica, es mucho más que la simple suma de opiniones privadas. La opinión pública es tanto un proceso como una entidad y es, en gran medida, enriquecida por las discusiones en curso e interpretaciones de eventos públicos por la ciudadanía” (Neuman, 2002, p. 200). Además, establece que, teniendo como base las nuevas tecnologías electrónicas de red, existe el potencial para una mayor diversidad e interactividad, lo que ha sido catalogado por algunos como un nuevo paradigma⁶.

Una vez hecha esta pequeña reseña, se puede observar la diversidad de criterios a la hora de dar una definición de opinión pública. Esta especie de confusión conceptual dominante tiene que ver básicamente con el hecho de que existe una variedad de especialidades que han intentado estudiarlo. Para el derecho y ciencia política la opinión pública es una abstracción que permite verificar el sistema político democrático; en cambio para algunos enfoques de la sociología se trata de un instrumento del control social; y, para otros especialistas, la opinión pública no es más que una categoría formal bajo la que se clasifica los resultados de los sondeos, por ejemplo “la sociología empírica que se ocupa de estos temas emplea métodos cuantitativos y estadísticos con los que delimita la realidad en función de los parámetros de medida accesibles desde este tipo de metodología. Sin embargo, es obvio que no se pueden confundir estos límites con la amplia y densa trama del espacio público y de la multiplicidad de intercambios que se producen en él. Es un grave error

6 Así lo han sostenido por ejemplo, Cristóbal Marín (traductor al español de “El Futuro de la Audiencia Masiva” de W. Russell Neuman) en su artículo “La deuda de la sociología”, publicado en “Artes y Letras” (páginas E6 y E7), El Mercurio, 28 de abril de 2002; como también José J. Brünner en el prólogo del citado libro.

conformarse con una interpretación reduccionista de los elementos que lo componen y de su proyección de futuro” (Boladeras, 2001).

Por lo tanto, estamos ante un objeto de análisis que debe ser abordado de manera interdisciplinaria, dejando de lado todo enfoque reduccionista, razón por la cual hemos circunscrito el estudio a uno de los académicos contemporáneos más importantes, a saber, Niklas Luhmann, quien con su trabajo dio ese salto cualitativo. Este profesor alemán insertó los estudios sobre la opinión pública dentro de un constructo mayor, como lo es, una teoría de la sociedad. Por ello es patente la importancia e influencia de sus postulados dentro de las ciencias sociales, y en último término, su pensamiento constituye una de las variantes más interesantes a la hora de analizar el fenómeno en cuestión. Por tal razón presentaremos a continuación la concepción de opinión pública propuesta por Luhmann.

2 TEORÍA DE NIKLAS LUHMANN

Al momento de hablar de Niklas Luhmann (1927-1998)⁷, hay que destacar que su influencia va mucho más allá de la sociología. Fue uno de los pocos sociólogos contemporáneos que indudablemente cambiaron paradigmas, constituyéndose de esa manera en un líder intelectual de relevancia mayor. Desde la teoría de sistemas (reconstruyéndola), brinda a la sociología un nuevo instrumental de observación con un grado más amplio de complejidad y abstracción permitiéndole redefinir su objeto de estudio, así toda pretensión explicativa de lo social debe tomar la decisión de aislar un elemento al cual pueda atribuirse un carácter eminentemente social, para Luhmann, este elemento es la comunicación —al constatar lo aferrada que ha estado la sociología al individuo o a la materialidad de sus acciones; con ello, ha hecho depender sus observaciones de instancias cuya naturaleza resultan ajenas, previas o paralelas a lo social, ya que lo social no puede reducirse a lo orgánico ni a lo psíquico aunque presuponga la existencia de organismos y conciencias para poder existir. El mismo problema presenta la acción y sus esquemas de interpretación.

⁷ Las influencias en el pensamiento de Luhmann son muy variadas, siendo las más destacadas las provenientes de: el estructural-funcionalismo de Talcott Parsons, la teoría de los sistemas autopoieticos de Humberto Maturana y Francisco Varela, la cibernética de segundo orden de Heinz von Foerster, entre otros, sin olvidar la obra fundacional de Ludwig von Bertalanffy, en lo que a teoría de sistemas se refiere.

A continuación, procederemos a exponer a grandes rasgos, los puntos más relevantes del trabajo de este autor en lo relativo a la opinión pública.

2.1 Una respuesta desde la teoría de sistemas⁸

Para Luhmann las sociedades contemporáneas son cada vez más complejas⁹ como consecuencia de la mayor especialización y diversificación funcional¹⁰. Este proceso creciente podría hacer estallar el propio sistema, en la medida en que los individuos perciben cada vez menos dicha complejidad —menos aún la globalización— tendiendo por tanto a regirse por criterios muy particulares y minifundistas, planteándose de esta manera una dificultad mayor a la hora de alcanzar algún tipo de consenso. Ante esta situación el sistema demanda un mecanismo reductor que canalice las fuerzas centrífugas psicosociales, a través de simplificaciones globalizantes (reducción de complejidad)¹¹.

La opinión pública sería el conjunto de temas que simplifican la complejidad social, sería una estructura temática de la comunicación pública, una estructura común de sentido que permite una acción intersubjetiva en un sistema social, y que los ciudadanos, por acción de los medios de comunicación o del poder, toman como referencia y orientación.

Para Luhmann la opinión pública cumple también una función política, pero distinta a la otorgada por Jürgen Habermas. Se convierte en la base de la democracia, pero no por una valoración ética, sino por

8 Para una crítica del pensamiento luhmanniano véase Habermas, 1996, p. 307 y ss; y respecto del pensamiento sistémico en general, véase Lechner, 2002, p. 52 y ss.

9 En el sentido de que cada vez existen más posibilidades de cuantas pueden actualizarse como comunicación en los sistemas sociales. Todas las relaciones lógicamente posibles tienen una oportunidad igual de realización. Complejidad se refiere tanto a las relaciones posibilitadas estructuralmente como a la selectividad derivada de esa misma posibilitación, por ello se dice que la complejidad siempre impone selección. Véase Luhmann, 1998, p. 26 y ss.

10 Ello implica la existencia de una variedad de grupos de interés y sistemas parciales, que disponen de su propia codificación y programación frente al ambiente.

11 Hay que destacar el hecho de que ningún sistema puede sostener un aumento arbitrario e indeterminado de complejidad, por lo que necesariamente surgen límites internos del sistema que dan origen a los sistemas parciales, permitiendo de esa manera una diferenciación de la sociedad. Así la reducción de complejidad implica que una estructura de relaciones entre elementos de un sistema se reconstruye en un número menor de relaciones en un sistema particular.

razones pragmáticas, en la medida que permite una interconexión entre las personas, una integración comunicativa de todos sus miembros, que por lo menos tienen ciertos temas básicos que compartir, en otras palabras, opera como reductora de la complejidad, permitiendo, a lo menos de manera básica, a las diferentes instituciones políticas y a los ciudadanos tener temas comunes de preocupación, evitando de esa manera que la estructura social se resienta y que en último término carezca de sentido¹².

Por tal razón, y teniendo presente la creciente diferenciación funcional de la sociedad resulta improbable la integración social de la opinión pública sin vinculación alguna a los sistemas parciales, y como sostienen De la Puente y Torres (2000): “Este hecho ha obligado a redefinir el concepto de opinión pública y adscribirlo a algún sistema que permita el manejo de intereses funcionalmente definidos. Desde la perspectiva de los sistemas autorreferenciales la opinión pública ya no comprende a todo el sistema social, sino fundamentalmente al sistema político como sistema parcial, mediante comunicaciones públicas derivadas de una selección contingente de temas”. Esta posición, considera que si bien la opinión pública es un aspecto particular de la interacción social, tiene presente las funciones políticas del fenómeno y traduce el consenso de un reconocimiento de algunos temas como de interés general.

Por tanto, la opinión pública dentro de la nomenclatura luhmanniana vendría a ser un “*medium*”¹³. Si el lenguaje es el medio compartido

12 Basándose en la fenomenología de Husserl, Luhmann entiende “sentido” como la premisa para la elaboración de toda experiencia. Es una estrategia selectiva mediante la cual se elige entre diversas posibilidades, pero sin eliminar definitivamente las posibilidades no seleccionadas. Es el lazo entre lo actual y lo posible. De esta manera la función del sentido en los sistemas sociales vendría a ser la indicación y el control de acceso a las posibilidades excedentes con respecto al dato actual, lo que permitiría a los sistemas continuar operando a través de las selecciones (que producen actualización y, a la vez, un trasfondo de posibilidades no actualizadas que configuran un horizonte potencial para comunicar). Por lo tanto el sentido es una forma de mantenimiento y reducción de la complejidad. Corsi *et al.*, 1996, p. 146 y ss. Véase también Luhmann, 1998, p. 28 y ss.; Rodríguez; Arnold, 1992, p. 105 y ss.

13 Luhmann realiza la distinción entre forma y *medium*, basándose en la reflexión de Fritz Heider, quien la elaboró para explicar la percepción de objetos en contacto no inmediato con el cuerpo, como por ejemplo la percepción visual o acústica. Dicha percepción es posible gracias a la presencia de un *medium*, la luz o el aire, que no se percibe en cuanto tal, sino que transporta sin alterar las características del objeto en cuestión, en este caso, las imágenes y los sonidos (formas). Corsi *et al.*, 1996, p. 84 y ss.

por una comunidad de hablantes en el que se reproducen unos contenidos particulares y cambiantes, la opinión pública es tan sólo la tematización común que permite el diálogo político social.

Los medios de comunicación social son los que normalmente crean y sostienen la atención y el diálogo de la gente en torno a unos temas. “Es posible comprender la relación existente entre las agendas de los *mass media* y del público a partir del modelo de prioridades. Este modelo parte de la hipótesis de que el orden de prioridades establecidos por los medios de comunicación determinan la capacidad de discriminación temática en el público por cuanto éste responde a los mismos criterios de prioridades presentes en los medios de comunicación de masas” (Saperas, 1987, p. 74 y ss.). Ello sería factible porque existe un conjunto de reglas previas a la tematización de un determinado contenido, de tal manera que las personas sólo pueden optar entre las selecciones temáticas previamente establecidas por los medios de comunicación de masas¹⁴.

Este punto de vista coincide con una de las teorías en boga en el estudio de los efectos de los medios de comunicación social, a saber, la “teoría de la Agenda *Setting*” o “formación del temario”. Esta modalidad parte de la constatación del poder (mediante su capacidad simbólica) que ejercen los medios de comunicación de masas para influir y determinar el grado de atención que el público otorga a ciertos temas, los cuales quedan sometidos a la atención y el interés colectivo. “Cuanto mayor es el énfasis de los *media* sobre un tema, mayor es el incremento de la importancia que los miembros de una audiencia ofrecen a estos temas como orientadores de la atención pública” (Saperas, 1987, p. 58). Es decir, la “Agenda *Setting*”, afirma la existencia de una relación directa y causal entre el contenido de la agenda de los *mass media* y la subsiguiente percepción pública de cuáles son los temas importantes del día. Existe, pues, una relación entre la agenda de los *media* y la agenda pública, siendo la primera la que inicia el proceso.

En la actualidad, el proceso de globalización de los medios da lugar a una tendencia de los *mass media* que tiene relación directa con la conformación de las opiniones y actitudes públicas. A partir de ello, tanto Luhmann considera que la atención del público es limitada y que, por ende, el actuar de los medios de comunicación de masas implica altos

14 Véase De la Puente; Torres, 2000.

grados de discriminación temática, lo que en última instancia redundaría en el índice temático actual que forma parte de la opinión pública.

Recapitulando, Luhmann le consigna a la opinión pública un papel netamente funcional. La identifica como un espejo, en la medida en que no es más que el reflejo de los pocos observadores. Es decir, “el medio y las formas de la opinión pública no son nada más que la mirada auto-referencial que los protagonistas de la opinión pública se dirigen a sí mismos y a sus actuaciones. Dicho ‘espejo social’ también podríamos compararlo con un ‘cañón de luz’ o un ‘haz de luz’ que focaliza y concentra la atención en un escenario” (Dader, 1992, p. 107). La opinión pública sería el haz de luz que de manera caprichosa se desplaza por diferentes lugares de la sala. Así, durante un tiempo breve, el cañón de luz ilumina —sacando del anonimato— unos aspectos de la sala o de las personas. Luego, la opinión pública sería en cada momento esa imagen recortada —mirada que se concentra en un sólo punto— sobre la que eventualmente converge toda la atención lumínica, permitiendo que todos compartan un tema en común. Cada momento representaría sólo un insignificante capítulo de todo lo que en el conjunto del sistema social viene sucediendo.

La función de los *mass media* estaría entonces, no en la producción, sino en la representación de lo público¹⁵. Así, la opinión pública vendría a ser el entorno interno político de las organizaciones e interacciones políticas. Esta representación —de lo público a través de los medios de masas— “garantiza un continuo acontecer de transparencia y de intransparencia, a saber, conocimientos temáticos en la forma de objetos concretos y la incertidumbre de cómo y quién reaccionará ante ellos” (Luhmann, 1998, p. 110).

3 TEMATIZACIÓN DE LA INSEGURIDAD EN SOCIEDADES COMPLEJAS

Para abordar el tema de la inseguridad debemos en primer término hacernos cargo de aclarar la relación existente entre ésta y riesgo. El riesgo se refiere a la posibilidad de daños futuros debido a decisiones

15 Entendiendo lo “público” como el entorno interno de la sociedad de todos los subsistemas sociales. Por consiguiente, sería el entorno interno de todas las interacciones y de todas las organizaciones de los sistemas de funciones y de los movimientos sociales. Luhmann, 1998, *passim*.

particulares que se toman en el presente (decisiones que son tomadas sin tener conciencia de lo que sucederá en el porvenir), “por consiguiente, es una forma para realizar descripciones presentes del futuro desde el punto de vista de que uno puede decidirse, en atención a los riesgos, por una alternativa u otra” (Luhmann, 1998, p. 163).

Luego, el riesgo se convierte en un elemento dominante de la vida contemporánea y constituye una característica inherente a la conducta humana, de allí que su reorganización se convierta en una cuestión dominante¹⁶. Eso sí, la “cuestión no es que la vida diaria comporte hoy más riesgos que en épocas anteriores. Lo que sucede más bien es que, en condiciones de modernidad, pensar en términos de riesgos y de su evaluación es una práctica más o menos generalizada de carácter en parte imponderable tanto para los agentes no profesionales como para los expertos en terrenos específicos” (Giddens, 1995, p. 159). Se trata, como ha sostenido Luhmann, de un problema social comunicacionalmente construido e históricamente diferenciado.

Entonces estrechamente relacionado al concepto de riesgo está la toma de una decisión, la cual depende a su vez de la atribución¹⁷ de los daños empleada (en el sentido si se plantean —los daños— como posibles o efectivamente decididos (Corsi *et al.*, 1996, p. 141)). Por ende, implica un fenómeno de contingencia¹⁸ múltiple que como tal ofrece diferentes perspectivas a distintos observadores, pero, debemos tener presente el hecho de que al ocurrir la decisión dentro de un sistema específico, esto presupone de todas maneras una observación de segundo orden, gracias a la cual podemos distinguir el riesgo de otras formas de incertidumbre o peligro¹⁹. Precisamente cada sistema, dependiendo de su propia configuración, y de la manera en que se relaciona con su entor-

16 Para una comprensión acabada del término “sociedad del riesgo” véase Beck, 1998; Giddens, 1995. Luhmann, 1992.

17 Como un mecanismo de ubicación de selecciones.

18 “Un hecho es contingente cuando es visto como selección entre otras posibilidades, las que, a pesar de la selección, de alguna forma permanecen en cuanto posibilidades.” Luhmann *apud* Rodríguez; Arnold, 1992, p. 104.

19 Por peligro debemos entender, de manera general, una posibilidad de daño digna de atención, circunscribiendo el riesgo sólo a casos en que el daño surge como consecuencia de una “decisión” tomada —o no— dentro del sistema. Para clarificar, útil es el ejemplo de quien decide fumar cigarrillos (toma una decisión que implica un

no, definirá —por vía de construcción conceptual— las situaciones que le resultan, ya sea, peligrosas o riesgosas dentro de su lógica de sistema autorreferencial²⁰, y adoptará de la misma manera, las respectivas decisiones preventivas de acuerdo a la estrategia selectiva empleada (sentido), decisión que a su vez implica asumir una cuota de riesgo en pos de lograr una mayor sensación de seguridad.

Es esta distinción —entre riesgo y peligro— la que da relevancia al concepto de seguridad, ya que se puede afirmar que en las sociedades actuales no existe comportamiento seguro que esté exento de riesgos, o de manera más categórica, “no se puede tener seguridad frente a los daños futuros” (Corsi *et al.*, 1996, p. 142). En consecuencia, el riesgo no depende de factores objetivos, sino que obedece únicamente al modo de observación empleado, y la noción de seguridad (entendida como ausencia de riesgos) más que una finalidad alcanzable es un “proceso constante por el cual se van logrando cada vez mayores grados de ese bien social” (De Rementería, 2002, p. 795).

Ante tal situación resulta inoficioso intentar oponer los conceptos de riesgo y seguridad, ya que ésta última nunca podrá ser cubierta de manera absoluta por un sentimiento de tranquilidad, o como diría Giddens, por una “seguridad ontológica”. “Siempre existe algo imprevisible que puede ocurrir y por ello la seguridad, dada la imposibilidad real de ser alcanzada, sería una ficción social, que surge como una verdadera válvula de escape en el cálculo de riesgos” (De la Puente; Torres, 2000).

Los sistemas sociales han diferenciado la temática de la (in)seguridad acotándola, de manera inmediata, a la comisión de delitos contra las personas y el patrimonio (dejando fuera las defraudaciones, por ende sólo abarca delitos patrimoniales aparejados de violencia e/o intimidación en su comisión). Por ello, circunscribiendo el problema a la variante delictiva, el papel desempeñado por los *mass media* es vital, sobre todo en la construcción de los significados que rodean la temática de la inseguridad

riesgo para su salud), pero para quienes son receptores de dicha contaminación, tal actuar implica un peligro.

20 El concepto de autorreferencia designa la unidad constitutiva del sistema consigo mismo: unidad de elementos, de procesos, de sistema. “El sistema autorreferencial es una unidad autopoiética que produce ella misma los elementos que componen el sistema, y esto requiere la capacidad de distinguir elementos que componen el sistema de los que pertenecen a su entorno”. Rodríguez; Arnold, 1992, p. 113.

producida por la delincuencia, convirtiéndolo en uno de los puntos más recurrentes dentro de la llamada “Agenda *Setting*”, así los medios masivos, como constructores de realidad, y en gran medida responsables de lo que socialmente venimos entendiendo por delito, han llevado el tema de la seguridad a un plano en que la respuesta individual resulta estéril.

Por ende, en países como el nuestro, el tema de la (in)seguridad ha pasado a ser un problema ya no solo de carácter social, sino que también con ribetes políticos²¹, donde la opinión pública, como *medium*, ha contribuido en gran medida a ese fenómeno. Ello ha implicado por parte del Estado la adopción de una serie de medidas en el terreno político criminal para hacer frente a esta inseguridad —desde nivel nacional hasta el plano netamente comunal— que tiene su causa principal en los factores directos. Esto es, la seguridad ciudadana ha sido asumida como una responsabilidad del sistema político, en cuanto a garantizar los mayores grados de tranquilidad posibles.

A medida que ha aumentado la especialización en las sociedades actuales, los problemas acaecidos en ellas van siendo tratados internamente por cada subsistema parcial, a partir de sus propias perspectivas; de esta forma, paralelamente ha surgido la respuesta del sistema económico dentro de los cánones del mercado (seguridad privada), lo que a primera vista podría interpretarse como una tensión entre ambos subsistemas —político y económico— pero, dada la igualdad que existe entre los diversos sistemas de funciones, donde “cada uno de ellos considera su propia función como la más importante” (Luhmann *apud* Rodriguez; Arnold, 1992, p. 173), observando la sociedad desde su propia función, se descarta de plano la existencia de relaciones de competencia entre ellos²².

Aquí estamos ante otro de los roles importantes efectuados por el sistema de los *mass media*, ya que al tematizar, como empresas construc-

21 Como sostiene Tudela (*apud* De la Puente; Torres, 2000): “En los casos donde el tema de la inseguridad ha adquirido relevancia pública ella se ha tematizado invariablemente como un problema vinculado a la órbita política. En efecto, una vez que el incremento de las tasas de criminalidad alcanza un reconocimiento público y se generaliza la sensación de peligro, muchas veces por un tratamiento sensacionalista por parte de los medios masivos, inevitablemente la opinión pública demanda una respuesta eficaz de la autoridad”.

22 La competitividad es posible al interior de cada subsistema, por ejemplo, a propósito del caso que estamos tratando, sería factible la “lucha” por las distintas empresas de seguridad privada por dominar un mayor porcentaje del mercado.

toras de realidad, de manera constante la inseguridad desde sus campos programáticos, se conecta de manera permanente con el subsistema económico proporcionándole —en la forma de *input*— la creciente sensación de inseguridad que amerita una rápida y eficiente respuesta. De este modo al interior del sistema económico se genera una gran expectativa en la oferta de servicios y equipos de seguridad.

Por consiguiente, para afrontar el problema de la inseguridad derivada de factores directos (principalmente comisión de delitos), tenemos que dos subsistemas parciales (político y económico) abordan el tema y proponen respuestas —vía prestación de servicios— desde sus lógicas internas (el primero: satisfacción y garantía de un “bien público”, como lo es la seguridad, y el segundo: desde la lógica del mercado). No olvidando la actuación del sistema “medios de comunicación para las masas” en cuanto a las interrelaciones que sostiene, desde su lógica interna de información, con los sistemas anteriormente señalados. Las palabras de Ibán de Rementería son bien ilustrativas de estas relaciones entre sistemas funcionales: “mientras los medios de comunicación generan la demanda por seguridad, las empresas especializadas y las autoridades competentes generan la oferta de seguridad” (De Rementería, 2002, p. 799).

Precisamente se ha observado “una tendencia a diferenciar el tratamiento clásico de la delincuencia y su compleja etiología con respecto a la dinámica que permite estructurar sistemas de seguridad ciudadana. En ese sentido se abre una nueva dimensión frente al tema de la delincuencia, que incluye procesos sociales distintos a los que determinan la actividad delictiva, lo cual implica revertir la noción de una sociedad vista como víctima pasiva del “azote” criminal y pasar a observar los procesos y capacidades de la sociedad civil para efectuar acciones preventivas”²³.

Las sociedades en las que se han dado estos supuestos (tematización de la inseguridad, y específicamente lo que dice relación con el aumento de la criminalidad e incremento de los índices de temor ciudadano) y que se han planteado en la necesidad de enfrentarlos, tienen en común el hecho de ser sociedades complejas, caracterizadas, no por responder a una ordenación que gire en torno a un centro, sino que por la existencia de varios subsistemas parciales inmersos en una sociedad que no tiene centro ni vértice, donde cada uno de dichos sistemas de funcio-

23 Véase Torres, *et al.* 1994.

nes “regula él mismo los temas que trata y las reglas con las que comunica” (Luhmann, 1993, p. 337), siendo todas las funciones significativas.

Esto significa que la problemática de la delincuencia, y la inseguridad que trae aparejada —como todo problema que se presente dentro de este tipo de sociedades—, debe enfocarse ya no desde una visión que involucre una sola perspectiva que responda a las necesidades de “un” sistema parcial, sino que obliga a adoptar puntos de observación suficientemente amplios y relacionales que permitan incorporar una diversidad de variables y considerar simultáneamente la multiplicidad de interacciones entre las diferentes estructuras de la sociedad actual²⁴.

Las relaciones e interacciones a las que se aludía anteriormente, por el hecho de haber dejado atrás una estructuración monocéntrica, se tornan indispensables debido a la alta complejidad y creciente autonomía que van alcanzando dichos sistemas, luego, esta interdependencia se satisface en gran medida por las prestaciones de servicios entre los distintos sistemas parciales²⁵. Además, por la razón de que no puede haber sistemas funcionales más importantes que otros, es imprescindible una coordinación colectiva basada en una diferenciación horizontal, no jerárquica, a la hora de abordar un problema de carácter social.

Sintetizando: una vez que un determinado tema ha pasado a ser público, como sucede con la inseguridad —y por tanto potencialmente disponible para la comunicación general y se reconoce que afecta a la sociedad en su conjunto— su observación y tratamiento posterior sólo puede ser asumido en forma autorreferencial por cada sistema parcial (De La Puente; Torres, 2000). Ello se traduce en la necesidad de tener en cuenta, a la hora del análisis, el modo de operar particular (interno) de cada sistema parcial de la sociedad.

Por otra parte, al estudiar la actuación de un *mass media* se debe tener presente la situación de que éstos cuentan con reglas internas de

24 Véase De la Puente; Torres, 2000.

25 No se debe perder de vista el hecho de que las posibilidades de comunicación entre los distintos sistemas parciales a nivel de sus operaciones autorreferentes son bajísimas, siendo la única opción comunicativa en este plano la irritación proveniente del entorno y que es procesada por cada sistema de acuerdo a su código binario. Por lo que las comunicaciones a nivel de prestaciones de servicios (en términos de *outputs* e *inputs*) se dan en un plano menos complejo en el que priman sus interrelaciones por sobre sus diferencias. Rodríguez; Arnold, 1992, p. 168 y ss.

tematización de los contenidos (de ahí dependerán los énfasis que utilice cada medio en cuestión), lo que se traduce en una “oferta” previamente estructurada a la que las personas pueden optar. Por lo que no se puede obviar el carácter altamente selectivo de la información noticiosa y, que en último término, constituye una construcción de realidad.

4 A MODO DE CONCLUSIÓN

Teniendo presente el rol netamente funcional de la opinión pública —como mecanismo reductor de la complejidad, en sociedades con altos grados de especialización y diversificación funcional— debemos entenderla como la tematización común que permite, por una parte, el diálogo político social así como una integración comunicativa entre las personas que reconocen ciertos temas como importantes, aunque en la concreción de las opiniones exista divergencia. Aquí destaca el problema de la inseguridad, en el cual los medios de comunicación masivos, han desempeñado una función relevante ¿En qué sentido? Principalmente en la relación existente entre las agendas de los *mass media* y del público, a partir del modelo de prioridades utilizado en lo que atañe a la construcción conceptual de los significados que rodean la temática de la inseguridad, convirtiéndola en uno de los puntos más recurrentes dentro de la llamada teoría de la Agenda *Setting* (hipótesis que sostiene que el orden de preferencias instituidas por los medios de comunicación fija en gran medida la capacidad de discriminación temática del público).

Finalmente, se puede apreciar que el problema de la (in)seguridad se ha transformado en un componente dominante de la vida contemporánea, compuesto de diversas aristas, por lo que no es una novedad aseverar que en una sociedad compleja —caracterizada por un aumento permanente de experiencias, acciones y por la presencia de una variedad de grupos de interés y sistemas parciales— su reorganización se convierta en una cuestión dominante.

Por lo tanto, el problema ya no es algo excluyente y exclusivo de un sistema en particular, ya que cada sistema, dependiendo de su propia configuración y de la manera en que se relaciona con su entorno, definirá con su propia lógica las situaciones que le resultan, ya sea, peligrosas o riesgosas, e inmediatamente adoptará las soluciones que estime

pertinentes²⁶, esto es, cada sistema de funciones tematizará de manera particular el problema de la inseguridad —a partir de su propio código binario. En consecuencia la manera de enfrentar tal problemática implica dejar de lado todo parámetro objetivo de medición, ya que no se puede pretender enarbolar una definición de seguridad que sea universalmente válida para todo el sistema social, ya que la definición de qué será constitutivo de inseguridad o no dependerá del modo de observación empleado por cada sistema. Esto implica asumir la inviabilidad material de alcanzar una “seguridad” en términos teleológicos —una finalidad de tranquilidad absoluta que puede ser asible en un momento determinado— y como correlato obliga a reconocer que este fenómeno es un proceso constante en el que sólo podemos optar a alcanzar ciertos grados de seguridad (mayores o menores en relación a lo ya obtenido).

REFERÊNCIAS

BADIA, Lluís. La opinión pública como problema. Voces y Culturas. Barcelona, **Revista de Comunicación**, n. 10, 2º sem. 1996.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Argentina: Paidós, 1998.

BOLADERAS CUCURELLA, Margarita. La opinión pública en Habermas. **Análisi: Quadro de comunicación i cultura**, n. 26, 2001.

CORSI, Giancarlo *et al.* **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana/ ITESO/ Anthropos, 1996.

DADER, José Luis. **El Periodista en el Espacio Público**. España: Bosh Casa Editorial, 1992.

DE LA PUENTE, P; TORRES, E. Seguridad Ciudadana y Sistemas Sociales Auto-referentes en el Contexto de la Sociedad Compleja. **Ponencia Congreso Internacional de Políticas Sociales. Universidad del Bío**, 2000. Disponible: <https://revistamad.uchile.cl/index.php/RMAD/issue/view/1374>. Acceso: 15 nov. 2021.

26 Tales decisiones ocurren al interior de cada subsistema, lo que supone siempre una observación de segundo orden.

DE REMENTERÍA, Ibán. La Seguridad Local en la Sociedad Global. En: Libro de **Ponencias del XIV Congreso Latinoamericano VI Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología**. Universidad de Valparaíso. Chile: Universidad de Valparaíso, 2002.

GIDDENS, Anthony. **Modernidad e identidad del Yo**. El Yo y la sociedad en la época contemporánea. España: Península, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Historia y crítica de la opinión pública**. 3. ed. México: Ediciones Gustavo Gili, 1986.

HABERMAS, Jürgen. **La Lógica de las Ciencias Sociales**. 3. ed. España: Tecnos S.A, 1996.

LECHNER, Norbert. **Las sombras del mañana**. La dimensión subjetiva de la política. Chile: LOM, 2002.

LUHMANN, N. **Sociología del Riesgo**. México: Universidad Iberoamericana/ U. Guadalajara, 1992.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la Sociedad**. México: U. Iberoamericana/U. De Guadalajara/ITESO, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y Modernidad**. España: Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. **La Realidad de los Medios de Masas**. Traducción y prólogo de Javier Torres Nafarrate, 1998.

MONZÓN, Carlos. **La Opinión Pública: Teorías, Conceptos y Métodos**. Madrid: Tecnos, 1987.

NEUMAN, W. Russell. **El Futuro de la Audiencia Masiva**. Chile: Fondo de Cultura Económica, 2002.

NOELLE-NEUMANN, Elisabeth. **El Espiral del Silencio**. Opinión Pública. Nuestra piel social. Barcelona, Paidós Comunicación, 1995.

RODRÍGUEZ, D; ARNOLD, M. **Sociedad y Teoría de Sistemas**. 2. ed. Chile: Universitaria, 1992.

SAPERAS, Enric. **Los efectos cognoscitivos de la comunicación de masas**. Ariel Ediciones, 1987.

SARTORI, Giovanni. **Teoría de la Democracia**. El debate contemporáneo. Madrid: Alianza Universidad, n. 566, 1988.

TORRES, Emilio *et. al.* Hacia una definición de la seguridad residencial en hábitat de pobreza urbana. **Boletín del Instituto de la Vivienda**, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad de Chile, Santiago, n. 23, 1994.

OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS E DEVER DE INVESTIGAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: PONTOS FUNDAMENTAIS NO CASO GOMES LUND VS. BRASIL

GIOVANNA DE CARVALHO JARDIM^{1*}

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, o processo penal apresentou-se de diversas formas: ora ligado à eficiência repressiva, ora às garantias do acusado. Atualmente, entende-se que, no ordenamento jurídico pátrio penal, há uma superação dos paradigmas de dicotomias, inclusive, incluindo a utilização das normas advindas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sob a ótica da interdisciplinaridade metodológica.

Assim, levando em consideração os precedentes das Cortes supranacionais de Direitos Humanos, que interpretam suas respectivas convenções, percebe-se o reconhecimento de obrigações processuais penais positivas, de modo que analisar-se-á tal perspectiva por meio do caso Gomes Lund Vs. Brasil julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O caso possui extrema relevância jurídica, porquanto emblemático para o direito à memória e verdade, mas, também, por ter ocorrido no primeiro momento da Convenção em face do Direito brasileiro, con-

1 * Mestranda em Direito e Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do grupo de pesquisa “Constituição e Sociedade” e dos grupos de pesquisa do PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público “Sociedade da informação e *“Fake Democracy”*”; os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional e “Marias, Clarices, violência e Direitos Humanos. Advogada. E-mail: g-jardim@hotmail.com.

siderando sua ratificação no auge do regime militar². Ainda, a doutrina de segurança nacional, adotada pela ditadura, contribuiu para acentuar o caráter totalitário dos regimes de força, alimentando o abuso de poder e a violação dos direitos humanos por parte do Estado.

Por conseguinte, a finalidade é demonstrar que este precedente reconhece que, no âmbito da proteção de Direitos Humanos, é fundamental as garantias das vítimas e da coletividade, repercutindo nas investigações e na persecução penal. Para tanto, parte-se do seguinte problema: “Em que medida há uma obrigação processual penal positiva de dever de investigação e persecução penal a partir do caso *Gomes Lund Vs. Brasil?*”. Para responder satisfatoriamente a pergunta, utilizar-se-á do método dedutivo e da pesquisa exploratória, procurando analisar o problema, com base na técnica de pesquisa bibliográfica e de análise da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em um primeiro momento, ocupar-se-á dos novos paradigmas de humanização do processo penal e da interdisciplinaridade com outras áreas, como o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Posteriormente, tratar-se-á a respeito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a dinâmica de proteção aos direitos da Convenção Americana, bem como a atuação da Comissão e da Corte. Por último, explorar-se-á o caso *Gomes Lund Vs. Brasil* e os pontos fundamentais acerca da verificação - ou não - das obrigações processuais penais positivas de dever de investigação e persecução penal.

2 NOVOS PARADIGMAS DE HUMANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

Antonio Scarance Fernandes (2012) entende que o processo penal possui uma história com movimentos pendulares, ou seja, a depender do momento, prevaleceu a ideia de segurança social e eficiência repressiva ou, então, de pensamentos mais ligados à proteção do acusado, com a afirmação de suas garantias. A dicotomia representa um confronto, que, pela concepção moderna, não deve existir, pois um processo eficiente também deve ser garantista.

2 Para saber mais acerca dos três momentos da Convenção Americana no âmbito doméstico e a influência no processo penal, ver: Choukr, 2022.

Para Ferrajoli (1995, p. 335), a finalidade do direito penal não deve ser reduzida à defesa de interesses contra as ameaças advindas dos crimes, devendo ser a proteção do mais fraco em relação à violência do mais forte. Os dois objetivos preventivos - prevenção dos crimes e prevenção das penas arbitrárias - estão conectados, pois legitimam a “necessidade política” do direito penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais definem normativamente o âmbito e os limites.

O garantismo, por sua vez, corresponde à tutela de valores e direitos fundamentais, enquanto fim justificante do direito penal, ainda que contra os interesses majoritários. Corresponde à imunidade dos cidadãos contra as arbitrariedades das proibições e punições, com a defesa dos fracos e dignidade da pessoa do acusado (Ferrajoli, 1995, p. 335-336).

Ao propor uma definição teórica - puramente estrutural/formal³ - de direitos fundamentais, Ferrajoli (2001, p. 19) conceitua-os como direitos subjetivos alcançados universalmente a todos o *status* de seres humanos. Entende como direito subjetivo qualquer expectativa positiva (benefícios) ou negativa (sem lesões) atribuído a um sujeito por norma legal, e, quanto ao *status*, como uma condição de sujeito, prevista em norma positivada, como pressuposto de titularidade de situações jurídicas e/ou autores de atos que constituem o exercício de tais.

Já Antônio Alberto Machado (2009) ao refletir sobre a questão, evidencia que os manuais costumam definir o direito processual penal como conjunto de normas e princípios, de modo que a lide penal se estabelece no conflito entre o *jus puniendi* e *jus libertatis*, disciplinando tanto o direito de punir, quanto o direito de defesa.

Com a evolução do relacionamento entre indivíduo-Estado, os direitos fundamentais tornaram-se essenciais no processo penal. Por isso, as constituições passaram a conter ideias de cunho garantista, bem como com o pós Segunda Guerra, foram firmadas declarações conjuntas pelos países, que assumiram o compromisso de respeito aos Direitos Humanos básicos (Fernandes, 2012).

3 A definição teórica proposta, é estipulada com referência a direitos fundamentais sancionados positivamente por leis e constituições das democracias atuais, desconsiderando as circunstâncias fáticas/dogmáticas, ou seja, não é formulada com referência às normas de um ordenamento jurídico específico (Ferrajoli, 2001, p. 19-20).

Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira (2022), reconhecem a atual Constituição Federal brasileira como garantista, de modo que assenta-se nos princípios de um Estado Social e Democrático de Direito. Por conseguinte, o texto constitucional, enquanto ponto de partida da análise do influxo dos princípios fundamentais do processo penal, em seu processo hermenêutico, não poderão ser consideradas apenas fórmulas rígidas e literais dos textos dos dispositivos legais.

Nesse sentido, a compreensão do ordenamento penal decorre de uma interpretação sistemática dos princípios, regras e valores constitucionais, a partir da necessidade de proteção de bens jurídicos individuais e coletivos, seja de interesses da sociedade, seja dos investigados/procesados, em um sistema de garantismo (Fischer; Pereira, 2022).

Vale lembrar das sábias palavras de Alessandro Baratta (2004, p. 218), que salienta a necessidade da segurança contra o crime no modelo de garantia dos direitos de todos. Contudo, não seria uma segurança apenas contra os crimes típicos daqueles provenientes de grupos marginalizados, mas, também, dos crimes pertencentes aos grupos poderosos. Desse modo, poderia restar incluídos as violações decorrentes dos próprios agentes estatais, devendo ser garantidos os direitos de todos contra as distorções criminosas.

Lopes Jr. (2019) compreende o processo penal como “um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal”. Por isso, sua existência decorre desse caminho de observância das regras e garantias constitucionalmente e internacionalmente asseguradas.

Entende-se, então, que o processo penal precisa ser compreendido de forma contextualizada e interdisciplinar, por meio da incorporação de outras ciências e áreas jurídicas, propiciando um funcionamento do sistema processual realmente comprometido com a distribuição igualitária dos direitos e efetivo acesso à justiça (Machado, 2009).

Na prática, as variadas situações da vida definem modos diferentes de funcionamento real do processo, porque diferentes são as circunstâncias dos fatos apurados, diferentes são réus, vítimas, aplicações da lei, valores com que se interpreta e, conseqüentemente, diferentes são os

resultados. Cabe à teoria processual a adoção de uma metodologia interdisciplinar, crítica e dialética (Machado, 2009).

A respeito da superação de paradigmas no processo penal, entende Nereu Giacomolli (2014, p. 12) que, de certo modo, ainda permanece impermeável às novas metodologias. Assim, defende que “uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos Direitos Humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário”. Salienta, então, a premência por um processo constitucional, convencional e humanitário, no mesmo sentido de Machado (2009), a partir de uma nova metodologia hermenêutica, valorativa, comprometida de forma ético-política e voltada à internalização de Direitos Humanos.

Nesse trilhar, Lopes Jr. (2019) destaca que o processo penal é o ramo que mais beneficia-se das normativas de Direitos Humanos. Por isso, o devido processo não seria apenas legal e constitucional, mas também convencional e adequado ao âmbito internacional. A partir disso, as garantias precisam chegar a todos, de forma a efetivar direitos esculpidos nos textos constitucionais e internacionais.

Tendo em vista tais premissas, as fontes normativas internacionais de tutela dos Direitos Humanos devem ser utilizadas como cânones interpretativos do direito interno brasileiro, ou seja, os juízes possuem obrigações de aplicação das normas pátrias em conformidade com o Direito Internacional, dirimindo os riscos de uma responsabilização pelo descumprimento. A “melhor interpretação” do processo penal deve considerar todas as normas de forma integrada, não isoladas e dispersas, de modo a compreender que “todos os comandos nela insertos (unidade) estão costurados por fios seguros, e por isso, suficientemente fortes para sustentar as tensões dialéticas que naturalmente dela defluem (pluralidade)” (Fischer, Pereira, 2022).

Fischer e Pereira (2022) entendem que, por interpretação do Direito Internacional e das previsões constitucionais, existem obrigações processuais penais expressas, com dupla vinculação: de um lado, as negativas, que vedam aos Estados a violação de Direitos Humanos, e, por outro, as positivas, que decorrem da exigência de adoção de medidas de tutela de tais direitos, impedindo violações por terceiros e reprimindo eventuais lesões.

Após a compreensão dos novos paradigmas do processo penal, que reclamam não apenas a observância de direitos constitucionais, mas, também, as obrigações assumidas no Direito Internacional dos Direitos Humanos, deve-se, então, discorrer sobre o Sistema Interamericano e o mecanismo de proteção da Convenção Americana.

3 SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Para Valerio de Oliveira Mazzuoli (2017, p. 23-25), os Direitos Humanos estão ligados às normas de índole internacional, advindas do sistema global ou regional de proteção, contra violações e arbitrariedades de um Estado, em relação às pessoas sujeitas à sua jurisdição. De acordo com André de Carvalho Ramos (2016, p. 29), esses direitos são indispensáveis e essenciais para uma vida livre, igual e digna.

Antônio Augusto Cançado Trindade (2006, p. 413) considera o Direito Internacional dos Direitos Humanos um *corpus juris* de proteção do ser humano, por meio de um novo sistema de valores superiores, em que o ser humano não se reduz mais a mero “objeto” de proteção, sendo, propriamente, um sujeito de direito: é titular dos direitos que lhe são inerentes, decorrentes do ordenamento jurídico internacional.

O fundamento dos Direitos Humanos, consiste, portanto, na própria existência da pessoa, com as seguintes características: 1. historicidade; 2. universalidade; 3. essencialidade; 4. irrenunciabilidade; 5. inalienabilidade; 6. inexauribilidade; 7. imprescritibilidade; 8. vedação do retrocesso (Mazzuoli, 2017, p. 30).

Flávia Piovesan (2019) ressalta que, com a Segunda Guerra Mundial, ou seja, na metade do século XX, o “Direito Internacional dos Direitos Humanos” ganha relevância, e seu desenvolvimento pode ser relacionado às grandes violações de Direitos Humanos ocorridas neste período. Os principais precedentes históricos são o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho – OIT (Mazzuoli, 2017, p. 59-60).

Nessa toada, surge a responsabilização dos Estados, que tem por objetivo atribuir a uma potência soberana a responsabilidade quanto à prática de uma ação atentatória ao Direito Internacional, com a reparação

pelos prejuízos sofridos. Por princípio fundamental da responsabilidade, tem-se a ideia de justiça referente aos compromissos assumidos no cenário internacional, com duas finalidades principais: preventiva (coerção psicológica aos Estados) e repressiva (reparação do dano ao sujeito prejudicado) (Mazzuoli, 2017, p. 39-41).

De acordo com Cançado Trindade (2006, p. 413), juntamente aos princípios da universalidade, indivisibilidade e integralidade, os Direitos Humanos estão pautados pelo princípio da complementaridade dos sistemas e mecanismos de proteção, sejam de base convencional e extraconvencional, ou de âmbito global e regional.

Ressalta-se que os sistemas universais e regionais são complementares, movidos e influenciados pela Declaração Universal, de modo que, ocorrendo uma violação de direitos, caberá ao indivíduo escolher o aparato que lhe seja mais favorável (Martinelli; Prevelato, 2019, p. 26). No presente artigo, sem desconsiderar a importância do sistema global de Direitos Humanos, o foco principal é destinado ao sistema regional (americano), uma vez que o Caso Gomes Lund Vs. Brasil, a ser analisado no próximo tópico, resulta de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo como parâmetro a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O nascimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos corresponde à Declaração Americana de 1948, mas o principal instrumento de proteção seria a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada em 1969, com entrada em vigor no ano de 1978 (Martinelli; Prevelato, 2019). A Convenção surgiu em um período de efervescência ao centro e ao sul da América, pois, em muitos países, ocorriam opressões pelas forças armadas. Nesse contexto, a democracia se deteriorava e o uso da força preponderava (Garcia, 2021, p. 13).

A partir da Convenção Americana de Direitos Humanos, dois órgãos surgiram com competência para conhecer dos assuntos relacionados ao seu cumprimento pelos Estados partes: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de forma que constituem e complementam o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Brasil, 1992).

Quanto à Comissão, suas funções, dentre outras, correspondem à formulação de recomendações aos Estados para que aperfeiçoem o âmbito interno; solicitação de informações sobre medidas adotadas acerca de

Direitos Humanos; responder consultas e prestar assessoramento aos Estados-parte; apresentação de relatórios anuais à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. Sua função principal é de recebimento de denúncias sobre a violação de Direitos Humanos, incumbindo a análise da admissibilidade, filtragem e, após apurar o caso, pode vir a estar legitimada a ação perante a Corte (Garcia, 2021; Martinelli; Prevelato, 2019).

A Corte, por sua vez, possui duas funções distintas: (1) consultiva, respondendo às consultas que lhe sejam formuladas, com a emissão de pareceres sobre a compatibilidade entre as leis internas e os atos internacionais do sistema regional; (2) contenciosa, para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e à aplicação da Convenção, desde que os Estados envolvidos tenham reconhecido como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, tal competência (Garcia, 2021; Brasil, 1992).

A função contenciosa possibilita a responsabilização dos Estados, em casos de violações de Direitos Humanos, a partir de sentença a ser proferida, devendo estes adotarem medidas para reparar os danos causados e para amparar as vítimas. Em 1988, o Brasil reconheceu a obrigatoriedade da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Andrade, 2020).

Desde o ingresso do Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e do reconhecimento da competência contenciosa, este já foi condenado por violações de Direitos Humanos em inúmeros casos, como o que será apresentado a seguir, envolvendo a necessidade dos Estados adotarem medidas positivas para garantir os direitos reconhecidos na Convenção, incluindo o dever de investigar.

4 OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS NO CASO GOMES LUND VS BRASIL

O caso Gomes Lund Vs. Brasil - Guerrilha do Araguaia trata a respeito de uma das condenações do Brasil, sendo esta da responsabilidade por detenções arbitrárias, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas - entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região do Araguaia -, assim como a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva. A sentença, proferida em 24.11.2010, condenou o Estado brasileiro a implementar uma série de medidas para a indenização

aos familiares das vítimas dos fatos ocorridos e para evitar que novos problemas aconteçam (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010).

Acerca do contexto histórico dos fatos, vale ressaltar que, em abril de 1964, sobreveio golpe militar, depondo do governo o presidente João Goulart, passando a existir um regime de exceção, baseado na Doutrina da Segurança Nacional, com ápice no AI-5. Entre 1969 e 1974, ocorreram inúmeros desaparecimentos e mortes, que eram justificados por simulações de atropelamentos, fugas e falsos suicídios. Nessa toada, o Caso Araguaia resultou das operações do Exército entre 1972 e 1975, com a finalidade de erradicar a Guerrilha do Araguaia: os guerrilheiros, os quais foram detidos e privados de suas vidas, com a ordem de serem identificados e enterrados em locais diferentes na selva (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010; Giacomolli, 2014).

Conforme Choukr (2002), o momento da ditadura militar corresponde ao primeiro momento de contato entre o ordenamento jurídico pátrio e a Convenção Americana. Em uma conjuntura de regime de exceção, a assinatura fundamentou-se pela demonstração de respeito - apenas de fachada - aos Direitos Humanos, ou seja, constitui uma tentativa de demonstrar a obediência ao primado da lei.

A reação, por conseguinte, foram as guerrilhas, que, imediatamente, foram reprimidas pela radicalização nos modos de combate estatal às esquerdas. A tortura, como forma de obtenção de informações, atingiu crianças para provocar as confissões paternas, que, muitas vezes, em nada estavam relacionados às guerrilhas (Choukr, 2002).

O cume da repressão foi com o governo de Médici, em 1973, quando ocorreu a emissão de ordem de eliminação dos capturados. No final do ano de 1974, não havia mais guerrilheiros, espalhando-se a notícia de que os corpos foram desenterrados, queimados e as cinzas jogadas em rio da região do Araguaia (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010; Giacomolli, 2014).

Apesar de algumas medidas tomadas pelo Estado brasileiro, como: (1) publicação da Lei 9.140/95, em que o Estado reconheceu a sua responsabilidade pelos assassinatos entre 02/09/1961 e 15/08/1979, criando a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos para possibilitar o auxílio aos familiares, além de conceder-lhes reparação pecuniária; (2) 13 buscas à região pelos familiares e vítimas, pela Comissão Especial,

pela Comissão Interministerial e pelo MP, entre outros; (3) criação de um Banco de DNA, em 2006, para fins de criação de perfil genético de cada desaparecido, não ocorreu um deslinde suficiente para o feito (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010; Giacomolli, 2014).

Por conseguinte, em 26.03.2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte uma demanda contra o Brasil, iniciada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional e pela Human Rights Watch/Americas, em prol das pessoas desaparecidas na Guerrilha do Araguaia e seus familiares, somando-se ao caso, posteriormente, a Comissão de familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do estado, a senhora Angela Harkavy e o Grupo Tortura Nunca Mais (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010).

Após vários trâmites e prazos para que o Estado prestasse informações sobre as ações executadas na implementação de recomendações, não realizadas satisfatoriamente, não houve alternativa à Comissão, que submeteu o caso à jurisdição da Corte, enfatizando que seria uma oportunidade para consolidar a jurisprudência a respeito das leis de anistia, desaparecimentos forçados, execução extrajudicial e, ainda, a consequente obrigação dos Estados de levar a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de Direitos Humanos (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010).

A Corte Interamericana, por sua vez, entendeu que as disposições da Lei de Anistia brasileira impediram a investigação e punição das violações aos Direitos Humanos, de modo que seria incompatível com a Convenção Americana, não podendo seguir como obstáculo na investigação do presente caso. Concluiu, então, que o Brasil seria responsável pelo desaparecimento forçado e, assim, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, previstos convencionalmente, em prejuízo das pessoas indicadas no processo (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010).

A sentença, além da importância histórica, enfrenta uma série de questões importantes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacando-se o dever de investigar e a promoção de persecução de graves violações de Direitos Humanos. Inclusive, desde a sua primeira sentença, a Corte evidencia a importância do dever estatal de investigação e punição (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010).

De acordo com Suiama (2014, p. 314), em conformidade com as fontes internacionais, haveriam seis obrigações de fazer dirigidas aos sistemas domésticos de justiça criminal: (1) tipificar os crimes no ordenamento interno; (2) investigar; (3) garantir a participação da vítima nos procedimentos; (4) desenvolver a persecução penal em juízo; (5) cooperar com os demais Estados em casos de persecução penal; (6) instituir a jurisdição criminal no fato.

A obrigação de investigar e, quando necessário, julgar e punir, é primordial nos casos de graves crimes cometidos e ante a natureza dos direitos ofendidos, sobretudo, porque a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir os responsáveis já possui o caráter de *jus cogens* (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010).

No caso da Guerrilha do Araguaia, ocorre a reiteração das obrigações de investigação, porquanto medidas positivas estatais, de adoção dos direitos da Convenção. Trata-se de uma obrigação de meios e não de resultados, a ser assumida como um dever jurídico próprio e não como mera formalidade. No momento que as autoridades tiverem conhecimento do fato, devem iniciar, sem demora, uma investigação imparcial, séria e efetiva, com a utilização de todos os meios legais disponíveis e orientada à verificação da verdade (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010).

Vale ressaltar que a obrigação positiva de investigação, está estabelecida em tratados como a Convenção contra a Tortura, Convenção sobre os Direitos da Criança, Convenção de Belém do Pará e Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, sendo que última resume a maior parte das exigências contidas na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Suiama, 2014, p. 317).

A Corte, no caso em tela, também trouxe que, a partir do artigo 8º da Convenção, as vítimas de violações de Direitos Humanos e seus familiares, possuem amplas possibilidades de serem ouvidos e de atuarem nos processos, tanto na procura do esclarecimento dos fatos e punição dos responsáveis, quanto na alçada de reparações. Outrossim, a obrigação de investigar e o direito das vítimas não desprende-se somente das normas internacionais, tendo origem na legislação interna brasileira que refere o dever, de ofício, de investigar determinadas condutas ilícitas, bem como

a permissão das partes atingidas apresentarem queixas, provas, petições, a fim de participarem da investigação penal (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010).

No atual desenvolvimento do Direito Internacional, os Estados possuem alguns deveres para com as vítimas das violações: dever de protegê-las (incluindo as testemunhas dos fatos) contra intimidações; dever de assegurar que suas preocupações sejam apresentadas e consideradas; dever de mantê-las informadas das decisões relevantes do caso (Suiama, 2014, p. 319-320).

Ademais, a Corte trouxe que a obrigação de processar e, quando conhecida a responsabilidade, punir os autores das violações, decorre de uma obrigação de garantia, implicando o dever estatal de estruturar o aparato governamental e estruturas de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o pleno exercício de Direitos Humanos. Consequentemente, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação de direitos reconhecidos pela Convenção e procurar a reparação ou restabelecimento. Se restar a impunidade, pode-se dizer que houve o descumprimento do dever de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição o livre exercício de seus direitos (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010).

A partir disso, Fischer e Pereira (2022) destacam a existência expressa dessas obrigações processuais penais positivas que, por sua vez, representam o dever dos Estados de adotar providências necessárias e adequadas à apuração dos fatos ilícitos - obrigação de meio - considerando os direitos fundamentais dos investigados/processados - enquanto obrigação de resultado -, buscando-se um verdadeiro equilíbrio.

No âmbito da proteção aos Direitos Humanos, é fundamental, dessa forma, proteger a gama de garantias das vítimas e da coletividade em geral. A exigência é de um percurso de pesquisa e coleta de provas para, ao final, revelar os fatos e responsabilizar os autores dos ilícitos, em tempo razoável (Fischer; Pereira, 2022).

Nesse trilhar, as fontes normativas internacionais, incluindo a jurisprudência da Corte Interamericana, devem ser utilizadas como cânones interpretativos do direito pátrio. Logo, os juízes devem aplicar no

ordenamento jurídico as perspectivas supranacionais⁴, preservando os riscos decorrentes da responsabilização internacional por descumprimento de obrigações (Fischer; Pereira, 2022).

A partir da necessidade dos Direitos Humanos como indispensáveis no meio criminal, tais obrigações processuais extraem-se não somente de disposições de direito à vida, integridade física e psíquica, liberdade individual, vida privada e familiar, mas, também, de uma cláusula genérica de exigência de respeito aos direitos dos jurisdicionados. Para cumprir todas as exigências convencionais, os sistemas penais internos devem possuir uma estrutura de atuação para prevenir, coibir e sancionar as lesões e violações verificadas (Fischer; Pereira, 2022).

Portanto, a partir dos aportes trazidos no Caso Gomes Lund Vs. Brasil, percebe-se que existem obrigações processuais penais positivas de investigação e a necessidade de manter-se o equilíbrio no sistema de justiça penal entre os direitos de defesa e da dignidade humana. Deve-se equilibrar a devida proteção de todos os demais direitos previstos constitucional e convencionalmente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internalização de obrigações processuais penais de âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos é, cada vez mais, difundida mundialmente. A partir disso, o Brasil, considerando a necessidade de interdisciplinaridade no processo penal, deve interpretar o direito pátrio em conformidade com as normativas internacionais.

Os Direitos Humanos, enquanto normas internacionais, tanto do sistema global ou regional, protegem as pessoas contra as violações e arbitrariedades de um Estado. Por conseguinte, a Corte Interamericana, no caso do sistema regional americano, tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e à aplicação das disposições da Convenção.

Nesse sentido, o caso Gomes Lund Vs. Brasil, submetido à apreciação pela Comissão, buscou o reconhecimento das violações de Direitos

4 De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006), quando um Estado ratifica a Convenção Americana e outros tratados, seus juízes domésticos também estão submetidos a ela, constituindo uma obrigação de zelo para que os efeitos dos dispositivos não sejam mitigados pela aplicação de leis contrárias. O Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle da convencionalidade das leis”.

Humanos de 70 pessoas durante a época da ditadura militar, devido a desaparecimentos forçados e tortura, além de uma execução extrajudicial.

A Corte, acertadamente, reiterou a obrigação de investigar violações de Direitos Humanos, enquanto medida positiva a ser adotada pelo Estado. As obrigações processuais penais positivas, por sua vez, correspondem a obrigações de meios - diferentemente das de resultado -, que deve ser um dever próprio e não apenas uma formalidade, a fim de garantir uma investigação efetiva, por todas as formas legais cabíveis e orientada à verdade dos fatos.

Percebe-se, portanto, que não somente o Estado deve ter apenas limites em sua atuação (obrigações negativas), mas, também, reclama uma efetiva atuação para a proteção de Direitos Humanos, consagrados em normas internacionais. Há as obrigações processuais penais positivas, enquanto deveres de procedimentos investigativos aptos a assegurar a punição eventual dos autores das práticas ilícitas, como bem afirmado no caso *Gomes Lund Vs. Brasil*, que as disposições da Lei de Anistia, ao impedirem a investigação e sanção de graves violações de Direitos Humanos, são incompatíveis com a Convenção Americana.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. Obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da Jurisprudência Interamericana em caso de violações de direitos humanos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, [S.L.], n. 77, p. 57-91, jul./set. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Carlos_Gustavo_Coelho_de_Andrade.pdf. Acesso em: 18 jun. 2023.

BARATTA, Alessandro. Seguridad. *In: Criminologia y sistema penal* (compilación in memoriam). Editorial BdeF: Buenos Aires, 2004, p. 199-220.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Brasília, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A influência da Convenção Americana de Direitos Humanos no processo penal brasileiro: avaliação no seu décimo aniversário de entrada em vigor no Direito brasileiro. *ESMPU*, Brasília, a. I – nº 4, p. 111-128, 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil.** Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 18 jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile.** Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995. Disponível em: <https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/5694a779b4871166c0edb73b407c9529.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, FREDERICO VALDEZ. As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 3 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

GARCIA, Emerson. Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma breve introdução. In: GARCIA, Emerson (org.). **Corte Interamericana de Direitos Humanos: casos da república federativa do Brasil.** Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2021. p. 13-20. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1183776/Livro_Corte-Interamericana_Casos-Brasil.pdf. Acesso em: 18 jun. 2023.

GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica.** São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; PREVELATO, Fabio. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. **Revista de Direitos Fundamentais**, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 23-36, jan./jun. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas europeu, africano e interamericano**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. As obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos por meio do sistema de justiça criminal e seu impacto no direito penal brasileiro: o caso Gomes Lund Vs. Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Leopoldo, v. 108, n. 22, p. 299-345, maio/jun. 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do século XXI. **XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA**, Rio de Janeiro, 2006.

CONVENTIONALITY CONTROL AND ITS APPLICATION IN COLLECTIVE RIGHTS

EDGAR ANDRÉS QUIROGA NATALE^{1*}

1 INTRODUCTION

With the issuance of the 1991 Constitution, Colombia adopts a model of the social State of law, being a correspondent with the birth of a new form of “constitutional justice” that is articulated from the consecration of five structural pillars: (i) the principle of constitutional supremacy, (ii) constitutional jurisdiction, (iii) the recognition of rights, (iv) the limitation and division of public power, and, (v) the procedural instruments for the materialization of the recognized rights, mandates and purposes.

One of the most significant transformations embedded in the aforementioned Constitution is the “internationalization of the State”, the constituent understanding that political and economic realities place us in a scenario of deep international enclave and that integration with other nations in an increasingly more globalized ceased to be an option to become a new political model of coexistence.

There are several opening clauses contained in the constitutional text, among which the following stand out, among others: i) the preamble, through which the State undertakes to promote the integration of the Latin American community; ii) Article 9, which stipulates that the State’s foreign relations are based on the recognition of the principles of international law adopted by Colombia and reiterates that Latin American and Caribbean integration is part of State policy; iii) Article 53 establishes that duly ratified international labor conventions are part of domestic

1 * Post-Doctor and Doctor of Laws (PhD). Administrative Judicial Attorney II. Professor and University Researcher. Contact: edgarandresq80@gmail.com

legislation; iv) Article 93, provides that the international treaties and conventions ratified by Congress, which recognize human rights and prohibit their limitation in states of emergency, prevail in the domestic order, and that the rights and duties enshrined in the Constitution, will be interpreted in accordance with the international treaties on human rights ratified by Colombia; v) Article 94 adopts the recognition of unnamed rights; vi) Article 214, which regulates states of exception and indicates that not even under these conditions can human rights or fundamental freedoms be suspended, and, in any case, the rules of international humanitarian law will be respected. In addition to the above, the rule in question refers to the statutory law that regulates states of emergency will establish judicial controls and guarantees to protect rights in accordance with international treaties.

Under this new order, the State, from the same year of 1991, began to mutate its foreign policy and economic openness, which gradually consolidated different integration processes, not only in the political, commercial and financial spheres, as concomitant to this, also legal integration processes took place.

In the process of globalization² the law has been exported along with the goods and services. The State within the international system is a constant and “the guarantee of statehood surpasses, now we are told, the power of the Nation-State. Changes in the global ideological atmosphere are as vital as new flows of money and goods” (Evans, 1997, p. 98). Said process is not neutral and largely determines the configuration of the political relations and economic subjection of the States (Heydebrand, [s.d.]).

2 Without ignoring that the very concept of globalization is not neutral and much less peaceful and that it has had outstanding defenders through institutional positions such as those emanating from the International Monetary Fund that defines it as “(...) a historical process, product of human innovation and technological progress. It refers to the increased integration of economies around the world, particularly in trade flows and finance. It also sometimes involves the movement of people (work), knowledge (technology), cultural, political and environmental dimensions at international borders (...)” IMF “Globalization: Threat or Opportunity?”. Work Paper, 2000. p. :38. Conversely, there are also well-known voices that consider that globalization is an invention of multilateral banks aimed at facilitating economic interventionism; For example, radical theses such as Rugman’s argue “(...) globalization was a myth, it never really happened (...) what the world is experiencing is a new regional order as the only engine of international business (...)” (Rugman, 2001, p. 2).

Product of the annotated, a new concept of “constitutional typicity” arises since the adoption and development of the block of constitutionality integrates to the higher statute norms, principles and legal instruments derived from international treaties and agreements, significantly expanding the “size”, scope, application and irradiating effect of the Fundamental Charter.

This legal integration process, in turn, generates the coexistence of different controls (endogenous and exogenous) that are articulated in order to guarantee the principle of constitutional supremacy and it is in this scenario where different tensions arise regarding the power of subjection that they have. one another.

On the one hand, the thesis of “supranational justice”³ defends the existence of controls from foreign jurisdictions that exercise primacy and subordination over controls and internal jurisdiction; On the other hand, the thesis of “multilevel justice” is opposed⁴ from which the existence of a single constitutional corpus extended⁵ for which there are different levels or standards of control⁶ Far from excluding each other, they complement each other, expropriating any idea of renouncing or abdicating sovereignty.

These tensions are reflected in a tangible way at the time of administering justice where the offender has to apply both internal and exogenous standards to build his decisions, and it is for this reason that the instruments of constitutional procedural law⁷ they make the state model and constitutional supremacy ductile by enabling the control of political power and the justiciability of rights.

Within the different levels of control that overlaps the Multilevel constitutional Justice is the public action of unconstitutionality through

3 See the item: Villalba Bernie, 2017.

4 See the item: Mezzetti, 2015.

5 Which corresponds to the notion of block of constitutionality coined by the Colombian Constitutional Court, a concept that will be reported in a later section of this study.

6 Endogenous and exogenous.

7 Regarding this discipline, Rey notes: “(...) Constitutional Procedural Law (...) comprises a set of “norms”, “principles” and “values” contained in the Political Constitution and in the law that regulates constitutional processes, whatever they may be. the bodies in charge of justly and effectively preserving the supremacy of the Constitution and the procedural protection of human rights (...)” (Rey, 2010, p. 13-14).

which the different standards of objective protection (inter and extra systemic) are made explicit in practice with the ultimate goal of guaranteeing the constitutional supremacy.

Within the contextual scenario described, and in order to contribute to the examination of the referred tensions, the purpose of this paper will be to review the jurisprudential reception that the Colombian Constitutional Court has made of conventionality within the framework of a multilevel constitutional justice.

2 CONVENTIONALITY CONTROL

The American Convention on Human Rights, adopted by the Organization of American States on November 22, 1969, was approved by Law 16 of 1972 and entered into force for Colombia, by virtue of its ratification, on July 18, 1978. ; therefore, this Convention is integrated into our Constitution since it is part of the block of constitutionality in the strict sense by being constituted in a Human Rights Treaty that contains prescriptions that conform to the shipping standards established in articles 93-1 and 93 -2 of the Political Letter of 1991.

Therefore, the amplifying effect of the block generates that the respect and observance of the Convention on the part of the States that signed it becomes the respect and observance of their own Constitutional Charters, and, the mechanism or tool that has served for the The effective defense of the Convention regarding violations of its values, principles and rules is what has been called “conventionality control”.

2.1 Conceptual approach

Although conventionality control was used from the very beginning of the work of the control bodies of the inter-American system, as a concept it was coined starting in 2003 (Case of Myrna Mack Chang VS Guatemala⁸) y 2004 (Case Tibí VS Ecuador⁹) through reasoned concurring

8 Inter-American Court of Human Rights. Case of Myrna Mack Chang VS Guatemala. Judgment of November 25, 2003. Reasoned concurring opinion of Judge Sergio García Ramírez.

9 Inter-American Court of Human Rights. Case Tibi vs. Ecuador. Judgment of December 7, 2004. Reasoned concurring opinion of Judge Sergio García Ramírez.

votes of Judge Sergio García Ramírez of the Inter-American Court of Human Rights and welcomed by the plenary session of the IACHR¹⁰ in 2006 (Case of Almonacid Arellano et al. VS Chile¹¹ and later reiterated in the case of Dismissed Workers VS Peru¹²), making a similarity between the functions of the Constitutional Courts of the States with respect to the control of the internal order and those developed by the IACHR with respect to the verification that must be done so that the norms, actions or omissions of the Member States do not violate the American Convention on Human rights.

On the conceptual scope of the topic under study, there have been multiple definitions formulated by specialized doctrine. Sagüés maintains that the control of conventionality is “(...) a tool for the respect, guarantee and realization of the rights described in the American Convention on Human Rights, it is also useful for the practice and immediate elaboration of a *ius commune* in the region (...)”¹³.

For his part, Ramelli teaches that by conventionality control is understood: “(...) that which is aimed at ensuring the validity of the Pact of San José in Costa Rica (...) as well as the other international treaties that make up the American system (block of constitutionality), either by international bodies (control of conventionality in the strict sense) or internal (control of diffuse conventionality) (...)” (Ramelli, 2012, p. 230).

Therefore, it can be preliminarily inferred that the control of conventionality arises from the need to provide the American Convention

10 Hereinafter, this acronym will be used to refer to the Inter-American Court of Human Rights..

11 Inter-American Court of Human Rights. Case of Almonacid Arellano et al. Chili. Judgment of September 26, 2006.

12 Inter-American Court of Human Rights. Case of Dismissed Congressional Workers (Aguado Alfaro et al.) v. Peru. Judgment of November 24, 2006.

13 Sagüés, Nestor. 2010. International obligations and conventionality control. In “Constitutional Studies”. Year 8. No 1. ppage: 117 – 136. Chile: Center for Constitutional Studies of the University of Tela. In the same sense, Bustillo affirms that the control of conventionality is: “(...) the mechanism that is exercised to verify that a law, regulation or act of the State authorities, conform to the norms, principles and obligations of the Convention American Human Rights mainly, on which the contentious jurisdiction of the Inter-American Court is based. (...) In other words, it is the review that must be done to verify that the conduct of the bodies that are reviewed is in accordance with the international treaty and other applicable provisions in the case in question (...)” (Bustillo 2013, p. 6-7).

on Human Rights with an instrument or tool that allows materializing the values, principles and rules contained therein, and, that in case of violation of its precepts, it can be resorted to to seek a restoration of the status quo of protection; that is to say, the control of conventionality is the procedural organic instrument to make effective the principle of conventional supremacy¹⁴.

2.2 Characteristics

From the foregoing conceptual approach and from the study of some IACHR jurisprudential developments on “conventionality control”, it can be established that some of its main characteristics are:

2.2.1 *Regarding the Control System*

The system is identified with the organic element of control; that is, who has the functional competence to carry it out. The main conventionality control systems are.

a) Concentrated Control: Exercised by the Inter-American Court of Human Rights, which acts as a specialized body created to exercise jurisdictional means to defend the American Convention on Human Rights¹⁵.

b) Diffuse Control: Exercised by the internal authorities of each State belonging to the Inter-American System¹⁶.

14 Added to the above, it is worth specifying that “conventionality” and “conventionality control” turn out to be two closely related but divisible concepts. By “conventionality” Santofimio understands that “(...) it is a broad, all-encompassing, complex concept and in the process of consolidation in the field of law, which involves, given its configuration, a clear and unquestionable amplifying element of the legal system in force in each State., not only due to the fact that they belong to the international community, but also, and additionally, because they are linked to it, through binding legal instruments such as, among others, treaties, conventions, protocols and international agreements of all kinds (...)” (Santofimio, 2017, p. 27-28).

15 “(...) The regulatory framework of concentrated conventionality control is stipulated by articles 2, 33 and 62 of the American Human Rights Convention, granting competence to the Court to control that States comply with their international commitments, in case of not doing so, encourages that they issue laws compatible with human rights avoiding non-compliance (...)” (Villalba Bernié, 2016, p. 297).

16 “(...) The most typical form of conventionality control is diffuse control, by which national judges of all jurisdictions, hierarchies and matters are forced, in the development of their specific powers, to practice diffuse conventionality control. Not only is

2.2.2 Regarding the Type of Control

The type defines the material element of the control; that is to say, on what the conventionality control is done. The most relevant types of control are namely:

a) Abstract: When the object of control is a legal rule (Constitution, law, regulation, resolution, etc.) which is in opposition to one or more of the values, principles or rules of the Convention.

b) Concrete: It occurs when the object of the control is an action or omission carried out by the authorities of the Member States that leads to the violation of the Convention.

2.2.3 Regarding control pathways

The pathways are translated into the adjective element of control; that is, how control is reached and the different procedural instruments to unleash it. Some ways of controlling conventionality are:

a) Action: When formally resorting to the control authorities by means of a lawsuit that pursues a pronouncement in jurisdictional headquarters.

b) Ex – Officio: When without the need to have exercised the action (demand), the competent authority to exercise control acknowledges and formally pronounces on the case.

c) Exception: When the competent authority to exercise control fails to apply an internal rule and instead applies the Convention.

2.2.4 Regarding the effects of control

The effect stands as the consequential element of control; that is to say, it determines in accordance with the system, type and route

the Inter-American Court obligated to apply the Convention, but each of the national judges must exercise and adhere to the regulations contained in the Convention, international treaties, additional protocols and jurisprudence of the Inter-American Court, in the specific case to be resolved. This way, confer the greatest range of effectiveness to the protection of fundamental guarantees (...) The diffuse control of conventionality has normative endorsement in the provisions of Article 29 b) of the Convention, in the sense that no provision proves to be interpreted to limit the enjoyment or free exercise of any right or freedom that may be recognized in accordance with the laws of any of the States parties (...)" (Villalba Bernié, 2016, p. 298).

applied what is the effect and/or scope of the control of conventionality. The main effects are:

a) Hermeneutic: It corresponds to an interpretative scope of the American Convention on Human Rights regarding the understanding of its clauses, principles, rules, values and mandates. Through the hermeneutic effect, the doctrine and the conventional precedent are decanted.

b) Sanctioning: It is a coercive scope linked to the power to condemn and sanction whoever violates the Convention.

c) Prospective: Obeys a scope of generation and fulfillment of future orders or orders; that is to say, that the control can go far beyond the fact of interpreting and sanctioning, generating future orders of action and/or abstention¹⁷.

d) Harmonizer: It constitutes an integrating scope of the Convention with the Constitutions and internal regulations of the Member States of the Inter-American System; that is to say, it translates into normative harmonization by concomitantly executing the control of constitutionality and the control of conventionality¹⁸.

17 About the particular *Quinche* notes: "(...) A certain number of resolved cases better illustrate the point. Thus, for example and at the level of constitutional norms, the Inter-American Court, in addition to declaring the international responsibility of the Chilean State, ordered it to modify article 19 of its Political Constitution, in order to ensure compliance with the right to freedom of expression, by removing prior censorship. Along the same line and at the level of legal norms, the Court has ordered various states to modify norms of their legislative system. Thus, it declared that a norm of the Criminal Code of Ecuador was per se in violation of Article 2 of the Convention, which implied its withdrawal from the legal system; ordered Peru to modify the rules that allowed the trial of civilians by the military, through "justice without a face", for being contrary to the Convention; and more recently, it ruled against Mexico, that within a reasonable period of time, it must "complete the adjustment of its internal law to the Convention, in such a way that it adjusts the secondary legislation and the norms that regulate the judgment of protection of the rights of the citizen". Already at the strictly judicial level, the scope of the decisions of the Inter-American Court has also been notable. Thus, it ordered new investigations on those already carried out by internal judges, which included a ruling by the Supreme Court of Guatemala; ordered the same State to "ramp down" the sentence imposed on a citizen, stating that it had to "issue another that in no case may be the death penalty". Similarly, and in the same dimension, the Court has ordered the Colombian State on various occasions to reopen closed investigations against members of the Army for paramilitarism. (...)". (*Quinche*, 2009, p. 163).

18 Regarding this effect, the IACHR notes: "(...) When a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges are also subject to it,

3 RECEPTION OF CONVENTIONALITY CONTROL IN THE JURISPRUDENCE OF THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT

The debate and reception of conventionality control in Colombia occurs concomitantly and systematically with the development and systematization of the constitutionality block; However, it is worth specifying the value and binding force of the American Convention on Human Rights and the jurisprudence of the IACHR in the constitutional doctrine of our Court.

3.1. In a first moment or stage of reception, the Constitutional Court seemed to give a similar and homogeneous use to both the Convention and the IACHR rulings by elevating them to norms of constitutional rank of direct application via bloc. The aforementioned interpretation can be decanted from judgments such as C-481 of 1998 where the Court held: “(...) It is logical that our country accepts the jurisprudential criteria of the courts created by such treaties to interpret and apply the norms of human rights. That international doctrine then binds the public powers in the internal order (...)”¹⁹.

3.2. In a second phase of reception, the Court moderates its initial thesis by establishing that the American Convention on Human Rights in no way constitutes a supranational norm, and that its provisions, although they have constitutional rank (via bloc) are not applied in a direct, since it is necessary for there to be a harmonization study between the Convention and the Constitution.

which obliges them to ensure that the useful effect of the Convention is not seen reduced or annulled by the application of laws contrary to its provisions, object and purpose. In other words, the organs of the Judiciary must exercise not only constitutionality control, but also “ex officio conventionality control between the internal norms and the American Convention, evidently within the framework of their respective jurisdictions and the corresponding procedural regulations. This function must not be limited exclusively by the statements or acts of the plaintiffs in each specific case, although it does not imply that this control must always be exercised, without considering other formal and material assumptions of admissibility and origin of this type of action (...)” CIDH. Case of Dismissed Workers of Congress (Aguado Alfaro et al.) against Peru. Judgment of November 24, 2006. Series C Number: 158, paragraph 128.

19 Constitutional court. Judgment C-481 of 1998. M.PAGE: Eduardo Cifuentes Munoz.

In addition to the above, the Corporation mutates the use and/or scope of connection to the block of constitutionality of the jurisprudence of the IACHR by going from being directly applicable²⁰ to a relevant criterion of interpretation. Said position was adopted by the Corporation through judgment C-028 of 2006²¹ subsequently reiterated in C-488 of 2009²² through which the tendency to reduce the margins of application and use of the jurisprudence of the IACHR is reaffirmed²³.

3.3. In the third stage of reception, the Constitutional Court maintains its position of mitigation, reiterating that the Convention, despite being of constitutional rank, cannot be applied directly without the prior “harmonization test” with the Constitution, and it becomes much more

20 Since it constitutes a sub-rule of the Convention and consequently also acquires constitutional rank as a precedent.

21 “(...) This Corporation considers that the belonging of a certain international norm to the so-called block of constitutionality, can in no way be interpreted in terms of the latter prevailing over the Basic Text; on the contrary, said inclusion necessarily leads to advancing harmonious and systematic interpretations between legal provisions of different origins. Thus, the technique of the block of constitutionality is based on conceiving the Constitution as an open text, characterized by the presence of various clauses through which referrals are made that allow expanding the spectrum of legal norms that must be respected by the legislator. (...) With regard to the American Convention on Human Rights, on various occasions, the Court has considered that it is part of the block of constitutionality, by virtue of the provisions of Article 93 Superior. In this context, it is clear that the aforementioned international instrument is part of the constitutionality block and, therefore, it must be used as a parameter that guides the examination of the constitutionality of Colombian laws, but this does not mean that the norms belonging to the block acquire the range of supraconstitutional norms. In this sense, the confrontation of a law with an international treaty cannot give rise to an automatic declaration of constitutionality or unconstitutionality, since it is necessary, in turn, to interpret it systematically with the text of the Constitution. (...)”

22 “(...) Although it is true that the norms that are integrated into the constitutional block have the same hierarchy as the precepts of the Political Charter, it is also true that there are various ways for their incorporation into the legal system. In addition, in no case does the international provision constitute an autonomous reference for constitutional control, since the normative integration must start from a harmonious, teleological and systematic interpretation of the Political Charter as a whole (...)”

23 This reception stage is also characterized by the Corporation’s refusal to consider itself a judge of conventionality; This position is used in orders such as C-1189 of 2000, C-025 of 2004, C-028 of 2006, C-750 of 2008, C-446 of 2009, C-941 of 2010 and C-442 of 2011.

demanding with the adoption of the IACHR jurisprudence by establishing that it is only directly binding when Colombia is a party to the judgment and that in other cases it only acts as a relevant criterion of interpretation; In addition, it maintains that said criterion of interpretation must also be “harmonized” with the Constitution and the constitutional precedent on the matter. The hermeneutic position in citation can be evidenced in rulings such as SU-712 of 2013²⁴, C-500 of 2014²⁵ and C-327 of 2016²⁶.

24 “(...) In this order of ideas, the application of the American Convention must take into account the institutional architecture of each State, that is, the context in which it is inserted, as recognized by the Convention when indicating that it corresponds to the law regulate the exercise of political rights and the sanction mechanism. (...)”.

25 “(...) The Court highlights, as a central premise, that the pronouncements of the Inter-American Court of Human Rights are only binding on the Colombian State when it has been a party to the respective process. This conclusion, which recognizes the final and non-appealable nature assigned by Article 67 of the American Convention on Human Rights to the judgments of the Inter-American Court, finds direct normative support in the provisions of Article 68.1 of the aforementioned convention, according to which the States Parties to the Convention undertake to comply with the decision of the Court in any case to which they are parties. (...) The profound relationship between the Constitution and human rights treaties is recognized not only by the Charter but also by the jurisprudence of this Court. This link finds a direct basis, among others, in articles 44, 53, 93 and 214. Based on these provisions and based on them, the Court has accepted that norms incorporated into human rights treaties approved by Congress and ratified by the President that prohibit its limitation in the States of exception, are erected as a parameter of constitutionality control, while its prevalence in the internal order is recognized (integrative function). The recognition of international treaties in this specific matter imposes on the Constitutional Court the duty to establish formulas of interpretation that make it possible, instead of confronting the national and international legal orders, to harmonize them adequately. Therefore, a relationship of unconditional predominance of one over the other cannot be considered, but, considering that fundamental rights constitute an axis of both, identify interpretive possibilities that ensure their maximum realization. (...) The harmonization that is proposed does not imply integrating the jurisprudence of the Inter-American Court into the block of constitutionality. It is a relevant hermeneutic criterion that must be considered in each case. (...)”.

26 “(...) In conclusion, the jurisprudential line drawn by the Court has been peaceful and reiterated in affirming that the jurisprudence proffered by international organizations, and in this particular case by the Inter-American Court of Human Rights, serves as relevant criteria that must be taken into account for set the scope and content of the rights and duties that are enshrined in the internal legal system. However, it has also said that the scope of these decisions in the interpretation of fundamental rights must be systematic, in accordance with the constitutional rules and that, in addition, when international law precedents are used as a hermeneutic criterion, the circumstances of each case must be analyzed. particular to establish its applicability (...)”

The change in the constitutional doctrine established by the Court is observed with surprise, since it advances and expands the recognition of legal instruments that are embedded in the corpus of the constitutionality block, but in a paradoxical and counter-systemic way, the level of reception of conventionality more and more it becomes derivative, filtered and restrictive, which is not compatible with the idea of conceiving an extended constitutional corpus.

3.4. The fourth stage of reception is especially characterized by the marked difference in the positions of the Corporation around the standard and level of reception of the conventionality in its precedent. Three issues in particular have been subject to profound differences in their treatment, namely:

3.4.1. Wide but harmonized reception. In the review regarding the instruments that are part of the legal framework emanating from the Peace Agreement signed by the Colombian Government with the insurgent group of the FARC.

From the control of constitutionality carried out to the legislative act 01 of 2016²⁷, Decree Law 121 of 2017²⁸ and Decree Law 588 of 2017²⁹ It can be noted that a harmonizing criterion is maintained, but much more tending to fluid “dialogue” between courts and a prudent reception, but with direct recognition of conventional standards. In evidence of this new doctrinal position, judgments C-699 of 2016 stand out³⁰,

27 By means of which *legal instruments are established to facilitate and ensure the implementation and regulatory development of the final agreement for the termination of the conflict and the construction of a stable and lasting peace.*

28 *By which a transitory chapter is added to Decree 2067 of 1991.*

29 *By which the Commission for the Clarification of Truth, Coexistence and Non-Repetition is organized.*

30 *In this ruling, the Constitutional Court cites as a direct source the Inter-American Commission on Human Rights in the Third Report on the Situation of Human Rights in Colombia, s.l.i., OEA/Ser. L/V/II.102 Doc 9 rev 1, 1999, note 115. and adopts the criteria formulated by the IACHR in advisory opinion OC-6/86. Regarding the aforementioned, the Court maintains: “It is relevant, although within the constitutional framework, to take into account Advisory Opinion OC-6/86 of the Inter-American Court. The Expression “Laws” in Article 30 of the American Convention on Human Rights, of May 9, 1986. Series A Number: 6. The Court said that the terms ‘law’ or*

C-174 of 2017³¹ and C-017 of 2018³².

It can be inferred that the current position of the Court (on the sub-examine issue), could be maintained in the coming years with a tendency to deepen the level of reception due to the fact that the “Final Agreement for the termination of the conflict and the construction of a stable and lasting peace” incorporates in its corpus (extended to its implementation instruments) multiple conventional principles and values of international law³³.

‘laws’ within the Convention, when used to refer to the restrictions of rights authorized by this instrument, must be understood in principle as follows: “the word laws in Article 30 of the Convention means a legal norm of a general nature, limited to the common good, emanating from the legislative bodies constitutionally foreseen and democratically elected, and elaborated according to the procedure established by the constitutions of the States Parties for the formation of laws (...)” M.PAGE: Maria Victoria Calle.

31 It reiterates the application of the criteria established by the IACHR in advisory opinion OC-6/86.

32 (...)In this order of ideas, the fundamental rules derived from the block of constitutionality, the jurisprudence of the Court and the scope that the Inter-American Court has given to the right to information enshrined in article 13 of the ACHR, in relation to the right of access to public information, can be summarized as follows: (i) There is a fundamental right and a general prerogative of access to information and public documents in the head of every person and of public and private entities. (ii) This general prerogative is governed by the principle of maximum disclosure, according to which, all information in the possession, control or custody of a regulated entity is public and may not be reserved or limited except by constitutional or legal provision. (iii) However, restrictions on access to public information are admitted, with respect to reserved or classified documents, provided that, in addition to the legal reservation, the other requirements established in the Court’s jurisprudence are met (supra foundation 223.3.). (iv) In any case, it is not acceptable to restrict access to public information related to human rights violations and crimes against humanity, without prejudice to the duty to protect the rights of the victims of such violations. (v) The judicial and extrajudicial bodies for the official investigation of the truth and the reconstruction of memory, in transition scenarios, must have full access to all public information, regardless of its content or whether it may be reserved or classified, as long as that is necessary for the fulfillment of its objectives, mandate and/or functions, given its intrinsic relationship with the guarantee of the right of victims and society to know the truth. In any case, the rights of the victims themselves must be protected (...)” M. PAGE: Diana Fajardo Rivera.

33 In this regard, Santofimio notes: “This is concluded without greater difficulty in the following conventional and specifically conventional conventional and incorporated agreement in the respective agreement: i) Submit of the agreement to the Paz Prince like a universally accepted human right (Princely stated: Pacific

3.4.2. Strict and limited reception. In the case of the analysis of the powers of the Office of the Attorney General of the Nation (administrative authority) to limit the political rights of public servants of popular election, where the Court (under the pretext of harmonizing), through judgments C-086 of 2019³⁴ and C-111 of 2019³⁵ departed from conventional precedent on the matter³⁶ and maintained the enforceability of the regulations that allow the Attorney General's Office to investigate, suspend, dismiss, and disqualify this class of public servants.

3.4.3. Wide and direct reception. This position or level of reception has recently been assumed on two issues in particular:

3.4.3.2.1. Principle of double compliance in criminal matters.

Order); ii) subjection to the principles of international law (minimum conventional order); iii) subject to the principles of International Human Rights Law; iv) subject to the principles of international humanitarian law (agreements and protocols; principle stated: rules of war); v) Support to the precedents of the failures issued by the IACHR relative to conflicts and their termination (effective resources and guarantee of protection of human rights under standards of truth, justice and repair); vii) subject to the other sentences of international organizations with recognized competences, and to the opinions and reports of the issues signed by the universally accepted organism (extended interpretation); VIII) Subject to the interpretation in accordance with international human rights treaties ratified by Colombia, without their enjoyment or exercise being subject to limitation (Principle of Progressive); ix) subject to the principle of non-taxativity of conventional and constitutional rights and guarantees (...) (unalterability of rights); x) Subject to international treaties and statements that consecrate equality, non-discrimination of people and tolerance as universal behaviors, as well as principle and as value (material justice); XI) subject to the norms of customary international law that continue to govern the issues related to the fundamental rights not mentioned in the final agreement, including the imperative mandate that orders that "in cases not provided by the current law, the human person is under the safeguarding the principles of humanity and the demand of public consciousness (Pro Homine principle, principle of humanity and principle of *ius cogens*); and XII) subject to the mechanisms of accompaniment, implementation and verification to international standards (institutional and regulations)". (Santofimio 2017, p. 158-162).

34 M.PAGE: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

35 M.PAGE: Carlos Bernal Pulido.

36 Cases: (i) *López Mendoza v. Venezuela*. Judgment of September 1, 2011, (ii) *Yatama v. Nicaragua*. Judgment of June 23, 2005 and (iii) *López Lone et al. v. Honduras*. Judgment of October 5, 2015.

In Unification sentence SU-146 of 2020³⁷ The Constitutional Court makes an application of the conventional standard established in the case of *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (January 30, 2014) by which it was determined that the right to challenge the conviction, provided for in article 8.2.h., must also be guaranteed to those who were judged, by reason of their jurisdiction, by the highest Justice authority in criminal matters.

3.4.3.2.2. Automatic control of legality of rulings with fiscal responsibility.

The law 2080 of 2021³⁸ he introduced through articles 23 and 45 the figure of the automatic control of the decisions with fiscal responsibility, however, the Constitutional Court by sentence C-091 of 2022³⁹I declare the aforementioned articles inexecutable because they violated articles 13, 29, 90, 228, 229 and 267 of the Constitution and articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights⁴⁰

The main arguments put forward by the Court revolve around deprecating the new means of control provided by the legislator because: (a) it ignores the constitutional function of the contentious-administrative jurisdiction, (b) it violates the right to equality of those affected with the fiscal responsibility ruling by depriving them of the possibility of challenging the administrative acts that affect them, (c) deprives those affected with the fiscal responsibility ruling of access to the administration of justice to claim the restoration of their rights and the concomitant recognition of the damages that may arise, (d) ignores the conventional right that every person has to be heard and with guarantees before a competent judge or court and, (e) violates effective judicial protection, since this mechanism is devoid of the stages of contradiction and material defense.

37 M.PAGE: Diana Fajardo Rivera.

38 Which partially modifies the code of administrative procedure and administrative litigation (Law 1437 of 2011 - CPAPCA).

39 M.PAGE: Cristina Pardo Schlesinger.

40 Following the same hermeneutical line established by the Council of State by Court Order Number: 11001031500020210117501 of June 29, 2021. C.PAGE: William Hernandez Gomez. Through which the highest Court of Administrative Litigation had applied the exception of unconstitutionality and unconstitutionality of articles 23 and 45 of law 2080 of 2021.

It is noted that in the two cited issues, the Constitutional Court applied the conventional precedent directly and at a higher level without performing any “harmonization test”, which is why the standard was applied broadly and directly.

3.5. In a fifth stage of reception, the Court once again takes an unexpected turn in its precedent, since through press release 01 dated February 16, 2023, the Corporation Discloses The Meaning of the Ruling through which the jurisdictional functions that Law 2094 of 2021 had assigned to the PGN for the investigation and judgment of Popular Public Public Servants; However, it maintained these powers unscathed under the administrative function that assists the highest head of the Public Prosecutor’s Office, but subjected the scope and firmness of the sanction (dismissal, suspension and disqualification) to the jurisdictional control carried out by the Council of State, thus creating a kind of “means of control” via direct review at the head of the highest body of administrative litigation.

It is clear that this decision is inconsistent with the provisions of the American Convention on Human Rights and ignores what was ordered by the IACHR through the Judgment of July 8, 2020 (who, resolving the Petro Urrego vs. Colombia Case, condemned the Colombian State for violation of the Articles (8.1, 8.2d and 23.2) of the Convention, and consequently, orders the State to adapt its domestic legal system to the parameters set forth in paragraph 154 of the aforementioned judgment within a reasonable term), since the decision under study, maintains said powers at the head of the Office of the Attorney General under administrative attributions. In addition, the Court is unaware of its own precedent established in judgment C-091 of 2022 regarding the reasons that led to declaring unenforceable the means of immediate control of legality for fiscal responsibility rulings⁴¹.

Surprisingly, the Constitutional Court, in this fifth stage of reception, is unaware of the direct and material application of the Convention as well as the binding power of the IACHR judgments, especially since the conventional precedent on the matter already existed where the Colombian State had been condemned.

41 These were some of the arguments put forward by the 4 magistrates who saved their vote in this sentence.

4 CONCLUSIONS

1. The internationalization of the Colombian State from the opening clauses contained in the Political Charter of 1991 has made it possible to establish and deepen multiple integration processes, some of them, around the intention of conceiving and developing a “regional” right that starts from the recognition of fundamental maxims of coexistence such as the principles, values, rules and guarantees established in the American Convention on Human Rights.

The aforementioned process of internationalization of the State has allowed a concomitant process of legal transplants that must be studied in a holistic and multidimensional way and not in a reductionist way, limiting them to a process of subordination of the hegemon towards the recipient.

2. The Constitution is a “pluriverse”⁴² due to the complex and dissimilar dimensions that make it up, since it is not only the normative universe (as is usually seen by the majority), but there is also the economic and political universe (to which the social one is attached) and therefore the approach to its study implies an “ontological turn” (both linguistic and hermeneutic)⁴³, to understand its typicality, meaning and scope.

3. Constitution, Constitutionality Block, Constitutional Control and Control of Conventionality, are dynamic concepts and in permanent construction which, far from being neutral, are embedded within a logic and determined model of the exercise of political power; therefore, and as a consequence of this, our constitutional typicality is unfinished and in permanent development.

4. The American Convention on Human Rights is not an aspirational catalog or a catalog of good intentions, a contrario sensu, it stands as a norm of constitutional rank (via constitutional block) with respect to which the countries belonging to the inter-American system must respect, abide by and apply in its entirety, and, in the event that its provisions are violated either by the normative production and/or the action or omission of the authorities of the States, the existence of a conventionality control is enabled to restore the status quo, interpret, sanction and/or issue mandatory compliance orders as the case may be.

42 See the item: Mejía, 2017

43 See the item: i) Heidegger, 1974; ii) Wittgenstein, 1922.

5. From the previous description of the different stages of reception of conventionality by the Colombian Constitutional Court, it can be inferred that there are no clear criteria or methodologies that standardize its use and application, on the contrary, it is evident that it depends on the subject matter in question. dissimilar standards are applied to the study and/or the subjects involved, generating a clear legal uncertainty in the absence of a clear, homogeneous, coherent and integrating precedent.

REFERENCES

BUSTILLO Marín, Roselia. **Jurisprudential Lines**. Conventionality Control: The idea of the constitutionality block and its relationship with constitutionality control in electoral matters. Mexico: Electoral Tribunal of the Federal Judiciary. 2013.

EVANS, Peter. The eclipse of the State. Reflections on statehood in the era of globalization. **University of California-Berkeley**, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Being and Time**, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

HEYDEBRAND, Wolf. from globalisation of law to law under globalisation. *In*: D. Nelken & J. Feest (Dir.). *Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing. [s.d].

MEJÍA, Oscar Quintana. Post-ontological, post-functional, post-legal. Beyond (the philosophy and theory) of law in the glocal society. **Work Paper Postdoctorate in Law**, National University, Bogotá, 2017.

MEZZETTI, Luca. **Giustizia Costituzionale**. University of Bologna, 2015.

QUINCHE, Manuel Fernando Ramirez. Conventionality control and the Colombian system. **Ibero-American Magazine of Constitutional Procedural Law Number**, 12, 2009.

QUIROGA, Edgar Andrés Natale. **Constitutional hermeneutics**. Ed. New Juridics, 2019.

RAMELLI, Alexander. Relationships between conventionality and constitutionality controls in Colombia. **Constitutional Procedural Law**. Bogotá: VC Editors, 2012, v. III.

REY Cantor, Ernesto **Constitutional procedural law. A new concept**. Bogotá: Doctrine and Law, 2010.

RUGMAN, Alan. **The End of Globalization**. Amazon, 2001.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando Gamboa. **The concept of conventionality**. Vicissitudes for its substantial construction in the Inter-American System of Human Rights. Guiding force ideas. Externado de Colombia University, Bogotá, 2017.

VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío. Constitutional procedural law. Essential contents. Bogotá: Nueva Jurídica, 2016.

VILLALBA BERNIÉ, Pablo. **Supranational Constitutional Justice**. New Legal: Bogota, 2017.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico – Philosophicus**, New York, 1922.

EL PRINCIPIO DE INTERSECCIONALIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER INDÍGENA EN EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO

CAMILA IGNACIA ESPINOZA ALMONACID^{1*}

1 INTRODUCCIÓN

La Constitución en un Estado no determina solamente su organización, sino que también establece la limitación y la distribución del poder por medio del establecimiento de derechos fundamentales. Klaus Stern define la Constitución como el conjunto de normas jurídicas de máximo rango, las cuales regulan el ordenamiento del Estado respecto a su organización, forma y estructura fundamentales, así como la relación básica con sus ciudadanos (Stern, 1987. p. 214).

Este texto denominado también como Carta Fundamental, establece los principios y garantías mínimas que limitan a todo órgano del Estado, texto que debe representar y proteger en mayor medida de lo posible a todos los ciudadanos de un país, teniendo como base el principio democrático, lo que quiere decir que su creación surja de la manifestación de la soberanía popular conservando siempre la posibilidad de revisar su contenido y actualizarlo para poder ajustarse a los cambios sociales, que como sabemos, son de carácter constante.

1 * Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica de Temuco, Doctoranda programa de Doctorado Mención Constitucionalismo y Derecho Universidad Austral de Chile, Asistente de Investigación Proyecto Fondecyt Regular N°1210706, “Proyectos de inversión en nuevas energías renovables y sus efectos sobre Comunidades Indígenas: estudio de la nueva institucionalidad ambiental y sus brechas en perspectiva de justicia. Universidad Autónoma de Chile. Áreas de investigación: Derecho Internacional público, violencia de género, derechos de los pueblos indígenas. Correo electrónico: abogada.camilaespinoza@gmail.co.

Fue justamente este último punto con un conjunto de demandas sociales lo que causo en Chile un descontento general por parte de sus ciudadanos luego de pasar treinta años bajo un mismo texto constitucional creado por medios ilegítimos, lo cual culminó con una crisis político-social que estalló el 18 de octubre del año 2019, dejando en evidencia el gran descontento y disconformidad que siente una gran mayoría de la población chilena. Si bien durante las últimas décadas se realizaron reformas Constitucionales de gran importancia, nunca se concretaron cambios estructurales de fondo que lograran disminuir la situación de desigualdad que existe en el país, lo que conllevó en que la población se viera en la necesidad de exigir cambios y transformaciones profundas por medio de manifestaciones, marchas y cacerolazos masivos (BBC News, 2019).

Así, en el país ha surgido la discusión sobre la creación de una Constitución, en la cual una de las materias más discutidas ha sido la efectiva protección de los derechos fundamentales de todos los sectores de la sociedad y de los grupos desventajados, como lo son las mujeres indígenas que conforman el 12,4% (INE, 2017) de la población femenina del país, quienes poseen sus propias necesidades especiales y demandas sociales que se diferencian de la mujer chilena que forma parte de la sociedad mayoritaria.

Una de las principales preguntas que ha surgido dentro de la nueva discusión constitucional ha sido de qué forma debería establecerse un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas chilenos, y de sus derechos fundamentales colectivos e individuales en consideración a los instrumentos internacionales que ha ratificado el Estado de Chile, y que se encuentran vigentes, como son la obligación de que el Estado proteja y garantice de manera efectiva los derechos de las mujeres indígenas.

Dentro de este contexto que, una de las discusiones que ha pasado a formar parte este proceso, ha sido el establecimiento y la introducción del Principio de Interseccionalidad dentro del texto Constitucional chileno (Convención Constitucional, 2021), es decir, que tiene directa relación con el reconocimiento y protección de los derechos de grupos minoritarios, como el caso de la mujer indígena, considerando la confluencia de factores, tales como, género, clase social, etnia, ruralidad.

En el marco de protección de derechos humanos, los Estados, como el Estado de Chile, se han comprometido a cumplir estándares de

protección y garantía de derechos por medio del establecimiento de instrumentos internacionales de carácter vinculante o menos vinculante, como son tratados internacionales, pactos, protocolos, declaraciones, resoluciones y recomendaciones, frente a determinados grupos vulnerables, tales como mujeres, migrantes, indígenas, disidencias sexuales u otros, como categorías de humanos separas de forma independiente e individual.

Es en este sentido, que en este trabajo pasamos a analizar la importancia de introducir dicho principio de Interseccionalidad al ordenamiento jurídico chileno en consideración a la situación actual que viven las mujeres indígenas en Chile, analizando esta problemática a partir del proceso Constituyente en Chile.

2 QUE ENTENDEMOS POR INTERSECCIONALIDAD

Ante la confluencia de diferentes factores como la raza, sexo, género, etnia, discapacidad, clase social, orientación sexual u otros, se pudo vislumbrar que, ciertos seres o grupos humanos quedan en una situación de mayor vulnerabilidad ante actos de violencia y discriminación (Lerussi, 2021, p. 627), surgiendo de esta manera el concepto de interseccionalidad.

El termino Interseccionalidad tiene su origen desde la reflexión dentro de los movimientos contra el racismo por parte de académicos, como Robin West y Angela Davis, quienes plantean una nueva estructuración sobre la desigualdad y la discriminación, en base a considerar que las causas de estas problemáticas no solamente pueden ser únicas, sino pueden ser múltiples (Lerussi, 2021, pp. 631). Eso quiere decir que, al articularse diferentes factores sobre un ser humano o una determinada colectividad, pueden derivarse en diferentes consecuencias jurídicas, requiriendo de esta forma una determinada normatividad, institucionalidad y políticas públicas, puntos clave para abordar las necesidades especiales sobre dichas poblaciones, y así, construir un derecho con justicia interseccional.

Como bien señala la académica Romina Lerrussi, el Derecho produce y define existencia e inexistencia jurídicas, el cual corresponde a un sistema que otorga un mayor valor epistémico a grupos de personas que reúnen ciertas características, entendidas como universales, pero que, ante situaciones como la articulación y confluencia de diferentes factores, dicha universalidad es de carácter restringida, dejando fuera ciertas realidades de un ideal normativo.

En el año 1989, Kimberlé Crenshaw, académica y luchadora feminista contra la violencia y discriminación ejercida hacia las mujeres afrodescendientes en Estados Unidos, planteo el concepto de interseccionalidad por primera vez en su artículo “Desmarginalizar la intersección de raza y sexo: una crítica desde el feminismo negro a la doctrina antidiscriminación, la teoría feminista y las políticas antirracistas”, quien define la interseccionalidad como “el fenómeno por el cual cada individuo sufre opresión u ostenta privilegio en base a su pertenencia a múltiples categorías sociales” (Crenshaw, 1989, p.44).

De acuerdo con lo propuesta por Crenshaw, la interseccionalidad comprende la confluencia de diferentes factores, tales como la raza, el género, clase socioeconómica, etnia, discapacidad, orientación sexual y otros, dimensiones de la identidad de una persona, reconociendo la complejidad que existe sobre la identificación de los grupos minoritarios y desigualdades sociales, quien expresó además que la doctrina antidiscriminación posee un limitado alcance, lo cual conlleva a que no exista una verdadera comprensión sobre la interseccionalidad (Crenshaw, 1989, p.44).

En base a lo expresado por Crenshaw, otros autores han definido “interseccionalidad” como la variedad de fuentes estructurales de desigualdad que mantienen relaciones recíprocas, subrayando que el género, la etnia, la clase o la orientación sexual, por ejemplo, son categorías sociales construidas y que están interrelacionadas (Ramos, 2021, p.40).

Por medio de este concepto se tiene como base el principio de la igualdad material, el cual reconoce la existencia de individuos desventajados quienes son titulares de las denominadas medidas de discriminación positiva, las cuales tienen por objeto equiparar las condiciones de aquellos que han sufrido una desventaja en el ejercicio de sus derechos. Esto quiere decir que debe existir un trato desigual a los desiguales en proporción a su desigualdad.

En este sentido, al incluir el termino de interseccionalidad al derecho, podemos vislumbrar que se requiere hacer un énfasis en lo que comprendemos por grupos vulnerables, los cuales corresponden a grupos de individuos que se caracterizan por poseer determinadas condiciones, como, por ejemplo, carecer de poder, ser explotados, marginados, ser víctimas de tratos violentos, y estar bajo un imperialismo cultural, como

es en la mayoría de los casos la situación que viven las mujeres indígenas en Chile (Ramos, 2021, p.40).

En este sentido, académicos como Dominnique Luan han expresado que, frente a la introducción del término interseccionalidad en el derecho, debemos comprender que, no basta con entender que determinados grupos humanos poseen determinadas características o condiciones bajo las cuales sufren discriminaciones y violencias de forma sistemática, sino también se debe entender que dichos grupos confluyen y se relacionan en diferentes medidas dependiendo del contexto, no bastando el solo hecho de separar a las poblaciones en “grupos vulnerables”, frente a lo cual un individuo puede poseer diferentes necesidades que surgen al pertenecer a más de un grupo vulnerable.

3 INICIATIVAS NORMATIVAS SOBRE EL PRINCIPIO DE INTERSECCIONALIDAD EN EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO

En el desarrollo del proceso Constituyente chileno de los años 2020 a 2022 se presentaron cinco iniciativas de normas Constitucionales con la incorporación del concepto de Interseccionalidad, entre las cuales destacan tres iniciativas de norma constitucional sobre el establecimiento de tres artículos (Villalobos Fuentes, 2022, p.58-59), las cuales corresponden a las siguientes:

- IPN N°9.638 sobre el Derecho al ciudadano y reconocimiento del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado que expresaba *“La ley establecerá un sistema nacional de cuidados de carácter integral, universal, accesible, suficiente, interseccional y con pertinencia cultural, que articulará prestaciones y promoverá la corresponsabilidad al interior de la comunidad. Este sistema atenderá de manera prioritaria a las personas en situación de dependencia por enfermedad, discapacidad, ciclo vital, especialmente la infancia y la vejez y a quienes, de manera no remunerada, están a cargo de su cuidado”*.
- IPN N°45.166 sobre los Derechos sexuales y reproductivos que expresaba: *“El derecho a la salud sexual y reproductiva de todas las personas. Se deberá dictar una ley que cree una nueva institucionalidad desde la perspectiva sanitaria, que asegure y*

garantice, al menos, la erradicación de la violencia gineco-obstétrica, el parto respetado, el aborto libre, la educación y prevención en salud sexual y reproductiva en concordancia con una educación sexual integral y el acceso a prestaciones en esta materia, todo con una perspectiva de género, feminista, interseccional y pluralista.”

- IPN N°41.466 sobre la Consagración de la perspectiva de género en la administración de justicia que expresaba: *“El Estado deberá tomar todas las medidas necesarias, en particular la formación inicial y capacitación constante de todos los operadores de justicia, a fin de eliminar estereotipos de género e incorporar una perspectiva de género con enfoque interseccional en todos los aspectos del sistema y de la administración de justicia.”*

Con fecha 1 de febrero de 2022, la Mesa directiva de la Convención Constitucional, órgano constituyente chileno que trabajo en proyecto de nueva constitución del año 2022, procedieron a analizar y trabajar sobre la Iniciativa de norma sobre el establecimiento del Principio de Interseccionalidad dentro del texto Constitucional (Convención Constitucional, 2021). En dicha jornada se procedió a analizar lo que se entiende respecto del principio de interseccionalidad, haciendo énfasis especialmente sobre la realidad de la mujer chilena, y de la mujer indígena, considerando factores como la ruralidad y la marginalidad (Convención Constitucional, 2021).

En el texto sobre Acta de lo analizado por la Mesa directiva de la Convención constitucional destaca que se diera importancia sobre la introducción del principio de interseccionalidad teniendo como objetivo lograr la aplicación de dicho principio para lograr una igualdad sustantiva entre todas las personas, y en particular respecto de la mujer, teniendo como base lo establecido en tratados internacionales de derechos humanos sobre la materia, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida como CEDAW y La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Belem do Pará (Convención Constitucional, 2021,p 2-5).

De esta forma, la búsqueda de incorporar el principio de interseccionalidad en la Constitución tiene como objetivo dar cumplimiento

a los estándares internacionales bajo los cuales el Estado chileno se encuentra obligado, teniendo como punto de referencia lo expresado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer de la CEDAW, observación N°28 del año 2010, que expresaba lo siguiente: *“La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres.*

Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y la Recomendación general No 25” (Cedaw, 2010).

Así, la Comisión de Principios de la Convención Constitucional propuso el siguiente articulado,

“Artículo X: Es deber del Estado garantizar el principio de igualdad sustantiva mediante el enfoque interseccional, especialmente en casos de discriminación bajo múltiples causales por razones de sexo, identidad de género, orientación sexual, origen étnico, idioma, identidad cultural, situación de discapacidad, condición socioeconómica, enfermedad, condición migratoria, u otras categorías sospechosas, que amenacen o tengan como resultado la afectación de sus derechos.

Artículo XX: Todos los órganos del Estado deben incorporar la perspectiva interseccional en el diseño, planificación, ejecución y evaluación de políticas públicas y en la administración de justicia” (Convención Constitucional, 2021 p. 7-8).

Si bien las normas planteadas no fueron incorporadas dentro del proyecto de Nueva Constitución, las propuestas de normas Constitucionales anteriormente mencionadas corresponden a la primera vez que se

habla en Chile sobre la incorporación de este principio dentro de la Carta Fundamental del Estado, y, por ende, del ordenamiento jurídico chileno.

Finalmente, en la propuesta de Nueva Constitución del año 2022 quedaron establecidos tres artículos con la mención explícita al principio Interseccional, las cuales hacían referencia al establecimiento del derecho fundamental del derecho al cuidado (Artículo 50)²; al ejercicio de la función jurisdiccional con enfoque interseccional (artículo 311)³, y a las atribuciones del Consejo de Justicia que hacía referencia a asegurar la formación de funcionarios y funcionarias de la administración de justicia incorporando un enfoque interseccional (artículo 343)⁴ (Propuesta de Nueva Constitución, 2022).

4 LAS DEMANDAS SOCIALES DE LA MUJER INDÍGENA QUE REQUIEREN UN ENFOQUE INTERSECCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.

Desde hace un par de años en Chile la Conmemoración del día Internacional de la mujer celebrado el 8 de marzo ha cambiado y ha significado un día de huelga general feminista, en el cual se desarrollan multitudinarias manifestaciones y actividades con la finalidad de expresar el descontento frente a la realidad que vive la mujer chilena, la violencia machista y la desigualdad (El Desconcierto, 2020).

La conmemoración a esta fecha ha permitido visibilizar las demandas sociales de la mujer, y considerar que existen distintas realidades que requieren que las autoridades apliquen enfoque de género en políticas públicas y en el ejercicio legislativo, aplicando el principio interseccional.

2 “Artículo 50. 2. El Estado garantiza este derecho a través de un Sistema Integral de Cuidados, normas y políticas públicas que promuevan la autonomía personal y que incorporen los enfoques de derechos humanos, de género e interseccional. El Sistema tiene un carácter estatal, paritario, solidario y universal, con pertinencia cultural. Su financiamiento será progresivo, suficiente y permanente”.

3 “Artículo 31. 1. La función jurisdiccional debe ejercerse bajo un enfoque interseccional y debe garantizar la igualdad sustantiva y el cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos en la materia”.

4 “Artículo 343. Son atribuciones del Consejo de la Justicia: j) Asegurar la formación inicial y capacitación constante de la totalidad de funcionarias, funcionarios y auxiliares de la administración de justicia, con el fin de eliminar estereotipos de género y garantizar la incorporación del enfoque de género, el enfoque interseccional y de derechos humanos”.

Las principales demandas de las mujeres chilenas hacen referencia a erradicar la violencia machista, lo que comprende todas las acciones que atenten contra la dignidad, la integridad física y psíquica de la mujer por parte de particulares, como también, por parte de órganos estatales. Igualmente se encuentra dentro de las demandas sociales de la mujer el término de la brecha salarial entre hombres y mujeres, el reconocimiento del trabajo digno y seguro para la mujer, la creación de una nueva ley de migración con enfoque de género, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, el establecimiento del aborto libre, legal, seguro y gratuito, y el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres indígenas.

Como mencionamos anteriormente, tanto las demandas como las necesidades de la mujer indígena son diferentes a las de la mujer chilena, lo cual se debe a factores de carácter identitarios, el pertenecer a un pueblo originario y lo que respecta al género fundamentado en su propia cultura y cosmovisión. Es en este sentido que la mujer indígena exige al Estado comprender y reconocer sus derechos fundamentales a partir de los derechos colectivos de los pueblos indígenas teniendo en cuenta el rol que tiene la mujer indígena dentro de su familia y de su comunidad, quienes por lo general poseen la labor de la transmisión de su cultura y del idioma a través de la crianza y de sus labores domésticas.

Las demandas de la mujer indígena dentro del Proceso Constituyente chileno han sido diferentes a las de una mujer chilena, considerando su identidad cultural diferenciada, quienes han estado en situación de desventaja, no solamente contra la sociedad chilena en general, sino que también frente al hombre indígena, lo que transforma a estas mujeres como sujetos de derechos con grandes dificultades frente a la confluencia de vectores de opresión, a sus roles en la sociedad indígena, y a la representación inadecuada y violenta que se tiene de sus realidades en la sociedad chilena (García Mingo, 2018, p.19-23). A continuación, pasamos analizar de forma breve las principales demandas presentadas dentro de este proceso.

4.1 La protección al territorio tradicional

La igualdad de la mujer indígena sobre acceso a condiciones adecuadas de vida, posee un nexo directo con el acceso a tierras y recursos naturales de acuerdo a las prácticas y actividades propias de su cultura, en este caso, cultura mapuche, lo que se encuentra establecido en el art.

14 letra g) de la CEDAW, el que expresa que los Estados partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hacen frente la mujer rural, y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, y de esta forma otorgarle igualdad de trato en los planes de reforma agraria y reasentamiento (Cedaw, 1979).

De acuerdo con lo que dispone el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, los Estados se encuentran obligados a respetar la importancia especial que poseen los pueblos indígenas con las tierras o territorios, por lo cual según lo que establece además el artículo 14 del mismo instrumento, se deberá reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre tierras que tradicionalmente ocupan (Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo, 1989).

Ha sido justamente el incumplimiento a las disposiciones anteriores lo que ha causado que la mujer indígena, no pueda acceder sobre tierras y recursos naturales de manera efectiva para poder ejercer sus actividades tradicionales debido al establecimiento de políticas de asimilación cultural del sistema de tenencia individual de tierras. Si bien el Estado de Chile ha implementado ciertas medidas de restitución territorial de tierras a través de la Corporación Nacional del Desarrollo Indígena, estas no han permitido otorgar una solución a la demanda territorial histórica del pueblo mapuche, ante lo cual la mujer ha pasado a transformarse en un sujeto activo en la defensa de las tierras indígenas, pero a la vez, ha sido fuertemente reprimida y discriminada (García Mingo, 2018, p.27-30).

De esta forma, a la fecha el Estado chileno no ha otorgado respuestas adecuadas y eficaces frente a las demandas territoriales indígenas, criminalizando las protestas y manifestaciones por la lucha a la protección y restitución del territorio, lo que ha implicado que hayan ocurrido diversos casos sobre aplicación de la Ley N°18.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, y, el ejercicio de violencia y fuerza desmedida por parte de Carabineros de Chile a mujeres indígenas, como ha sido en el connotado caso de la Machi Francisca Linconao (Nueva Tribuna.es, 2018), o incluso ser negligentes frente a muertes de mujeres mapuches activistas que han fallecido en extrañas circunstancias, como el caso de Macarena Valdés (El Desconcierto, 2019).

Así, la protección al territorio tradicional y a los recursos naturales forma parte de una de las principales demandas de la mujer indígena, y del pueblo mapuche dentro del proceso constituyente, frente a lo cual se creía que se otorgarían soluciones, o al menos, permitiría un cambio en la situación que se vive actualmente en la Región de la Araucanía.

4.2 La erradicación de la violencia estatal e institucional contra la mujer mapuche

Gran preocupación nacional e internacional han constituido los abusos policiales e institucionales contra miembros de pueblos indígenas, en especial, contra mujeres y niños (as) mapuches, los cuales han ocurrido en distintos contextos.

En las zonas de conflicto la presencia de funcionarios policiales (carabineros y fuerzas especiales) es permanente, afectando el diario vivir de las comunidades mapuches. La criminalización de la demanda histórica territorial ha causado que los abusos policiales sean cada vez mayores, entre los que se encuentran los reiterados allanamientos a comunidades indígenas, procedimientos policiales en los que el uso de gases lacrimógenos, la violencia y el uso de armas de fuego ha sido desmedido.

La realidad que vive la mujer mapuche rural en zona de conflicto ha sido completamente invisibilizada, lo cual se agrava aún más cuando quien ejerce la violencia corresponde a órganos estatales que han sido creados para brindar seguridad a la comunidad, causando que no existan instituciones estatales a quienes estas mujeres puedan acudir en busca de ayuda y protección. Esto ha obligado que órganos como el Instituto Nacional de Derechos Humanos se vea en la obligación de interponer diferentes acciones constitucionales con la finalidad de restablecer el Imperio del Derecho.

Una de las acciones constitucionales presentadas por este organismo ha sido el Recurso de Amparo de Caso *Lof Mapuche Mawidancha y Trapilwe*, causa judicial que se fundamenta en que el día 30 de abril del año 2013 durante la madrugada, en los *Lof Mapuche Mawidancha y Trapilwe* ubicados en la comuna de Freire, Región de la Araucanía, funcionarios de la Policía de Investigaciones procedieron a realizar un allanamiento generalizado con gran despliegue de personal, vehículos e incluso sobrevuelo de helicópteros, causando pánico a los habitantes de

la comunidades, entre los cuales se encontraban niños que dormían en sus hogares, y una mujer con seis meses de embarazo. Ante estos hechos la Corte de Apelaciones de Temuco resolvió acoger la acción de Amparo por considerar que el actuar policial vulneró derechos a la libertad personal y a la seguridad individual de los recurridos, al igual que disposiciones internacionales de la Convención sobre los derechos del niño, y de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, por exponer a niños (as) y a mujeres, incluso, en estado de gravidez a un contexto de violencia policial, instruyendo a la Policía de Investigaciones de Chile a que las futuras diligencias de investigación se ejecuten con estricto cumplimiento al artículo 214 del Código Procesal Penal (CHILE, 2013).

Otro de los hechos que dio a conocer el actuar coercitivo y discriminatorio institucional en contra de la mujer mapuche fue el caso de Lorenza Cayuhan, interna del Centro de Detención Preventiva de Arauco. Consta en los antecedentes del caso que con fecha 17 de octubre del año 2016 la Defensoría Penal Pública Penitenciaria del Biobío interpuso una acción de Amparo en favor de Lorenza, quien en ese momento se encontraba cumpliendo una condena de 5 años y 61 días en la Cárcel de Arauco mientras se encontraba embarazada, acción que se presentó en contra de Gendarmería de Chile, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales que habían sido vulnerados por esta institución.

El día 13 de octubre del año 2016, cerca de las 14:00 horas, Lorenza, quien tenía un embarazo de 32 semanas, fue trasladada por el personal del Centro de detención Preventiva de Arauco al Hospital de esta misma ciudad en razón de que la mujer comienza a sufrir complicaciones y dolores, por lo cual fue trasladada esposada en un taxi particular mientras era custodiada por dos funcionarios de Gendarmería, un hombre y una mujer, siendo además escoltados por un vehículo institucional ocupado por cinco gendarmes, y por dos motos de la Institución de Carabineros de Chile. En el establecimiento de salud a Lorenza se le diagnosticó “preeclampsia”, razón por la que fue trasladada a otro establecimiento de Salud en ambulancia, dada la complejidad de la situación, traslado que la interna realizo igualmente custodiada por dos funcionarios de la Institución de Gendarmería, y además engrillada por uno de sus pies a la camilla.

Lorenza además de haber sido engrillada en los traslados, también fue examinada y dio a luz a una niña en presencia de una funcionaria de la Institución de Gendarmería, a pesar del diagnóstico de la reclusa, demostrando un claro exceso en las medidas de seguridad aplicadas por los gendarmes considerando el Estado de salud en el cual se encontraba la mujer.

Por medio de esta acción se reclamó que la forma de actuar de la Institución de Gendarmería fue completamente contraria a sus obligaciones en razón de la posición de garante que tiene sobre las reclusas con necesidades especiales, que vulnera normas nacionales, como Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, al igual que lo dispuesto por el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, los cuales imponen a los funcionarios la obligación de garantizar un trato digno respetando sus derechos a la integridad física y psíquica, infringiendo además las Reglas de Mandela (artículos 47, 48 y 49) y las Reglas de Bangkok (Regla N°24).

La Corte Suprema con fecha 18 de noviembre del año 2016 procedió revocar la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción que había rechazado la acción de amparo en favor de Lorenza, dictaminando que el actuar de Gendarmería fue una vulneración a normas nacionales como internacionales, declarando que el trato que recibió la reclusa fue una discriminación interseccional frente a su condición de mujer mapuche privada de libertad, y que no consideró su estado de mayor vulnerabilidad asimilando su condición de salud a cualquier otra intervención quirúrgica, olvidando que no solo se debía proteger la vida de la reclusa, sino que también la vida de la criatura que estaba por nacer. Por ende, la Corte resuelve acoger la Acción de amparo estableciendo que, ante estas situaciones, la custodia de la reclusa debe ser solamente por personal femenino, y que además la Institución de Gendarmería de Chile deberá revisar y adecuar sus protocolos de conformidad a estándares internacionales (Chile, 2016)

De esta forma, la sentencia Rol N° 92795-2016 de la Corte Suprema, primer fallo chileno que hizo mención al concepto de Interseccionalidad dentro de la jurisprudencia chilena, en base al reconocimiento de las discriminaciones múltiples que pueden sufrir ciertos individuos, como es el caso de la mujer indígena, incorporando dicho principio y concepto a la jurisprudencia chilena, lo cual demuestra la importancia de aplicar y el principio de interseccionalidad ante casos como el de Lorenza Cayuhan.

4.3 El reconocimiento de la identidad cultural de la mujer indígena

Otra de las demandas de las mujeres indígenas dice relación con el reconocimiento, respeto y promoción de su cultura por parte de todos los órganos del Estado, de acuerdo con lo que reglamenta el art. 1 de la Ley 19.253 que dispone que el Estado tiene el deber de respetar por medio de sus instituciones la cultura de los pueblos indígenas, al igual que a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales las cuales debe promover (art. 7 de la Ley 19.253).

Ambas disposiciones normativas se vinculan con la protección del Derecho a la Identidad Cultural, que como bien expresa el profesor Juan Jorge Faundes, comprende el conjunto de referentes culturales con los que una persona o un grupo se autodefine, se manifiesta y desea ser reconocido, lo cual comprende dos derechos: el derecho a la identidad, el cual alude al resguardo del sentido de pertenencia de un individuo sobre su cultura o un grupo determinado, y el derecho a la cultura que implica otorgar protección a la cultura a la cual pertenece el sujeto (Faundes, 2020, pp. 77-100).

El respeto por la identidad y la cultura de los pueblos indígenas es una obligación del Estado chileno que se encuentra establecida en el Convenio 169 de la OIT, el cual expresa que los Estados deberán incluir medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones, y sus instituciones (art. 2), expresando además que se deberán adoptar las medidas especiales para salvaguardar las personas, instituciones, los bienes, el trabajo y las culturas de dichos pueblos (art. 4 N°1).

Las obligaciones establecidas por el Convenio 169 de la OIT sobre la protección y promoción de las prácticas culturales y tradicionales de los pueblos interesados no han sido cumplidas por el Estado de Chile, lo cual queda en evidencia por medio del caso de las mujeres Hortaliceras mapuches de la ciudad de Temuco, caso que pasamos a explicar.

Las mujeres Hortaliceras mapuche son productoras que se dedican a la pequeña agricultura familiar sustentable y ejercen la práctica tradicional de comercializar sus productos en las calles de diferentes ciudades en la Región de la Araucanía. Así, las familias mapuches vieron en las

calles de ciudades como Temuco, Imperial o Villarrica, una oportunidad de crear una actividad económica para la subsistencia tendiendo como base el *trafkintu*, práctica tradicional mapuche del intercambio de bienes, conocimientos y productos de la tierra, y el *Kümeiyal*, la promoción del consumo de alimentos frescos y sanos, lo cual con el paso de los años se volvió una actividad tradicional al pasar de generación en generación dentro de familias mapuches (El Desconcierto, 2020).

A pesar de lo mencionado anteriormente, el ejercicio de esta actividad tradicional de las mujeres hortaliceras mapuches se ha visto interrumpido frente a las medidas administrativas dictadas por la Municipalidad de Temuco, órgano que a partir del año 2005 comienza a dictar Ordenanzas Municipales y Decretos Alcaldicios que prohibieron todo comercio ambulante y estacionario en bienes nacionales de uso público sin hacer distinción alguna, facultad que se encuentra establecida en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades⁵. Así, se comienza a prohibir el comercio informal, y a establecer sanciones para vendedores y compradores a través del Ordenanza Municipal N°001 del año 2005, del Decreto Alcaldicio N°92 del año 2011, y de la Ordenanza Municipal N°3 del año 2018.

A pesar de la medida establecida por la autoridad comunal, las hortaliceras mapuches insistieron en seguir desarrollando su actividad comercial tradicional, siendo desalojadas en diferentes ocasiones por personal de fuerzas especiales de Carabineros y de Inspectores Municipales, lo que ha causado disturbios y manifestaciones que han terminado en

5 El artículo 12 de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades expresa:

Artículo 12.- Las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones.

Las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad. En ellas podrán establecerse multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes.

Los reglamentos municipales serán normas generales obligatorias y permanentes, relativas a materias de orden interno de la municipalidad.

Los decretos alcaldicios serán resoluciones que versen sobre casos particulares.

Las instrucciones serán directivas impartidas a los subalternos.

Todas estas resoluciones estarán a disposición del público y deberán ser publicadas en los sistemas electrónicos o digitales de que disponga la municipalidad.

detenciones, sanciones de multas, e incluso criminalización de las hortaliceras mapuches al ser imputadas de cometer de forma reiterada delitos de desórdenes públicos (artículo 269 del Código Penal), y maltrato de obra a Carabineros establecido en el art. 416 bis del Código de Justicia Militar (Cooperativa, 2020).

En cada una de las manifestaciones y disturbios ocurridos debido a las medidas aplicadas por la autoridad comunal, el actuar de Carabineros ha sido excesivamente violento, faltando a protocolos institucionales de forma reiterada, hechos que han ocasionado que estas mujeres mapuches deban acudir en más de una ocasión ante Tribunales de justicia para exigir el respeto a su cultura y sus derechos fundamentales.

En el mismo sentido, el Instituto Nacional de Derechos Humanos ha presentado en más de una ocasión acciones de amparo del artículo 21 de la Constitución en favor de las hortaliceras mapuches por detenciones ilegales en las cuales, de acuerdo a los antecedentes entregados en los procedimientos judiciales, ha constado que funcionarios de Carabineros han ejercido tratos violentos en contra de estas mujeres mientras han estado privadas de libertad, a quienes en más de una ocasión no se les ha permitido tener comunicación con un abogado defensor penal, ni con familiares, siendo detenidas incluso por casi doce horas de forma injustificada (Chile, 2019).

Estos hechos dan cuenta que la Municipalidad de Temuco, un órgano perteneciente a la Administración del Estado, si bien posee facultades de poder administrar bienes nacionales de uso público de acuerdo a lo que se reglamenta por medio del art. 5 de la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, las medidas aplicadas por la autoridad transgreden de forma grave no solamente derechos constitucionales, sino que también disposiciones internacionales que protegen las actividades tradicionales propias de la cultura indígena y derechos colectivos de los pueblos indígenas, lo que se podría considerar incluso de carácter inconstitucional en base a los artículos 5 y 54 N°1 de la Constitución, por incumplir instrumentos internacionales de carácter vinculantes, como lo es el Convenio 169 de la OIT, dejando en evidencia la necesaria aplicación del principio de interseccionalidad e interculturalidad frente al establecimiento de políticas públicas por parte de órganos de la Administración del Estado.

5 CONCLUSIONES

Como bien hemos podido analizar, existen distintos factores por los cuales la creación de una Nueva Constitución en Chile que establezca el reconocimiento de los pueblos indígenas y la instauración del principio de Interseccionalidad implicaría un completo cambio de paradigma que permitiría poder solucionar las problemáticas actuales que viven las mujeres indígenas en Chile, y que lograrían poder proteger y garantizar de forma eficaz el ejercicio de derechos de este grupo minoritario, el que ha sido discriminado e invisibilizado durante la historia de la relación del Estado chileno con los pueblos indígenas.

Si bien se destaca de sobre manera el establecimiento y discusión de incorporar el principio de Interseccionalidad en el texto de Propuesta de Nueva Constitución del año 2022, con fecha 4 de septiembre del año 2022, la ciudadanía chilena rechazó el texto propuesto por la Convención Constitucional por medio de un Plebiscito Constitucional, imponiéndose la opción rechazo con un 61,86% de los votos (BCN, 2022).

En este sentido, considerando que las mujeres indígenas, quienes han sido históricamente postergadas e invisibilizadas frente a las políticas públicas del Estado chileno, y de la actividad legislativa, urge de sobre manera el establecimiento del principio de Interseccionalidad y el reconocimiento Constitucional de esta población, para comprender y reformular una nueva concepción sobre la realidad de la mujer indígena en Chile, dado que esto permitiría que los intereses y demandas sociales de estas mujeres sean escuchadas, considerando las necesidades especiales propias de su identidad cultural, y el grado de vulnerabilidad que poseen por la confluencia de distintos factores que causan que sea más vulnerable que una mujer chilena perteneciente a la sociedad mayoritaria, como son, el hecho de ser mujer, formar parte de un pueblo indígena, tener una situación socio económica baja, y vivir por lo general en localidades rurales, factores que han provocado en más de una ocasión que estas mujeres sean discriminadas de forma interseccional por órganos e instituciones estatales.

Así, al analizar las principales demandas de la mujer indígena, particularmente de la mujer mapuche, como la protección al territorio tradicional para garantizar el acceso a recursos naturales que permitan el ejercicio de sus actividades tradicionales como la agricultura sustentable, la recolección de plantas medicinales, la realización de ceremonias

tradicionales; o también la erradicación de la violencia estatal e institucional contra la mujer mapuche que logre proteger de forma efectiva su derecho a la integridad física y psíquica; y el reconocimiento de su identidad cultural que abarca actividades económicas tradicionales, prácticas religiosas, la protección y promoción de la cultura indígena, en este caso mapuche, son algunas de las demandas que deberían ser acogidas en un futuro texto Constitucional chileno.

Si bien el proyecto de nueva Constitución fue rechazado por la ciudadanía chilena, actualmente en Chile se encuentra en curso un nuevo proceso constituyente, frente a lo cual aún quedan posibilidades que permitan acoger las demandas previamente mencionadas, y de esta forma, establecer cambios de carácter fundamental y estructurales dentro del ordenamiento jurídico y de la sociedad chilena frente al vacío legal que permite hasta esta fecha situaciones de discriminación interseccional en contra de las mujeres indígenas en Chile.

REFERENCIAS

BBC News. **Protestas en Chile: 4 claves para entender la furia y el estallido social en el país sudamericano.** 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50115798>. Acceso en: 25 de junio de 2023.

CEDAW. Recomendación General n. 28. Disponible en: <https://www.right-to-education.org/es/resource/cedaw-recomendacion-general-28>. Acceso en: 23 de jul. de 2023

Chile. **Ley n. 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades**, publicada con fecha 26 de julio de 2006. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=251693>. Acceso en: 23 de jul. de 2023

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 1979. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>. Acceso en: 23 de jul. de 2023.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Belem do Pará,

Convenio n. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo, 1989. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf. Acceso en: 23 de jul. de 2023.

CHILE. **Propuesta de Nueva Constitución**, 2022. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>. Acceso en: 23 de julio de 2023.

CHILE. Corte de Apelaciones de Temuco, Causa Amparo Rol N°. 164 – 2019, septiembre de 2019. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>. Acceso en: 23 de jul. de 2023.

CHILE. Corte de Apelaciones de Temuco, Causa Rol N°. 435-2013, julio de 2013. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>. Acceso en: 23 de jul. de 2023.

CHILE. Corte Suprema de Justicia Causa Rol N° 92.795-16, noviembre de 2016. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>. Acceso en: 23 de jul. de 2023.

Convención Constitucional. Iniciativa convencional constituyente sobre el “principio de interseccionalidad”. 2021. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/760-Iniciativa-Convencional-Constituyente-de-la-cc-Vanessa-Hoppe-sobre-Principio-de-Interseccionalidad.pdf>. Acceso en: 22 de agost. 2023.

Cooperativa. Tres hortaliceras mapuche fueron detenidas en nueva jornada de incidentes en Temuco, 2020. Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/region-de-la-araucania/tres-hortaliceras-mapuche-fueron-detenido-en-nueva-jornada-de/2020-05-06/181807.html>. Acceso en: 22 de jun. 2023.

CRENSHAW, Kimberlé. Desmarginalizar la intersección de raza y sexo: una crítica desde el feminismo negro a la doctrina antidiscriminación, la teoría feminista y las políticas antirracistas” (trad. C. Ezpeleta) *In*: Costa y Lerussi (comps.). **Feminismos Jurídicos: interpelaciones y debates**. ed. 2021. Bogotá: UniAndes y Siglo del Hombre, 1989. p. 43 – 68.

El Desconcierto. A 3 años de la muerte de Macarena Valdés: Nuevas pruebas podrían dar un vuelco al caso, 2019. Disponible en: <https://www.eldesconcierto.cl/nacional/2019/08/21/a-3-anos-de-la-muerte-de-macarena-valdes-nuevas-pruebas-podrian-dar-un-vuelco-al-caso.html>. Acceso en: 4 de jun. 2023.

El desconcierto. Coordinadora 8M cifra en 2 millones las asistentes a la multitudinaria marcha de este domingo, 2020. Disponible en: <https://www.eldesconcierto.cl/8m/2020/03/08/fotosvideos-coordinadora-8m-cifra-en-2-millonnes-las-asistentes-a-la-multitudinaria-marcha-de-este-domingo.html>. Acceso en: 2 de jun. 2023.

El Desconcierto. La lucha de las hortaliceras mapuche por mantener su trabajo ancestral durante la pandemia. 2020. Disponible en: <https://www.eldesconcierto.cl/nacional/2020/06/25/hortaliceras-mapuche-la-lucha-por-mantener-su-trabajo-ancestral-en-la-pandemia.html>. Acceso en: 25 agos. 2023.

FAUNDES, Juan Jorge, El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. **Revista Ius et Praxis**, Santiago, Año 26, n. 1, p. 77 – 100, enero – agosto 2020.

GARCÍA MINGO, Elisa. **Zomo Newen**. Relatos de Vida de Mujeres Mapuche en su lucha por los Derechos indígenas. 1. ed. Santiago: Lom Ediciones, 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. **Radiografía de género: pueblos originarios en Chile 2017**. Unidad de estudios y estadísticas de género, 2018. **Disponible en:** https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/genero/documentos-de-an%C3%A1lisis/documentos/radiografia-de-genero-pueblos-origi-narios-chile2017.pdf?sfvrsn=7cecf389_8#:~:text=Los%20hombres%20pertene-cientes%20a%20pueblos,del%20total%20de%20mujeres%20censadas. Acceso en: 25 agos. 2023.

LERUSSI, Romina. ¿Por qué importa la interseccionalidad en el trabajo judicial? Anotaciones ius feministas. **Revista Derechos en Acción, Universidad Nacional de la Plata**, Buenos Aires, vol. Núm. 20, p. 625 – 654, invierno 2021. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/12048>. Acceso en: 22 de agost. 2023.

LUAN RAMOS, Dominnique. Discriminación interseccional, desarrollo del concepto, inclusión en la jurisprudencia del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, el concepto en la jurisprudencia nacional. **Revista Estudios Constitucionales**, vol. 19, núm. 2, p. 38-70. 2020. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002021000200038. Acceso: 22 de agos. 2023.

Nueva Tribuna. Montaje, persecución y racismo: el caso de la Machi Francisca Linconao. 2018. Disponible en: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/america-latina/montaje-persecucion-racismo-caso-machi-francisca-linconao/20180514164501151932.html>. Acceso en: 24 agos. 2023.

STERN, Klaus, **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**. Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

VILLALOBOS FUENTES, Viviana. Incorporación del Concepto de Interseccionalidad en la deliberación de normas Constitucionales en Chile. **Revista UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política**. Santiago, n. 41, p. 48 – 68, 2023.

AVANCES Y DESAFÍOS DEL MARCO JURÍDICO DE LA IGUALDAD

De género en el SIDH

NEIDALY ESPINOSA SÁNCHEZ^{1*}

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO^{2**}

1 INTRODUCCIÓN

El objetivo del artículo es examinar el marco jurídico para la promoción de la igualdad de género en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos y analizar los avances y desafíos en este campo. Además, se realiza una revisión de las disposiciones generadas en este sistema regional relacionadas con la igualdad de género y se discuten los logros alcanzados hasta la fecha en la protección de los derechos de las mujeres y la eliminación de la discriminación de género, así como los desafíos persistentes en la implementación efectiva de mecanismos jurídicos y culturales para la igualdad de género, mediante una revisión documental de las disposiciones generadas en el sistema regional relacionadas con la igualdad de género, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos

1 * Estudiante de la Licenciatura en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas.

2 ** Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I, Doctor en Derecho Público, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Director de la Revista Primera Instancia. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0367-4716>

(Pacto de San José). Además, se discuten los logros alcanzados hasta la fecha en la protección de los derechos de las mujeres y la eliminación de la discriminación de género, así como los desafíos persistentes en la implementación efectiva de mecanismos jurídicos y culturales para la igualdad de género.

Los derechos humanos tienen su base esencial en los principios de dignidad, igualdad y no discriminación. Desde hace ya mucho tiempo las mujeres y niñas son las que han padecido en mayor medida la discriminación y todo tipo de violencia, por lo consiguiente son las que padecen mayores violaciones a sus derechos humanos.

La desigualdad, exclusión y opresión en contra de ellas, son conceptos que van en contra de los principios fundamentales, siendo este tipo de discriminaciones las más extendidas a nivel mundial, porque afecta sus libertades, oportunidades y bienestar.

Un informe de la ONU en 2020, con respecto a la fuente laboral, menciona que solo un 47% de las mujeres tienen un empleo, y en países como Asia y África este porcentaje se reduce al 30%, y el 28% de los puestos gerenciales, en 2019, solo el 18% de las empresas encuestadas tenían una directora ejecutiva en 2020. En lo que respecta a la política apenas alcanzan el 25%. En materia de educación, en el campo de las ciencias tecnológicas, la ingeniería y las matemáticas alcanzan aproximadamente el 35%.³

Es por ello que la protección de sus derechos y la lucha contra estereotipos son esenciales para construir sociedades justas, pacíficas e inclusivas.

2 MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

2.1 Declaración universal de derechos humanos

“La igualdad de género se incorporó a las Normas Internacionales de los derechos humanos mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948”⁴

3 Naciones Unidas. El avance de las mujeres hacia la igualdad de género se estanca. <https://www.un.org/es/desa/women-report-2020>

4 Naciones Unidas. Igualdad de género. <https://www.un.org/es/global-issues/gender-equality>

Dicho documento plasma en diversas ocasiones que hombres y mujeres son iguales:

Preámbulo: "...**igualdad** de derechos de hombres y mujeres".

Artículo 1: "Todos los seres humanos nacen libres e **iguales** en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Artículo 7: "Todos son **iguales** ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a **igual** protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

2.2 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, por sus siglas en inglés, fue aprobada en el año de 1979, por las Naciones Unidas, y es considerada la carta internacional de los derechos de la mujer y una herramienta fundamental en la lucha por la igualdad, a la fecha está integrada por 189 países.

En su artículo primero menciona:

Discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

La CEDAW obliga a los Estados parte a adoptar políticas y a crear leyes encaminadas a eliminar la discriminación contra la mujer.

Algunas de sus contribuciones:⁵

- Derechos de propiedad y participación política en Costa Rica

5 Naciones Unidas. La CEDAW en la vida cotidiana. <https://tinyurl.com/9b7mxnew>

- Ley sobre la promoción de la igualdad entre los géneros;⁶
- Ley en Rwanda que prohíbe la discriminación por motivo de sexo en el acceso a la tierra;⁷
- Legislación que penaliza todas las formas de violencia contra la mujer en Burkina Faso,⁸ así como el feminicidio en Panamá;
- investigación de ámbito nacional sobre las mujeres indígenas de Canadá desaparecidas o asesinadas.
- Leyes contra la trata de personas en Ucrania y Moldova

2.2.1 *Protocolo facultativo de CEDAW*

Es un instrumento internacional adoptado en 1999 que tiene como objetivo reforzar los mecanismos de protección de los derechos de la mujer consagrados en la CEDAW.

Algunas de sus características son:

- Permite a las mujeres individuales o grupos de mujeres presentar denuncias ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer por presuntas violaciones a sus derechos.
- Amplía el alcance de la CEDAW al permitir que mujeres de países que han ratificado el Protocolo puedan acudir directamente al Comité.
- Establece un procedimiento de quejas para analizar los casos presentados y realizar recomendaciones a los Estados parte.
- Fue una demanda histórica de las organizaciones de mujeres para fortalecer los mecanismos de exigibilidad de la Convención.

6 Véase: Naciones Unidas. Aprobación de la Ley sobre la promoción de la igualdad entre los géneros, 2012. <https://tinyurl.com/3vwenhs5>

7 Naciones Unidas. Respuesta a las observaciones finales sobre el sexto informe periódico. <https://tinyurl.com/42mvs5bp>

8 Ministerio de promoción de la mujer, Cuarto y quinto informes periódicos combinados de Burkina Faso relativos a la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer 1993-2001. <https://tinyurl.com/5n6n3ah7>

- Ha servido para visibilizar múltiples problemáticas como violencia, acceso a justicia, derechos reproductivos, entre otros.

3 MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN A NIVEL REGIONAL

3.1 Sistema interamericano de derechos humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es un mecanismo regional clave para la protección de los derechos humanos en América Latina, tema prioritario dados los altos índices de desigualdad y violencia contra la mujer en la región.

Es un medio convencional de control regional supranacional de promoción y protección de derechos humanos para la población que se encuentra en los territorios de los Estados de América que se han adherido a este régimen, el cual es supervisado por dos instituciones internacionales de ámbito regional: la Comisión IDH y la Corte IDH y en el plano interno todos los jueces nacionales de los Estados parte en base a un conjunto de reglas, principios y directrices. (Martínez Lazcano, 2015, p. 17).

Por lo que dentro de este sistema se han desarrollado un sólido marco normativo a través de tratados como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará, que reconocen expresamente la no discriminación por género y la protección a las mujeres.

Los mecanismos de supervisión y denuncia del SIDH han presionado a los Estados a adoptar leyes y políticas de igualdad, a pesar de rezagos en su implementación.

Las organizaciones defensoras de las mujeres en la región se han valido del Sistema como herramienta estratégica de litigio y denuncia de violaciones a los derechos femeninos.

Gracias al SIDH se han visibilizado problemáticas de las mujeres ante foros internacionales y se incentiva el trabajo coordinado entre los países.

3.2 Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José)

Dicho instrumento fue suscrito en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Prohíbe la discriminación en su artículo 1:

Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Además establece que todas las personas son iguales ante la ley en su artículo 24.

3.3 Convención de *Belém do Pará*

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, fue adoptada en la ciudad de *Belém do Para*, Brasil, en el año de 1994, es por ello que también se le conoce como *Convención de Belém do Pará*.

En este documento es un tratado regional importante para la protección de los derechos de las mujeres. Está compuesta de 25 artículos de los cuales podemos destacar los siguientes:

Artículo 1 hace referencia al concepto de la violencia contra la mujer, a la letra dice:

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2, formas de violencia hacia la mujer:

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica [...], dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal [...], la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo [...], perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes [...].

Artículo 3 que hace referencia al derecho humano de toda mujer ha tener una vida libre de violencia, y el reconocimiento que debe de tener en ejercicio pleno de sus derechos humanos incluyendo el derecho de igualdad ante la ley y la igualdad de oportunidades para acceder a funciones públicas de su país, toma de decisiones y participación en asuntos públicos (art. 4 de la convención en mención).

Obliga a los Estados parte, en su artículo 8, a crear programas, de forma progresiva de protección y de asistencia y a la creación de medidas específicas teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se encuentren las mujeres (art. 9 de la convención).

Hasta la fecha ha sido ratificada por 32 Estados de los cuales 34 son parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA).⁹

La convención ha inspirado la creación de las leyes y políticas en la región y otras partes del mundo, por ejemplo, en México en el año 2007 se creó la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.¹⁰

3.2.1 Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI)

Creada en el 2004, El MESECVI, como su nombre lo indica, es el organismo encargado de dar seguimiento al cumplimiento de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Muja (Convención de Belém do Pará), formado por expertos,

9 SEM. MÉXICO-La mujer es noticia, Para saber: ¿Qué es la Convención de Belém do Pará?, 2019. <https://tinyurl.com/d2vefj5a>

10 CNDH. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, México, 2018. <https://tinyurl.com/4s542kzw>. Véase también: Ley General de Acceso de la Mujeres a una Vida Libre de Violencia, 2007. <https://tinyurl.com/yppw992f>

su objetivo primordial es evaluar y analizar los avances que los Estados han realizado en la aplicación efectiva de la Convención, así como los problemas que aun persisten en su implementación.

A través de reuniones que son fundamentales para su operación las cuales incluyen: conferencias entre los Estados parte, y las reuniones con expertas además de reuniones con carácter político o técnico en torno a las mujeres como: el feminicidio, seguridad ciudadana entre otros.

Funciona a través de rondas que a su vez se dividen en dos fases: Evaluación y seguimiento a través de informes y recomendaciones para los países que fueron evaluados.¹¹

3.4 Relatoría sobre los derechos de la mujer

Esta Relatoría se estableció en 1994, es un mecanismo creado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para monitorear situaciones relacionadas con los derechos de las mujeres y promover el avance hacia el logro pleno de la igualdad.¹²

4 JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA RELACIONADA CON IGUALDAD DE GÉNERO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha estado a la vanguardia al emitir jurisprudencia a nivel internacional en temas como feminicidio, discriminación, violencia y acceso a derechos reproductivos por ejemplo:

- Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México (2009): en donde condenó al Estado por la falta de investigación efectiva en el caso de mujeres asesinadas.

Y en donde se hace referencia a que la “violencia contra la mujer en México sólo puede entenderse en el contexto de “una desigualdad de género arraigada en la sociedad”¹³

11 Cfr. OEA. ¿Qué es el MESECVI?. <https://www.oas.org/es/mesecvi/nosotros.asp>

12 OEA. Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres. <https://tinyurl.com/4h4nzt5d>

13 CORTE IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Sentencia 16 de noviembre de 2009, párrafo 134.

Asimismo, encontró que México violó los derechos a la igualdad ante la ley y la protección judicial de las víctimas, en relación con las obligaciones de prevención y eliminación de la violencia contra las mujeres y ordenó, entre otras cosas, adoptar medidas para prevenir y erradicar la violencia en contra de las mujeres, incluyendo la violencia basada en estereotipos de género, así como la implementación de programas de capacitación para las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley sobre la igualdad de género y la violencia contra las mujeres.¹⁴

- Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México (2010).¹⁵ La sentencia aborda la igualdad de género desde varios puntos, por ejemplo la Comisión solicitó al Estado que implementara políticas públicas y programas institucionales destinados a superar los estereotipos sobre el rol de las mujeres en la sociedad y promover la erradicación de patrones socioculturales discriminatorios que impiden el acceso pleno de las mujeres a la justicia, también señaló que la definición de la discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer por ser mujer le afecta en forma desproporcionada. Condenando al Estado responsable por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. En general, se reconoce la importancia de la igualdad de género y la necesidad de tomar medidas para prevenir y sancionar la violencia contra las mujeres.
- Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica (2012): esta sentencia es importante ya que consolidando el derecho a la vida familiar y privada así como la integridad personal y el principio de no discriminación, en lo que respecta a la salud reproductiva a través de la fecundación invitro (FIV).

La Comisión observó que la prohibición de la FIV “tuvo dos efectos que se encuentran bajo el alcance del derecho a la igualdad: i) impidió a las [presuntas] víctimas superar la situación de desventaja en la que se

14 Cfr. *Ibidem*.

15 Cfr. CORTE IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia 31 de agosto de 2010.

encontraban a través del beneficio del progreso científico, en particular, de un tratamiento médico, y ii) tuvo un impacto específico y desproporcionado frente a las mujeres”.¹⁶

- Caso Veliz Franco vs Guatemala (2014):¹⁷ Reconoció la violencia simbólica y estructural contra las mujeres y ordenó medidas de no repetición, legales, administrativas entre otras. En la sentencia se hace referencia a que la violencia basada en el género, es decir, la violencia dirigida contra una mujer por el solo hecho de serlo, es una forma de discriminación en contra de la misma. Además, tanto la Convención de Belém do Pará como el CEDAW han reconocido el vínculo existente entre la violencia contra las mujeres y la discriminación.
- Caso I.V. vs Bolivia (2016): Reconoció la violencia obstétrica como acto de violencia contra la mujer. En la misma se aprecia:

*...La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de iure o de facto.*¹⁸

16 CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia 28 de noviembre de 2012, párrafo 265.

17 Cfr. CORTE IDH. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Sentencia de 19 de mayo de 2014.

18 CORTE IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párrafo 238.

- Caso López Soto vs Venezuela (2018)¹⁹: Sentenció por la falta de diversidad de género en la conformación de la Corte Suprema de Justicia. Se mencionan los lineamientos desarrollados por la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas, que incluyen medidas para cumplir con las obligaciones internacionales de debida diligencia en cuanto a prevención, como garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer y existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia, concluyendo que el marco normativo establecía un trato desigual no justificado, y que la utilización de estereotipos de género perjudiciales durante la investigación y juzgamiento la cual generó la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de su obligación de adecuar la normativa como una forma de garantizar la igualdad ante la ley. Además, se reconoce que los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima.
- Caso V.R.P. vs Nicaragua (2018): Definió el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia en el marco del principio *ius cogens*, estableciendo la obligación de los Estados de adoptar medidas integrales para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, así como proteger a las víctimas. En la sentencia se menciona:

*La Corte IDH que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.*²⁰

19 Cfr. CORTE IDH. Caso López Soto y otros vs. Venezuela. Sentencia de 26 de septiembre de 2018.

20 CORTE IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Sentencia de 8 de marzo de 2018, párrafo 289.

5 CRITERIOS JUDICIALES NACIONALES DE PERSPECTIVA DE GÉNERO

Pensión compensatoria. El desequilibrio económico, como elemento para su procedencia, sólo atiende a cuestiones económicas de las partes, directamente relacionadas con la vertiente asistencial y resarcitoria.

Hechos: La Sala responsable consideró que no existía desequilibrio económico entre los consortes, derivado de la disolución del vínculo matrimonial, porque la cónyuge tenía una relación familiar con persona distinta y había procreado con ésta.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que el desequilibrio económico, como elemento para la procedencia de la pensión compensatoria, sólo atiende a cuestiones económicas de las partes, directamente relacionadas con la vertiente asistencial y resarcitoria.

Justificación: Lo anterior, porque como lo ha destacado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para fijar una pensión compensatoria debe analizarse si con la disolución del vínculo matrimonial se coloca a uno de los cónyuges en una situación de desventaja económica, que incida en su capacidad para hacerse de los medios económicos suficientes para sufragar sus necesidades y ello le impida el acceso a un nivel de vida adecuado. De esa forma, no debe considerarse inexistente el desequilibrio económico de las partes porque la cónyuge se encuentre haciendo vida familiar y/o hubiere procreado con persona distinta, pues además de ser elementos ajenos a la procedencia de la pensión compensatoria, ello implica diversas transgresiones como el incumplimiento a la obligación de juzgar con perspectiva de género, en tanto invisibiliza la dedicación preponderante a la familia y al hogar que hubiere realizado la cónyuge; la violación al principio de mínima intervención del Estado, al entrometerse injustificadamente en decisiones familiares de las personas; y, la violación al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, toda vez que las personas tienen libertad para decidir el número de sus relaciones familiares.²¹

Cesación de pago de alimentos. Debe analizarse conforme al método de juzgar con perspectiva de género, cuando el progenitor demanda

21 Tesis: VII.2o.C.27 C (11a.). Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2027258.

de su hija, al existir una relación de asimetría entre las partes, en atención a la tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.).

Hechos: El deudor alimentario demandó a su hija la cesación de pago de la pensión alimenticia por recibir cursos técnicos que no son congruentes con su edad (19 años) y no asemejarse a los grados escolares contemplados en la Ley de Educación del Estado de Michoacán de Ocampo; la demandada opuso como excepción que recibe cursos de capacitación; al dictarse sentencia en primera instancia el Juez declaró improcedente la acción por estimar que los cursos técnicos que recibe la demandada la preparan para un oficio; dicha resolución fue confirmada en la apelación, contra la que se promovió juicio de amparo directo.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que cuando el progenitor demanda a su hija la cesación de pago de alimentos, debe juzgarse con perspectiva de género, al existir una relación de asimetría entre las partes.

Justificación: Lo anterior, porque la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.), de título y subtítulo: "Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género.", estableció que es deber de los tribunales juzgar con perspectiva de género, por lo que deben desechar cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género. En el caso, el problema jurídico planteado revela una relación asimétrica, por ser evidente la posición superior en la que se encuentra el deudor alimentario frente a su acreedora, derivada del estado de vulnerabilidad de ésta, por su condición particular de género (mujer) y de edad (19 años) en la que no ha adquirido la madurez emocional, por haber vivido el divorcio de sus padres y ser demandada precisamente por su progenitor, quien por ese solo hecho debería ser la persona que le prodigara atención, apoyo y cuidado y, por ende, con el deber ético y moral de brindarle, como mínimo, apoyo económico, así como por solidaridad humana.²²

Hostigamiento y/o acoso sexual y/o laboral. La calidad de la persona trabajadora, de base o de confianza, es irrelevante y no justifica invisibilizar esas conductas, al juzgar con perspectiva de género.

22 Tesis: XI.2o.C.15 C (11a.). Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2027166.

Hechos: En un juicio laboral una trabajadora aseveró que durante la relación de trabajo ocurrieron hechos que pudieran actualizar conductas de hostigamiento y/o acoso sexual y/o laboral, por las cuales dio por terminado el vínculo de trabajo; sin embargo, la autoridad laboral invisibilizó tales manifestaciones, pues nada proveyó al respecto y resolvió el caso bajo una perspectiva tradicional, por lo que estableció que, al tratarse de una empleada de confianza no gozaba de estabilidad en el empleo y, por ende, absolvió del pago de la indemnización constitucional.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que tratándose de casos en que existan indicios sobre la posible actualización de conductas de hostigamiento y/o acoso sexual y/o laboral, la calidad de la persona trabajadora, de base o de confianza es irrelevante y no justifica invisibilizar esas conductas, al juzgar con perspectiva de género.

Justificación: Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razón de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Esta herramienta debe aplicarse en casos en que: (i) se identifica o alega una situación de poder o asimetría basada en el género; (ii) se detecta o denuncia un contexto de violencia, discriminación o vulnerabilidad derivada de esa categoría; y, (iii) a pesar de no acreditarse una situación de poder o un contexto de violencia, se advierte la posibilidad de que exista un trato o impacto diferenciados basados en el género, lo cual muchas veces se expresa mediante estereotipos o roles de género implícitos en las normas y prácticas institucionales y sociales. Entre los pasos que esta metodología señala se encuentran, entre otros, el consistente en que de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, debe cuestionarse la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluarse el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo con el contexto de desigualdad por condiciones de género. Luego, el acoso y/u hostigamiento laboral (mobbing), así como el acoso y/u hostigamiento sexual constituyen prohibiciones que nacen a partir de dos derechos fundamentales: el derecho a un trabajo digno, convencional y constitucionalmente reconocido en los artículos 5o. y 123 de la Constitución Política de los Es-

tados Unidos Mexicanos y, agregado el componente de género, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, reconocido en el artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará); asimismo, la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 3o. Bis define al hostigamiento como “el ejercicio del poder en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en el ámbito laboral, que se expresa en conductas verbales, físicas o ambas” y al acoso sexual como “una forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo del poder que conlleva un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos”. Por tanto, en casos en que se adviertan indicios de la posible actualización de cualquiera de estas conductas, la autoridad debe juzgar con perspectiva de género y analizar, en primer orden, si se presentó alguna conducta discriminatoria, sin que sea relevante para tal efecto la calidad de la persona trabajadora, es decir, si es de base o de confianza. Considerar lo contrario, esto es, que la calidad de base o de confianza determina la factibilidad del estudio de hechos que impliquen hostigamiento y/o acoso sexual y/o laboral implicaría una aplicación indiscriminada del derecho en donde la pretensión y el carácter de la persona empleada determinan si puede ser o no discriminada, lo cual llevaría a invisibilizar una posible situación de violencia y a convalidar la discriminación de trato por razones de género, lo que favorecería su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad, así como una persistente desconfianza en el sistema de justicia.²³

6 AVANCES Y DESAFÍOS

Avances:

Se ha logrado a través de diversos instrumentos:

- El reconocimiento expreso de la igualdad y no discriminación por motivos de género en tratados como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará.

23 Tesis: XVII.1o.C.T.8 L (11a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 27, Julio de 2023, Tomo III, página 2449. Registro digital: 2026844.

- La emisión de jurisprudencia de la Corte IDH que recalca el deber de los Estados parte de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.
- Atención a problemáticas como feminicidio, trata de personas, acceso a la salud reproductiva.

Desafíos:

- Eliminación de la cultura machista, lo que provoca, la persistencia de estereotipos de género en las legislaciones y prácticas nacionales.
- Implementación efectiva de los mandatos por parte de los Estados, falta de políticas públicas adecuadas.
- Alto número de casos pendientes y retrasos procesales en la Corte.
- Falta de enfoque interseccional que aborde discriminación múltiple.
- Débil mecanismo de seguimiento al cumplimiento de sentencias e informes.
- Poca atención a temas emergentes como derechos sexuales y reproductivos.
- Permitir el acceso a la educación y capacitación, ya que en caso contrario reduce su potencial productivo y profesional.
- Eliminar las brechas salariales entre hombres y mujeres.
- Tener acceso a créditos, tierras o beneficios sociales, para no limitar su capacidad emprendedora y de empoderamiento económico.
- Crear programas de apoyo que ayuden a las mujeres a las tareas de cuidado, para incrementar su horario y poder otras actividades remuneradas. Brindar educación sexual para prevenir embarazos no deseados.

7 RECOMENDACIONES PARA FORTALECER EL MARCO JURÍDICO

- Ratificar instrumentos como el Protocolo de San Salvador y facultativo de CEDAW para ampliar mecanismos de protección.
- Armonizar las legislaciones nacionales con estándares interamericanos por medio de reformas legales en temas como violencia, aborto, participación política.
- Ampliar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre nuevas problemáticas como feminicidio, acceso a justicia de mujeres, derechos sexuales y reproductivos.
- Exhortar a los Estados a cumplir integralmente las sentencias y reconocer su responsabilidad internacional cuando haya omisiones.
- Fortalecer la independencia y autonomía financiera de la CIDH y Relatoría de Mujeres para su pleno funcionamiento.
- Impulsar la adhesión de países que aún no lo han hecho a instrumentos como MESECVI y elaboración periódica de informes.
- Visibilizar las desigualdades estructurales mediante informes temáticos y capacitación sobre estándares.
- Ampliar canales de diálogo con organizaciones defensoras de mujeres y colectivos feministas.
- Promover redes nacionales de incidencia para exigir cuentas a los Estados sobre políticas públicas con perspectiva de género.

8 CONCLUSIONES

En conclusión, el marco jurídico del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos ha generado avances significativos en la promoción de la igualdad de género y la protección de los derechos de las mujeres.

Sin embargo, persisten desafíos en la implementación efectiva de los mecanismos jurídicos y culturales para la igualdad de género en los Estados miembros.

Es fundamental fortalecer este marco jurídico a través de la adopción de medidas concretas, como la implementación de políticas públicas, la capacitación de actores judiciales y la sensibilización en la sociedad. Además, se requiere una cooperación regional sólida y un compromiso continuo para promover una igualdad de género sustantiva en el ámbito interamericano. Solo a través de estos esfuerzos conjuntos se podrá avanzar hacia una sociedad más justa e igualitaria para todas las personas, independientemente de su género.

REFERENCIAS

Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia 28 de noviembre de 2012.

Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Sentencia 16 de noviembre de 2009.

Caso I.V. vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016.

Caso López Soto y otros vs. Venezuela. Sentencia de 26 de septiembre de 2018.

Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia 31 de agosto de 2010.

Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Sentencia de 8 de marzo de 2018.

Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Sentencia de 19 de mayo de 2014.

CNDH. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, México, 2018. <https://tinyurl.com/4s542kzw>

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Sistema interamericano de derechos humanos. Fuente invasiva, terapéutica e integradora del derecho nacional”, Revista Primera Instancia, no. 5, vol. 3, 2025, pp. 11-31. <https://tinyurl.com/4jsuwysv>

NACIONES UNIDAS. Aprobación de la Ley sobre la promoción de la igualdad entre los géneros, 2012. <https://tinyurl.com/3vwenhs5>

Protocolo facultativo de CEDAW

*Coletânea do VIII Seminário Internacional
Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis*

Tesis: VII.2o.C.27 C (11a.). Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2027258.

Tesis: XI.2o.C.15 C (11a.). Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2027166.

Tesis: XVII.1o.C.T.8 L (11a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 27, Julio de 2023, Tomo III, página 2449. Registro digital: 2026844.

PATOLOGIAS RACISTAS A PARTIR DA LEI N.º 14.532/23

FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO^{1*}
VENÂNCIO ANTÔNIO CASTILHOS DE FREITAS TERRA^{2**}

1 INTRODUÇÃO

O tema da discriminação e do preconceito se apresenta como uma das grandes mazelas da humanidade, remetendo-nos aos primórdios da existência humana. No Brasil, este cenário não é diverso, porquanto a aversão de determinados grupos em relação a outros sempre foi uma constante, proporcionando uma histórica e ainda não superada realidade na qual milhões de pessoas sofrem ou sofreram as mais nefastas formas de discriminação, de preconceito, de aversão para com o semelhante.

A compreensão deste fenômeno deplorável e altamente pernicioso às relações sociais e à dignidade humana nos conduz, obrigatoriamente, à verificação da incidência do Direito Penal para refrear determinadas condutas, em especial por meio da tipificação do racismo e do crime de injúria racial no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta conjuntura, permanece latente o debate acerca da (in)adequação quanto ao tratamento jurídico de condutas discriminatórias ou preconceituosas, tornando a controvérsia em torno da ingerência de determinados

1 * Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela UNISC. Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo. Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: fabiosbardelotto@gmail.com.

2 ** Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP. Especializando em Direitos Humanos e das Minorias Sociais pela UNISC. Advogado. E-mail: venancioterra@hotmail.com.

ramos do direito permanente, relevante e atual, em especial quanto aos limites suficientes e desejados para a criminalização das práticas desse jaez, assim como a necessária conformação do processo penal para conferir efetividade ao sistema jurídico-penal sob o prisma constitucional e à luz de um Estado Democrático de Direito, em consonância com o primado da dignidade humana.

2 DISCRIMINAÇÃO/PRECONCEITO

Desde os primórdios da história da humanidade, “verifica-se a existência de ódio e aversão de determinados indivíduos para com outros e de alguns grupos em relação a distintas coletividades”, revelando-se na antiguidade pela intolerância religiosa ou sociocultural (Santos, 2010, p. 27-28). Os homicídios em massa por razões religiosas são comuns no decurso da história humana, já que “*son tan antiguos como la religión y, al igual que ella son preestatales o cometidos por sociedades con organizaciones completamente diferentes a las modernas y muy distintas entre sí*” (Zaffaroni, 2012, p. 54).

Deste modo, é imprescindível mencionarmos que o caso brasileiro é bastante representativo no cenário global, no que concerne ao preconceito e à discriminação, em especial no que se refere à cor. Aliás, o Brasil foi o último país da América Latina a abolir oficialmente a escravidão, fato ocorrido somente em 13 de maio de 1888, por meio da Lei Áurea - nº 3.353 de 1888 (Brasil, 1888). Todavia, apenas “um ano após a abolição da escravatura, foi proclamada a República no Brasil, em 1889. O novo sistema político, entretanto, não assegurou profícuos ganhos materiais ou simbólicos para a população negra” (Domingues, 2007). Em verdade, a população negra foi, notadamente, etiquetada e marginalizada nos mais variados espaços, seja políticos, pelas restrições ao sufrágio e participação, seja sociais e psicológicos, por meio da “teoria do branqueamento, e economicamente, pela preferência no emprego para “imigrantes europeus” (Andrews, 1991, p. 32). Neste sentido, sintomática a alusão efetuada por Gobineau, responsável pela formulação da doutrina da superioridade da raça ariana, em artigo escrito ao periódico francês *Le Correspondant*, no longínquo ano de 1874, intitulado de *L'émigration au Brésil*, os brasileiros seriam uma raça que estaria extinta em menos de duzentos anos, posto que, em sua grande maioria, consistem em “uma po-

pulação mestiça, fruto da mestiçagem entre índios, negros e um pequeno número de portugueses. [...] Eram pouco férteis e fisicamente enfraquecidos, o que garantiria sua diminuição e aniquilamento em menos de dois séculos” (Souza, 2013). Demonstrando toda a sua aversão ao semelhante, Gobineau entendia que os brasileiros eram esteticamente repugnantes, já que “evitam mover uma palha para fazer qualquer coisa de útil, até mesmo para se afogarem” (Raeders, 1938, p. 75).

De fato, mesmo após a abolição da escravatura até os dias atuais, a recepção do negro (e porque não dizer do índio e do mestiço) na sociedade contemporânea e no mercado de trabalho foi e ainda é bastante incipiente, já que são recentes as ações afirmativas e legislativas para contornar o cenário, não faltando exemplos de comportamentos preconceituosos nos ambientes sociais, a despeito de o texto constitucional afirmar que a sociedade brasileira deve ser igualitária e sem preconceitos e prever dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, no inciso IV do artigo 3º o objetivo de *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (Brasil, 1988). Já o inciso VIII do artigo 4º estabelece que é princípio da República Federativa do Brasil *o repúdio ao terrorismo e ao racismo* (Brasil, 1988). Também o inciso XLII do artigo 5º dispõe ser direito e garantia fundamental dos cidadãos brasileiros a inafiançabilidade e imprescritibilidade da prática do racismo, que deverá ser punido com pena de reclusão por meio de lei complementar. No espectro legislativo e em consonância com a Constituição, vemos o recente Estatuto da igualdade racial, Lei 12.288 de 2010, a Lei dos crimes de racismo, Lei 7.716 de 1989, a Lei das quotas raciais em âmbito federal, Lei 12.990 de 2014, dentre outras. Recentemente, a novel Lei n.º 14.532/23, que será objeto de abordagem destacada.

3 DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL AO PENAL. IDIOSSINCRASIAS E CARÊNCIA DE SENTIDOS

O tratamento dispensado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o *caput* do artigo 5º da Carta Maior assegura que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Em consonância, o inciso XLII do mesmo artigo estabelece comando de criminalização de condutas atentatórias à igualdade, uma vez que “a prática

do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (Brasil, 1988). Entretanto, o diploma constitucional carece de interpretação, a fim de que se evite prospecção reducionista quanto ao tema, pois, a despeito da clareza acerca da necessária igualdade entre os cidadãos e da vedação de qualquer distinção, previu comando pela criminalização da prática apenas empregando a expressão *racismo*, erigindo-o à alçada da inafiançabilidade, imprescritibilidade e à cominação à pena de reclusão.

Sintomática desta fragilidade constitucional é a redação conferida à Lei n.º 7.716/89 (Brasil), ao enunciar em seu preâmbulo que se destina a definir *os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor*. Já em seu artigo 1º, prevê que *Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*. (grifo nosso) Assim, desde logo vê-se contradição entre o preâmbulo e o conteúdo normativo da lei.

Nessa conjuntura normativa, o comando constitucional é pela criminalização do **racismo** em caráter *imprescritível e inafiançável*. O preâmbulo da lei n.º 7.716/89, implementando o preceito constitucional, remete à criminalização do preconceito de **raça e cor**. Já na redação dos tipos penais da mesma lei, há previsão expressa no sentido de que os crimes enunciados em seu preâmbulo podem decorrer de **discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional**. Desta forma, temos: Constituição – racismo; Preâmbulo da Lei n.º 7.716/89 – raça e cor; Tipos penais da Lei n.º 7.716/89 – raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

A partir dessas constatações, logo exsurge o dilema referente aos limites do imperativo constitucional que considera o *racismo* imprescritível e inafiançável, quando a Lei que visa a implementar a Constituição neste tema aparentemente efetuou verdadeira cisão ou extensão terminológica ao enunciar a criminalização do preconceito ou discriminação por motivo de **raça e cor no preâmbulo**, ampliando estes vernáculos para **cor, etnia, religião e procedência nacional nos tipos penais**. Logo, ao menos sob uma ótica formal, impende indagar se a imprescritibilidade e a inafiançabilidade atingem tão somente a raça, ou também cor, etnia, religião e procedência nacional? O tema é relevante, pois a prescrição, como causa extintiva da punibilidade, representa um dos maiores limites ao *jus*

puniendi do Estado. Por deferência do próprio Estado, há o reconhecimento de que o exercício do poder punitivo deve ser limitado a determinado tempo, como garantia dos cidadãos contra o absolutismo estatal. Neste caso, trata-se da supremacia do direito dos cidadãos ao esquecimento estatal sobre determinadas condutas criminosas em detrimento do *jus puniendi* exercido sobre condutas idênticas não atingidas pelo decurso do tempo. Aliás, no Brasil apenas duas espécies de infração penal são imprescritíveis, consoante previsão expressa na Constituição Federal. O **racismo** (art. 5º, inc. XLII) e a **ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático** (art. 5º, inc. XLIV).

Da mesma forma, não menos relevante é a inafiançabilidade, na medida em que o instituto da fiança se traduz em forma alternativa, mais tênue, do exercício do poder punitivo estatal, tornando-se hodiernamente muito utilizada a partir da reforma empreendida no Código de Processo Penal por meio da Lei n.º 12.403/2011 e da Lei n.º 13.964/2019.

Nesta configuração, parece-nos que a resposta à indagação acerca dos limites da imprescritibilidade e inafiançabilidade do racismo previstas na Constituição, a partir do alcance desta expressão, deve ser extraída do próprio texto constitucional. Na medida em que o inciso XLII do artigo 5º da Carta Constitucional estabelece que a prática do racismo terá estas consequências, *nos termos da lei*, é declarada a intenção do legislador constituinte em relegar ao legislador ordinário o comprometimento com os limites desta criminalização e do próprio conceito. Da mesma forma, sob uma análise sistêmica, se o preâmbulo da Constituição Federal determina a formação de um Estado Democrático de Direito conformado pela igualdade, e bem assim o “caput” do artigo 5º registre o princípio da igualdade como Direito Fundamental, é evidente a necessidade de conceber a expressão racismo como gênero humano, abarcando as expressões cor, etnia, religião e procedência nacional, ao menos. Prova disso é o julgamento efetuado pelo STF, já referido alhures, no *Habeas Corpus* n.º 82.242-2/RS (Caso Siegfried Ellwanger), em 17/09/2003, quando entendeu que a expressão racismo alcançaria também o preconceito e a discriminação por religião.

Seguindo o norte estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, o artigo 1º estabelece a igualdade, a liberdade e a dignidade entre todos os cidadãos (ONU, 1948). A extensão do conceito de racismo foi definida na Convenção Internacional sobre a eli-

minação de todas as formas de discriminação racial de 1968 da ONU, por meio da Resolução 2.106-A de sua Assembleia Geral, ratificada pelo Brasil em 27.03.1968, abrangendo toda forma de distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que objetive a anulação ou restrição do reconhecimento, gozo ou exercício no mesmo plano de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública (ONU, 1968). O art. 4º da Convenção estabelece a necessária criminalização dessas condutas ao enfatizar que seus Estados-membros devem punir, na forma da lei, a difusão de ideias, discriminações, ou quaisquer atos aptos a gerar violência ou provocação espelhados na superioridade ou ódio raciais dirigidos a qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou origem étnica.

Conforme assevera Sarlet (2013, p. 13-44), a dignidade da pessoa humana foi *guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito*. Por isso, compete ao Estado assumir função de *instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas*, o que, no caso do preconceito e da discriminação racistas, pressupõem proatividade e ativismo estatal.

Recentemente, no ano de 2019, por meio de julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 e do Mandado de Injunção de nº 4733, o Pleno do STF, por maioria, referendou a abrangência da expressão racismo, ao estender a aplicação da Lei de nº 7.716 de 1989 às condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, enquanto o Congresso Nacional não editar uma Lei específica, punindo tais condutas, posto que a repressão penal à prática da homofobia e da transfobia não alcança, muito menos restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Esta tese ampliou o conceito de racismo, ultrapassando aspectos biológicos ou fenotípicos, alcançando a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis, como a população LGBT (Brasil, 2019). Por isso, Heringer Júnior (2012, p. 91) quando preconiza que o Direito Penal pode voltar suas baterias para a efetivação dos princípios constitucionais, destacando-se o reforço pela efetivação da igualdade entre os cidadãos, na medida em que a esfera criminal incide sobre a sociedade de forma transversal, provocando fragilidades e desníveis na incidência do sistema jurídico penal. Contudo, a despeito da clareza do texto cons-

titucional quanto à necessidade do trato criminal irrestrito contra o preconceito e a discriminação por racismo, tais condutas ainda não foram consideradas hediondas pelo legislador, de acordo com o que preleciona a Lei n.º 8.072 de 1990. Nela, vários tipos penais são rotulados de hediondos, não se incluindo o racismo. Esta situação retrata inegável omissão legislativa quando efetuada uma construção hermenêutica a partir da importância do rótulo constitucional da hediondez de determinadas condutas criminosas, previsão contida no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição.

4 RACISMO E INJÚRIA RACIAL NO CENÁRIO PÁTRIO CONTEMPORÂNEO

A despeito da existência da Lei n.º 7.716/89, que estabelece a tipificação do racismo em suas várias formas e condutas, também coexiste no sistema jurídico penal brasileiro a figura típica da injúria qualificada, prevista no parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, introduzida pela Lei n.º 9.459/97. A referida injúria qualificada, até a data de 11 de janeiro do ano de 2023, previa conhecida “injúria racial”, porquanto punia a injúria que se utilizava de “elementos referentes a **raça, cor, etnia, religião, origem** ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência” (Brasil, 1940 – grifo nosso). Recentemente houve importante alteração legislativa, porquanto a injúria racial, por meio da Lei n.º 14.532/2023, migrou do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal para a Lei n.º 7.716/89, sendo criado o artigo 2º-A, punindo aquele que “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de **raça, cor, etnia ou procedência nacional**” (Brasil, 2023) com a pena de reclusão, de dois a cinco anos e multa. Como resultado, a injúria qualificada do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal remanesceu para “elementos referentes a **religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência**” (Brasil, 2023), com a pena de reclusão de um a três anos e multa, que permaneceu como delito afiançável, suscetível à suspensão condicional do processo e ao benefício do acordo de não persecução penal, sendo delito de ação penal pública condicionada à representação do ofendido.

A partir de 11 de janeiro de 2023, o artigo 2º-A da Lei n.º 7.716/89, em verdadeira *Lex Gravior* (Lima, 2020, p. 416), passou a prever a punição da injúria racial por motivos de **raça, cor, etnia ou procedência**

nacional (origem), com a pena de reclusão de dois a cinco anos e multa, o que a tornou inafiançável e imprescritível, além de não é ser passível do benefício da suspensão condicional do processo. Entretanto, a despeito de sua inafiançabilidade e imprescritibilidade, persiste não sendo crime hediondo (Sbardellotto; Terra, 2022, p. 30-31), e devido à sua pena mínima, ainda poderá ser objeto do acordo de não persecução penal. No caso, a ação penal passa a ser pública incondicionada. Ademais, não ocorreu *abolitio criminis* das condutas injuriosas anteriores, que se enquadravam na antiga redação do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, pois estamos diante do princípio da continuidade normativo-típica (Greco, 2017). Ainda, no parágrafo único do artigo 2º-A da Lei n.º 7.716/89, foi criada causa de aumento de pena da metade, quando a injúria racial, agora racismo, for praticada em concurso de duas ou mais pessoas.

Severa ressalva pode ser feita à Lei n.º 14.532/2023, pois o legislador **não inseriu a injúria religiosa** no novel tipo penal da injúria racial (2º-A), mesmo que a **discriminação ou o preconceito religioso** esteja presente no próprio “caput” do artigo 1º da Lei n.º 7.716/89, definida como delito de racismo. À primeira vista, não se pode empregar analogia “in malam partem”, ou seja, pretender inserir no racismo do artigo 2º-A da Lei n.º 7.716/89 a expressão “religião”, a despeito de, nos demais tipos penais desta lei, estar inserida devido ao preâmbulo da lei. Aguarda-se melhor interpretação via Supremo Tribunal Federal, para incluir o motivo religioso na nova figura penal.

Os delitos de racismo da Lei n.º 7.716/89 perfazem um conjunto abrangente de tipos penais que têm como objeto jurídico a proteção da dignidade humana em sua plenitude, previstos a partir de seu artigo 2º-A até o 20º. À exceção do artigo 20, as demais condutas dizem respeito ao comportamento discriminatório ou preconceituoso em determinadas situações ou locais, além de um tipo específico quanto a manifestações nazistas (§ 1º do art. 20). Importante destacar que sempre houve dificuldades em distinguir a prática das condutas do artigo 20, consistentes no ato de *Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional* (Brasil, 1989), com a injúria qualificada, anteriormente prevista no parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, agora também delito de “racismo” (art. 2º-A). Nesta senda, Rogério Greco elucida que “ao contrário da calúnia e da difamação, com a tipificação do delito de injúria busca-se proteger a chamada

honra subjetiva, ou seja, o conceito, em sentido amplo, que o agente tem de si mesmo” (Greco, 2017, p. 639). Já para Aníbal Bruno, a “injúria é a palavra ou gesto ultrajante com que o agente ofende o sentimento de dignidade da vítima [...]” (Bruno, 1976, p. 300). Como bem adverte Santos, no delito de injúria qualificada, de acordo com a antiga redação do parágrafo §3º do artigo 140 do Código Penal, anotava-se como elemento subjetivo o dolo de injuriar, que representa a vontade livre e consciente de lançar ofensa à vítima em razão de ela pertencer a determinada raça, cor, etnia, religião ou por conta de sua origem ou ainda por sua condição de idosa ou portadora de deficiência (Santos, 2010, p. 143). Assim, o bem jurídico tutelado no delito de injúria sempre será a honra subjetiva de vítima determinada, consistente “na consciência e no sentimento que tem a pessoa de sua própria valia e prestígio, quer dizer, a autoestima” (Conde, 2002, p. 274). Mas e quando alguém proferir as mesmas ofensas sem identificar a vítima, aleatoriamente, qual dos tipos penais terá violado? A diferença fundamental para a incidência do crime de racismo tipificado no artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 e de injúria preconceituosa ou racial, agora também modalidade do crime de racismo, atualmente no artigo 2º-A da mesma lei, está no alcance do direcionamento da ofensa. No caso do delito de racismo (artigo 20 da Lei n.º 7.716/89) propriamente dito, os elementos raciais empregados (verbos praticar, induzir e incitar) abrangem toda a coletividade daquele grupo ofendido. São expressões que não se destinam a alguém determinado, e sim a grupo ou pessoas indeterminadas. Já no crime de racismo, na modalidade injúria racial (artigo 2º-A da lei n.º 7.716/89), a ofensa/injúria é direcionada, exclusivamente, ao ofendido, não englobando a coletividade de pessoas ou determinado grupo a que o indivíduo pertença. (Gonçalves, 2018, p. 223-224). Christiano Jorge Santos (2010, p. 149) elucida que “os bens jurídicos tutelados nos crimes de injúria e de racismo (ou crimes de preconceito e de discriminação da Lei n 7.716/89) são totalmente distintos: honra subjetiva e igualdade”, respectivamente.

A questão fulcral, antes da Lei n.º 14.532/2023 jazia na discussão acerca da (in)afiançabilidade e (in)prescritibilidade do crime de injúria qualificada por motivo de raça, cor, etnia, religião e origem (art. 140, par. 3º, CP), porquanto as formas de racismo elencadas na Lei n.º 7.716/89 não careciam deste dilema, consoante já demonstrado em tópico anterior. Com o advento do artigo 2º-A, a discussão está superada, consoante

já definiam anteriormente, inclusive, os Tribunais Superiores.³ A despeito da polêmica, já nos parecia que a injúria de conotação racista se encontrava congelada no espectro constitucional como racismo, demandando proatividade legislativa voltada a coibir qualquer forma de preconceito e discriminação sob a forma da imprescritibilidade e da hediondez, conformando-se também com o princípio da dignidade da pessoa humana que irradia sobre todos os demais preceitos normativos no ordenamento pátrio (Sbardellotto; Terra, 2022, p. 36).

Ainda, no que tange às práticas homofóbicas e transfóbicas, após o começo da vigência da Lei n.º 14.532/2023 (11/01/2023), quando a ofensa for direcionada a pessoa determinada, estará presente o tipo penal do artigo 2º-A da Lei n.º 7.716/89, ao passo que, quando a ofensa for direcionada a toda a coletividade ou grupo LGBT, restará configurado o delito do “caput” do artigo 1º da mesma lei, haja vista o julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 e do Mandado de Injunção de nº 4733 pelo Pleno do STF, já referido. Além das necessárias mudanças que apontamos, a Lei n.º 14.532/2023 trouxe importantes dispositivos que possibilitarão um divisor de águas no enfrentamento às condutas racistas, a exemplo da introdução da nova redação ao §2º do artigo 20 da Lei n.º 7.716/89, o qual pune a prática, a indução ou a incitação à discriminação ou ao preconceito por motivos de “raça, cor, etnia, **religião** ou procedência nacional” cometido através “dos meios de comunicação social, de publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores ou de publicação de qualquer natureza” com a pena de reclusão de dois a cinco anos e multa.

Ademais, incluiu um parágrafo §2º-B no artigo 20, de modo que, quando qualquer dos crimes previstos no artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 ocorrer no “contexto de atividades esportivas, **religiosas**, artísticas ou culturais destinadas ao público”, a pena cominada será de dois a cinco

3 STJ: Recurso de agravo regimental no recurso especial de número 686.965, originário do Distrito Federal, julgado em 18.08.2015; AgRg no REsp 1849696/SP, julgado em 16.06.2020. STF: *Habeas Corpus* de nº 154.248/DF. Supremo Tribunal Federal, Caso Siegfried Ellwanger (HC. 82.424/RS), que ampliou a abrangência do conceito de racismo para alcançar a difusão do nazismo; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 e Mandado de Injunção de nº 4.733, no qual o Pleno do STF, por maioria, estendeu a aplicação da Lei de nº 7.716 de 1989 às condutas homofóbicas e transfóbicas.

anos de reclusão e, a proibição de frequência, por três anos, aos locais dedicados às práticas “esportivas, artísticas ou culturais destinadas ao público, conforme o caso”. Contudo, agiu bem o legislador ao inserir o artigo 20-A na Lei n.º 7.716/89, o qual, visivelmente, tem o desígnio de acabar com a brincadeira racial, na medida em que apresenta causa de aumento de pena entre 1/3 até 1/2 para o *racismo recreativo* aplicável a todos os crimes previstos na Lei n.º 7.716/89, quando estes delitos forem cometidos no contexto ou com o intuito de *descontração, diversão ou recreação*. No artigo Art. 20-D, o legislador inseriu a obrigatoriedade de a vítima do delito de racismo estar acompanhada de advogado ou defensor público em todos os atos processuais, cíveis e criminais. No que concerne à esfera criminal, o legislador acabou criando o que se pode considerar um assistente de acusação compulsório, gerando o ônus à vítima de procurar advogado ou mesmo a Defensoria Pública, o que é difícil ou quase impossível, haja vista a falta de condições financeiras ou de atendimento. Por derradeiro, com a inserção do artigo 20-C à Lei n.º 7.716/89, o legislador pátrio, em clara alusão ao item um do artigo 1º do Decreto n.º 10.932/2022 (*Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância*), explicitou que **na interpretação da lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**, o magistrado deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento despendido à pessoa ou aos grupos minoritários que acarrete “constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, **religião** ou procedência”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fundamentalmente, o tema do combate ao preconceito e à discriminação racial é candente em pleno século XXI. A despeito da longa caminhada da humanidade, que alcançou elevados níveis de desenvolvimento industrial, tecnológico, científico e até econômico, ainda se verificam fatos lamentáveis por condutas altamente repugnantes em por motivos de raça, cor, religião, etnia, procedência nacional e orientação sexual. Avanços jurídicos e sociais se fazem necessários. O resgate da dignidade humana de grupos historicamente segregados na sociedade não é tarefa fácil, pois a estigmatização e a desigualdade social remetem ao

passado de profunda segregação racial, necessitando não apenas de leis, mas, sobretudo, de ações afirmativas e ampliativas para que direitos e garantias fundamentais. Há comando constitucional absoluto e claro no sentido de coibir todas as formas preconceituosas e discriminatórias de conotação racial, acompanhado da existência da Lei n.º 7.716/89, com diversos tipos penais nela inseridos e atualizados recentemente pela Lei n.º 14.532/2023, que ampliou a abrangência típica aplicável às condutas que historicamente caracterizam práticas racistas. Esta conjuntura compõe o sistema brasileiro contemporâneo de combate ao preconceito e à discriminação por motivo de raça, cor, religião, etnia ou mesmo procedência nacional e orientação sexual, a ser observado em sua forma sistêmico-constitucional e vinculado à proteção da dignidade da pessoa humana modo pleno e irrestrito.

Destarte, é fundamental apontar que a omissão da injúria religiosa no novo tipo penal do artigo 2-A da Lei n.º 7.716/89 é grave e acarreta uma série de desdobramentos do âmbito penal e processual, já que permanece no brando tipo do parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, com pena menor, ação penal pública condicionada à representação da vítima, cabimento de suspensão condicional do processo, fiança e prescrição. Feita essa ressalva, entendemos que a Lei n.º 14.532/2023 resgatou parte do déficit constitucional voltado ao enfrentamento às práticas racistas no cenário pátrio, ao passo que possui potencial para que os autores dos delitos de discriminação e preconceito racial recebam tratamento penal e processual penal mais adequado. Ademais, destacamos que nenhuma figura típica que criminaliza condutas racistas é taxada como delito hediondo pela legislação ordinária, o que revela a necessidade de maior atenção do legislador, que se mostra insensível aos comandos constitucionais. Em breve análise, percebeu-se que aperfeiçoar o enfrentamento ao racismo era necessário, o que se materializou com o surgimento da Lei n.º 14.532/2023.

No entanto, como dizia Nelson Mandela, ainda temos de “libertar o povo da pobreza, do sofrimento e de todo tipo de discriminação” (Mandela, 2006, p. 162). Construir uma sociedade mais justa, humana e igualitária, na qual prevaleça a dignidade humana e o respeito mútuo, independentemente de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual é compromisso de todos.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, George Reid. O protesto político negro em São Paulo (1888-1988), in: Estudos Afro-Asiáticos, n. 21, Rio de Janeiro, 1991.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 10.932, de 10 de janeiro de 2022**. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010**. Estatuto da igualdade racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.990, de 09 de junho de 2014.** Lei da reserva de quotas raciais em âmbito federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 14.532, de 11 de janeiro de 2023.** Lei que altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial) e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14532.htm#art1. Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** - (STJ). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=686.965&b=DTXT&p=true#DOC2>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** - (STF). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** - (STF). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349811889&ext=.pdf>. Acesso em: 07 maio 2022.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho Penal – Parte especial**. 14. ed. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2002.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. Tempo, n. 23, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tem/a/yCLBR-Q5s6VTN6ngRXQy4Hqn/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 11. Ed. Niterói: Impetus, 2017.

JUNIOR, Bruno Heringer. **Constituição e (Des)Igualdade: A Ilegitimidade da Gestão Diferencial na Criminalidade no Marco do Estado Democrático e Social de Direito.** São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 8. Ed. Em., ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MANDELA, Nelson Rolihlahla. **Longo Caminho Para A Liberdade: a autobiografia de Nelson Mandela.** Tradução: Suzana Pereira. Braamfontein, Gauteng, África do Sul: Nolwazi Educational Publishers (Pty) Ltd; Londres, Reino Unido: Little, Brown and Co. Ltd. 2006.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.** Disponível em: <https://www.ohchr.org/EM/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 24 jan. 2021.

PESSOA, Amanda Carolina Santos. A diversidade brasileira, as minorias, o direito e a busca pela igualdade em contraposição às discriminações sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 106, p. 201 – 223, mar./abr. 2018.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Christiano Jorge. Racismo ou injúria qualificada? *In:* SILVA, Marco Antonio Marques da (coord). **Processo penal e garantias constitucionais.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 102, p. 13 – 44, maio/jun. 2013.

SBARDELOTTO, Fábio Roque; TERRA, Venâncio Antônio Castilhos de Freitas. Crimes de Discriminação. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 91, p. 15-40, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/264/148>. Acesso em: 19 jan. 2023.

SILVA, Mozart Linhares da; ARAÚJO, Willian Fernandes. Biopolítica, racismo estrutural-algorítmico e subjetividade. *Revista Educação – UNISINOS*, v. 24, 2020. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/educacao/article/view/edu.2020.241.40>. Acesso em: 15 jan. 2023.

SOUSA, Ricardo Alexandre Santos de. A extinção dos brasileiros segundo o conde Gobineau. *Revista Brasileira de História da Ciência*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 21-34, jan-jun 2013. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/his-34211>. Acesso em: 15 jan. 2023.

RAEDERS, Georges. D. Pedro II e o conde de Gobineau. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1938.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de massa**. 2. ed. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

DESAFÍOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN MÉXICO

JOSÉ ALFREDO LÓPEZ MORALES^{1*}

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO^{2**}

1 INTRODUCCIÓN

La importancia del cumplimiento o eficacia de los derechos humanos es fundamental para la población de todos los países del mundo, especialmente de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, a fin de garantizar el bienestar y la igualdad de oportunidades, así como generar una vida digna y ecuánime para todos los ciudadanos, para lo cual es necesario observar los desafíos que enfrentamos en su garantía y los avances que hasta el momento se han logrado, en esta ponencia, se explorará la situación actual de los Derechos Sociales en México, los principales desafíos que persisten y los logros alcanzados en este importante ámbito.

Se considera que los Derechos Sociales son aquellos que permiten el desarrollo integral de las personas colectivamente. Estos derechos incluyen aspectos como el trabajo, la educación, la salud, la vivienda, la alimentación, la seguridad social, la cultura, el medio ambiente, entre otros semblantes, dichos derechos sociales se fundamentan en el principio de la dignidad humana.² Su reconocimiento y protección son res-

1 * Estudiante de la licenciatura en derechos Humanos del Centro de Estudios para la Construcción de Ciudadanía y la Seguridad de la Universidad Autónoma de Chiapas.

2 ** Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I, Doctor en Derecho Público, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

ponsabilidad del Estado en sus diferentes niveles (Federal, Estatal y Municipal), pero también de la sociedad civil y de los propios individuos. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y su legislación reglamentaria comprenden un amplio abanico de derechos humanos, en donde se consideran las necesidades cuya satisfacción depende de recursos económicos (necesidades básicas) (Boltvinik; Damián, 2003, p. 101-136) y, por tanto, a la pobreza.

En México, como en otros Estados, los Derechos Humanos son parte esencial de la CPEUM y legislación universal, regional e interna; sin embargo, su consumación efectiva ha sido un reto constante a lo largo de la historia del país.

2 EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Se considera que los derechos humanos han evolucionado a lo largo de la historia según las necesidades de cada circunstancia, época y momento histórico de los estados, además se han determinado para velar por el respeto de los principios inherentes a la condición humana, respecto a los derechos sociales, estos emergen ante la necesidad de cumplir la ley en aquellos aspectos en los que los individuos se sienten desprotegidos o carecen de reconocimiento dentro de su comunidad, población, nación, país, grupo o sociedad. En las sociedades modernas, el reconocimiento de los Derechos Sociales (Portales; Tapia, 2006; Boltvinik; Damián, 2003), Económicos y Culturales constituye una de las formas primordiales de mantener una mayor cohesión e integración social y política. Estos derechos sociales garantizados por los Estados nacen del reconocimiento y ejercicio jurídico de valores como la igualdad, la solidaridad y la justicia social que histórica y tradicionalmente han reivindicado los movimientos obreros y sociales.

Actualmente el estado mexicano mantiene una estructura política en donde la voluntad del pueblo mexicano es que se constituya en una República Representativa, Democrática, Laica y Federal³, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior,

Director de la Revista Primera Instancia. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx.
ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0367-4716>

3 OEA, A. G. (1969). Convención americana sobre derechos humanos. Washington DC. Asamblea General (1994), "Convención Interamericana para Prevenir, San-

y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de la ley fundamental.

En materia de reconocimiento y protección a los Derechos Humanos, el Estado mexicano ha desarrollado diversas normas nacionales, y celebrado convenios y tratados internacionales, en los que se reconocen los derechos humanos y su forma de defensa, por lo que a continuación se enlistan las normas más significativas que están vigentes en este contexto, como sigue:

México ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (Lavín, 2015), los cuales son instrumentos internacionales del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, dentro del Sistema de Naciones Unidas (ONU), los cuales reglamentan la protección de mencionados derechos, en su contenido de manera general establece que los derechos económicos, sociales y culturales, se consideran derechos de igualdad material por medio de los cuales se pretende alcanzar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y el máximo nivel posible de una vida digna.

De conformidad con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, México confirmó la Carta de la Organización de los Estados Americanos, establecida por la Organización de Estados Americanos (OEA) (Salazar, 2002); en donde se establecen los derechos y obligaciones que obtienen los Estados al concernir a esta organización, teniendo como premisa afrontar cualquier situación que se presente en la región, tales como la promoción de la paz, la seguridad, los derechos humanos, la democracia y el desarrollo sostenible en sus Estados miembros.

Respecto a la Promoción de la democracia y los derechos humanos: Uno de los principios fundamentales de la OEA es la promoción y defensa de la democracia y los derechos humanos en la región, mencionada organización ha establecido mecanismos para monitorear y abordar las violaciones de los derechos humanos en la región, lo que ha contribuido a la protección de las libertades fundamentales de los/as ciudadanos/as.

En este ámbito el 10 de junio del año 2011, en México se publicó en el Diario Oficial de la Federación, un decreto de modificación de la

cionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”, Belén Do Pará. (art. 11, 1, toda persona tiene derecho a su honra y al reconocimiento de su dignidad).

denominación del Capítulo I del Título Primero y la reforma de diversos artículos de la CPEUM.⁴

En donde se determinó el pleno reconocimiento, goce y respeto a los derechos humanos, sustentado en los primeros 29 artículos de dicha CPEUM, en el capítulo intitulado “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, antes llamado “Garantías individuales”; así como en pactos, convenios y tratados, que según el artículo 133 CPEUM son norma suprema de toda la nación, tales como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (22 de noviembre de 1969), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará” (9 de junio de 1994), sólo por mencionar algunos.⁵

Asimismo, otro cambio significativo fue el artículo 1o. de la CPEUM en donde ahora se establece que: “...Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...”

También, el artículo 4o, en forma atinada determina que “...Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley...”

Otro aspecto importante fue la reforma del artículo 103 de la CPEUM, el cual traslada como consecuencia el incremento del origen del juicio de amparo, toda vez que ahora los Tribunales Federales pueden resolver polémicas que se susciten, por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que trasgredan los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la CPEUM, así como por los tratados internacionales de los que México sea parte.

4 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: <https://tinyurl.com/5x-4txw5m>

5 Comisión Nacional de Derechos Humanos, México: <https://tinyurl.com/2p9hudbr>

La Constitución Política del Estado libre y soberano de Chiapas, en su capítulo VI “Del combate a la pobreza”, artículo 12, párrafo VI, establece que se debe “...Garantizar el acceso a viviendas seguras y asequibles, en especial para los grupos en situación de desigualdad, así como mejorar la infraestructura de los asentamientos humanos marginales...”⁶.

El Plan Municipal de Desarrollo administración 2021-2024, de Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, México, establece en su misión: “...Ser un gobierno municipal que administre los recursos financieros disponibles con honradez, eficiencia y transparencia; que propicien la eficaz prestación de los servicios públicos e infraestructura para el bienestar común, de manera equitativa e incluyente, fortaleciendo la participación ciudadana para un mejor crecimiento sustentable, que permita mejorar la calidad de vida y el acceso en igualdad de oportunidades generando impactos positivos en la población...”⁷

A pesar de que se cuenta con bases legales sólidas, México, sus estados y municipios, enfrentan una serie de desafíos en la implementación efectiva de los derechos sociales, tales como:

- a. **Desigualdad Socioeconómica:** La brecha entre ricos y pobres sigue siendo amplia, lo que dificulta la plena realización de los derechos sociales para todos los/as ciudadanos/as, ya que conforme a diversos estudios, la discriminación está abierta en la sociedad mexicana, la cual se manifiesta en múltiples escenarios y relaciones, se practica de manera consciente o inconsciente, y se sustenta en prejuicios de todo tipo y en barreras de exclusión a oportunidades de desarrollo individual y colectivo en todos los ámbitos de la existencia humana: social, político, económico y cultural. (Ordoñez Barba, 2018).
- b. **Corrupción e Impunidad:** La corrupción y la impunidad en el sistema gubernamental continúan siendo los problemas más serios, para lo cual las autoridades hacen el mínimo esfuerzo por buscar alternativas para legislar y revolver ambos problemas, obstaculizando la entrega adecuada de servicios

6 Suprema Corte de Justicia de la Nación, México: <https://tinyurl.com/bdcmcvfd>

7 Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas: <https://tinyurl.com/mrxz38dm>

públicos, que son fundamentales para la realización de los derechos sociales. (Cortez-Morales, 2017).

- c. Falta de Recursos Financieros: Aunque los derechos sociales están respaldados por la ley, la falta de recursos financieros suficientes a menudo limita la capacidad del gobierno para implementar programas y políticas que los hagan efectivos para las personas en especial a las más vulnerables, por lo que la economía mexicana aún sigue siendo compleja para que sea satisfactorio para todos los sectores sociales. (Tello, 2019).
- d. Desafíos en la Infraestructura urbana: Aunque se ha logrado un progreso característico en obras urbanas, la calidad y la igualdad de oportunidades para los ciudadanos siguen siendo preocupantes, porque en México se perciben altos niveles de rezago en su infraestructura urbana que desafortunadamente padece un síndrome en el que la infraestructura es usada sólo para corregir el mal, en lugar de ser el instrumento idóneo para inducir el buen desarrollo.⁸

México tiene muchas instituciones para vigilar las acciones gubernamentales, una de ellas es el Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), el cual es un organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal, con autonomía y capacidad técnica para generar información objetiva sobre la situación de la política social y la medición de la pobreza en México, que permita al gobierno mejorar la toma de decisiones en la materia, en el 2018, realizo un estudio diagnóstico del derechos al medio ambiente sano⁹, en donde se establece lo siguiente:

Los derechos humanos son un Conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en la CPEUM, tratados internacionales y leyes.

8 Plan municipal de desarrollo 2021-2024 de Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, México: <https://tinyurl.com/2p8ekhva>

9 Revista Mexicana de la Construcción RMC 645 agosto 2020: <https://tinyurl.com/4t8utesm>

Los Derechos colectivos, son aquellos en los que el sujeto de derecho es la sociedad o la ciudadanía; se distinguen de los derechos individuales, ya que en los colectivos se considera a los individuos en su conjunto como titulares del derecho, y no a los individuos de manera separada.

Los Derechos sociales, son Derechos para el desarrollo social definidos en el artículo 6° de la Ley General de Desarrollo Social: educación, salud, alimentación nutritiva y de calidad, vivienda digna y decorosa, disfrute de un medio ambiente sano, trabajo, seguridad social y los relativos a la no discriminación en términos de la CPEUM.

Otro instituto muy importante que realiza diversos indicadores sociales, es el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), es un organismo público autónomo responsable de normar y coordinar el Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, así como de captar y difundir información de México en cuanto al territorio, los recursos, la población y economía, que permita dar a conocer las características de nuestro país y ayudar a la toma de decisiones, dentro de sus datos existen datos sobre las Características de las localidades y del entorno urbano 2014, en donde se manifiesta la carencia de infraestructura y servicios básicos para el entorno urbano de las poblaciones.¹⁰

De conformidad con medios de noticias locales del municipio de Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, México, como lo es el Heraldo de Chiapas, publicó una nota informativa ciudadana, en donde vecinos de una colonia de dicha ciudad (13 de Julio), denunciaron diversas afectaciones en sus calles, debido a la falta de respuesta por parte de las autoridades para su rehabilitación hidráulica; indicaron que llevan años exigiendo al gobierno municipal para que realicen las reparaciones respectivas, pero no han sido escuchadas sus demandas, mencionaron que la gran mayoría de las calles en esa colonia están intransitables, especialmente en temporada de lluvias, pese a que una de ellas que es la avenida principal, es muy concurrida por vecinos de Patria Nueva.¹¹

10 Estudio del Coneval 2018: <https://tinyurl.com/4668wzas>

11 Información del INEGI: <https://www.inegi.org.mx/programas/cleu/2014/#micro-datos>

3 DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS, CULTURALES Y AMBIENTALES

Para lograr el desarrollo humano constante y progresivo los DESCA, los Estados cuentan con la obligación irrestricta de dotar del mínimo indispensable para obtener el bienestar, el piso elemental y, posteriormente, seguir con el avance permanente, invirtiendo en ello hasta el máximo de sus recursos disponibles (Calderón García, 2015).

El párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de los DESC obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas¹².

Los DESCA tienen sus raíces en la ideología socialista y comunista, en su momento Karl Marx criticó los derechos consagrados en la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, que incluía sólo derechos civiles y políticos sin considerar ningún derecho de los DESCA, tal postura se aprecia en su obra *Sobre la cuestión judía* de 1844:

Los llamados derechos humanos, los droits de l’homme, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad. (Marx, [s.d.]

Acertada visión de Marx, ya que los derechos del hombre sólo limitaban a proteger a la parte de la sociedad que se encontraba o se encuentra en condiciones de adquirir y mantener riqueza, menospreciando u olvidándose de la gran mayoría de la población que no ha corrido con la misma “suerte”, de nacer con oportunidades de desarrollo, así se proclamó la “libertad de los pobres”.

En el Preámbulo de la DUDH se declara:

El reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de los derechos iguales e inalienables es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo.

12 Nota del periódico el Heraldo de Chiapas, 2023: <https://tinyurl.com/4a43k3kr>

Los derechos civiles y políticos se dividen en dos subcategorías, llamados derechos “escudos” o derechos de resistencia, por tener como fin el fijar límites al poder.

Los DESCAs, a su vez se subdividen en cuatro categorías derechos económicos, derechos sociales, derechos culturales y derechos ambientales, que en esencia tienen el valor de la no discriminación, de la de igualdad y derecho al desarrollo:

DERECHOS ECONÓMICOS

Derecho al desarrollo.

Derecho al trabajo.

Libertad de comercio.

DERECHOS SOCIALES

Derecho a la protección social en caso de necesidad (seguridad social, incapacidades temporales y permanentes, jubilación, riesgos de trabajo);

Derecho a la alimentación.

Derecho a la vivienda digna.

Derecho a la sanidad.

Derecho a la educación.

DERECHOS CULTURALES

El derecho el arte.

Derecho a la cultura.

Derecho a participar en la vida cultural.

Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

Derechos de autor a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas.

Derecho a la identidad cultural.

DERECHOS AMBIENTALES

Protección de los recursos de la:

Tierra.

Fauna.

Flora.

Oxígeno.

Subsuelo.

Aire.

Agua.

Los DESCAs en el ámbito convencional fueron suscritos en 1966, con el Pacto Internacional de los DESC, en vigor a partir de 1976; el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de DESC¹³¹ de 2008, vigente desde el 2013 y la interpretación que realiza el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (siglas en inglés: CESCR) de la Organización de las Naciones Unidas, a través de Observaciones Generales, y para los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) también, la Convención ADH de 1969, exigible desde 1978 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” de 1988, efectivo a partir de 1999 y la jurisprudencia interamericana.

Los DESCAs representan la respuesta convencional, de forma pacífica¹⁴ y jurídica, para disminuir en lo posible las desventajas sociales en las que se encuentran personas y grupos¹⁵ vulnerables, que por sus condiciones socioeconómicas no tienen oportunidades reales ni acceso a bienes y servicios elementales para la subsistencia y desarrollo, como lo son la alimentación, el agua potable, medidas de saneamiento, educación, trabajo con salario digno, seguridad social, vivienda, medio ambiente sano, entre otros.

El cumplimiento cabal de los DESCAs implica un ineludible rediseño en la administración pública, porque en la mayoría de los países de Latinoamérica existen desigualdades extremas. Entre los 14 más desiguales a nivel global figuran Honduras (6), Colombia (7), Brasil (8), Guatemala (9), Panamá (10) y Chile (14) (Justo, 2016). Esencialmente porque el Estado acepta una serie de obligaciones convencionales, debe instituir los servicios necesarios de calidad para dotar a la colectividad de las prestaciones que permitan tener una vida digna, para cada ser humano o colectividad que se encuentre dentro de su jurisdicción, en esencia es la función y razón de ser de cualquier Estado que se precie de ser democrático y más aún del Estado social de derecho.

13 CESCR. Observación General N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados parte: <https://tinyurl.com/y6n9dz7j>

14 Establece un sistema de mecanismo de denuncias individuales el cual México no ha suscrito

15 Las obligaciones que asumen los Estados respecto a los DESC han sido banderas de revoluciones para cambiar las condiciones socioeconómicas de los menos favorecidos.

La pobreza y la marginación son los enemigos principales de los DESCA, en los que viven grupos de personas en circunstancias adversas y con menos recursos, viven en un estado de carencias, de falta de oportunidades, de vivienda, de servicios médicos, de alimentos (hambre y desnutrición), de agua, de trabajo, grandes porcentajes de analfabetismo, de delincuencia, de corrupción.

Es importante señalar que el compromiso de los DESCA implica un cambio en la función del Estado liberal (gendarme) al Estado social de derecho, que si bien en la CPEUM, no se dice expresamente como en la colombiana, que es un Estado social de derecho, la obligación constitucional y convencional de observar los derechos humanos regidos por los principios de interdependencia e indivisibilidad implica garantizar el mínimo vital a cada individuo de la colectividad (Lazcano, 2020).

Por medio de la interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte IDH ha recurrido al *corpus iuris* internacional, nacionales, a la Carta de la Organización de los Estados Americanos a la Declaración Americana de Derechos Humanos, a las observaciones generales de los Comités de la ONU, en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención ADH, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho, un ejemplo es el primer proceso interamericano en el que se interpretó y aplicó el artículo 26 de esta última disposición en el Caso Lagos del Campo Vs. Perú en el determinó que el Estado peruano violó el principio de estabilidad laboral, la importancia de este precedente es que vinculatorio para todos los Estados parte de la Convención ADH.¹⁶

4 CRITERIOS JURISDICCIONALES

Los tribunales federales mexicanos han utilizado para resolver controversias el concepto y principios del Estado bienestar, cuya fuente son los DESCA constitucionales y convencionales, en cuanto a la seguridad social, de educación, tratándose de discapacidad, salud, reasignación del sexo de una persona transexual:

16 En México la cifra en situación de pobreza en el 2014 fue de 55.3 millones de habitantes de acuerdo con el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, cifra que representaba el 46.2% de la población general del país.

a) Pensión por invalidez. el requisito previsto en el artículo 128 de la Ley del Seguro Social derogada, consistente en que el asegurado se encuentre imposibilitado para obtener ingresos de cuando menos el 50% habitual al último año de labores, constituye una restricción justificada que no viola los artículos 1o. y 123, apartado a, fracción XXIX, de la CPEUM. Los preceptos constitucionales citados regulan *el principio de previsión social, el cual se sustenta en la obligación del Estado de establecer y garantizar los derechos humanos mediante un sistema íntegro que otorgue tranquilidad y bienestar personal a los trabajadores y a su familia ante los riesgos a que se encuentran expuestos, orientado a procurar el mejoramiento del nivel de vida, lo que incide en el diseño de los planes de seguridad social, donde el legislador, si bien goza de libertad de configuración, lo cierto es que ésta se encuentra limitada por el contenido mínimo exigido por las propias bases de la seguridad social y por la observancia del principio aludido.* Así, el hecho de que en el artículo 128 de la Ley del Seguro Social derogada, se haya establecido como uno de los requisitos para acceder a una pensión por invalidez, el estar imposibilitado para obtener ingresos de cuando menos el 50% habitual al último año de labores, constituye una restricción justificada de ese derecho, ya que es un parámetro necesario que permite apreciar que el asegurado no tiene la capacidad para trabajar y que, por ello, no puede contribuir en su parte proporcional ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, lo cual previó el legislador para no poner en riesgo la sostenibilidad del sistema financiero que soporta el régimen de seguridad social en su conjunto, para que el goce a las prestaciones de todos los derechohabientes, presentes y futuros, esté garantizada con la suficiencia de recursos del plan de seguridad social. Además, esa restricción es admisible dentro del ámbito constitucional, pues: a) Sus objetivos están enmarcados dentro de las previsiones de la CPEUM; b) Es necesaria para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción, amén de ser idónea para su realización; y, c) Es proporcional, ya que respeta una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, como lo es garantizar el otorgamiento de la seguridad social para los derechohabientes del instituto citado que sí se encuentran en la necesidad de contar con las prestaciones económicas que prevé la ley relativa. En ese orden de ideas, el artículo 128 aludido, no limita o suprime los derechos fundamentales a la salud ni a la seguridad social, pues no impide que se tenga un *estado de bienestar* general

integrado por el estado físico, mental, emocional y social, mediante el disfrute de servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, que sean apropiados médica y científicamente, a través de personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados, en buen estado y en condiciones sanitarias adecuadas, al no prohibir el acceso a esos derechos, por lo que no vulnera los artículos 1o. y 123, apartado A, fracción XXIX, de la CPEUM.¹⁷

Seguro social. Si el asegurado o sus beneficiarios acuden a solicitar atención médica dentro de las ocho semanas posteriores a que quedó privado de su trabajo y aquélla se prolonga por un periodo mayor, no debe dejar de proporcionarse el servicio, en aras de preservar el derecho a la salud (interpretación del artículo 109 de la ley de la materia). El artículo 109 de la Ley del Seguro Social dispone, sustancialmente, que cuando un trabajador quede privado de trabajo remunerado, pero haya cubierto inmediatamente antes de tal privación un mínimo de ocho cotizaciones semanales ininterrumpidas conservará, durante las ocho semanas posteriores a su baja, el derecho a recibir la asistencia médica y de maternidad, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que sean necesarias, derecho del que también gozarán sus beneficiarios. Así, el derecho a la salud que establece el indicado precepto debe interpretarse atendiendo al principio *pro persona*, como aquel que la institución de seguridad social debe proporcionar hasta que se encuentren totalmente recuperados el asegurado o sus beneficiarios de las causas por las que solicitaron sus servicios. En estas condiciones, si alguno de los sujetos señalados acude a solicitar atención médica en los términos planteados dentro de las ocho semanas posteriores a la privación del trabajo remunerado y ésta se prolonga por un periodo mayor, no debe dejar de proporcionarse el servicio, en razón de que se atentaría contra el derecho a la salud, entendido como un estado de completo bienestar físico y mental, que se encuentra regulado, a nivel interno, en el artículo 4o. de la CPEUM, así como en los preceptos 25, numeral 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales

17 Cfr. CORTE IDH. Caso Lagos del Campos vs Perú. Informe oficial de la sentencia 31 de agosto de 2017: <https://tinyurl.com/5aenj8>

y Culturales, “Protocolo de San Salvador” -instrumentos internacionales de los que México forma parte-, sin que deba limitarse a la salud física del individuo, sino que atento a la propia naturaleza humana, se traduce en un estado de bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, cuyo pleno disfrute constituye una condición para gozar de los demás derechos¹⁸.

b) Educación. Es un derecho fundamental indispensable para la formación de la autonomía personal y el funcionamiento de una sociedad democrática, así como para la realización de otros valores constitucionales. De una lectura funcional del artículo 3o. CPEUM es posible concluir, de manera general, que el contenido mínimo del derecho a la educación obligatoria (básica y media superior) es la provisión del entrenamiento intelectual necesario para dotar de autonomía a las personas y habilitarlas como miembros de una sociedad democrática. Pero además, la educación es un factor esencial para garantizar una sociedad justa, pues resulta condición sine qua non para asegurar la igualdad de oportunidades en el goce de otros derechos fundamentales y en el acceso equitativo a otros bienes sociales; para el funcionamiento de un bien público de gran relevancia como lo es una sociedad democrática de tipo deliberativo; además de un bien indispensable para el desarrollo de una pluralidad de objetivos colectivos (científicos, culturales, sociales, económicos, ecológicos, etcétera) y, por ello, un aspecto indisociable de un estado de bienestar¹⁹.

c) Discapacidad. Valores instrumentales y finales que deben ser aplicados en esta materia. El análisis jurídico de las disposiciones en materia de discapacidad debe guiarse a través de diversos principios y directrices que rigen en la misma, los cuales se constituyen tanto por valores instrumentales, así como por valores finales. En primer término, los valores instrumentales en materia de discapacidad, consisten en las medidas que en tal ámbito deben ser implementadas, siendo el nexo entre los presupuestos de la materia y los valores finales que se pretenden alcanzar, y pueden ser clasificados de la siguiente manera: (i)

18 Tesis: VII.2o.T.173 L (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 58, septiembre de 2018, Tomo III. Registro: 2017929, p. 2459.

19 Tesis: I.4o.A.6 A (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro X, julio de 2012, Tomo 3. Registro: 2001188, p. 2056.

medidas de naturaleza negativa, relativas a disposiciones que vedan la posibilidad de discriminar a una persona con discapacidad por la sola presencia de una diversidad funcional; y (ii) medidas de naturaleza positiva, consistentes en elementos diferenciadores que buscan la nivelación contextual de las personas que poseen alguna diversidad funcional con el resto de la sociedad, también conocidas como ajustes razonables. Por su parte, los valores finales fungen como ejes rectores de la materia de la discapacidad, constituyendo estados ideales a los cuales se encuentran dirigidos los valores instrumentales de dicho ámbito. Tales metas son las siguientes: (i) no discriminación, entendiéndose por ésta la plena inclusión de las personas con discapacidades en el entorno social; e (ii) igualdad, consistente en contar con las posibilidades fácticas para desarrollar las capacidades de la persona, en aras de alcanzar un estado de bienestar físico, emocional y material.²⁰

Derecho a la salud. Tratándose de la reasignación del sexo de una persona transexual, es necesaria la expedición de nuevos documentos de identidad, a fin de lograr el estado de bienestar general pleno que aquel derecho implica. Considerando el derecho a la salud como la obtención de un determinado bienestar general, integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, se advierte que los tratamientos psicológicos, hormonales e incluso quirúrgicos a que se hubiere sometido una persona transexual para lograr la reasignación del sexo que vive como propio, no resultan suficientes para alcanzar ese estado de bienestar integral, si no se le permite también, mediante las vías legales correspondientes, adecuar su sexo legal con el que realmente se identifica y vive como propio, con la consiguiente expedición de nuevos documentos de identidad, dado que se le obligaría a mostrar un documento con datos que revelarían su condición de transexual, sin el pleno reconocimiento de la persona que realmente es, generando una situación tortuosa en su vida cotidiana, lo que indudablemente afecta determinadamente su estado emocional o mental y, de ahí, su derecho a una salud integral.²¹

20 Tesis: 1a./J. 80/2017 (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 47, octubre de 2017, Tomo I, Registro: 2015303, p. 187.

21 Tesis: 1a. VIII/2013 (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, enero de 2013, Tomo 1, Registro: 2002521, p. 635.

5 CONCLUSIONES

Por lo antes observado, se considera que en México existe legislación e instituciones suficientes y sólidas para poder proteger a todos los sectores sociales en especial a los más vulnerables; sin embargo, por indolencia, falta de experiencia, ética, voluntad, empatía, entre otros semblantes, algunos funcionarios públicos no favorecen de manera equitativa a sus gobernados en los proyectos sociales, debido a que en muchas ocasiones no voltean a ver a las personas necesitadas que habitan en las grandes urbes, toda vez que mucha gente que nace, crece y habita en áreas rurales cuando se sienten desprotegidos, intimidados, discriminados o escasos programas sociales, deciden migrar a las localidades para mejorar sus condiciones de vida, enfrentándose a un gran desafío personal, familiar y social, ante la dificultad de que por el momento carezcan de trabajo, la falta de algunos servicios básicos como los de salud, seguridad, vivienda y educación, entre otros.

Por lo tanto, estas personas que llegan a la ciudad capital buscan lo más austero y económico, habitando por lo regular en las colonias que se ubican en la periferia, dichos asentamientos en ocasiones carecen de infraestructura y algunos servicios básicos, tales como calles pavimentadas, servicios de luminarias, agua, drenaje, seguridad pública, etc., lo que conlleva a que las personas que viven en esas áreas se les restrinja o condicione sus derechos humanos, sociales y por ende su dignidad.

Es por ello, que se observa un gran dilema, que si bien las autoridades o el gobierno, conocen el problema social de su área o ámbito de competencia y tienen bien especificada sus responsabilidades conforme a la legislación vigente, entonces porque soslayan sus obligaciones para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, en este caso los derechos sociales de las personas de escasos recursos que habitan en la periferia de la ciudad.

Actualmente existe o se tiene conocimiento de que la mayoría de las personas que tienen un cargo público en el gobierno federal, estatal y municipal, siempre buscan el beneficio particular o de un sector específico, a fin de perpetuar o seguir escalando en su vida política o tener más poder, por lo que se considera importante el establecimiento de colectivos de cualquier esfera social, a fin de trabajar agrupada y coordinadamente para lograr un objetivo común, exigiendo en este caso el cumplimiento

de los derechos sociales, a efecto de tener un medio ambiente sano para un desarrollo y bienestar adecuado de los/as ciudadanos/as.

Debemos hacer conciencia a que no es lo mismo que una persona sola llegue a cualquier institución de gobierno a demandar algún beneficio, a que lo haga un grupo de personas, toda vez que al individuo que llega solo por lo regular no tiene impulso o respaldo, por lo que la autoridad o funcionarios públicos soslayan sus funciones, no así para el grupo de personas que con el solo hecho de organizarse y unirse, muestran seguridad, fuerza y la unión para solicitar cualquier derecho humano.

Las gestiones para demandar los derechos sociales se pueden realizar de manera formal y respetuosa a la instancia que corresponda, a través de diferentes medios verbal, digital, personal y por escrito, a fin de tener evidencia necesaria para que en caso de que los gobernantes en su ámbito de responsabilidad no actúen en consecuencia, se busque otras pretensiones para lograr el beneficio colectivo de los ciudadanos/as, en el caso de la petición de una obra de rehabilitación de calles u otro servicio básico y esencial, una vez que ha transcurrido demasiado tiempo y no se observa disposición ni avance por parte del gobierno, se puede acudir a un tribunal federal para solicitar un juicio de amparo, a fin de que este resuelva por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que trasgredan dichos derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la CPEUM, así como por los tratados internacionales de los que México es parte, obligando a cumplir los estatutos conforme a la normatividad vigente.

De manera general, se concluye que los derechos humanos en México han tenido un avance trascendental, toda vez que hasta el momento existe legislación nacional e internacional, que instituyen normas de derechos humanos para que sean ilustradas conforme a lo establecido en nuestra CPEUM, así como a los pactos internacionales en materia de derechos humanos, incluyéndose una protección extensa y el deber de las autoridades en todos los niveles de gobierno (Federal, Estatal y Municipal), para que en el contorno de sus respectivas competitividades, promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos; asimismo la obligación del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismos.

En conclusión, la garantía de los derechos sociales en México es un desafío constante, por que aún existen funcionarios/as que practican principalmente la corrupción, la impunidad, el nepotismo, malversación de caudales públicos, entre otras infracciones que afectan a las estructuras del gobierno y por ende a las personas más vulnerables; asimismo, otra problemática es la falta de colectivos para demandar los derechos sociales, así como la apatía o indiferencia de algunas personas que únicamente desean beneficios personales y no comunes.

Pero también se han logrado avances significativos en los últimos años. Sin embargo, aún persisten retos importantes que requieren la atención y el compromiso de todos los actores sociales y del gobierno, es fundamental seguir trabajando en la reducción de la desigualdad, la erradicación de la pobreza y la promoción de la inclusión social, solo a través de un esfuerzo conjunto podremos construir una sociedad más justa, equitativa y próspera para todos los seres humanos.

De esta forma es factible sintetizar:

1. México enfrenta desafíos significativos en la implementación de políticas y programas que hagan efectivos los derechos sociales para todos los sectores sociales.
2. La falta de recursos financieros suficientes a menudo limita la capacidad del gobierno para implementar programas y políticas que hagan efectivos los derechos sociales.
3. La corrupción y la impunidad en el sistema gubernamental continúan siendo los problemas más serios en México.
4. La discriminación, la pobreza y la vulnerabilidad son factores que contribuyen a la desigualdad social en México.
5. México tiene muchas instituciones para vigilar las acciones gubernamentales, como el Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL).
6. Aunque se ha logrado un progreso característico en obras urbanas, la calidad y la igualdad de oportunidades para los ciudadanos siguen siendo preocupantes en México.
7. La infraestructura urbana en México padece un síndrome en el que se usa solo para corregir el mal, en lugar de ser el instrumento idóneo para inducir el buen desarrollo.

8. La discriminación en México se sustenta en prejuicios de todo tipo y en barreras de exclusión a oportunidades de desarrollo individual y colectivo en todos los ámbitos de la existencia humana: social, político, económico y cultural.
9. La economía mexicana sigue siendo compleja para que sea satisfactoria para todos los sectores sociales.
10. Las autoridades hacen el mínimo esfuerzo por buscar alternativas para legislar y revolver los problemas de corrupción e impunidad en el sistema gubernamental.

REFERENCIAS

BOLTVINIK, J.; DAMIÁN, A. Derechos humanos y medición oficial de la pobreza en México. Papeles de población, v. 9, n. 35, p. 101-136, 2023.

CALDERÓN GARCÍA, Jessica. Derechos Humanos y recursos públicos en México, 2015 Disponible: <https://tinyurl.com/5b2cu8ek>.

CORTE IDH. Caso Lagos del Campos vs Perú. Informe oficial de la sentencia 31 de agosto de 2017, <https://tinyurl.com/5aenjem8>

Cortez-Moralez, E. **La omnipresencia de la corrupción e impunidad en México.** 2017.

JUSTO, Marcelo. ¿Cuáles son los 6 países más desiguales de América Latina? p. 1-3. BBC Mundo. 2016. Disponible: <https://tinyurl.com/mrx8e635>

Lavín, A. R. P. **El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.** Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. Los derechos humanos en el estado social y democrático. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 15, n. 2, p. 12, 2020.

MARX, Karl. **Páginas malditas Sobre La cuestión judía y otros textos.** Libros de Anarres, Buenos Aires, [s.d.]. Disponible: <https://tinyurl.com/bdhy8npt>

OEA, A. G. **Convención americana sobre derechos humanos**. Washington DC, 1969.

Ordóñez Barba, G. Discriminación, pobreza y vulnerabilidad: los entresijos de la desigualdad social en México. **Región y sociedad**, v. 30, n. 71, 2018.

PORTALES, R. A.; TAPIA, D. R. E. Fundamento, Garantías y Naturaleza Jurídica de Lo Derechos Sociales ante La Crisis Del Estado Social Derecho. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, 10, p. 111-139, 2006.

Salazar, S. M. La democracia y el sistema interamericano: de la Carta de la OEA a la Carta Democrática. **Agenda Internacional**, v. 8, n. 16, p. 97-122, 2002.

Tello, C. Austeridad, gasto público y crecimiento económico con justicia social. **Economía UNAM**, v. 16, n. 46, p. 54-60, 2019.

Tesis: 1a. VIII/2013 (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, enero de 2013, Tomo 1, Registro: 2002521.

Tesis: 1a./J. 80/2017 (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 47, octubre de 2017, Tomo I, Registro: 2015303.

Tesis: I.4o.A.6 A (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro X, julio de 2012, Tomo 3. Registro: 2001188.

Tesis: P. LXX/2009. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, diciembre de 2009. Registro: 165825.

Tesis: VII.2o.T.173 L (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 58, septiembre de 2018, Tomo III. Registro: 2017929.

AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTEXTO DE LA 4ª REVOLUCIÓN INDUSTRIAL^{1*}

JOSÉ THOMAS CUNHA GERVÁSIO DE OLIVEIRA^{2**}

BERNARDO TEIXEIRA^{3***}

DOUGLAS RICCARDI^{4****}

1 INTRODUCCIÓN

El desarrollo científico y tecnológico ha traído consigo importantes innovaciones en la forma en que actividades anteriormente mundanas se están llevando a cabo rápidamente de forma disruptiva. Se habla de disrupción del Derecho porque, siguiendo los pasos de Roger

1 * Este trabajo es el resultado de una investigación realizada bajo la dirección de la Prof. Dra. Rosa María Díaz López: Catedrática de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Profa. Diaz Lopez es Doctora en Derecho egresada de la Universidad Autónoma de México (UNAM). Cuenta con un Posgrado en Derecho, Economía y Cooperativismo en la Universidad de Nottingham, Gran Bretaña. Investigadora en el sistema nacional de Investigaciones (SIN-Nivel 1); Catedrática en el área de Posgrado de la facultad de Derecho de la UANL; Maestra invitada de la universidad de Lille en Francia; Autora de más de 10 libros entre los cuales destacan: “El Ombudsman de la Salud en México”; primera y segunda edición; Ed. IJ UNAM, 2014. “Mecanismos procesales contemporáneos en la justicia administrativa”, vLex, 2020. “El Derecho Procesal Ambiental”, Tirant lo Blanch, México 2020. “Derecho fiscal mexicano: Actualidad y proyección Global, Tirant lo Blanch, México 2022. rosy4343@hotmail.com.

2 ** Máster en Derecho de la Empresa y de los Negocios (UNISINOS). Especialista en Derecho Notarial y Registral y en Derecho de Familia y Sucesiones (DAMÁSIO). Abogada. Correo electrónico: thomaz.gervasio@hotmail.com.

3 *** Licenciado en Derecho por la Fundação Escola Superior do Ministério Público, Especialista en Derecho Empresarial por Unisinos y estudiante de Maestría en Derecho por la PUC/RS. bernardosteixeira@icloud.com. Becaria CAPES Taxas.

4 **** Licenciado en Derecho alemán (Grundstudium der Rechtswissenschaften) y especializado en Derecho de la Comunicación por la Westfälische Wilhelms Universität Münster y cursando estudios de Derecho en la Fundação Escola Superior do Ministério Público. Correo electrónico: douglasriccardi@outlook.com.

Brownsword, este fenómeno describe los umbrales del Derecho desafiados por escenarios desconocidos, de forma que la legislación no cubre nuevas constelaciones fácticas (nivel 1); los mecanismos de adaptación legislativa no tienen la eficacia (legitimidad, adecuación teleológica y eficiencia) necesaria para adaptar el sistema en profundidad (nivel 2); y, por último, el potencial de uso de la tecnología con fines de regulación digital es aún incipiente (nivel 3). (Brownsword, 2021).

En este sentido, ha cambiado tanto el agente principal de estas actividades, como en los casos de sustitución del agente humano por sistemas de inteligencia artificial (Geimer; Schütz; Hau, 2022); pero también la forma en que se ofrecen ahora los servicios y productos sigue una lógica de economía de plataformas, que afecta tanto a los consumidores, como a los proveedores *lato sensu* y, nótese la relevancia, a los trabajadores (Bologna, [s.d.]); hay también un modelo reestructurado de interacción social, las redes sociales, donde la recepción de información está mediada por algoritmos destinados a aumentar la productividad de su plataforma en detrimento de la pluralidad de información necesaria para la libre convicción (efecto de los filtros burbuja); y por fin es palpable el riesgo para la libertad de pensamiento cuando se trata de motores de búsqueda que muestran potencial para moldear opiniones inconscientemente (Parisier, 2012).

Esta relación ni siquiera se acerca a ser una lista exhaustiva de situaciones relevantes con implicaciones jurídicas aún por definir. Por lo tanto, se presentarán algunas constelaciones en mayor profundidad con el fin de aclarar las necesidades legislativas legítimas y los medios adecuados para satisfacerlas, guiándose este análisis por el principio de la proporcionalidad y los pasos de Brownsword.

2 VIABILIDAD DEL DIÁLOGO ENTRE CAPITAL Y TRABAJO EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

El trabajo se presenta a menudo en un entorno reestructurado en relación con el origen de las actividades laborales en la actualidad. La reestructuración del entorno laboral es el resultado de un modelo capitalista cada vez más dinámico y de los diversos cambios que ha experimentado la economía debido a la implantación de nuevos modelos empresariales.

Con la aparición de la economía de plataformas, los trabajadores se han insertado en un modelo opuesto al tradicional, y se han asignado

numerosas ventajas y riesgos a estos profesionales, repercutiendo en la abdicación de una serie de derechos laborales normalmente indisponibles. El punto de partida para el nacimiento de este fenómeno capitalista fue la reducción de los recursos disponibles y la idea de cooperación, con un fuerte componente de autoayuda (Bologna, [s.d.]).

Sabiendo que el trabajo es la principal fuente de ingresos de la población mundial, estando en el centro de la vida de las personas, y que, por otro lado, estas innovaciones debilitaban los derechos laborales, se puede ver que el desarrollo del proceso de trabajo en el capitalismo representa la abdicación de control de los trabajadores sobre su propio trabajo. Así, conscientes de que los cambios exigen que el Derecho mejore para acercarse de realidades sociales, es necesario abordar cómo tendrá lugar el diálogo entre capital y trabajo en una economía que ha cambiado de paradigma. Pues los trabajadores de plataformas se encuentran en un paréntesis legal, no encajando en las categorías anteriormente existentes.

Teniendo esto en cuenta, se puede observar que el trabajo digno no está suficientemente tutelado por las leyes como son y tampoco hay medios adecuados para hacerlo, o que demuestra la disrupción de los niveles 1 e 2 de Brownsword *supra*. Por lo tanto, este artículo pretende esbozar el ideal del trabajo constitucionalmente entendido frente al desarrollo de la economía de plataforma.

2.1 Trabajo, capitalismo y economía

El individuo ve en el trabajo un factor determinante de su vida como ser social y activo. El trabajo hace que el hombre transforme su atmósfera en lo que necesita para evolucionar y vivir, diferenciándolo de todos los demás animales (Costa, Tosawa, 2021). Para Friederich Engels, el trabajo es la condición básica y fundamental de toda vida humana, hasta tal punto que puede decirse que el trabajo creó al hombre mismo (Engels, [s.d.]).

Así, es a través del trabajo que los individuos han podido evolucionar personal y socialmente, proporcionando un nivel de vida más digno colectivamente. Y es que el trabajo es un intermediario en la producción de los bienes necesarios para la existencia humana, así que su ejercicio debe ser honesto y digno, para preservar no sólo los intereses

individuales daquele que trabaja, sino también los de la comunidad que consume los frutos del trabajo (Ferrari; Nascimento; Martins Filho, 2002).

No se puede hablar de la plena realización de la dignidad de la persona humana si no se considera efectivamente la valoración del trabajo. En consecuencia, la dignidad se convierte en un obstáculo para que el hombre no sea considerado un mero instrumento, no permitiendo la “cosificación” del ser humano, algo absolutamente anti-iluminista (Miraglia, [s.d.]). En esta línea, el artículo 1º de la Constitución Federal adoptó la dignidad de la persona humana y los valores sociales del trabajo y de la libre empresa como fundamentos de la República Federativa de Brasil, garantizando el deber de respetar estos preceptos.

De este modo, se reconoce la existencia de derechos considerados absolutamente indisponibles como medio de preservar la dignidad mínima del trabajador, como aclara Mauricio Delgado (2007). Además, Brito Filho entiende el trabajo decente materializado en la existencia, libertad, igualdad de trabajo con condiciones justas, incluida la remuneración, protegiéndose la salud y seguridad, entre otros (Brito Filho, 2004).

En esta óptica, el filósofo Karl Marx señala prospera en el capitalismo la fragmentación social, es decir, a costa del estrechamiento y vaciamiento del individuo privado. En su opinión, las personas son dominadas por los resultados de su actividad (alienación), desconectándose del trabajo social (digno). Así, mientras el socialismo reconoce el trabajo individual como trabajo social (lógica colectivista marxista), en el capitalismo sólo se manifiesta indirectamente (lógica cooperativo-individualista).

Para Karl Marx, el dinamismo del capitalismo en el ámbito laboral se exterioriza en la división de la población en clases (medios de producción y fuerza de trabajo), razón por la cual los propietarios de los medios de explotación aspiran cada vez más a acumular capital en detrimento de los trabajadores serviles, en su gran mayoría desempleados, que aceptan salarios más bajos y jornadas laborales más largas para poder sobrevivir (falacia de la plusvalía) (Marx, 2014). Esta búsqueda incesante de beneficios acabaría esclavizando a la clase proletaria al arrebatarle el derecho a un trabajo digno.

En este contexto, han surgido diversas formas de organizar la producción y el trabajo, aumentando las formas de explotación y alejándose cada vez más del modelo de trabajo decente y de valorización del

trabajo. El avance del capitalismo desde el punto de vista laboral permitió que se hicieran efectivos los hilos de la lógica de protección de los derechos de los trabajadores. Los movimientos más ilustrativos fueron el taylorismo, el fordismo y el toyotismo.

El taylorismo se centró en el desarrollo de métodos y medios de organización del trabajo. En general, se profundizó en la división del trabajo introducida por el sistema fabril, que se tradujo en la separación extrema entre la concepción y la ejecución del trabajo, garantizando a la dirección el control absoluto del tiempo del trabajador. Este control impedía al trabajador tomar cualquier tipo de decisión (Navarro; Padilha, [s.d.]). Por otro lado, el fordismo supuso una revolución en la industria internacional, implantando la automatización de los procesos industriales. Este ideal perfeccionó el taylorismo, añadió una nueva forma de gestionar la mano de obra y una cadena de montaje. Cabe destacar que durante esta fase, los trabajadores vieron aumentados sus salarios, pero la historia nos dice que este modelo fue menos apreciado por los trabajadores, ya que implicaba un trabajo totalmente mecanizado (Navarro; Padilha, [s.d.]). El toyotismo surgió debido a las crisis sistémicas y a la necesidad urgente de reestructurar la cadena de producción. Aquí, la competitividad entre empresas era decisiva, había que reducir costes, lo que repercutía negativamente en los trabajadores. El toyotismo pretendía organizar la producción centrándose en la cantidad y el calendario de ventas, lo que requería un stock mínimo y un número reducido de trabajadores (just in time). Además, este modelo daba prioridad a la cualificación de los trabajadores, permitiéndoles ser polivalentes, lo que en la práctica provocaba una sobrecarga de trabajo (Navarro; Padilha, [s.d.]).

El fruto de estos procesos evolutivos es el toyotismo, que ha evolucionado hacia un sistema de producción flexible, acentuando algunos puntos negativos de la lógica del sistema, que lo han alejado del diálogo con los derechos sociales. En esta línea, la organización del trabajo es hoy más flexible y desregulada, lo que Harvey denomina acumulación flexible, básicamente, la generación de riqueza como expresión de las necesidades de consumo (Harvey, 1992).

Uno de los pilares de esta flexibilización de los derechos y del sistema de organización del trabajo son las políticas económicas neoliberales, resultado de la crisis del estado del bienestar. Bajo el neoliberalismo, el Estado regula sólo lo imprescindible para el desarrollo del capital,

posibilitando la creación de otras formas de contratación laboral que no encajan en el concepto clásico de relación laboral, restringiendo así los derechos laborales. Este modelo económico rompe con los paradigmas sociales, dejando de lado la base ético-social sobre la que se asientan las relaciones humanas, devaluando el trabajo y contribuyendo a la aparición de empleos cada vez más precarios. La visión del trabajo decente pasa a un segundo plano, ya que la matriz neoliberal pone el lucro y el valor económico por encima del valor trabajo (Miraglia, [s.d.]).

Como vemos, con la evolución del capitalismo y de los modelos económicos, el concepto de trabajo constitucionalmente entendido ha quedado relegado a un segundo plano, lo que nos permite cuestionarnos si estos ecosistemas dialogan. Esta postura debe observar que la búsqueda incesante del capital no sigue la línea de un modelo de abundancia de derechos y garantías sociales, pero les permite que afloren. Principalmente por la necesidad de lucro y reducción de costos, hay un impacto inmediato negativo a los trabajadores, pero se les permite la libertad de elección. Además, Castelo explica que considerar las relaciones laborales desde el punto de vista de la productividad económica conduciría a un déficit social, limitando los derechos de los trabajadores y yendo a contracorriente del diálogo entre la economía y el trabajo.

Conscientes de estas cuestiones, y del hecho de que estamos viviendo la 4ª Revolución Industrial, un fenómeno que integra diferentes tecnologías (inteligencia artificial, robótica, internet de las cosas y computación en la nube) en el mundo de la producción, modificando los estándares previamente establecidos y alterando los procesos de fabricación y la prestación de servicios en las actividades industriales, cabe preguntarse también cómo se conectarán en este escenario el capital, el trabajo y la economía (Lima, [s.d.]).

Sobre todo, la fase de la “ciberindustria” ha provocado cambios en el mercado laboral, especialmente con la aparición de la economía de plataforma. Este modelo de negocio utiliza plataformas digitales para conectar a proveedores de servicios y consumidores, actuando como intermediario laboral. Por lo tanto, es necesario analizar el impacto de esta nueva tecnología en el entorno laboral, tanto desde una perspectiva económica como desde una perspectiva social, en términos de protección de los derechos fundamentales.

2.2 Economía de plataformas desde la perspectiva de los derechos fundamentales

La evolución tecnológica ha transformado la forma en que nos relacionamos, ya sea desde un punto de vista personal con las redes sociales (Instagram) o consumiendo bienes y servicios a través de plataformas virtuales (Ifood). Esta revolución digital ha propiciado el desarrollo de nuevas modalidades económicas, entre ellas la economía de plataformas (Rodrigues, 2021).

Conceptualmente, la economía de plataforma (sharing economy, gig economy) es un modelo de negocio llevado a cabo de forma virtual en el que plataformas intermediarias ponen a disposición de un cliente un gran número de trabajadores o propietarios de bienes a la espera de un cliente. También conocida como economía de intermediación, este fenómeno económico ayuda a conectar la oferta y la demanda a la hora de realizar transacciones (Zipperer, 2021).

Este modelo de negocio, siguiendo la clasificación de André Zipperer, se subdivide en dos categorías: la economía colaborativa a través de plataformas digitales y el crowdsourcing (intermediación laboral, multi-outsourcing). Cabe señalar que el enfoque se basará únicamente en esta última categoría, debido a la proximidad de esta innovación con las relaciones laborales (Zipperer, 2021).

Así, crowdsourcing significa externalizar un trabajo que inicialmente realizaba un empleado a un grupo de personas indefinidas que venden su mano de obra a través de la intermediación de una plataforma digital, por ejemplo Uber, Ifood y Rappi (Zipperer, 2021). Los trabajadores de esta categoría están conectados a una base que intermedia el servicio, conectando al solicitante y al trabajador, creando una relación triangular. Sin embargo, el modelo de trabajo de estas personas es el opuesto al modelo de empleo tradicional, que recorta una serie de derechos laborales que sólo se conceden en esta relación.

Para que se establezca la relación deben concurrir acumulativamente los siguientes requisitos: alteridad, subordinación, personalidad, onerosidad y habitualidad; sin embargo, los trabajadores por app no están sujetos a habitualidad y subordinación. En primer lugar, no están obligados a trabajar con una frecuencia predeterminada o mínima, sino que son responsables de la constancia. Además, tienen amplia autonomía

para trabajar y pueden desconectar la app en cualquier momento. Por lo tanto, siguiendo la clasificación de Valerio de Stefano, los trabajadores de la economía de plataforma se clasifican como contratistas independientes (De Stefano, 2016).

De hecho, las plataformas se consideran facilitadoras - no empleadoras - del espacio en línea, ya que intermedian servicios. No se puede discutir que esta modalidad ha aportado ciertos beneficios a los trabajadores, como la flexibilidad de horarios. A pesar de ello, se ven obligados a trabajar muchas horas para obtener un beneficio real y no ser bloqueados, como argumentaba un trabajador en una entrevista en el canal Pandelivery (2020).

Así, desde un punto de vista social, aunque este modelo de trabajo tenga algunos beneficios, lo que vemos es la eliminación de las responsabilidades y obligaciones de la plataforma para con ellos, desplazando a un segundo plano los derechos laborales (vacaciones, salario mínimo, seguro de desempleo).

Imaginemos, entonces, cómo le iría a un conductor de moto de una app que trabaja todo el día para asegurarse de que tiene suficiente para comer y que, de repente, sufre una caída. ¿Es un trabajo decente aquel que no ofrece ninguna remuneración por el tiempo que está de baja? Incluso podemos estar de acuerdo en que estos trabajadores no encajan en el modelo tradicional, pero permitir que se les despoje de derechos fundamentales protegidos por la Constitución, como el seguro contra accidentes laborales, es exigir demasiado a la racionalidad.

Analizada desde esta perspectiva, la economía de plataforma se puede alejar del trabajo decente. La flexibilización que proporciona este sistema sin regulación ha creado un entorno laboral precario y a aumentar la vulnerabilidad de estos trabajadores.

Como contrapunto, desde una perspectiva económica, es innegable que la inserción de la economía de plataforma en el sistema capitalista ha sido un importante instrumento para reducir los costes de transacción. En “The Firm, the Market and the Law”, Ronald Coase desarrolla el concepto de costes de transacción como los costes en los que se incurre para realizar el intercambio de intereses. Para establecer este paralelismo, analiza el modelo de mercado y el modelo de organización, este último vinculado a la aparición de las empresas (Coase, 2017).

En términos generales, afirma que el modelo de mercado, basado en el mecanismo de los precios, permite a los individuos encontrar a alguien que valore mejor su producto, pero las negociaciones privadas no siempre pueden promover intercambios mutuamente ventajosos, aumentando los costes de transacción. Así, el modelo organizativo tiene el potencial de reducir el despilfarro en el sistema de mercado, minimizando los costes de transacción y facilitando la circulación de la riqueza (Coase, 2017).

En este contexto, como resultado de las innovaciones tecnológicas, la economía de plataforma ha surgido como un importante recurso para reducir los costes de transacción. Este modelo de negocio integra verticalmente la estructura organizativa rentable, permitiendo conectar la oferta y la demanda a gran escala, con sincronización simultánea, creando mayores oportunidades en el sistema económico (Folgueira; Silva; Carvalho, [s.d.]).

Así, analizando la perspectiva de los trabajadores desde el punto de vista de la reducción de los costes de transacción, éstos se han beneficiado de más oportunidades de trabajo, horarios más flexibles y la posibilidad de elegir cuándo y dónde quieren trabajar. En cuanto a las empresas, pueden controlar toda la producción reduciendo el coste de los periodos improductivos. Además, las plataformas cuentan con mecanismos de reputación digital, lo que libera a las empresas del control sobre los trabajadores (De Stefano, 2016).

Un análisis de ambos ecosistemas -social y económico- desde el punto de vista de las relaciones laborales en la economía de plataformas muestra que el primero está vinculado a la preservación de los derechos fundamentales y, en consecuencia, al trabajo digno. El segundo, alentado por las transformaciones tecnológicas derivadas de un proceso de flexibilización orientado al beneficio y a la reducción de los costes de transacción, se aleja invariablemente de la protección de los derechos sociales. Así, es necesario conciliar estos dos polos.

Sin duda, si se regula a los trabajadores bajo demanda de apps y se les conceden todos los derechos laborales de los que tienen un contrato de trabajo, los costes de transacción aumentarán obviamente y seguramente la mayoría perdería su empleo. Por otro lado, si el proletariado es explotado al máximo, las plataformas podrán mantener precios bajos y se reducirán los costes de transacción, pero prevalecerá la devaluación del trabajo y la ausencia de derechos sociales fundamentales.

De esta forma, es imperativo que se encuentre un punto medio entre estas dos posiciones, a fin de plantear un diálogo efectivo entre estos dos ecosistemas. Así, es imprescindible que cada parte ceda y establezca la relación de forma armónica, manteniendo las numerosas ofertas de empleo en las plataformas, contribuyendo a la mejora de la calidad de vida de los usuarios y permitiendo que estos trabajadores tengan un empleo realmente digno.

2.3 Argumentos finales sobre el trabajo en la economía de plataformas

Aquí, se buscó inicialmente explicar lo que se considera trabajo decente y su vínculo efectivo con el desarrollo personal y social de los individuos, así como discutir los derechos mínimos que un trabajador debe tener para ejercer su profesión. Se demostró la evolución de las formas de organización del trabajo en la sociedad capitalista, concluyendo que los avances tecnológicos fueron el incentivo para flexibilizar el sistema, resultado de ideales neoliberales que reestructuraron paradigmas y, consecuentemente, atenuaron derechos sociales.

En este sentido, se discutió el surgimiento de la economía de plataforma, resultado de una cuarta revolución industrial. Se ha cuestionado en todo momento si puede haber diálogo entre el trabajo, el capital y la economía ante esta revolución tecnológica, destacando sobre todo que es a través del trabajo decente como se preservan los derechos fundamentales. No cabe duda de que la implantación de la economía de plataformas ha aportado beneficios en algunos aspectos de las relaciones laborales, ha acelerado la circulación de capitales y ha calentado la economía. Sin embargo, el diálogo entre estos ecosistemas está resultando difícil, ya que el ideal del trabajo decente se refleja en un aumento de los costes de transacción desde el punto de vista económico.

En consecuencia, hay que igualar el sistema para que todos los entornos cedan y consigan convivir en armonía. Dado que la vida humana es el bien más preciado que existe, el entorno social y la protección de los derechos fundamentales deben ponderarse de otra manera, pues de lo contrario estaremos equiparando el valor económico con el valor del trabajo.

3 LIBERTAD DE EXPRESIÓN

A lo largo del siglo XX, al igual que en el periodo que lo precedió, la libertad de expresión se ejerció a través de un modelo que podríamos denominar diádico, es decir, compuesto por dos polos. Por un lado, estaban los hablantes y los editores de contenidos; por otro, el Estado. En este contexto, la regulación estatal del discurso se dirigía directamente a ellos (Blakin, 2018).

Sin embargo, con el desarrollo de internet y las nuevas formas de comunicación que han surgido, también ha surgido un nuevo modelo de libertad de expresión, que bien podría denominarse pluralista, ya que, a diferencia del modelo diádico anterior, tiene múltiples polos. En términos simplificados, es posible imaginar que este modelo implica una disputa entre al menos tres grupos de personas y organizaciones: el Estado y las entidades supranacionales (por ejemplo, la Unión Europea); las empresas que operan la infraestructura digital, especialmente los motores de búsqueda y las redes sociales; y, por último, las personas que utilizan esta infraestructura para comunicarse (Balkin, 2018).

Dada la tendencia descentralizadora de internet, en un principio se pensó que el entorno digital escaparía a los intentos estatales de regulación. En este sentido, se argumentó que el ciberespacio sería una especie de jurisdicción alternativa, que no podría ser alcanzada por el Estado (Zittrain; Palfrey, 2008) y que, por tanto, debería ejercer una autorregulación, orientada en torno a las comunidades autónomas, la libertad de movimiento y la libertad de expresión (Bloch-Wehba, 2019).

Actualmente, las plataformas digitales tienen cierto grado de autonomía para regular los contenidos producidos por sus usuarios. Esta regulación viene determinada por los términos de servicio, las políticas de privacidad y las normas de la comunidad, que son las reglas más visibles del espacio virtual (Bloch-Wehba, 2019).

Sin embargo, a la hora de tomar decisiones sobre lo que se permite o no expresar en sus redes, las empresas propietarias de la infraestructura digital no se limitan a prohibir manifestaciones consideradas ilegales por el ordenamiento jurídico del país en el que se encuentra el usuario (principio territorialista subjetivo). Debido a incentivos comerciales, ya que un espacio privado de comunicación suave, esterilizado y sin controversias sería más atractivo para los anunciantes, estas empresas acaban limitando

la libertad de expresión mucho más allá de lo que exige la ley, prohibiendo la circulación de contenidos que no son ilegales (Sarlet; Hartmann, 2019).

En este escenario, la actuación de estas empresas se asemeja a la de las entidades estatales, ya que definen y aplican unilateralmente un conjunto de normas sobre lo que se puede y no se puede decir. Así, acaban imponiendo de hecho más límites a la libertad de expresión en los países donde operan que el poder judicial o legislativo local. A esto se añade el hecho de que dicha regulación se ejerce con escasa o nula transparencia, lo que conduce a una imposibilidad de rendición de cuentas (Sarlet; Hartmann, 2019).

Ante este panorama, se observa que las plataformas digitales ofrecen hoy un mayor riesgo de silenciamiento sistemático que los poderes públicos, debido al carácter cuasi estatal de la censura que aplican, por ejemplo, al eliminar el post de un usuario aislado, que tiene una enorme asimetría de poder en relación con las empresas (Sarlet; Hartmann, 2019). Además, debido al actual modelo pluralista, dicho silenciamiento puede producirse de diversas formas, que van mucho más allá de la mera eliminación de un post en una red social. En efecto, solo a modo de ejemplo, un motor de búsqueda puede eliminar de sus resultados el sitio web de un comunicador polémico; un proveedor de internet puede bloquear el acceso al sitio; las empresas financieras pueden negarse a realizar pagos a la página, etc (Blakin, 2018).

Por otro lado, además de este silenciamiento operado por entidades privadas, el Estado también ejerce influencia sobre los propietarios de la infraestructura digital para regular los contenidos que circulan por Internet, dada la dificultad - si no imposibilidad - de operar directamente dicha vigilancia y censura (Zittrain; Palfrey, 2008).

En consecuencia, el problema sustancial de la libertad de expresión a principios del siglo XXI, según el diagnóstico de Balkin, es que la capacidad práctica de expresarse en línea está determinada por la relación entre los ciudadanos y el Estado; por la relación entre los usuarios y las empresas propietarias de la infraestructura digital utilizada para comunicarse; y por las relaciones de cooperación, cooptación y coerción entre los Estados nacionales y estas empresas (Balkin, 2018).

A continuación se profundizará en cómo el Estado regula el discurso en línea.

3.1 Regulación del discurso: nuevos y viejos paradigmas

Según Jack Balkin, la libertad de expresión requiere algo más que la ausencia de una prohibición estatal directa. En la práctica, se necesita una infraestructura de libertad de expresión. Esta infraestructura incluye los tipos de medios disponibles en un momento dado para la creación y difusión de contenidos y, por tanto, depende de factores tecnológicos, económicos y sociales (Balkin, 2014).

En este contexto, la característica dominante de los tiempos actuales es una revolución en la infraestructura de la libertad de expresión, que ahora incluye una enorme gama de plataformas y medios sociales para crear, publicar, transmitir y compartir contenidos. Además, mientras que en el siglo pasado los contenidos publicados y distribuidos por las empresas mediáticas dominantes eran producidos por ellas mismas, en la actualidad las empresas más poderosas pretenden publicar y compartir contenidos generados por los usuarios de sus plataformas (Balkin, 2014).

Esta transformación también ha provocado cambios en la forma en que el Estado regula la libertad de expresión. Mientras que antes la regulación se dirigía a los oradores y editores de contenidos, utilizando métodos tradicionales de aplicación como multas civiles y penales, órdenes judiciales, penas de prisión, etc., hoy la regulación se dirige a la infraestructura digital que hace posible el actual ecosistema de comunicación. Balkin denomina a estas dos formas de regulación del discurso “vieja escuela” y “nueva escuela”, respectivamente. En lo sucesivo, nos referiremos a ellas como “vieja escuela” y “nueva escuela”.

Aunque no han abandonado la antigua forma, podemos ver una creciente gravitación por parte de los Estados nación hacia la nueva forma de regulación del discurso, dada la dificultad de gobernar el discurso en línea. En efecto, los oradores pueden ser anónimos o encontrarse en otro país, por ejemplo. Las empresas propietarias de la infraestructura, en cambio, no sólo son fácilmente identificables, sino que también operan y poseen activos dentro de las fronteras nacionales. Además, estas empresas disponen de las herramientas necesarias para controlar los contenidos que circulan por sus plataformas, mediante el bloqueo, el filtrado, la eliminación u otros medios, de los que depende la nueva forma (Blakin, 2018).

Balkin llama la atención sobre tres características importantes de la nueva forma: censura colateral, cooperación o cooptación público-pri-

vada y gobernanza privada (Balkin, 2018). Cada una de ellas se explicará en detalle a continuación.

3.1.1 Censura Colateral

La censura colateral puede definirse como el silenciamiento de la comunicación de terceros por parte de una entidad privada (Meyerson, 1995). Es lo que ocurre, por tanto, cuando el Estado se dirige a A para controlar la expresión de B, cuando, por ejemplo, A es una plataforma de redes sociales y B es un ciudadano privado. Así pues, esta consiste actualmente en que los Estados nacionales presionan a los proveedores de infraestructuras digitales para que silencien, bloqueen, impidan o ralenticen el discurso de las personas que dependen de sus sitios para comunicarse (Blakin, 2018).

La censura colateral es la otra cara de la moneda de una norma de responsabilidad de los intermediarios. El objetivo de hacer a los intermediarios digitales responsables de los contenidos que circulan a través de ellos es animarles a practicar este tipo de censura, que puede ejercerse tanto por medios *ex ante*, como filtrar y bloquear contenidos, como por medios *ex post*, como retirar un perfil (Balkin, 2018).

Según Robert Faris y Nart Villeneuve, hay esencialmente tres razones por las que los gobiernos tratan de controlar los contenidos que circulan por Internet: política y poder; normas sociales y morales; y preocupaciones por la seguridad (Faris, Villeneuve, 2008). Según la investigación empírica realizada por estos autores, el filtrado y bloqueo de contenidos relacionados con la oposición política es una característica común de diversos regímenes autoritarios, como los de China, Arabia Saudí y Siria (Faris, Villeneuve, 2008).

Las amenazas a la seguridad nacional son también una justificación habitual para bloquear y filtrar contenidos relacionados con grupos insurgentes, extremistas o terroristas, como ocurre en Corea del Sur, donde se bloquean los sitios web a favor de Corea del Norte, o con grupos radicales como los Hermanos Musulmanes en algunos países de Oriente Medio (Faris, Villeneuve, 2008). Además, los temas que se consideran contrarios a ciertas normas sociales son objeto de censura colateral en algunos países. Algunos ejemplos son la pornografía y los juegos de azar, así como el bloqueo de sitios web que niegan el Holocausto o promueven el nazismo en Alemania y Francia (Faris, Villeneuve, 2008).

En algunos aspectos, la censura colateral se parece a la restricción administrativa previa en que las decisiones sobre quién puede y quién no puede hablar las toman programadores y algoritmos, a menudo sin previo aviso ni oportunidad de ser oído y sin las libertades civiles y otras garantías procesales que se aplican en un proceso judicial. En el antiguo modelo de restricción administrativa previa, el individuo sólo podía expresarse tras obtener el permiso del Estado. Con la nueva forma de regulación de la expresión, el bloqueo y filtrado significa que el individuo sólo puede expresarse después de obtener la autorización del programador o algoritmo. Hasta entonces, su discurso está bloqueado, normalmente sin explicaciones. Por eso esta nueva forma, con su característica censura colateral, es tan perjudicial para la libertad de expresión (Balkin, 2018).

3.1.2 Cooperación o cooptación público-privada

A finales del siglo XX, durante las décadas de 1980 y 1990, el entorno de la información se asoció a una noción general de declive del Estado. Internet, con su naturaleza sin fronteras, se consideraba una red descentralizada cuya fuerza procedía precisamente de la ausencia de control central, lo que dificultaba, si no imposibilitaba, su gobierno, desafiando así el uso de la fuerza por parte de los Estados nacionales. Sin embargo, nada más lejos de la realidad (Birnhack; Elkin-Koren, 2003).

Al rastrear la implicación del Estado en el entorno digital, uno se da cuenta de que ha desempeñado un papel significativo en la configuración de este entorno desde el principio, a través de acciones e inacciones sustanciales. De hecho, la propia aparición de Internet se produjo a través de un proyecto del Departamento de Defensa del gobierno estadounidense, la ARPANET, que tenía fines estrictamente militares. Posteriormente, se permitió su uso comercial, lo que abrió la puerta a la privatización de Internet, que fue adquiriendo la forma que hoy conocemos (Birnhack; Elkin-Koren, 2003).

Sin embargo, el desarrollo de Internet por parte del sector privado no ha eliminado por completo al Estado de la ecuación. Al contrario, el Estado ha asumido un papel muy regulador, dirigiendo el comportamiento de los privados mediante el desarrollo de normas para resolver conflictos de intereses y proteger los derechos (Birnhack; Elkin-Koren, 2003). La regulación estatal puede afectar al entorno de la información de

dos maneras: directamente, estableciendo lo que permitido; o indirectamente, estableciendo la infraestructura interna obligatoria de los mercados digitales. En el primer caso, es más evidente la limitación de contenidos considerados nocivos. En el segundo caso, el Estado establece normas relativas a la propiedad, la transferencia de derechos y la responsabilidad legal en el entorno digital, creando incentivos para determinados tipos de comportamiento y desalentando otros (Birnhack; Elkin-Koren, 2003).

Esta estructura reguladora, tanto directa como indirecta, sirve de telón de fondo para la aparición de un tercer tipo de participación estatal en el entorno digital, caracterizada por una alianza entre el Estado y el sector privado, en lo que los autores denominan un apretón de manos invisible (Birnhack; Elkin-Koren, 2003). La principal característica de este modo de intervención estatal en la esfera en línea es el mecanismo utilizado por el Estado para controlar el entorno informativo, en la medida en que se apoya en agentes privados -propietarios de infraestructuras y proveedores de servicios digitales- para ejercer su poder. Esto se hace de dos maneras: mediante una obligación legal u ofreciendo incentivos para la cooperación voluntaria (Birnhack; Elkin-Koren, 2003).

Cuando se trata de la libertad de expresión, el Estado empieza a coaccionar o cooptar a estos agentes para que censuren o regulen el discurso de personas que, de otro modo, no podrían ser controladas. En este sentido, empresas como YouTube y Facebook, por ejemplo, han creado algoritmos y políticas que deciden qué se publica y qué se retira. A medida que se desarrollan estas burocracias y competencias técnicas, son objeto de cooptación por parte de los Estados. De hecho, estas burocracias se desarrollan en parte en respuesta a la presión y las quejas de los Estados (Balkin, 2018).

También es importante destacar que, además de la presión estatal, las empresas propietarias de la infraestructura digital tienen múltiples incentivos para crear sus propios sistemas de gobernanza, entre ellos: hacer cumplir las condiciones de servicio, ya que son importantes para su rentabilidad; mantener a los usuarios actuales y atraer a otros nuevos; resolver conflictos entre usuarios. El resultado de estos incentivos es que las empresas que empezaron como empresas tecnológicas descubren que no son solo empresas de medios de comunicación, sino que se han convertido en estructuras de gobernanza (Balkin, 2018).

Como se explorará más adelante, la gobernanza ejercida por estas empresas va más allá de las fronteras nacionales, de modo que se convierten en instituciones intermediarias para la regulación del discurso en todo el planeta, actuando, frente a sus usuarios, como verdaderos soberanos (Balkin, 2018).

3.1.3 Gobernanza privada

La gobernanza privada significa que las empresas propietarias de la infraestructura digital gobiernan el flujo de información a través de esa infraestructura, así como el comportamiento de los usuarios y consumidores que la utilizan. La capacidad de ejercer esta gobernanza es un elemento clave de la nueva forma de regulación del discurso, ya que sería totalmente ineficaz si estas empresas no dispusieran de medios para bloquear, filtrar, vigilar y censurar los contenidos producidos por sus usuarios. De ahí la afirmación de que la nueva forma es posible gracias al desarrollo de tecnologías privadas de control y vigilancia digital (Balkin, 2018).

Originalmente, estas empresas se entendían a sí mismas como empresas tecnológicas. Con el tiempo, estas empresas se han visto presionadas en dos frentes: por un lado, por los Estados nacionales, que esperan que controlen y gobiernen a sus usuarios; por otro, por los propios usuarios, que esperan que adopten ciertas normas de comportamiento para crear un entorno acogedor. El resultado es que los propietarios de la infraestructura digital, especialmente las redes sociales y los motores de búsqueda, han acabado desarrollando e implementando sistemas de gobernanza privada cada vez más elaborados (Balkin, 2018), que han evolucionado desde unas pocas normas, a aplicar caso por caso por un pequeño grupo de moderadores, hasta un extenso y detallado conjunto de reglas y sus respectivas excepciones, aplicadas por un equipo de terceros moderadores de contenidos repartidos por todo el mundo (Klonick, 2018).

En este contexto, no se debe distinguir rigidamente los poderes público y privado para entender el discurso digital actual. Sin embargo, esto no significa que haya que tratar a los actores privados como si fueran agentes estatales. Por el contrario, debemos observar dos fuentes de autoridad gubernamental: la regulación estatal del discurso y la gobernanza privada de las plataformas (Balkin, 2018). El sistema de gobernanza privada plantea tres problemas importantes para la libertad de expresión: 1)

debido al actual modelo pluralista, explicado anteriormente, la protección de la libertad de expresión implica una lucha de poder entre múltiples actores; 2) la capacidad práctica de expresarse no se corresponde con los institutos jurídicos tradicionales en materia de libertad de expresión; 3) en este nuevo sistema, el debido proceso se convierte en un valor cada vez más importante (Balkin, 2018).

Sobre este último punto, es importante destacar que la aplicación de las normas comunitarias a menudo carece de notificación previa, debido proceso y transparencia. De hecho, los operadores de plataformas se comportan como monarcas absolutos que afirman ejercer el poder con benevolencia pero que, al gobernar el discurso en línea, emiten juicios y crean excepciones de forma arbitraria (Balkin, 2018).

Al vigilar los espacios en línea en los que operan, promulgando y aplicando normas y políticas en nombre de la comunidad, estas empresas actúan de hecho como gobernantes. Por ello, los valores procedimentales son cada vez más importantes. Cuanto más vean los usuarios a las plataformas digitales como gobernantes, más esperarán y exigirán que dichas empresas se ajusten a las obligaciones básicas de los gobernantes para con los gobernados, entre las que se incluyen la equidad procedimental a la hora de tramitar reclamaciones y aplicar sanciones; la notificación previa; la transparencia; las explicaciones razonadas; coherencia; cumplimiento de los valores del Estado de Derecho (siendo la “ley” en este caso las normas y políticas de la empresa declaradas públicamente); capacidad de los usuarios para criticar la conducta de la empresa y exigir reformas; y capacidad de los usuarios para participar, aunque sea de forma limitada, en la gobernanza ejercida por la empresa (Balkin, 2018).

Aunque las plataformas digitales pueden frustrar a veces tales expectativas, no pueden ignorarse por completo, ya que apuntan a las formas en que tendrán que acomodar a sus usuarios en el futuro, así como a los tipos de reforma que los gobiernos democráticos pueden exigirles, a medida que se convierten en elementos esenciales para el comercio y la democracia dentro de los Estados nacionales (Balkin, 2018).

3.2 Reflexiones finales

El advenimiento y la popularización de internet, con las nuevas formas de comunicación que han surgido de ella, han dejado obsoleto el

antiguo modelo diádico de libertad de expresión, dando lugar a la emergencia de un modelo pluralista. En este escenario, ha surgido una nueva forma de regulación estatal del discurso, esta vez dirigida a las plataformas digitales, posibilitada por el desarrollo de tecnologías privadas de control y vigilancia digital, que utilizan métodos como el bloqueo, el filtrado y la eliminación de posts o perfiles para controlar los contenidos que circulan por estas plataformas.

El Estado, por tanto, aunque no abandona por completo los métodos antiguos, hace uso cada vez más de esta nueva forma creando incentivos legales dirigidos a la cooperación voluntaria de los agentes privados, u obligaciones legales que resultan en su cooptación. Uno de los instrumentos jurídicos utilizados a menudo por los Estados nacionales para cooptar a las empresas propietarias de infraestructuras digitales es la responsabilidad de los intermediarios. Más allá, las empresas tienen sus propios incentivos comerciales para gobernar el flujo de información a través de su infraestructura, así como el comportamiento de los usuarios y consumidores que la utilizan, lo que actualmente se hace a través de un extenso y detallado conjunto de normas internas.

Frente a la gobernanza privada ejercida por estas empresas, el debido proceso se está convirtiendo en un valor cada vez más importante. Cuanto más vean los usuarios a las plataformas digitales como gobernantes, más esperarán y exigirán que dichas empresas se ajusten a las obligaciones básicas de los gobernantes para con los gobernados, que incluyen la equidad procedimental a la hora de tramitar quejas y aplicar sanciones; la notificación previa; la transparencia; las explicaciones razonadas; la coherencia; y el cumplimiento de las normas y políticas de la empresa declaradas públicamente.

4 EFECTOS DE LOS ALGORITMOS AL DERECHO DE LIBRE CONVENCIMIENTO

Antaño, las principales fuentes de información útil eran los periódicos, las guías turísticas y las enciclopedias. Hoy en día, estas fuentes incluyen también los resultados de motores de búsqueda, utilizado para encontrar información sobre noticias, instituciones locales, productos, servicios y muchos otros asuntos.

Antes y ahora, el derecho fundamental al libre convencimiento a través de informaciones plurales ha protegido la libertad de convencimiento

de quien consume las informaciones, pues la regulación estatal vendría a garantizar que los contenidos no enganan o abusan del consumidor (Heidke, 2020). El que ocurre es que Google, Yahoo y Bing, por ejemplo, utilizan de mecanismos que pueden privilegiar fuentes de información elegidas unilateralmente, amenazando así la formación de opinión y la diversidad de opiniones del usuario, poniéndose el proceso democrático en riesgo a través de motores de búsqueda coordinados por algoritmos (Chibanguza; Kub; Steege, 2022).

Así, se muestra necesario una regulación que asegure la diversidad para garantizar las condiciones funcionales de la libre formación de opinión en la era de la digitalización (Heidke, 2020).

4.1 La posición de google

Las acusaciones contra Google y los hechos relacionados con dichas acusaciones se han tratado en diversas manifestaciones de Google y dicen respecto a dos factores principales: el privilegio dado a sus informaciones (ventaja desleal según la legislación sobre competencia) o a la determinación algorítmica del contenido que influye en la opinión del lector (violación de la libertad de opinión) (Volkh, 2012).

Brevemente, el núcleo de las acusaciones es que Google prioriza de algún modo sus propios resultados de búsqueda temáticos sobre los resultados procedentes de competidores especializados. Sin embargo, incluso si se asume que Google establece o planea establecer este tipo de prioridades, ello constituiría el ejercicio legítimo del derecho de Google, amparado por la Primera Enmienda de la Constitución Estadounidense, a decidir cómo presentar la información a sus usuarios en su discurso (Volkh, 2012).

En cuanto a la influencia ejercida sobre las opiniones, Google considera que el proveedor de información puede determinar unilateralmente las informaciones son relevantes para su propósito, y que el control externo constituye una violación de la libertad constitucional del editor. Esto se basa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, pues sostuvo en un caso sobre diversidad en las manifestaciones que los organizadores de manifestaciones no tienen que admitir a nadie que desee participar, especialmente a miembros de grupos cuyos objetivos no apoyan (Estados Unidos, 1995).

4.2 Regulación

De hecho la regulación tiene lugar en un marco de Derecho constitucional. Por un lado, pueden surgir obligaciones positivas de actuar por parte del Estado y, por otro, existen límites negativos para regular. También la utilización por parte de unidades estatales está sujeta a condiciones previas diferentes a la de las empresas privadas. No obstante, en el caso de las empresas privadas, es necesario diferenciar entre intermediarios (con modelos de negocio propios y monopolísticos basados en el uso de sistemas automatizados y algoritmos, por ejemplo, redes sociales y motores de búsqueda) y otras empresas que utilizan sistemas automatizados o algoritmos de terceros por razones de eficiencia, por ejemplo, en la automatización de los procedimientos internos. Por último, el uso no comercial (por ejemplo, influir en elecciones o encuestas de opinión) debe estar sujeto a condiciones específicas (Chibanguza; Kub; Steege, 2022).

4.3 Justificación regulatória

En este sentido, el Estado de Derecho y el principio de democracia trabajan juntos (Alemanha, 1978) para definir algunas condiciones marco básicas: Si los algoritmos son utilizados por particulares, pero también por las autoridades públicas, esto representa un ámbito normativo fundamental debido a los efectos de gran alcance sobre las personas, los procesos sociales y cívicos como las elecciones y los intereses jurídicos protegidos por los derechos fundamentales, como se ha descrito anteriormente (Schliesky, 2020).

Además, el requisito de neutralidad de los órganos estatales derivado de la Ley Fundamental se aplica a la opinión política y a las campañas electorales: como titulares de cargos públicos, no pueden hacer uso de algoritmos que influyan en las opiniones en la medida en que ello restrinja inadmisiblemente la libre formación de la opinión de los votantes (Chibanguza; Kub; Steege, 2022). Asimismo, en el caso de una afectación intensiva de los derechos fundamentales, el principio de materialidad implica un deber de legislar para el Legislativo. Así, los requisitos normativos esenciales deben establecerse en una ley formal. Esto establece principalmente una delimitación a la esfera de acción ejecutiva (Burri, 2018).

Sin embargo, el principio de materialidad asociado al principio de legitimidad democrática se ve afectado especialmente cuando aparecen intermediadores no estatales. En este sentido, resulta problemática la aparición de conjuntos privados de normas de organización internacional y asociaciones sociales, que las empresas adoptan como fuente del derecho “super-soft” sin legitimación democrática (Chibanguza; Kub; Steege, 2022).

El principio de materialidad, formalmente, no se acerca del contenido admisible y exigible de normativas concretas. Los menoscabos emanan de terceros privados, o sea, la intervención legislativa resulta de los conflictos entre derechos fundamentales. Por regla general, las libertades económicas entran en conflicto con el derecho a la autodeterminación informativa, a veces también con la vida, la salud, la libertad profesional o la libertad de opinión. Además, hay bienes colectivos, como la integridad de la opinión política. En estos ámbitos, exige que sea el legislador estatal -y no las empresas transnacionales o los proveedores de servicios informáticos- quien establezca el marco para el uso de la IA (Chibanguza; Kub; Steege, 2022).

4.4 Canales reglamentarios

En resumen, se puede ver que toda regulación debe ser precedida de una ponderación de las posiciones de derechos fundamentales en juego. El principio de precaución establecido en el derecho ambiental y tecnológico, por ejemplo, muestra que para el uso de la IA por parte de unidades estatales, también debe exigirse como justificación o un peligro concreto para intereses jurídicos importantes que no pueda evitarse de forma igualmente eficiente sin el uso de la IA (necesidad) o una razón de alto rango comparable para el bien común. Aquí, la preservación de la autonomía del individuo será central (Chibanguza; Kub; Steege, 2022).

En primer lugar, deben establecerse requisitos de transparencia cada vez mayores en función de la complejidad y opacidad natural de los IA, especialmente en el proceso de adquisición de datos, selección de los datos de entrenamiento y a la evaluación por parte de la IA (Härting, 2014). Debido a la complejidad y autonomía de los procesos de decisión, la creación de procesos de decisión transparentes o el establecimiento de criterios de decisión prohibidos no es siempre técnicamente posible. Por lo tanto, deben encontrarse soluciones que no permitan el uso humana-

mente incontrolado de las decisiones creadas para garantizar la diversidad, la no discriminación y la calidad de las decisiones (Suiza, 2019).

Así, los controles y el uso de la IA deben estar vinculados a la responsabilidad de aquellos a quienes pueden atribuirse los resultados. Para esto, debe llevarse a cabo una evaluación y distribución de riesgos (Hacker, 2020). Para ello, tiene sentido clasificarse los sistemas automatizados y algoritmos por parte de una autoridad central o, al menos, definir criterios. Esta es la única manera de separar las aplicaciones problemáticas de las menos problemáticas o no problemáticas, que es también la base del objetivo de protección del consumidor. Hay que encontrarse normativas que aborden la propensión a errores de los sistemas de IA y sus deficiencias de seguridad. Para los casos en que tales especificaciones técnicas no sean posibles, también es necesario crearse un modelo de responsabilidad objetiva.

Por último, la preservación de la capacidad de autodeterminación del individuo mediante la concesión de un poder jurídico es necesaria. Así, se presuponen posibilidades de protección jurídica y de participación en la recogida, tratamiento y resultado de datos. Para esto, debido a la opacidad de la decisión basada en algoritmos, hay dificultades de prueba asociadas que deben ser solucionadas. Esto también se aplica cuando los sistemas automatizados se utilizan a través de las fronteras o cuando el lugar de origen y el lugar de acción son territorialmente diferentes.

REFERENCIAS

ALEMANHA, Tribunal Constitucional. BVerfGE Band 49, 89, Beschluss vom 08.08.1978 - 2 BvL 8/77.

BALKIN, Jack M. Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, fev. 2018.

BALKIN, Jack M. Old-School/New-School Speech Regulation. **Harvard Law Review**, v. 127, n. 8, jun. 2014.

BIRNHACK, Michael D.; ELKIN-KOREN, Niva. The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment. **Virginia Journal of Law & Technology**, v. 8, n. 2, Summer 2003.

BLOCH-WEHBA, Hannah. Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State. *SMU Law Review*, v. 72, n. 1, Winter 2019.

BOLOGNA, Sergio. **Lavoro autônomo e capitalismo delle piattaforme**. Disponível em: <https://www.sinistrainrete.info/lavoro-e-sindacato/10855-sergio-bologna-lavoro-autonomo-e-capitalismo-delle-piattaforme.html>. Acesso em: 30 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 dez. 2022.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho decente. **Análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004.

BROWNSWORD, Roger. **Law 3.0: Rules, Regulation, and Technology**. 3. ed. Londres: Taylor & Francis, Reino Unido, 2021.

BURRI, Thomas. Künstliche Intelligenz und internationales Recht, mögliche Entwicklungen und Hindernisse. DuD, 2018, pp. 603, Bonn: Springer, Alemanha, 2018.

CHIBANGUZA, Kuuya Josef. KUß, Christian. STEEGE, Hans. Künstliche Intelligenz, Recht und Praxis automatisierter und autonomer Systeme. 1. ed. Munique: C.H.BECK, Alemanha, 2022.

COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

COSTA, Ilton, TOSAWA, Suelyn. Trabalho, capitalismo e globalização: aspectos evolutivos do direito ao trabalho digno. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, PR, n. 34, p. 440, 2021. Disponível em: <https://www.proquest.com/openview/bbe-1c17b58ed7747311e38c43e3626ee/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2031966>. Acesso em: 31 dez. 2022.

DE STEFANO, Valério. **A ascensão da “força de trabalho just-in-time”: trabalho sob demanda, crowdwork e proteção do trabalho na “gig-economy”**. Genebra: OIT, 2016 Série Condições de Trabalho e Emprego, nº 71.

DELGADO, Maurício. **Curso de Direito do Trabalho**. 6a. ed. São Paulo: LTr, 2007.

ENGELS, Friederich. **O papel do trabalho na transformação do macaco em homem**. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/trabalhonecessario/article/view/4603/4239>. Acesso em: 31 dez. 2022.

ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Group, 515 U.S. 557, 577–78, 1995.

FARIS, Robert; VILLENUEVE, Nart. Measuring Global Internet Filtering. *In*: DEIBERT, Ronald; PALFREY, John; *et al* (ed.). **Access denied: the practice and policy of global Internet filtering**. The MIT Press, 2008.

FERRARI, Ivani; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

FOLGUEIRA, Ricardo Santos; SILVA, Ana Lucia; CARVALHO, Carlos Eduardo. **Economia do compartilhamento e custos de transação: os casos uber e airbnb**. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view/40293/29595>. Acesso em: 2 jan. 2023.

GEIMER, Reinhold; SCHÜTZE, Rolf; HAU, Wolfgang. **Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen - Loseblatt-Handbuch mit Texten, Kommentierungen und Länderberichten**. 65. ed. Munique: C.H.BECK, Alemanha, 2022.

HACKER, Philipp. **Europäische und nationale Regulierung von Künstlicher Intelligenz**. NJW 2020, Munique: C.H.BECK, Alemanha, 2020.

HÄRTING, Niko. **Profiling: Vorschläge für eine intelligente Regulierung**, Was aus der Zweistufigkeit des Profiling für die Regelung des nicht-öffentlichen Datenschutzbereichs folgt. CR 2014, Berlin: De Gruyter, Alemanha, 2014.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1992.

HEIDKE, Aron. Meinungsbildung und Medienintermediäre: Vielfaltssichernde Regulierung zur Gewährleistung der Funktionsbedingungen freier Meinungs-

bildung im Zeitalter der Digitalisierung. 1. ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, Alemanha, 2020.

KLONICK, Kate. The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech. **Harvard Law Review**, v. 131, n. 6, April 2018.

LIMA, Geórgia Fernandes. **A precarização do Direito do Trabalho a partir de influências da Revolução Industrial sobre os entregadores por aplicativos no Brasil**. Disponível em: <https://revistalaborare.org/index.php/laborare/article/view/86/96>. Acesso em: 1 jan. 2023.

MARX, KARL. **O capital**. 1 ed. São Paulo: Veneta, 2014.

MEYERSON, Michael I. Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the Speaker within the New Media. **Notre Dame Law Review**, v. 71, n. 1, 1995.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **O direito do trabalho e a dignidade da pessoa humana – pela necessidade de afirmação do trabalho digno como direito fundamental**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3828.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2022.

NAVARRO, Vera Lucia; PADILHA, Valquíria. **Dilemas do trabalho no capitalismo contemporâneo**. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822007000400004>. Acesso em: 31 dez. 2022.

PANDELIVERY – quantas vidas vale o frete grátis. [S. I.: s. n.], 15 out. 2020. Publicado pelo canal Pandelivery. Disponível em: <https://www.youtube.com/@pandelivery-quantasvidasva7652>. Acesso em: 2 jan. 2023.

PARISIER, Eli. The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think. 1. ed. Londres: Penguin Publishing Group, Reino Unido, 2012.

RODRIGUES, Maurício Pallotta. **Contratação na multidão e a subordinação algorítmica**. São Paulo: Editora Mizuno, 2021.

SARLET, Ingo; HARTMANN, Ivar. Direitos fundamentais e direito privado - proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. RDU, Porto Alegre, v. 16, n. 90, 2019, p. 96-100, nov./dez 2019.

SCHLIESKY, Utz. Digitalisierung – Herausforderung für den demokratischen Verfassungsstaat. NVwZ 2019, Munique: C.H.BECK, Alemanha, 2020.

SUIZA, Confederación. **Informe General del Grupo de Proyecto „Organismos Internacionales e Inteligencia Artificial**, Berna, 2019.

VOLOKH, Eugene. FALK, Donald. First Amendment Protection for Search Engine Results. Los Angeles, California: 2012.

ZIPPERER, André Gonçalves. **A intermediação de trabalho via plataformas digitais: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI**. São Paulo: LTr, 2021.

ZITTRAIN, Jonathan; PALFREY, John. Internet Filtering: the politics and mechanisms of control. *In*: DEIBERT, Ronald; PALFREY, John; *et al* (ed.). **Access denied: the practice and policy of global Internet filtering**. The MIT Press, 2008.

AS CONTRIBUIÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS PARA O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA E DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA^{1*}

BETIELI DA ROSA SAUZEM MACHADO^{2**}
RICARDO HERMANY^{3***}

1 INTRODUÇÃO

A democracia, como princípio fundamental da estrutura política brasileira, exige constantes mecanismos de aprimoramento para garantir o exercício pleno da cidadania e a efetivação dos direitos das pessoas.

- ¹ * O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. Esta publicação tem apoio em bolsa institucional da Confederação Nacional de Municípios (CNM).
- ² ** Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I, dedicação exclusiva (2021-2025). Bolsista da Confederação Nacional de Municípios em convênio Apesc/CNM. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Ricardo Hermany. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-3489-6741>> E-mail: <betielisauzem@yahoo.com.br>.
- ³ *** Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/ Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios – CNM. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-8520-9430>>. E-mail: <hermany@unisc.br>.

No contexto da Administração Pública, a transparência, a responsabilidade e a prestação de contas são fundamentais para o funcionamento democrático e para a garantia de uma gestão eficiente dos recursos públicos. Nesse cenário, os Tribunais de Contas desempenham um papel de destaque na proteção dos interesses coletivos, no fortalecimento da democracia no Brasil e no controle da gestão pública.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, conferiu aos órgãos de contas brasileiros a missão de fiscalizar a aplicação de recursos públicos, zelar pela probabilidade administrativa e contribuir para o aprimoramento da gestão pública. No entanto, para além da sua função fiscalizadora, essas instituições também têm a responsabilidade de promover a transparência, a participação cidadã e o controle social. É nesse contexto que se destacam duas ferramentas fundamentais: as ouvidorias e o dever de prestar contas.

No entanto, apesar do potencial dessas ferramentas para fortalecer a democracia e o controle da gestão pública, há desafios a serem enfrentados, visto que a eficácia das ouvidorias e o cumprimento do dever de prestar contas pelos órgãos fiscalizados ainda são temas que exigem análises aprofundadas. Este artigo tem como objetivo explorar e observar o papel dos Tribunais de Contas brasileiros na promoção da democracia e no fortalecimento do controle da Administração Pública, com especial atenção às contribuições das ouvidorias e ao desafio de garantir a efetividade do dever de prestar contas.

Nesse sentido, propõe-se como problema de pesquisa: qual o papel dos Tribunais de Contas brasileiros para o fortalecimento da democracia e do controle da Administração pública, especialmente o controle social, com ênfase nas ouvidorias e no dever de prestar contas? Desse modo, apresenta-se como hipótese que a existência de ouvidorias nos Tribunais de Contas brasileiros contribui para a ampliação da participação cidadã no controle da Administração Pública, bem como a imposição do dever de prestar contas aos gestores públicos promove a responsabilização e redução da corrupção, além de influenciar positivamente na eficiência e transparência da gestão pública, contribuindo, consequentemente, para participação e controle social.

A pesquisa justifica-se em razão de que o Brasil é uma nação que adota os princípios democráticos como base de seu sistema político e ad-

ministrativo, assim a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um marco importante ao conferir aos cidadãos direitos e liberdades fundamentais, ao mesmo tempo em que define um arcabouço jurídico que busca garantir a transparência, a responsabilidade e a prestação de contas na Administração. Nesse contexto, os Tribunais de Contas brasileiros emergem como atores fundamentais na vigilância e no fortalecimento desses pilares democráticos.

Portanto, a relevância do presente estudo é sustentada por diversas razões que abrangem tanto o âmbito acadêmico quanto o social e político, visto que existe a necessidade da compreensão da temática do controle enquanto pressuposto basilar da democracia e do papel dos órgãos de contas na sua concretização, bem como a partir das construções abordadas na pesquisa tem-se a viabilidade de elaborar de diretrizes de atuação e de que forma podem ser aperfeiçoadas e ampliadas utilizando mecanismos existentes na legislação. Logo, este estudo visa preencher uma lacuna importante no entendimento do papel dos Tribunais de Contas na consolidação da democracia e no aprimoramento da gestão pública brasileira. Ao explorar as contribuições das ouvidorias e ao dever de prestar contas, busca-se não apenas aprofundar o conhecimento acadêmico, mas também fornecer *insights* importantes para aprimorar a governança pública e fortalecer os mecanismos de controle democrático na sociedade.

Com relação a metodologia empregada, destaca-se o método de abordagem dedutivo, visto que parte-se dos pressupostos gerais sobre o controle da Administração Pública e sua relação com a democracia, passa-se para uma análise específica do controle externo no âmbito dos Tribunais de Contas e suas contribuições para o fortalecimento da democracia por intermédio do controle social nas prestações de contas. Quanto ao método de procedimento utiliza-se hermenêutico, eis que viabiliza uma melhor interpretação dos textos e a técnica de pesquisa adotada é a bibliográfica, por meio de documentação indireta, resumindo-se na consulta a livros, periódicos, dissertações, teses dentre outros meios.

A pesquisa desenvolver-se-á a partir de três objetivos específicos, sendo: analisar o controle da Administração pública para o fortalecimento da democracia e do controle social; estudar o controle externo no âmbito dos Tribunais de Contas; examinar o dever de prestar contas e os impactos do sistema de Ouvidoria no TCE-RS como ferramentas impulsionadoras do controle social e fortalecedoras da democracia.

2 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SEU PAPEL NO FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA E DO CONTROLE SOCIAL

Inicialmente cabe destacar que a democracia é indissociável da cidadania, visto que com o reconhecimento do direito de participação no governo e nos assuntos públicos, que delineiam o destino da comunidade, encontra-se expressamente reconhecido nos principais documentos internacionais e também nas Constituições da maioria dos Estados Modernos. Portanto, o agir democrático está expresso na participação política, que transforma o indivíduo em cidadão, o qual tem a possibilidade de determinar sua própria sorte, de participar do poder, de fazer as leis e de obedecer unicamente a estas. (Gorczewski; Martin, 2018, p. 167-168). Nesse sentido, Bobbio (2011, p. 5) ressalta que “o respeito às normas e às instituições da democracia é o primeiro e mais importante passo para a renovação progressiva da sociedade”, ou seja, “a democracia é, no essencial, um método de governo, um conjunto de regras de procedimento para a formação das decisões coletivas, no qual está prevista e facilitada a ampla participação dos interessados”.

Sartori (2003, p. 43) ressalta que democracia remete a ideia de uma sociedade não oprimida “por um poder político discricionário e incontrolável, nem dominada por uma oligarquia fechada e estrita, na qual os governantes ‘respondem’ aos governados”. Assim, há democracia quando existe uma sociedade aberta, em que a relação entre governantes e governados é “entendida no sentido de que o Estado está a serviço dos cidadãos e não os cidadãos a serviço do Estado, onde o governo existe para o povo e não ao contrário”. (Dahl, 2001, p. 174).

Além disso, as perspectivas para uma democracia estável em um país são melhores quando seus cidadãos e seus líderes apoiam as práticas, as ideias e os valores democráticos, sendo que o apoio mais confiável surge “quando essas convicções e predisposições estão incrustadas na cultura do país e são transmitidas, em boa parte, de uma geração para a outra”, isto é, “quando o país possui uma cultura democrática”. (Dahl, 2001, p. 174). De tal maneira, Bobbio (2011, p. 98-101) complementa que:

Um dos lugares-comuns de todos os velhos e novos discursos sobre a democracia consiste em afirmar que ela é o governo do “poder visível”. Que pertença à ‘natureza da democracia’ o fato de que

‘nada pode permanecer confinado no espaço do mistério’ é uma frase que nos ocorre ler, com poucas variantes, todos os dias. Com um aparente jogo de palavras pode-se definir o governo da democracia como o governo do poder público em público [...]. [...] Que todas as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidos pelo povo soberano sempre foi considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo (e como poderia ser controlado se estivesse escondido?). Mesmo quando o ideal da democracia direta foi abandonado como anacrônico, [...] e foi substituído pelo ideal da democracia representativa [...] o caráter público do poder, entendido como não-secreto, como aberto ao “público”, permaneceu como um dos critérios fundamentais para distinguir o Estado constitucional do Estado absoluto se, assim, para assinalar o nascimento ou o renascimento do poder público em público.

Neste contexto, a democracia é um poder público em público, ou seja, em um país democrático é necessário que os atos públicos sejam publicizados e transparentes, pois é um regime de poder visível, assim, existem diferentes definições de democracia, contudo, nenhuma delas deixa de incluir a transparência e a visibilidade do poder. Ao encontro a tal premissa, ressalta-se que as instituições do Estado têm uma tendência natural para ocultar-se e, portanto, para contrariar esta tendência, é imprescindível estabelecer mecanismos de controle eficientes e independentes, isto é, ferramentas de fiscalização e que promovam a transparência da Administração, garantindo uma utilização precisa dos recursos para atingir o propósito do Estado – políticas públicas que concretizem o interesse público.

Ademais, a democracia é um processo de estágios contínuos de desenvolvimento, o qual está relacionada com a democratização e transformação da sociedade, que depende da linguagem e da comunicação política, incluindo a atuação cidadã e a relação entre valores sociais e sistemas políticos, refletindo-se diretamente no controle, especialmente no controle social. (Bitencourt; Pase, 2015). Na mesma linha, o dever de prestar contas aos reais titulares do poder – o povo – não é novidade, dado que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão já continha tal disposição, ou seja, o controle está conectado diretamente com o princípio da indisponibilidade do interesse público não havendo margem para discricionariedade. (Viana, 2019).

Destaca-se, neste sentido, que o controle da Administração Pública é um elemento fundamental na preservação e fortalecimento das estruturas democráticas em uma sociedade, tendo em vista que o poder é atribuído ao povo, e, portanto, a Administração, como executora das políticas e decisões governamentais, deve prestar contas a esse mesmo povo. Esse conceito central da democracia está intrinsecamente ligado à capacidade de controle exercida tanto pelas instituições estatais quanto pela sociedade civil.

Dessa maneira, o controle da Administração Pública engloba um conjunto de mecanismos, processos e instituições destinados à supervisão e ao exercício regular do poder estatal, à gestão de recursos públicos e à tomada de decisões governamentais. No âmbito das democracias, desempenha um papel de extrema relevância, como salvaguarda dos princípios democráticos, promovendo a transparência, a responsabilidade e a participação cidadã.

Assim, o controle da Administração é ínsito ao Estado de Direito, o qual se desenvolve em decorrência da submissão do poder político ao Direito, isto é, “limitar o poder: eis a síntese do controle?” (Fernandes, 2016, p. 33). Portanto, para que não ocorra o abuso de poder é importante que o poder limite o poder, pela disposição das coisas (Montesquieu, 2005). Ressalta-se, também, que o sistema de controle administrativo e a separação de poderes conforme idealizados pelo autor são elementos conjuntos à lógica do Estado Democrático de Direito.

Além disso, define-se o controle da Administração como a possibilidade de fiscalização, verificação, revisão – exercida pela própria Administração, por outras autoridades ou por qualquer cidadão – para corrigir efetivamente as ações de gestão de um poder, instituições ou órgão, cujo escopo é garantir que a atuação atenda as expectativas dos modelos desejados e planejados, gerando assim uma aferição sistemática (Guerra, 2003). De acordo com o artigo 37 da Constituição, todas as atividades da Administração Pública, sejam elas discricionárias ou vinculadas, estão sujeitas à lei e ao interesse público, tendo em vista que o agir das autoridades administrativas deve ser útil e eficiente. Logo, o controle deve existir para satisfazer o interesse público, que é objetivo principal da Administração. (Gaparini, 1995).

A gestão eficaz, participativa e democrática é requisito inerente ao Estado de Direito, em que Dromi (2005, p. 44) destaca que:

El control público no estatal procura, desde diversos ángulos, instaurar o reforzar la vigencia del Estado de Derecho, desde dentro del sistema, y acogiendo a sus reglas. Su finalidad es política desde una perspectiva mediata en la medida que pretende la mejora en la calidad de vida de la sociedad política, pero no porque sea su objeto primario el gobierno del Estado.⁴

A Constituição legitimou, de diferentes maneiras, e perante aos três Poderes, o controle social como ferramenta indispensável e impulsionadora para as ações dos Poderes (Borges, 1993). Desta forma, o controle social é compreendido como um conjunto de intervenções iniciadas pela sociedade ou grupos sociais, sejam negativos ou positivos, destinados a induzir os próprios membros a cumprirem as normas que a caracterizam, assim como previnem e desestimulam comportamentos que violem as normas. Assim, é um modelo de controle que restringe o agir individual na sociedade, sendo que cada grupo social e sociedade adotam os seus mecanismos de controle para melhor atender e garantir o consenso de convivência harmônica. (Mileski, 2003).

Outrossim, este tipo de controle pertence ao povo, o qual exerce-o sobre a Administração, tendo em vista que a transparência e a participação popular na gestão fiscal são formadas com base no *accountability* – prestação de contas –, e têm a responsabilidade de servir para realização do controle de resultados e para adequação dos meios, cumprindo a política fiscal (Mileski, 2003). No contexto do Estado Democrático de Direito, é impossível negar a importância do controle social (*accountability* vertical), como meio de controle sobre a Administração Pública, exercido pelos cidadãos de forma direta e individual, ou mediante os partidos políticos, sindicatos e associações. (Diniz, 2015).

Salienta-se que desde a inauguração da nova matriz Constitucional em 1988, o Estado passou a contar fortemente com a sociedade como

4 Tradução livre: O controle público não estatal procura, de diferentes ângulos, estabelecer ou reforçar a validade do Estado de Direito, de dentro do sistema, e fixar as suas regras. Sua finalidade é política, numa perspectiva de médio prazo, na medida em que visa melhorar a qualidade de vida da sociedade política, mas não porque seu objetivo principal é o governo do Estado.

cogestora dos interesses públicos, pois a própria ordem constitucional passou a impor a participação na gestão desse – premissa da *res publica*. Portanto, para que esta participação seja efetiva – cidadania ativa – os atos da Administração devem ser publicizados, sendo que para tanto, o Estado tem a responsabilidade de garantir e estabelecer padrões mínimos de inclusão e informação que permitam à cidadania ativa formular, monitorar e acompanhar os programas governamentais nas políticas públicas. (Fraga; Nunes, 2015).

Neste contexto, o controle da Administração Pública engloba um conjunto de mecanismos, processos e instituições destinados à supervisão e ao exercício regular do poder estatal, à gestão de recursos públicos e à tomada de decisões governamentais. No âmbito das democracias, este controle desempenha um papel de extrema relevância, como salvaguarda dos princípios democráticos, promovendo a transparência, a responsabilidade, a legalidade, a eficiência nas ações do Estado e a participação cidadã, visto que em uma democracia saudável, o governo não é apenas eleito pelo voto popular, mas também está sujeito a um escrutínio constante, seja por meio de órgãos de controle, como os Tribunais de Contas, seja por meio da participação ativa dos cidadãos.

Além disso, está intrinsecamente ligado ao *accountability*, ou seja, à responsabilidade dos agentes públicos perante a sociedade e suas instituições representativas. Em uma democracia robusta, os cidadãos e seus representantes têm o direito e a necessidade de fiscalizar as ações do governo e seus órgãos, sendo essencial para garantir que o poder seja exercido de acordo com a vontade popular e em benefício da coletividade. De tal modo, o controle da Administração propicia o fortalecimento do controle social, o qual é um dos alicerces da democracia moderna, uma vez que impulsiona os cidadãos a participar ativamente do processo de tomada de decisões e a contribuir para a formulação e avaliação de políticas públicas. O acesso à informação governamental, por exemplo, possibilita que a sociedade civil exerça um papel de contrapeso ao poder estatal, monitorando a atuação, denunciando abusos e propondo melhorias.

Nesse contexto, os Tribunais de Contas desempenham um papel essencial como instituições incumbidas de verificar a legalidade e a regularidade dos atos da Administração Pública, eis que são encarregados de avaliar a gestão de recursos públicos, fiscalizar o cumprimento de leis e

regulamentos, e emitir pareceres e recomendações que visam aprimorar a eficiência e a eficácia das políticas públicas, a gestão e governança pública. Assim, é possível estabelecer uma relação entre o controle estatal e o controle social – essenciais para a consolidação da democracia –, diante de que os órgãos de controle fornecem a expertise técnica e a autoridade legal para avaliar a Administração, enquanto o controle social traz a perspectiva da diversidade de interesses que são fundamentais para a responsabilização e a representatividade.

Quando estes funcionam de maneira eficiente e complementar, eles são conservadores para a prevenção e a detecção de abusos de poder, a corrupção e a má gestão dos recursos públicos, bem como fortalecem a confiança dos cidadãos nas instituições governamentais, promovendo uma relação mais saudável e construtiva entre Estado e sociedade. Em síntese, o controle da Administração Pública é um pilar central na manutenção da democracia e no empoderamento do cidadão. A sua eficácia contribui para a construção de um Estado mais transparente, responsivo e eficiente, assim como para a promoção do envolvimento ativo dos cidadãos na vida política e na defesa de seus direitos.

Em um contexto democrático, a sinergia entre a responsabilização, os mecanismos de controle e a participação cidadã constituem um elemento essencial para a construção de uma sociedade mais justa e participativa. Nesse sentido, passar-se-á para a análise do controle externo da Administração Pública com enfoque nos Tribunais de Contas.

3 O CONTROLE EXTERNO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O controle externo da Administração Pública, exercido pelos Tribunais de Contas, configura-se como um componente crucial no complexo sistema de freios e contrapesos de uma democracia moderna, sendo uma manifestação emblemática da fiscalização estatal incumbida de salvaguardar os princípios democráticos, a legalidade e a transparência na gestão dos recursos públicos. Trata-se de um mecanismo institucionalizado que desempenha a função de fiscalização e avaliação das atividades governamentais, com ênfase na gestão de recursos públicos e na conformidade com as normas legais e constitucionais.

Este papel desempenhado pelos Tribunais de Contas assume um caráter multifacetado e abrange tanto aspectos de natureza financeira e orçamentária quanto considerações relacionadas à legalidade, eficiência e eficácia das políticas públicas e otimização do uso dos recursos públicos. Fernandes (2016), ressalta que quanto ao sistema de controle externo, destaca-se que é um conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional que apresenta atividades, procedimentos e recursos próprios que não estão integrados à estrutura controlada e são projetados para monitorar, fiscalizar, verificar e corrigir os atos.

Dessa maneira, conforme previsto no artigo 70 da Constituição, o controle externo será exercido pelo Poder Legislativo, o qual realizará a fiscalização contábil, orçamentária e financeira. Contudo, sua implementação deve ser realizada por um órgão – o Tribunal de Contas – que possui independência de atuação e autonomia plena sobre os três Poderes da República, exercendo a fiscalização com competências próprias, indelegáveis e exclusivas, nos termos do artigo 71. (Costa, 2006).

A Constituição faz previsão dos Tribunais de Contas no Título IV – Organização dos Poderes –, no Capítulo I – Do Poder Legislativo –, regulado na Seção IX, o qual aborda a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, conforme previsto entre os artigos 70 a 75, da Constituição. Também são previstas algumas competências no artigo 33, parágrafo 2º e o artigo 161, parágrafo único da Constituição, para estes Tribunais.

Sodré (2006) ressalta que o Tribunal de Contas é considerado um órgão independente e autônomo, não pertencente a nenhum dos Poderes da República, que exerce magistratura *sui generis* em razão de ser uma instituição responsável como auxiliar do Poder Legislativo no controle externo. Pardini (1997) destaca, ainda, que as competências das Cortes de Contas podem ser elencadas e divididas em quatro categorias: 1) opinativa e informativa: tendo em conta a emissão do parecer prévio sobre as contas do chefe do Executivo e as respostas às consultas formuladas ao Tribunal; 2) fiscalizadora: presente nas auditorias e inspeções; 3) corretiva: por meio da fixação de prazo para a correção de irregularidades; e 4) jurisdicional especial: quando ocorre o julgamento das contas do chefe do Executivo, conforme o inciso II, do artigo 71, da Constituição.

No Brasil o modelo de Tribunal de Contas desenvolvido e implementado é único no mundo, eis que não corresponde ao modelo tradi-

cional, ao assumir as funções de fiscalização típicas das controladorias e também ao adotar o papel de ouvidoria e de órgão consultivo. Ainda, evidencia-se que mediante uma mistura de processos e formas de tomada de decisão, como a do Judiciário e do Legislativo, sua estrutura organizacional e o processo de tomada de decisão são expandidos. (Ribeiro, 2002).

A partir da Constituição de 1988 a natureza dos órgãos de contas passou por grandes modificações nas suas atribuições e consolidou sua posição na organização dos Poderes, sendo que, além disso, o rol de fiscalizados foi expandido e suas responsabilidades foram definidas de melhor forma. (Speck, 2000). Cabe observar que o órgão de contas não se subordina ao Poder Legislativo, embora seja considerado um órgão público especializado em auxiliar e orientar o controle externo das despesas públicas, de acordo com o *caput* do artigo 71 da Constituição (Justen Filho, 2016).

Portanto, estes Tribunais são investidos de autoridade e autonomia, bem como de prerrogativas legais, para executar sua missão de controle externo, sendo que para tanto suas atividades envolvem a auditoria de contas públicas, a análise da gestão financeira e patrimonial, a avaliação da legalidade dos atos administrativos, a avaliação de políticas públicas e a emissão de recomendações e determinações. Essas funções são essenciais para detecção de irregularidades, prevenção da corrupção e promoção da governança e ética na gestão pública.

Importante reiterar que dois elementos fundamentais, no exercício do controle externo pelas Cortes de Contas, são independência e autonomia institucional, eis que estes são consagrados pela Constituição Federal e visam garantir que as ações de fiscalização e auditoria sejam conduzidas de maneira imparcial e livre de influências políticas. Ademais, o controle externo, no âmbito dos Tribunais de Contas, materializa-se por meio de uma série de atribuições e competências constitucionalmente definidas, em que essas incluem a análise da conformidade dos atos administrativos com a legislação vigente, a avaliação das políticas públicas, a fiscalização financeira e orçamentária, a auditoria das contas públicas e a emissão de pareceres sobre a gestão dos recursos públicos. Com isso, tais prerrogativas conferem aos órgãos de contas um papel de destaque na garantia da legalidade e da eficiência na Administração Pública.

Logo, nota-se que o controle externo da Administração Pública, desempenhado pelos órgãos de contas, constitui uma peça-chave no ar-

cabouço de *accountability* e governança democrática. Sua atuação independente, objetiva e transparente é essencial para a efetivação dos princípios democráticos e para a garantia de uma gestão pública responsável e eficiente, contribuindo para a promoção do bem-estar da sociedade.

Além disso, importa referir que a análise da atuação dos Tribunais de Contas, sua independência, efetividade e capacidade de resposta aos desafios contemporâneos de governança, constitui um campo científico útil e relevante, que permite a compreensão aprofundada do papel dessas instituições no aprimoramento do regime democrática e da gestão pública. Outrossim, outro aspecto relevante é a capacidade dos Tribunais de Contas de engajar a sociedade civil por meio da promoção de canais de participação e do acesso à informação – como, por exemplo, no caso da implementação de canais de ouvidoria junto às Cortes.

Portanto, a abertura das atividades e a utilização de mecanismos, com linguagem não rebuscada, dos Tribunais para a sociedade aumenta a responsabilização, permitindo que os cidadãos exerçam um controle social eficaz sobre as ações governamentais. De tal modo, passar-se-á para a abordagem referente ao dever de prestar contas e para o estudo do sistema de ouvidoria criado e disponibilizado pelos Tribunais de Contas – com enfoque no Rio Grande do Sul – como mecanismos auxiliares do controle social.

4 O DEVER DE PRESTAR CONTAS E O SISTEMA DE OUVIDORIA DISPONIBILIZADO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS COMO MECANISMOS AUXILIARES DO CONTROLE SOCIAL

A instituição dos Tribunais de Contas, em sua conformação e atribuições, é uma manifestação explícita do princípio democrático da *accountability*, ou seja, a responsabilidade dos agentes públicos perante a sociedade e suas representações políticas. O dever de prestação de contas, neste contexto, se materializa por meio do controle das ações governamentais, garantindo que os recursos públicos sejam aplicados de forma correta e que a Administração Pública esteja alinhada com os interesses coletivos e as normas aplicáveis, sendo que isso é essencial para garantir que o poder estatal seja exercido com transparência, legalidade e eficácia.

No contexto do controle externo da gestão pública, o dever de prestar contas emerge como um imperativo legal e constitucional que im-

põe aos gestores públicos a obrigação de apresentar, de forma completa e transparente, informações relativas ao emprego dos recursos públicos, tomada de decisões e ao cumprimento das políticas públicas. Este dever, enraizado na legislação e na proteção, desempenha um papel crucial na promoção da responsabilização, na prevenção de irregularidades e no fortalecimento da transparência na Administração Pública.

Salienta-se que a previsão legal do dever de prestar contas – *accountability* –, está estabelecida em diversos dispositivos legais, estando previstos na Constituição, sendo que vários de seus artigos tratam deste dever, bem como da transparência e controle social. Assim, por exemplo, observa-se o artigo 70 que determina a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, e o artigo 74 aborda a obrigatoriedade de prestação de contas do Poder Executivo ao Congresso Nacional.

Outro exemplo de legislação, que trata sobre a temática, é a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/2000 –, a qual estabelece normas para a gestão fiscal responsável por parte dos entes federativos – União, estados-membros, municípios e Distrito Federal –. A norma também contém dispositivos que reforçam o dever de prestar contas, como a obrigatoriedade de divulgação de informações fiscais e financeiras, a realização de audiências públicas para apresentação dos relatórios de gestão fiscal, entre outros.

Neste contexto, indo ao encontro das previsões legais supramencionadas, evidencia-se a Lei de Acesso à Informação – conhecida como LAI, a Lei 12.527/2011 – que prevê o direito do cidadão de acesso às informações públicas e reforça a transparência e a responsabilização da Administração Pública. Ela prevê procedimentos para a solicitação e disponibilização de informações, garantindo o acesso a dados governamentais.

De tal maneira, a LAI é compreendida como um mecanismo importante, no ordenamento jurídico brasileiro, para o exercício do controle social, sendo que ele viabiliza aos cidadãos o direito de acesso amplo a qualquer documento ou informação, produzidas ou estejam sob domínio do Estado, que não tenham caráter pessoal e não estejam protegidos por sigilo (Machado; Oliveira, 2022). Heinen (2014) salienta, acerca da LAI, que essa pode ser considerada mais um pilar na construção do espaço de consenso, dando vazão a um constitucionalismo emancipatório.

Assim, nota-se que estas duas normas mencionam um conceito adicional a transparência, bem como, a LAI e a LRF preveem obrigações para a Administração Pública, bem como a LAI ampliou de maneira considerável as formas de controle social quando fixou procedimentos para a garantia do acesso dos cidadãos às informações. Ainda, importante reiterar que os artigos 5º, incisos XIV e XXXIII, e 37 da Constituição de 1988 preveem o direito à informação, contudo, merece ressaltar que o artigo 37 utiliza o termo “publicidade”, já o artigo 5º emprega a terminologia “direito à informação”.

Além disso, de acordo com o *caput*, do artigo 37, sob a perspectiva dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e conforme a imposição de princípios constitucionais da transparência dos atos da Administração Pública, cabe aos entes federativos o fornecimento e disponibilização de informações solicitadas de maneira célere, objetiva e clara, com linguagem de fácil acesso e compreensão, concretizando a informação transparente, nos termos do artigo 5º da lei nº 12.527/2011. Outrossim, os procedimentos publicizatórios devem ser efetivados com base nos princípios e nas diretrizes previstas no artigo 3º da lei nº 12.527/2011⁵, tendo em vista a efetivação do direito fundamental de acesso à informação. (Fraga; Nunes, 2015; Machado; Oliveira, 2022).

Um mecanismo complementar, igualmente relevante, que desempenha um papel significativo no controle, no acompanhamento da detecção de falhas, na promoção da responsabilização e na ampliação do acesso à informação é a disponibilização de sistemas de ouvidorias por parte dos Tribunais de Contas, as quais são instâncias de participação e comunicação direta, entre o cidadão e o órgão de controle, para apresentação de denúncias, reclamações, sugestões e comunicações de informação relacionada à Administração Pública, visando, com isso, que seja evitado que a atividade estatal cause prejuízos ao interesse público. Desse modo, evidencia-se que os Tribunais de Contas, por sua vez, devem garantir a eficácia desses canais de comunicação, garantindo que as mani-

5 Art. 3º: [...]. I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública. (BRASIL, 2011).

feições sejam devidamente recebidas, analisadas e encaminhadas para as áreas competentes para adoção de medidas.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (2023) reitera que a Ouvidoria é um canal de diálogo entre o cidadão e o Poder Público, ou seja, um meio de exercício dos direitos de cidadania e de controle social, além de ser uma importante ferramenta de gestão, pois as informações prestadas pela população muitas vezes auxiliam os gestores públicos para identificar problemas e deficiências nos serviços públicos, viabilizar correções e melhorias e contribuir para desenvolvimento, implementação e avaliação de políticas públicas. Desta forma, a Ouvidoria passa a ser mais um canal de comunicação do órgão de contas, disponibilizado aos cidadãos, fiscalizados e demais interessados para comunicação de denúncias, irregularidades, fraudes, críticas, sugestões, informações sobre atos de agentes públicos, ou sobre serviços prestados na esfera estadual ou municipal.

A Ouvidoria tem como aliada a comunicação e trata das questões relacionadas à jurisdição do Tribunal de Contas, abrangendo, principalmente, o uso corre dos bens, valores e recursos públicos, além de observar a conformidade com a legalidade nos procedimentos licitatórios, concursos públicos e demais atividades desenvolvidas na esfera da gestão da Administração estadual e municipal. Ademais, a ferramenta atua como mediadora e facilitadora entre o cidadão e os entes públicos, buscando promover relações equilibradas e transparentes, baseadas no respeito e na ética. (Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, 2023).

No do Rio Grande do Sul, a Corte de Contas implementou novos mecanismos e ações para o sistema de fiscalização, para tanto adotou alguns procedimentos modernos para seu melhor desenvolvimento, de modo que o TCE-RS também instituiu Ouvidoria do TCE-RS como um canal para o controle social e como forma de incentivo ao exercício do controle social. Esta estrutura está prevista nos artigos 7º, inciso I, 8º e 23 do Regimento Interno do TCE/RS (RITCE), com apoio técnico e operacional da Assessoria da Ouvidoria (ADO) – um órgão que recebe as manifestações da sociedade e que também serve como canal de comunicação entre a sociedade e o órgão de contas, conforme artigo 21 do RITCE. (Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, 2023).

Evidencia-se, também que a Ouvidoria do TCE-RS baseia-se nas disposições da Constituição – especialmente o artigo 37, parágrafo 3º, incisos I

e II – e nas leis infraconstitucionais – Lei Federal nº 12.527/2011 (LAI) que aborda o acesso à informação pública; Lei Federal nº 13.460/2017 que trata sobre a participação, a proteção e a defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos; e Lei Estadual nº 11.424/2000 que disciplina a Lei Orgânica do TCE-RS. Ainda, é importante notar que as competências, organização e funcionamento da Ouvidoria também estão regulamentadas na Resolução nº 1.028/2015, em âmbito interno, a qual aprova o RITCE; na Resolução nº 936/2012, que dispõe sobre as diretrizes a serem observadas na estruturação e funcionamento do sistema de controle interno dos entes locais; e na Resolução nº 1.109/2019. (Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, 2022).

O TCE-RS apresenta relatórios trimestrais com dados sobre as principais atividades desenvolvidas na Ouvidoria, conforme previsto no artigo 6º da Resolução nº 1.109/2019, com base nas informações obtidas nos sistemas do órgão de contas gaúcho, incluindo os dados estatísticos, quantitativos e qualitativos, das manifestações recebidas no período. Registra-se que o sistema de Ouvidoria está disponível no sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul <<https://portal-novo.tce.rs.gov.br/fiscalizado/>>, na aba “Ouvidoria”, no item “denúncias, reclamações, sugestões e elogios”.

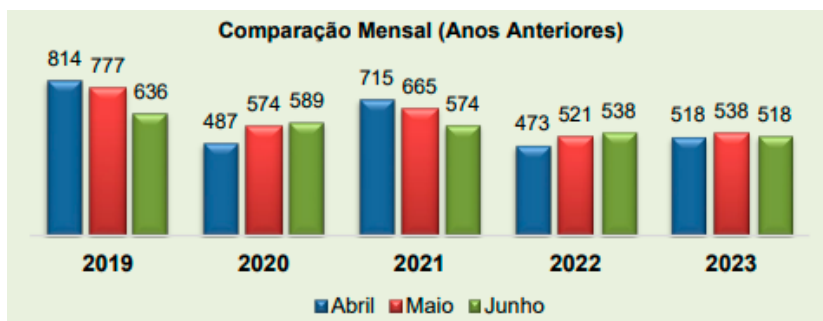
Desta maneira, analisando os dados contidos no relatório da Ouvidoria do TCE-RS, referentes ao segundo trimestre de 2023 – abril a junho – foram registradas 1.574⁶ manifestações, sendo: 518 em abril; 538 em maio; e 518 em junho. As manifestações envolviam 412 Poderes, entes e órgãos fiscalizados, sediados em 320 municípios gaúchos, sendo que, comparativamente de 2019 a 2023, ocorreu uma redução na quantidade neste ano, conforme verifica-se na tabela comparativa referente ao segundo trimestre dos anos de 2019 a 2023:

Período - 2º Trim.	2019	2020	2021	2022	2023
Quantitativo	2.227	1.650	1.954	1.532	1.574
Relação %	100,00%	74,09%	87,74%	68,79%	70,68%

Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (2023).

6 O TCE-RS indica que o relatório extraído da plataforma de análise de dados QlikSense, em 03-07-2023, evidenciou o registro de 1.580 manifestações no período. Desse total, foram excluídos 6 documentos, registrados como “Não E-DOC”, visto que referentes a manifestações protocoladas em duplicidade.

Quando comparados mês a mês, destaca-se o seguinte gráfico:

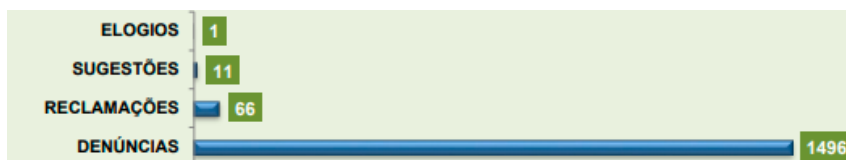


Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (2023).

A Corte gaúcha ressalta que a redução do número de manifestações pode decorrer, dentre outros fatores, em razão da realização de exames prévios e concomitantes de matérias de sua competência, como exemplo das previstas na Resolução nº 1.051/2015, com redação dada pela Resolução nº 1.117/2019. A referida normativa estabelece que os responsáveis pelos órgãos ou entidades da Administração Pública, direta e indireta, do Estado e dos Municípios têm o dever de remeter ao Tribunal de Contas os dados necessários para o exame da regularidade dos concursos públicos e processos seletivos públicos. (Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, 2022).

Quanto a situação das manifestações, nota-se que das 1.574 apresentadas, no período de análise, 1.297 – o equivalente a 82,40% – foram verificadas e concluídas até 30/06/2023, com o envio de resposta aos manifestantes, quando identificados. Já as 277 – representando 17,60% – que encontram-se pendentes podem ser referentes à recebidas nos últimos dias do trimestre de exame. Portanto, essas podem ser referentes as que ainda não foram tratadas quando da coleta dos dados ou às remetidas para as Unidades Centrais de Controle Interno dos Municípios e/ou para Órgãos de Auditoria do TCE/RS e não respondidas até o encerramento do trimestre – por demandarem a realização de diligências e/ou a adoção de procedimentos de auditoria/fiscalização, requerendo maior tempo para a sua apuração.

Com relação aos tipos de manifestações recebidas pela Ouvidoria, podem ser classificadas como elogios, sugestões, reclamações e denúncias, conforme artigo 10, inciso III, da Resolução nº 1.109/2019, e podem estar conectadas às atividades desempenhadas pela própria Corte ou de qualquer dos entes fiscalizados. De tal modo, merece destaque às denúncias, que, conforme tendência analisada em períodos anteriores, representam 95% do total de manifestações, assim verifica-se no gráfico a seguir:



Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (2023).

Já quando evidenciada a classificação em razão dos assuntos que são objetos das 1.574, os dados obtidos indicam muita similaridade àqueles observados em períodos precedentes, organizados na seguinte tabela:

Tipo de Assunto	Nº de Manifestações
Pessoal	453
Descumprimento de Lei	304
Licitações e Contratos	199
Concurso Público/Contratação de Pessoal	170
Diversos	101
Despesas Indevidas/Desperdício de Recursos	79
Controle Patrimonial	68
Dispensa/Inexigibilidade de Licitação	56
Lei de Acesso à Informação/Ouvidorias	48
Auxílios/Convênios	29
Educação	23
Administração Tributária	19
Ordem Cronológica de Pagamentos	9
Consultas/Dúvidas	8
Fiscalização Municipal	8
Total	1.574

Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (2023).

Neste contexto, nota-se que as matérias que se destacam, em quantidade de manifestações, são relativas a pessoal, cumprimento de lei, licitações e contratos e concursos públicos/contratação de pessoal, representando, da mesma maneira que em períodos precedentes, por cerca de 71% das matérias tratadas no decorrer do segundo trimestre de 2023. Assim, o relatório expõe que foram apresentadas 1.574 manifestações à Ouvidoria do TCE-RS no segundo trimestre de 202, representando uma média mensal de 524 registros, demonstrando a participação ativa da sociedade gaúcha no controle da Administração Pública, a qual tende, consequentemente, a auxiliar na melhoria do atendimento aos cidadãos e na consolidação do sistema como mecanismo efetivo do controle social, visando constantemente o aperfeiçoamento dos processos de trabalho.

Logo, é importante mencionar que a existência de sistemas de ouvidoria nos Tribunais de Contas reflete o compromisso dessas instituições com a transparência e a prestação de contas, uma vez que facilitam o acesso à informação e promovem a responsabilidade na Administração. Por conseguinte, a sociedade passa a desempenhar um papel ativo na construção de um ambiente mais ético e eficiente na gestão dos recursos públicos.

Com relação a Ouvidoria do TCE-RS, este mecanismo possui diversos benefícios no contexto do controle externo, visto que, em primeiro lugar, ele proporcionou aos cidadãos um meio eficaz de participação na fiscalização da gestão pública, fortalecendo a democracia e a transparência. Além disso, ao possibilitar o registro de denúncias e reclamações, a Ouvidoria tende a melhorar a identificação de possíveis irregularidades, favorecendo a atuação preventiva da Corte de Contas.

Desse modo, em síntese, o dever de prestar contas e os sistemas de ouvidorias disponibilizados pelos Tribunais de Contas são mecanismos complementares, interdependentes e sinérgicos que corroboram para a eficiência do controle externo da Administração Pública. Enquanto o dever de prestar contas constitui um alicerce jurídico e constitucional, às ouvidorias atuam como auxiliares da *accountability* e da participação cidadã, ampliando o escopo de atuação dos Tribunais de Contas na promoção da gestão pública responsável e transparente.

5 CONCLUSÃO

Importante analisar que centrou-se, ao longo do estudo, o exame da estrutura e o funcionamento das ouvidorias nos Tribunais de Contas, avaliando como essas instituições afetam à transparência e o controle social. Além disso, investigou-se a maneira como o dever de prestar contas é percebido e cumprido pelos órgãos públicos, buscando, assim, identificar as possíveis contribuições para a compreensão do papel que esses mecanismos desempenham na consolidação da democracia e na promoção de uma gestão pública mais responsável e eficiente no Brasil.

Assim, a pesquisa desenvolveu-se a partir de três objetivos específicos, sendo que: no primeiro foi analisado o controle da Administração pública para o fortalecimento da democracia e do controle social, sendo observado que o controle da Administração Pública é um pilar central na manutenção da democracia e no empoderamento do cidadão. A sua eficácia contribui para a construção de um Estado mais transparente, responsável e eficiente, promovendo o envolvimento ativo dos cidadãos na vida política e na defesa de seus direitos. Ademais, percebeu-se que, em um contexto democrático, a sinergia entre a responsabilização, os mecanismos de controle e a participação cidadã constituem um elemento essencial para a construção de uma sociedade mais justa e participativa.

No segundo objetivo, estudou-se o controle externo no âmbito dos Tribunais de Contas, salientando-se que o controle externo da Administração Pública, desempenhado pelos órgãos de contas, constitui uma peça-chave no arcabouço de *accountability* e governança democrática. Sua atuação independente, objetiva e transparente é essencial para a efetivação dos princípios democráticos e para a garantia de uma gestão pública responsável e eficiente, contribuindo para a promoção do bem-estar da sociedade. Além disso, importa referir que a análise da atuação dos Tribunais de Contas, sua independência, efetividade e capacidade de resposta aos desafios contemporâneos de governança, constitui um campo científico útil e relevante, que permite a compreensão aprofundada do papel dessas instituições no aprimoramento do regime democrática e da gestão pública.

Por fim, no terceiro objetivo, examinou-se o dever de prestar contas e os impactos do sistema de Ouvidoria no TCE-RS como ferramentas impulsionadoras do controle social e fortalecedoras da democracia. De tal modo, verificou-se que o dever de prestar contas emerge como

um dos princípios basilares que norteiam o funcionamento dos Tribunais de Contas e como um dos pilares da gestão pública responsável.

Este princípio, essencial na promoção da responsabilidade e da transparência, não apenas impõe uma obrigação legal aos órgãos governamentais de relacionarem suas ações e decisões, mas também estabelece um compromisso com a sociedade, cujo direito à informação e à fiscalização é inalienável. Assim, a ênfase na transparência e na responsabilidade é essencial para que os cidadãos tenham acesso a dados confiáveis sobre a gestão e para que possam exercer um controle social efetivo.

Compreende-se que os Tribunais de Contas, ao exercerem seu papel de auditores e fiscalizadores, são capazes de identificar irregularidades, abusos e ineficiências na gestão dos recursos públicos, ou indicar ações corretivas e preventivas, em prol do interesse público. Além disso, o envio de relatórios técnicos e pareceres fornece ao cidadão uma fonte objetiva de informação para avaliar o desempenho da Administração Pública.

Contudo, o impacto mais significativo na fortificação da democracia e no controle social reside na ênfase dada às ouvidorias, que representa um dos principais canais de comunicação direta entre a sociedade e os Tribunais de Contas. As ouvidorias são mecanismos eficazes para a coleta de denúncias, reclamações e sugestões por parte dos cidadãos, ao mesmo tempo em que promovem a interatividade, a participação ativa e a responsabilidade por parte das instituições fiscalizadoras.

Esta interação direta e o acesso facilitado às informações promovem a responsabilização social, empoderando os cidadãos, fortalecendo a confiança nas instituições estatais e, conseqüentemente, democratiza o controle externo da Administração Pública. Dessa maneira, verifica-se que o sistema de Ouvidoria criado e implementado pela Corte de Contas gaúcha tende a trazer contribuições como uma ferramenta auxiliar para o controle social, isto é, cooperando para o melhor atendimento dos cidadãos, de modo constante, e aperfeiçoando os processos de trabalho.

No entanto, merece destacar que, não obstante os avanços alcançados, embora os Tribunais de Contas brasileiros tenham desempenhado um papel notável nas contribuições de um sistema de controle e fiscalização da Administração Pública mais democrático e eficiente, há desafios a serem enfrentados. Portanto, é imperativo considerar que os Tribunais de Contas brasileiros desempenham um papel significativo na construção

de um ambiente político e administrativo marcado pela responsabilidade, transparência e participação. Eles são, na última análise, guardiões dos valores democráticos e defensores do bem público.

Em um cenário em que a responsabilização e o controle social são pedras angulares do Estado de Direito, os Tribunais de Contas desempenham um papel insubstituível na promoção do interesse público e no fortalecimento contínuo da democracia brasileira. Assim, a necessidade de aprimorar a eficiência e a eficácia dos mecanismos de controle, a expansão do alcance das ouvidorias e a busca constante por maior transparência e responsabilidade devem permanecer na vanguarda da agenda institucional.

Por conseguinte, com base nestas premissas, os órgãos de contas devem buscar a garantia de que sua atuação esteja em consonância com as demandas crescentes de uma sociedade em constante evolução, em vista de uma democracia mais robusta e de uma governança pública de excelência. Nesse contexto, as perspectivas futuras apontam para a importância de um aprimoramento contínuo das práticas de controle e para o fortalecimento da cooperação interinstitucional, a fim de promover a transparência, a eficiência e a eficácia na Administração brasileira, garantindo o bem-estar da sociedade e a consolidação dos princípios democráticos.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

BORGES, Alice Gonzales. O controle jurisdicional da administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 192., p. 49-60, abr/jun., 1993.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 05 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 17 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 17 set. 2023.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. **Estado de Direito e Controle Estratégico de Contas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

DROMI, Roberto. **Modernización del control público**. Buenos Aires: ABRN Producciones Gráficas, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FRAGA, Juliana Machado; NUNES, Luiz Felipe. A fiscalização e o controle dos atos da administração pública nas licitações municipais: uma breve introdução aos estudos de caso. In: HERMANY, R.; ETGES, F. M.; NUNES, L. F.; JURUENA, C. G.; GIACCOBO, G. E. (Org.). **Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública**. 2. v. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2015, p. 15-31.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Beloso. **Cidadania, Democracia e Participação Política: os desafios do século XXI**. 1, ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externos e internos da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação**. Lei 12.527/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MACHADO, Betieli da Rosa Sauzem; OLIVEIRA, Chaiene Meira de. O fortalecimento da democracia e o controle da Administração Pública: contribuições dos Tribunais de Contas. In: CENCI, Daniel Rubens; NIELSSON, Joice Graciele; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi (Org.). **Direitos humanos e democracia: a crise democrática e seus desafios**. v. 2. Ijuí: Ed. Unijuí, 2022.

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PARDINI, Frederico. **Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997. (Tese de doutoramento em Direito).

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. O problema central do controle na administração pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 33, n. 93, p. 55-73, jul./set. 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **Ouvidoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul [s/a]**. Disponível em: <https://tcers.tc.br/ouvidoria/>. Acesso em: 20 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **Ouvidoria: Relatório de Gestão, Atividade e Estatísticas – 2º Trimestre de 2023**. Disponível em: <https://>

tcers.tc.br/repo/ouvidoria/relatorio_atividades_2trim_2023.pdf. Acesso em: 20 set. 2023.

SARTORI, Giovanni. **¿Qué es la democracia?** Madrid: Taurus, 2003.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

VIANA, Ismar. **Fundamentos do processo de controle externo**. Uma interpretação sistematizada do texto constitucional aplicada à processualização das competências dos tribunais de contas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

INFRALEGALISMO AUTORITARIO E O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

SÉRGIO DA SILVA PEREIRA^{1*}

1 INTRODUÇÃO

Em um momento extremamente grave vivido pelo mundo, novamente o ovo da serpente está eclodindo governos populistas com um claro viés autoritário. O que era visto como página virada para muitos estudiosos tornou-se uma evidente preocupação com o a preservação do constitucionalismo democrático. Nessa linha, motivada pela observação das eleições no Brasil, constatou-se o fenômeno da implantação de medidas autoritárias visando a implementação do projeto de enfraquecimento dos mecanismos de *accountability*, revestido com um toque de legalidade e legitimidade. No âmbito da doutrina nacional o fenômeno ganhou a “alcunha” de legalismo autoritário ou constitucionalismo abusivo.

Com a evolução dessa prática, surge uma primeira indagação, que seria definir o papel do Poder Judiciário como fiel da balança, sendo ele um anteparo as medidas autoritárias, que aparentemente tem um perfume de legitimidade, mas atenta ao campo da democracia. A segunda indagação é se cabe ao Poder Judiciário fazer a intervenção sobre o mérito no que tange ao exercício abusivo/autoritário de competências discricionárias nitidamente ligadas ao Chefe do Poder Executivo.

1 * Graduado em Direito pela Anhanguera Educacional. Pós-Graduado em Ciências Criminais, Direito Penal e Processo Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pós-Graduando em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Fundação Escola Superior do Ministério do Rio Grande do Sul. E-mail: sergio.sil.pereira@gmail.com.

O artigo tem como objetivo responder a estes questionamentos, com foco na exposição de posicionamentos contra e a favor ao controle jurisdicional do legalismo autocrático na Administração Pública.

Para tanto, na etapa inicial, procura-se fazer uma reflexão sobre o legalismo autoritário, na segunda etapa será examinado um exemplo de legalismo autoritário de abrangência nacional e o posicionamento da Suprema Corte Brasileira sobre sua contenção. E na etapa final, o artigo procura analisar os posicionamentos na literatura jurídica tanto nacional como internacional sobre o tema.

2 AUTORITARISMO E LEGALISMO AUTOCRÁTICO COMO MEIO DE DESESTABILIZAÇÃO DAS DEMOCRACIAS

A realidade do mundo contemporâneo é cada vez mais complexa, o desafio para as democracias na atualidade que tiveram a sua consolidação no Século XX é extremamente hercúleo. Desde a década de 2010, espalharam-se por um número variado de nações ideias de inspiração fascista, que não raro foram canalizadas por expoentes políticos que se autodenominam *outsiders* em ambiente da política tradicional. Esses *outsiders*, ou líderes carismáticos, sejam eles no campo da esquerda ou da direita, ascendem ao poder sem pudor algum ao defender pensamentos antidemocráticos, fazendo com que a população acredite que as instituições políticas tradicionais entraram em colapso e por isso necessitam da instalação de uma política rejuvenescida, cujo objetivo seja a defesa dos interesses da coletividade. Entretanto, a verdadeira intenção é a instalação de um governo com um viés de autoritarismo. É o que pondera Stevem Levitsky e Daniel Ziblatt:

Eles também dão esse passo por outra razão: a democracia é um trabalho árduo. Enquanto negócios familiares e esquadrões de exércitos podem ser governados por ordens, democracias exigem negociações, compromissos e concessões. Reveses são inevitáveis, vitórias são sempre parciais. Iniciativas presidenciais podem morrer no Congresso ou ser bloqueadas por tribunais. Todos os políticos se veem frustrados por essas restrições, mas os democráticos sabem que têm de aceitá-las. Eles são capazes de vencer a torrente constante de críticas. Para os outsiders, porém, sobretudo aqueles com inclinações demagógicas, a política democrática é com frequência considerada insuportavelmente frustrante. Para eles,

freios e contrapesos são vistos como uma camisa de força. Como o presidente Fujimori, que não tinha estômago para a ideia de ter de almoçar com líderes do Senado toda vez que quisesse aprovar uma lei, os aspirantes a autoritários têm pouca paciência com o dia a dia da política da democracia. E, como Fujimori, querem se libertar. (Levitsky; Ziblatt, 2018, p.80)

É interessante salientar que toda vertente autoritária, seja ela de esquerda ou de direita não tem apego ao pluralismo político, tem em suas vísceras a negação ao diálogo aberto, ao debate de ideias, às salutar convivências com o contraditório e a competição pelos processos democráticos. Uma vez que o terreno seja propício para a semente do autoritarismo é mais que natural que lideranças de inspirações fascistas floresçam a partir de tensões sociais e busquem sufocar qualquer tipo de diferença através de ações autoritárias, em especial contra minorias. Como argumenta Karen Stenner e Jonathan Haidt:

inclina a pessoa para diversas atitudes e comportamentos relacionados com a estruturação da sociedade e das interações sociais de maneiras que aumentem a uniformidade e minimizem a diversidade das pessoas, crenças e comportamentos. Isso tende a produzir uma gama característica de posturas funcionalmente relacionadas, todas voltadas para glorificar, encorajar e recompensar a uniformidade e depreciar, suprimir e punir as diferenças. (Stenner; Haidt, 2018, p. 184)

A gênese do afloramento de correntes autoritárias por óbvio não são muito claras, porém a história já ensinava que o discurso populista tem em seu conteúdo uma apelo exaltado nacionalista e xenófobo, que é bem receptivo em tempos de crise econômica, quando um povo está fragilizado, tornando-se vítima do canto da sereia de correntes extremistas, que possuem argumentos para um leque de problemas sociais que afligem a sociedade. Por outro lado, não podemos descartar a polarização política, tendo suas origens em antigos antagonismos no campo das ideologias raciais e religiosas, tonando-se um terreno fértil para o autoritarismo. Luiz Eduardo Altenburg de Assis assevera que:

(...) em praticamente todas as democracias ocidentais a ascensão de lideranças autoritárias se deu pelo voto de protesto de uma

maioria da população indignada com o atual estado de coisas e convencida de que o caminho para o enfrentamento dos problemas que a política tradicional não logrou resolver passava pelo fortalecimento de alguma corrente política alternativa, normalmente mais autoritária. Na maioria dos casos, não houve a ruptura da ordem democrática, mas um movimento de indignação coletiva pautado na polarização de correntes políticas e canalizado pelas vias democráticas em figuras carismáticas que se apresentam como a antítese do *establishment* político. (Assis, 2021)

Assim, legitimados pelos instrumentos da democracia, em especial as urnas, os políticos populistas com seus discursos inflamados e antidemocráticos se colocam numa posição de defensores da democracia e dos interesses e das ânsias da população fragilizada. Resta claro que esta estratégia de tomada de poder não é algo novo adotado pelas instituições, mas no que se refere a América Latina é uma “novidade”, pois sendo a região alvo de métodos violentos de tomada de poder que marcaram o século XX, agora novamente as lideranças autoritárias se valem de suas próprias competências para minar de dentro para fora as instituições. Essa é a avaliação de Kim Lane Scheppele:

Ao invés de operar no mundo do liberalismo, os legalistas autoritários operam no mundo do legalismo. O constitucionalismo liberal e democrático, como uma teoria político-normativa, está comprometido com a proteção dos direitos, com a contenção do poder, com a defesa do Estado de Direito e com os valores liberais da tolerância, pluralismo e igualdade. Em contraste, os reclamos do legalismo são simplesmente formais: o direito atende um padrão positivista de promulgação como uma questão técnica quando segue as regras estabelecidas, sem observar o conteúdo ou o compromisso axiológico dessas regras. Quando a legalidade mina o constitucionalismo, é porque os valores subjacentes às novas leis se sobrepuseram aos valores do constitucionalismo e não o contrário, como o próprio constitucionalismo exige. (Scheppele, 2018, .548-565)

Essa tática tem um único projeto, aquele que cria um processo autofágico e cujo objetivo é sabotar o principal pilar de um sistema democrático, o sistema de freios e contrapesos e a salutar alternância de

poder que zelam pela manutenção do regime. Steven Levitsky e Daniel Ziblatt acrescentam que:

(...) para se entrincheirar no poder, os governos precisam fazer mais – eles também precisam mudar as regras do jogo. Autoritários em busca de consolidar seu poder com frequência reformam a Constituição, o sistema eleitoral e outras instituições de maneiras que prejudiquem ou enfraqueçam a oposição, invertendo o mando de campo e virando a situação de jogo contra os rivais. Essas reformas são muitas vezes levadas a cabo sob pretexto de algum benefício público, mas, na realidade, estão marcando as cartas do baralho em favor dos poderes estabelecidos. E, por envolverem mudanças legais e mesmo constitucionais, permitem que os autocratas consolidem essas vantagens durante anos ou mesmo décadas. (Levitsky, 2018, p.90)

No mesmo diapasão, Kim Lane Scheppelet afirma que :

Ao atacar as bases de uma ordem constitucional usando métodos possibilitados por essa mesma ordem, os novos iliberais até podem ser aplaudidos pelas multidões adúladoras que almejam mudança, mas essas mesmas multidões acharão esses iliberais impossíveis de remover, uma vez que destruíram o sistema constitucional que poderia ter mantido seu controle democrático no longo prazo. (Scheppelet, 2018, p. 548)

No regime democrático a característica principal é a subordinação dos governantes ao *accountability*. Essa expressão tem uma enormidade de significados e pode-se dizer que é um conjunto de mecanismos que, em sua essencialidade, tem o objetivo de criar controle e a prestação de contas por parte dos governantes. Francis Fukuyama diz que:

o *accountability* democrático procura assegurar que o governo haja no interesse de toda a comunidade, ao invés de simplesmente no interesse próprio dos governantes. Isso normalmente é alcançado por meio de procedimentos tais como eleições multipartidárias livres e justas, embora o *accountability* procedimental nem sempre coincida com o *accountability* substancial. (Fukuyama, 2015, p. 12)

Estefânia Brabosa e Ilton Robi Filho (2018, p. 80) explicam que:

a *accountability* (controle e prestação de contas) dos agentes e órgãos estatais deve ser pensada especialmente em uma dupla dimensão: a) responsividade das autoridades em relação à sociedade civil e aos cidadãos, sendo modalidade classificada como *accountability* vertical e b) controle e interação dos órgãos instituídos e especialmente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o qual é designado como *accountability* horizontal. (Barbosa, 2018, p.80)

Por serem extremamente importantes no regime democrático, essas duas dimensões são as primeiras a serem atacadas pelos autocratas legalistas, utilizando-se de uma legalidade aparente. O mecanismo usual dos autocratas legalistas geralmente é o uso das suas competências presentes na Constituição. É o que assevera Luiz Eduardo Altenburg de Assis:

Os autocratas legalistas e adeptos do constitucionalismo abusivo atuam sobre essas duas dimensões. Em razão do papel central que exercem no regime democrático, é usual que os órgãos e entidades que asseguram a *accountability* dos governantes sejam os primeiros alvos de autocratas legalistas operando sob o manto de uma legalidade aparente. Como é usual, também aqui os autocratas legalistas agem no exercício de competências que lhes são asseguradas por lei ou pela Constituição, canalizando estas competências para o aparelhamento ou mesmo da extinção das entidades que integram o sistema de *accountability* horizontal ou, ainda, para limitar a atuação do *accountability* vertical. O objetivo segue sendo a perpetuação e a concentração do poder em detrimento do pluralismo democrático. (Assis, 2021)

Por fim, é importante grifar que a análise a ser feita sobre o legalismo autocrático deve pautar-se sob o prisma do controle jurisprudencial. Conforme alerta Estefania Queiroz Barboza e Ilton Filho:

Nesse contexto, a jurisdição constitucional deve realizar um controle judicial de constitucionalidade forte sobre o devido processo legislativo e acerca dos elementos centrais da democracia constitucional. O Judiciário com a prudência de nova Constituição em contexto de crise política e social preocupam, pois a substituição da Constituição Federal pode instalar o constitucionalismo abusivo estrutural. e o diálogo necessários, porém com a força devida é um dos atores necessários para prevenir e atuar contra o constitucionalismo abusivo. Ainda, as reiteradas propostas de parti-

dos políticos em momentos eleitorais no Brasil de criação de nova Constituição em contexto de crise política e social preocupam, pois a substituição da Constituição Federal pode instalar o constitucionalismo abusivo estrutural. (Barboza, Filho, 2018, p. 94-95)

Assim, diante do foi exposto é notória a necessidade de interpretar de forma inequívoca a intenção subjacente do atos dos governantes de ocasião, de modo a verificar sua licitude no intuito de identificar eventuais planos que visem o enfraquecimento das instituições democráticas.

3 ANÁLISE DO CASO DO ESTATUTO DAS ARMAS: ADI 6.119/DF

O tema sobre o Estatuto do Desarmamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é permeado de casos polêmicos e que afrontam as instituições democráticas, tendo como principal promotor a administração do Poder Executivo Federal, fazendo-se necessária a sua intervenção para conter o ímpeto autoritário dos detentores do poder que, apesar de estarem na efetividade do seus cargos, sendo eleitos democraticamente e exercendo as competências de forma lícita, se demonstram materialmente contrárias aos princípios da mesma democracia pela qual foram eleitos.

O assunto ganhou maior dimensão quando a Supremo Tribunal Federal procedeu à análise das ações do Poder Executivo no intuito de conter o avanço autocrático da administração, na ADI 6.119/DF.

Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade refere-se à edição do Decreto Federal nº 9.785/19, editada pelo Poder Executivo, na pessoa do Presidente da República Jair Messias Bolsonaro e que alterou de forma abrupta o Estatuto do Desarmamento, numa nítida inconstitucionalidade formal.

O referido Estatuto, consubstanciado na Lei 10.826/2003, é uma política cujo objetivo precípuo é o controle de armas em território nacional, sendo que entrou em vigor em 22 de dezembro de 2003, tendo sido sancionada pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva e tendo como premissa a redução da circulação de armas de fogo bem como estabelecer penas rigorosas para crimes como o porte ilegal e o contrabando.

A maior polêmica no que tange ao Estatuto do Desarmamento foi o caráter de restrição do diploma, onde a regra da Polícia Federal foi proibir de modo geral a posse e principalmente o porte de armas por pessoas comuns, mesmo que o cidadão tivesse preenchido todos os critérios

previstos e impostos pelo então órgão de Estado para a aquisição e/ou porte de uma arma, demonstrando na prática a efetiva necessidade, em consonância com o Art. 4º da Lei 10.826/2003:

Art. 4o

(...) § 2o A aquisição de munição somente poderá ser feita no calibre correspondente à arma registrada e na quantidade estabelecida no regulamento desta Lei.

(...)

Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm.

§ 1o A autorização prevista neste artigo poderá ser concedida com eficácia temporária e territorial limitada, nos termos de atos regulamentares, e dependerá de o requerente:

I – demonstrar a sua efetiva necessidade por exercício de atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física;

(...).

Art. 27. Caberá ao Comando do Exército autorizar, excepcionalmente, a aquisição de armas de fogo de uso restrito.

A competência do Presidente da República para regulamentar mediante decreto a organização a funcionamento da Administração Pública Federal é reconhecida e está previsto na CF/88 em seu inciso VI do art. 84:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI - dispor, mediante decreto, sobre:(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;(Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Entretanto, o Decreto nº 9.785/19 alterou o Estatuto do Desarmamento de uma forma visivelmente autocrática. Como pode-se observar em seus Arts. 9º, 11º, 19, 20, 26 e 36:

Art. 9º Para fins de aquisição de arma de fogo de uso permitido e de emissão do Certificado de Registro de Arma de Fogo, o interessado deverá:

I - apresentar declaração de efetiva necessidade;

(...)

§ 1º Presume-se a veracidade dos fatos e das circunstâncias afirmadas na declaração de efetiva necessidade a que se refere o inciso I do caput.

(...)

Art. 11. Para fins de aquisição de arma de fogo de uso restrito, o interessado deverá solicitar autorização prévia ao Comando do Exército.

(...)

§ 3º A autorização será sempre concedida, desde que comprovado o cumprimento dos requisitos legais:

(...)

II - aos colecionadores, aos atiradores e aos caçadores;

(...)

Art. 19. (...)

§ 1º O proprietário de arma de fogo poderá adquirir até mil munições anuais para cada arma de fogo de uso restrito e cinco mil munições para as de uso permitido registradas em seu nome e comunicará a aquisição ao Comando do Exército ou à Polícia Federal, conforme o caso, no prazo de setenta e duas horas, contado da data de efetivação da compra, observado o disposto no inciso II do § 3º do art. 5º.

§ 2º Não estão sujeitos ao limite de que trata o § 1º:

(...)

II - os colecionadores, os atiradores e os caçadores, quando a munição adquirida for destinada à arma de fogo destinada à sua atividade.

(...)

Art. 20.

(...)

§ 3º Considera-se cumprido o requisito previsto no inciso I do § 1º do art. 10 da Lei nº 10.826, de 2003 [o requisito previsto no preceito é o da efetiva necessidade], quando o requerente for:

I - instrutor de tiro ou armeiro credenciado pela Polícia Federal;

II - colecionador ou caçador com Certificado de Registro de Arma de Fogo expedido pelo Comando do Exército;

III - agente público, inclusive inativo:

(...)

e) que exerça atividade com poder de polícia administrativa ou de correição em caráter permanente;

(...)

g) detentor de mandato eletivo nos Poderes Executivo e Legislativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando no exercício do mandato;

h) que exerça a profissão de advogado; e

(...)

III - proprietário de estabelecimento que comercialize armas de fogo ou de escolas de tiro; ou

IV - dirigente de clubes de tiro;

V - residente em área rural;

VI - profissional da imprensa que atue na cobertura policial;

VII - conselheiro tutelar;

VIII - agente de trânsito;

IX - motoristas de empresas e transportadores autônomos de cargas; e

(...)

§ 4º A presunção de que trata o § 3º se estende aos empregados de estabelecimentos que comercializem armas de fogo, de escolas de tiro e de clubes de tiro que sejam responsáveis pela guarda do arsenal armazenado nesses locais.

(...)

Art. 26.

(...)

§ 8º Será concedido porte de arma de fogo aos integrantes das entidades de desporto legalmente constituídas cujas atividades esportivas demandem o uso de armas de fogo, nos termos do disposto no inciso IX do caput do art. 6º da Lei nº 10.826, de 2003.

(...)

Art. 36.

(...)

§ 3º Os colecionadores, os atiradores e os caçadores poderão portar uma arma de fogo curta municada, alimentada e carregada, pertencente a seu acervo cadastrado no Sinarm ou no Sigma, conforme o caso, sempre que estiverem em deslocamento para treinamento ou participação em competições, por meio da apresentação do Certificado de Registro de Colecionador, Atirador e Caçador, do Certificado de Registro de Arma de Fogo e da Guia de Tráfego válidos.

A forma como foi editado o Decreto n. 9.785/19 viola o direito fundamental ao devido procedimento de elaboração normativa (DPEN), corolário do princípio republicano art.1º, caput, da CF/88, do pluralismo político (art. 1º, IV da CF/88) e do princípio democrático(art. 1º, caput e parágrafo único da CF/88), usurpando a competência do Poder

Legislativo, único Poder que poderia ampliar as categorias de pessoas que poderiam portar e possuir armas e dispor sobre comércio e importação de armas e munições, além da forma, os pré-requisitos e o modo de propriedade, registro e uso de armas e munições:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ademais se exige um dever de apresentar as razões para a edição das decretos, sobretudo quando interferem diretamente na esfera dos direitos fundamentais dos cidadãos. Em uma democracia, os governantes eleitos pela maioria, ao exercer sua governança, devem se justificar, prestar conta perante todos. Esse dever recebe o nome de *accountability*: “o princípio deliberativo da *accountability* requer que os representantes façam mais que tentar ganhar eleições e respeitar direitos constitucionais. Em uma democracia deliberativa os representantes devem justificar suas ações em termos morais”. (Gutmann, 1996, p. 129)

Foi nesse contexto que o Partido Socialista Brasileiro – PSB, impetrou a ADI 6.119/DF, com o pedido de medida cautelar para suspender o Decreto nº 9.785/19, sob o argumento de sua inconstitucionalidade.

Em seu voto, o Ministro Relator Edson Fachin afirma que a medida é inconstitucional, ante a violação do Estado Democrático de Direito, se utilizando de competências aparentemente válidas do ponto de

vista formal, entretanto materialmente antidemocráticas. Diante desse contexto, foi deferida suspensão do Decreto nº 9.785/19, restabelecendo a antiga redação do Estatuto do Desarmamento.

Existe duas premissas que podem ser destacadas na decisão da Ação Direta Inconstitucionalidade, a ADI 6.119/DF, sobre os parâmetros de um constitucionalismo abusivo e legalismo autocrático.

- I) Afinal, não se está simplesmente a questionar eventual competência regulamentar atribuída ao Poder Executivo, senão antes o próprio lugar de um Estado de Direito Democrático na proteção dos direitos, e sua capacidade de regular os conflitos surgidos no interior da sociedade. (STF, 2019, 11)
- II) Legislativo da União, cabendo somente à própria legislação federal excepcionar exigências legais. Noutras palavras, o critério da efetiva necessidade instaura um tipo de regulação primária que, ao estabelecer condicionantes formais e materiais, somente pode ser fixado em abstrato pela atividade legislativa do Congresso Nacional. A extensão com que elaborados os Decretos impugnados, ao flexibilizarem o exercício da fiscalização dos requisitos legais de necessidade, acaba se sobrepondo à competência legislativa em sentido estrito. (STF, 2019, 26)

Como se percebe, a decisão não teve apenas o mérito de reconhecer que a competência discricionária do Presidente da República não pode ser exercida de maneira que afronte o regime democrático como também pontuou a existência de flagrante invasão do papel do Poder Legislativo, verdadeiro detentor do poder da regulamentação primária.

A importância da decisão tomada pela Suprema Corte Brasileira transcende em muito a simples questão jurisprudencial. Ela firmou um entendimento de que mesmo aquelas competências discricionárias têm seu limite e são passíveis de serem observadas pelo controle da jurisprudência, uma vez que afrontam os princípios basilares do constitucionalismo democrático e são contra as instituições e mecanismos de *accountability*, que tem como incumbência manter um atento olhar fiscalizador e controlador em casos em que se percebe a existência de constitucionalismo abusivo e legalismo autocrático.

4 O CONTROLE JUDICIAL DO LEGALISMO AUTOCRÁTICO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O posicionamento firmado referente ao Estatuto do Desarmamento reflete o papel que o Poder Judiciário possui no controle dos atos dos governantes. É sem sombra de dúvida um empoderamento das instituições democráticas, reforçando de forma definitiva a ideia dos princípios constitucionais fundantes na CF/88. Como assevera Luiz Eduardo Altenburg de Assis:

Mais do que um empoderamento das instituições, o precedente reforça a ideia de que os princípios fundantes da Constituição Federal vinculam a todos indistintamente e incidem diretamente sobre todas as competências estatais, inclusive aquelas mais abrangentes e de caráter político. Nesse ponto, o precedente assume uma premissa inovadora, ao menos à luz da dogmática administrativista que se assentou ao longo do Século XX. (Assis, 2021)

Partindo desta linha de raciocínio, o exercício da função administrativa é sempre norteado pela questão da legalidade, constante no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Nessa concepção podemos aferir que o princípio da legalidade se funda com a própria noção de Administração Pública. Tendo este conceito em mente, a linha empregada pelo Legalismo Autocrático é frontalmente antagônica ao princípio em questão, uma vez que é inadmissível que a Administração pratique atos sob sua alçada sem o devido respaldo legal, na medida em que a função administrativa deve ser calcada dentro das competências previstas pelo legislador, independentemente de possuir ou não maior generalidade.

Entretanto, a doutrina administrativa é refratária à intervenção do Poder Judiciário, sob o ponto de vista de que esse campo de liberdade afeto ao mérito administrativo não seria da alçada da justiça. José Cretella Júnior argumenta:

Finalizando, deve-se acentuar que o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública incide, só e só, nos aspectos da ilegalidade e do abuso de poder das autoridades, ficando fora, totalmente, daquele controle o terreno do mérito do ato administrativo, imune à apreciação do Poder Judiciário, precisamente por tratar-se da discricionariedade administrativa, campo reservado

à Administração, único juiz da oportunidade e conveniência das medidas a serem tomadas, mas interdito a qualquer ingerência de outros Poderes. (Júnior, 2001, p. 248)

Aliás, boa parte da doutrina sustenta que o legislador deveria reservar ao agente administrativo uma imunidade do controle do Poder Judiciário, afastando qualquer tipo de valoração sobre as escolhas administrativas dos governantes de ocasião. É que leciona Seabra Fagundes:

O legislador há de ter querido, portanto, preservar à incursão da Justiça o território extralegal (reservando-lhe, tão só, o exame dos aspectos jurídicos, ou seja, dos que pudessem, examinar-se à luz de razões jurídicas), deixando livre à Administração os aspectos políticos dos procedimentos da sua alçada. O seu intenso há de ter sido, em suma, subtrair ao exame jurisdicional tudo quanto respeitasse às repercussões políticas do ato em relação à Administração (conveniência e oportunidade, no sentido estrito e usual) e ao indivíduo (justiça, equidade, etc., isto é, oportunidade e conveniência em sentido lato). (Fagundes, 1951, p. 15/16)

Como se percebe, é necessária uma mudança nesta concepção estritamente legalista predominantemente em vigor, em prol de uma visão que aproxime a administração pública da Constituição Federal e do papel extremamente importantíssimo do Poder Judiciário no controle dos atos administrativo, além de proporcionar uma releitura do princípio da separação de poderes e do princípio da legalidade. Gustavo Binenbojm defende que:

Com a constitucionalização do direito administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – entendida com sistema de regras e princípios – passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei. (Binenbojm, 2014, p. 328)

Trocando-se em miúdos, pode-se dizer que a sujeição da Administração à juridicidade e a ressignificação dos interesses públicos à luz dos direitos fundamentais juridicamente tutelados implica em reconhecer que a função administrativa deve ser exercida em conformidade com a lei e com os princípios constitucionais. Dada a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico pátrio, isso significa que as competências administrativas estabelecidas em lei devem ser interpretadas de tal modo que não conflitem com outros valores consagrados constitucionalmente, sob pena de invalidade (Justen Filho, 2015, p. 210).

Nesse contexto, a utilização do entendimento com base no princípio da juridicidade não é apenas um sujeição da atividade administrativa ao ordenamento jurídico, mas também um reconhecimento da importância do Judiciário no se refere ao controle dos atos políticos discricionários., em especial aqueles praticados com claro ímpeto de legalismo autocrático tão evidente no país atualmente. Luiz Eduardo Altenburg de Assis assinala:

O princípio da juridicidade representa, assim, não apenas mais um fator de sujeição da atividade administrativa ao ordenamento jurídico, como também um elemento legitimador de uma atividade jurisdicional mais intensa, especialmente no tocante ao controle dos atos políticos discricionários. Diferentemente das teorias de controle jurisdicional da Administração Pública concebidas sob uma perspectiva legalista, o princípio da juridicidade permite que o Poder Judiciário se debruce sobre o mérito dos atos administrativos formalmente legítimos à luz da legislação infraconstitucional, porém materialmente violadores dos preceitos constitucionais, como nos casos de legalismo autocrático. (Assis, 2021)

Entretanto apesar da nítida necessidade acerca da sujeição da administração pública, é impossível deixar de reconhecer as tantas dificuldades no que tange à aplicação dos princípios constitucionais. Humberto Ávila (2005, p. 130) grifa que “a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havia domo necessária”. Ambos assinalam o alto grau de indeterminação inerente aos princípios e o fato de que o seu peso só pode ser determinado no caso concreto”.

Apesar do posicionamento do autor sobre a complexidade da aplicação dos princípios constitucionais, existe uma questão mais urgente

a ser atacada, que ganha contornos próprios que é o constitucionalismo abusivo, que se personifica no legalismo autocrático. Luiz Eduardo Altenburg de Assis salienta:

(...) que essa incursão sobre os objetivos subjacentes a práticas formalmente legítimas, porém atentatórias ao regime democrático, não se confunde com o controle tradicionalmente exercido pela teoria do desvio de finalidade. O desvio de finalidade se verifica diante da prática de um ato administrativo visando objetivo diverso para o qual esse ato é previsto na ordem jurídica, o que pode ocorrer, inclusive, no exercício de uma competência constitucional. O legalismo autocrático é um fenômeno mais abrangente, materializando-se em face de atos praticados com objetivo de vulnerar as bases do Estado Democrático e não apenas a finalidade de um dispositivo legal ou constitucional específico. (Assis, 2021).

Como bem assinala David Prendergas sobre o tema:

nesse processo, não se nega que os tribunais devam adotar algum tipo de autocontenção, restringindo sua intervenção ao necessário para preservar o regime democrático sem com isso, arvorar-se num papel que só incumbe ao constituinte derivado ou o legislador infraconstitucional. A ideia é que o Poder Judiciário deve intervir quando necessário para corrigir ou prevenir um problema que não seria resolvido pelo processo democrático. Para tanto, admite-se inclusive interpretações inovadoras por parte do Poder Judiciário, contanto que para proteger e não para aperfeiçoar as instituições democráticas, de onde resulta um dever de autocontenção ou deferência. (Prendergast, 2019, p. 162)

Diante do que foi exposto é perceptível que o judiciário somente será chamado a intervir quando for visivelmente necessário, quando for perceptível que as medidas têm o intuito de promover um notório projeto de perpetuação de poder de um grupo ideológico, que na maioria das situações é alinhado uma determinada corrente política, o que atinge de forma grave a democracia, a pluralidade política e o mecanismo de *accountability*. Estefânia Maria Queiroz Barboza e Ilton Norberto Robl Filho acentua que:

Dessa forma, o Poder Judiciário possui papel de garantidor do regime político democrático, mas se frisa novamente que os magistrados não são salvadores da pátria, não devendo atuar de forma voluntarista e inspirados em conceitos próprios e subjetivos de moralidade pública. (Barboza; Filho, 2018, p. 89)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Legalismo Autoritário se notabiliza por ser um instrumento no qual o governante adota medidas autoritárias, permitindo-se utilizar um véu de legalidade no intuito espúrio de atacar as instituições democráticas, em especial aquelas que detém o poder de controlar suas ações. Os autocratas têm por natureza agir de forma a extrapolar sua discricionariedade, utilizando das suas competências previstas em lei e na constituição com o explícito projeto de se perpetuar no poder, atingindo de forma visceral o pluralismo democrático.

No caso estudado do Estatuto do Desarmamento, a Lei 10.826/2003, o Ministro Edson Fachin, sob a ótica dos conceitos que desnudam o legalismo autocrático e da utilização abusiva das previsões constitucionais, impediu que o Decreto nº 9.785/19 fizesse de forma abrupta a alteração do diploma. Entretanto, o próprio ministro reconhece as competências previstas constitucionalmente de discricionariedade do Chefe do Poder Executivo, que no entanto não pode dispor desse poder para atacar as instituições democráticas e estado de direito, em especial o Poder Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário exercer um papel de vigilância aos princípios da Constituição Federal de 1988.

Cabe aqui mencionar que o referido Decreto foi revogado, vez que reconhecida sua inconstitucionalidade, demonstrando o papel crucial do Poder Judiciário sobre os atos do Poder Executivo em tempos de governança autocrática.

Por obvio que os instrumentos defendidos na literatura jurídica sobre o controle dos atos discricionários possuem uma nítida limitação em função da base dogmática. Por isso, em função de um legalismo muito excessivo e insensível aos princípios constitucionais, as teorias terminam por não resolverem todas as situações que surgiram com legalismo autocrático e do constitucionalismo abusivo.

Em razão dos problemas que estão surgindo com o avanço do legalismo autocrático nasce a necessidade de uma nova reinterpretação do princípio da legalidade, de modo a vincular a Administração Pública os preceitos constitucionais em prol de uma ideia de juridicidade.

Seguindo esta linha de raciocínio é interessante afirmar que o Poder Judiciário não pode ser proativo a ponto de querer ter um papel preponderante nas interpretações da administração pública, a qual tem maior capacidade para resolver determinados temas.

Contudo, quando escolhas administrativas se tornam suspeitas por terem um verniz de legitimidade mas o plano principal é enfraquecimento do instituições democráticas, torna-se ainda mais importante a intervenção judicial, pois é quando se observa o atentado ao Estado de Democrático de Direito, fomentando a concentração e perpetuação em torno de um projeto de poder autoritário e sem limites.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. **Legalismo autocrático na Administração Pública e o controle pelo Poder Judiciário**. Revista Digital De Direito Administrativo, 8(2), 112-135. 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/183054#:~:text=Para%20tanto%2C%20caracteriza%20o%20legalismo%20autocr%C3%A1tico%20como%20fen%C3%B4meno,materialmente%20incompat%C3%ADveis%20com%20os%20princ%C3%ADpios%20do%20constitucionalismo%20democr%C3%A1tico>. Acesso em: 11 de outubro de 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed.. São PAULO: Malheiros, 2015.

BARBOSA, Estefânia Maria Queiroz; FILHO. **Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos Teóricos e Análise da sua utilização no Brasil Contemporâneo**. Revista Direitos Fundamentais & Justiça. Belo Horizonte, ano 12, nº 39, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/332132233_Constitucionalismo_Abusivo. Acesso em: 11 outubro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6139/DF**. Ministro Relator: Edson Fachin. Brasília. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5698214> Acesso em: 17 de outubro de 2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao/constituicao-federal>. Acesso em: 17 de outubro de 2022.

BRASIL, **Decreto-lei nº 9.785, de 7 de maio de 2019**. Disponível em: D9785 (planalto.gov.br) Acesso em: 17 de outubro de 2022

BRASIL. **Estatuto das Armas**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm. Acesso em: 17 de outubro de 2022.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Conceito de mérito no direito administrativo**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 23, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1951.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 11º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FUKUYAMA, Francis, **Why Is Democracy Performing So Poorly? Journal Of Democracy**, vol. 26 nº 1, 2015, p 12.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Democracy and disagreement**. Cambridge, Mass.; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.

JÚNIOR, José Cretella. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Florense, 2001.

LEVISTSKY, Stevem; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. 1º ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Notas sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental** Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207162429_2438.pdf. Acesso em: 17 de outubro de 2022.

PRENDERGAST, David. The judicial role in protecting democracy from populism. *German Law Journal*, n. 20, 2019, p. 162. Disponível em: <https://www>.

cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/judicial-role-in-protecting-democracy-from-populism/99585581EB11E7AFCD98C773F2EBFAB0. Acesso em: 20 de outubro de 2022.

SCHEPPELE, Kim Lane. **“Autocratic Legalism”**. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85, 2018. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism>. Acesso em: 11 de outubro de 2022.

STENNER, Karen; HAIDT, Jonathan. **Authoritarianism is not a momentary madness, but na aternal dynamics within liberal democracies**. In: sustein, Cass. *Can it happen here? Authoritarianism in America*, 2018, p. 185. Disponível em: <https://www.karenstenner.com/>. Acesso em: 07 de novembro de 22.

A REINTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA ANÁLISE PELO FENÔMENO DA PSICOLOGIA DAS MASSAS

RENAN EDUARDO DA SILVA^{1*}

1 INTRODUÇÃO

A tarefa de interpretação constitucional procura extrair do texto normativo a máxima amplitude possível, com vistas a ampliar o horizonte de compreensão e aplicação do direito disponível.

Nesse sentido, do horizonte de compreensão do trabalho de interpretação constitucional, tem-se o fato em que o intérprete da norma constitucional em razão de intuições, experiências ou preferências políticas pode propagar construções hermenêuticas que são incondizentes a ideia do Estado Democrático de Direito, e que em vista da interdisciplinaridade do direito com outras ciências como a psicologia, por exemplo, podem ser apropriadas e difundidas pela figura de um líder a um grupo de seguidores ou apoiadores (massa), com vistas a fins eminentemente inconstitucionais e clamorosamente antidemocráticos.

Portanto, o problema de pesquisa visa compreender a delimitação da abrangência da norma do artigo 142 da Constituição Federal de 1988. Pela escolha do tema, o objetivo principal centra-se em uma refle-

1 * Graduado em Direito pela Universidade do Contestado – UNC Concórdia. Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Advogado OAB-SC nº 46.971. Servidor Público Federal do Instituto Federal Catarinense-Campus Concórdia. Coordenador de Pessoal e Relações Jurídicas do Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educação Básica, Profissional e Tecnológica (SINASEFE) - Seção de Concórdia-SC. Contato: renan.silva@ifc.edu.br.

xão analítico-interpretativa do entendimento do artigo 142 da Constituição Federal de 1988 pelo fenômeno da psicologia das massas, com o objetivo específico voltado na averiguação da interpretação fornecida pela doutrina e jurisprudência brasileira a respectiva norma constitucional.

Deste modo, a justificativa de pesquisa se apoia na compreensão de uma possível reinterpretação do artigo 142 da Constituição Federal de 1988 decorrente do fenômeno da psicologia das massas tratado por Sigmund Freud na obra *Psicologia das massas e análise do eu*.

O trabalho de pesquisa utiliza do procedimento metodológico da pesquisa bibliográfica-investigativa voltada ao entendimento do fenômeno da psicologia das massas e do conteúdo do artigo 142 da atual Constituição, com matriz teórica fundacional nos seguintes autores: Gustave Le Bon, Peter Häberle, Sigmund Freud entre outros autores.

2 DO SURGIMENTO DAS MASSAS E DA FIGURA DO LÍDER

Antes de adentrar no entendimento da reinterpretação do artigo 142 da Constituição Federal de 1988 é oportuno compreender o fenômeno da psicologia das massas e da figura do líder.

No tocante a esse tema, observa-se no campo da psicologia a existência de duas vertentes: a psicologia individual orientada para o ser humano singular, que investiga os caminhos pelos quais ele busca alcançar a satisfação de suas moções de impulso, e a psicologia social ou das massas, a qual tem como objeto de investigação a influência simultânea exercida sobre o indivíduo por um grande número de pessoas com as quais ele está ligado por um vínculo qualquer, enquanto que normalmente, sob muitos aspectos, essas pessoas podem lhe ser estranhas (Freud, 2013, p.16).

Com isso, constata-se que a psicologia das massas trata do indivíduo como membro de uma tribo, um povo, uma casta, uma classe, uma instituição ou como elemento de um grupo de pessoas que, em certo momento e com uma finalidade determinada, se organiza numa Massa (Freud, 2013, p.17).

Diante desse aspecto, presencia-se a existência de três questionamentos: 1) o que é uma massa, 2) como ela influencia o indivíduo e 3) e

qual a modificação psíquica por ela imposta, os quais são tratados pela descrição Leboniana da psique das massas².

Quanto ao primeiro questionamento, denota-se que a Massa³, também definida como massa psicológica é um ser provisório constituído por elementos heterogêneos que por um momento se ligaram entre si (Freud, 2013, p.19). Assim, quaisquer que sejam os indivíduos que a compõem, por mais semelhantes ou dessemelhantes que sejam seus modos de vida, suas ocupações, seu caráter ou sua inteligência, a mera circunstância de sua transformação numa massa lhes confere uma alma coletiva, graças à qual sentem, pensam e agem de modo inteiramente diferente do que cada um deles sentiria, pensaria e agiria isoladamente (Le Bon, 2018, p.35).

Passando ao segundo questionamento, quanto à influência da massa no indivíduo, presencia-se que este experimenta uma modificação muitas vezes profunda de sua atividade psíquica, de forma que sua afetividade se intensifica e sua capacidade intelectual se limita, de modo que este resultado é atingido mediante a supressão das inibições de seus impulsos e mediante a renúncia às conformações especiais de suas inclinações (Freud, 2013, p.34).

E por fim, atinente ao terceiro questionamento, identifica-se que na massa, apagam-se as aquisições dos indivíduos, e com isso desaparecem suas singularidades, o heterogêneo se perde no homogêneo, ao desaparecimento da personalidade consciente, o predomínio da personalidade inconsciente, a orientação dos pensamentos e dos sentimentos em uma mesma direção e uma tendência à execução imediata das ideias sugeridas (Freud, 2013, p.21-22).

Logo, com o entendimento do elemento da Massa e seus efeitos psíquicos sobre o indivíduo, o próximo passo deste trabalho versa sobre a compreensão da figura do líder.

2 Para a compreensão desse fenômeno, Freud faz uma extensa análise crítica da obra *Psicologia das Massas* (1895) de Gustave Le Bon.

3 Freud (2013, p.39) destaca que da morfologia das massas, se pode distinguir tipos de massas muito diferentes e orientações contrárias em sua formação, de modo que há massas muito fugazes e massas extremamente duradouras; homogêneas, constituídas por indivíduos semelhantes, e não homogêneas; massas naturais e massas artificiais, que para sua coesão também requerem uma coação externa; massas primitivas e massas com divisões, altamente organizadas

Neste ponto, do entendimento das espécies de massas verifica-se também a existência de massas sem líder⁴ e com líder⁵, de maneira que no cenário onde os membros casualmente reunidos de uma multidão formam algo como uma massa no sentido psicológico, a condição exigida é que esses indivíduos tenham algo em comum, um interesse comum por um objeto, uma orientação emocional similar em certa situação (Freud, 2013, p.30).

Diante desta característica, Sigmund Freud detalha que quanto mais significativa for essa característica em comum, tanto mais bem-sucedida poderá se tornar essa identificação parcial, e, assim, corresponder ao começo de uma nova ligação, de maneira que por meio de uma importante característica afetiva em comum, e podemos supor que essa característica se encontra na ligação com o líder (Freud, 2013, p.53-54).

Deste modo, vê-se o paradoxo da massa, onde os indivíduos devem ser iguais entre si, mas todos querem ser governados por um só⁶. Consequentemente, o líder da massa aparece como pai primordial⁷, em

4 Freud (2013, p.39-46) pontua que uma distinção que não recebeu muita atenção dos autores refere-se à distinção entre massas sem líder e com líder, de modo que caberia descobrir se as massas com líder não seriam as mais primordiais e mais completas, se nas outras o líder não poderia ser substituído por uma ideia, uma abstração – situação para a qual as massas religiosas, com seu chefe invisível, já constituem a transição –, e se uma tendência comum, um desejo que pode ser partilhado por um grande número, não proporcionaria o mesmo substituto.

5 Como exemplos de massas com líder, Freud (2013, p.39) expõe que a Igreja – podemos com vantagem tomar a Igreja Católica como modelo – quanto no Exército, por mais diferentes que ambos possam ser sob outros aspectos, vige a mesma miragem (ilusão) de que há um chefe – na Igreja Católica, Cristo, e no Exército, o general.

6 Conforme Le Bon (2018, p.90) tão logo certo número de seres vivos esteja reunido, quer se trate de um rebanho de animais ou de uma multidão humana, instintivamente eles se colocarão sob a autoridade de um chefe. A massa é um rebanho obediente, que nunca pode viver sem senhor. Ela tem tal sede de obedecer que se subordina instintivamente a qualquer um que se nomeie seu senhor.

7 De acordo com Freud (2013, p.75), a escolha do líder é bastante facilitada, muitas vezes, ele apenas precisa possuir as qualidades típicas desses indivíduos numa configuração especialmente nítida e pura, e dar a impressão de uma força e de uma liberdade libidinosas maiores, para que a necessidade de um chefe enérgico venha ao seu encontro e o revista com a supremacia à qual em outras circunstâncias talvez não tivesse qualquer direito. Compreendemos esse prodígio no sentido de que o indivíduo abre mão de seu ideal do eu, trocando-o pelo ideal da massa corporificado no líder.

que a massa quer ser dominada por uma força irrestrita, ansiando por autoridade de grau extremo com sede de submissão (Freud, 2013, p.73).

Em vista disso, identifica-se que a força de submissão irrestrita das massas ao líder decorre da demonstração de qualidades pessoais (fé intensa em uma ideia, vontade forte em um ideal, prestígio adquirido e pessoal) e demonstração de poder (pela figura de herói com capacidade de incentivar os membros da massa, expondo, exagerando e repetindo ideias, inclusive com o uso de violência), de modo que estas características também podem ser personificadas na figura dos políticos⁸.

3 DO ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA MANIFESTAÇÃO SEGUNDO A FENOMENOLOGIA DAS MASSAS

Com o entendimento do fenômeno da psicologia das massas e da figura do líder, o presente tópico passa a compreensão da manifestação do artigo 142 da Constituição Federal advinda do fenômeno supracitado.

Desta forma, vale contextualizar que esta manifestação inicialmente adveio de uma interpretação do jurista Ives Gandra Martins acerca do conteúdo do artigo 142 da CRFB/1988⁹ no site da revista eletrônica Consultor Jurídico, como se observa abaixo:

Sobre a defesa da Pátria até mesmo os alunos do pré-primário sabem que o país será defendido contra eventuais invasões de outras nações pelas Forças Armadas. Não oferece qualquer dúvida. Sobre a garantia dos poderes contra manifestações de qualquer natureza, compreende-se, lembrando-se que, nos estados de defesa e de sítio as polícias militares, civil e guarda municipal são coordenadas pelas Forças Armadas. A terceira função, todavia, é que tem merecido, nos últimos tempos, discussão entre juristas e

8 Para Girardet (1987, p. 191) nenhum sistema político, quaisquer que sejam os princípios de que se vale e por mais democrático que possa pretender-se, ignora o fenômeno da encarnação, da personalização do poder; todo líder, todo chefe de partido, tende mais ou menos a tomar a fisionomia do Salvador.

9 Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (Brasil, 1988).

políticos se corresponderia ou não a uma atribuição outorgada às Forças Armadas para repor pontualmente lei e a ordem, a pedido de qualquer Poder. Minha interpretação, há 31 anos, manifestada para alunos da universidade, em livros, conferências, artigos jornalísticos, rádio e televisão é que NO CAPÍTULO PARA A DEFESA DA DEMOCRACIA, DO ESTADO E DE SUAS INSTITUIÇÕES, se um Poder sentir-se atropelado por outro, poderá solicitar às Forças Armadas que ajam como Poder Moderador para repor, NAQUELE PONTO, A LEI E A ORDEM, se esta, realmente, tiver sido ferida pelo Poder em conflito com o postulante (Martins, 2020).

Do posicionamento mencionado, o jurista cita hipótese de que no conflito de competência entre os três poderes, às Forças Armadas visando repor a lei e a ordem teriam a prerrogativa de agir como Poder Moderador¹⁰, como nos moldes da menção presente no artigo 98 da Constituição Imperial brasileira de 1824¹¹, para a solução do litígio.

Com a repercussão do artigo do jurista, Gabriel Vitor Pereira e Jorge Ferreira da Silva Filho detalham que houve um aumento de buscas no Google Trends pelo termo artigo 142 da Constituição Federal no período de 24 a 30 de maio de 2020¹², como se vê no gráfico abaixo:

-
- 10 Sob a inspiração da doutrina de Benjamin Constant, o Poder Moderador seria um poder neutro incumbido de assegurar o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes. “Com a proclamação da República e a promulgação da Constituição de 1891, o Poder Moderador deixou de existir, adotando-se a fórmula de tripartição de poderes, “harmônicos e independentes entre si”, todos obedientes à Constituição” (Lynch, 2010, p. 100).
 - 11 Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos (Brasil, 1824).
 - 12 Na mesma época, no dia 29 de maio de 2020, o Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal, suspendeu a nomeação do Diretor-Geral da Polícia Federal feita pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, de modo que alguns grupos sociais tidos como “radicais”, começaram a propagar o vídeo no qual o jurista Ives Gandra da Silva Martins expõe sua interpretação do artigo 142, em publicações que induziam que o caput deste artigo, outorgaria ao Presidente da República o direito de convocar as Forças Armadas para “impor” suas decisões, já que as mesmas estavam sob sua autoridade suprema (Da Silva Filho; Pereira, 2021, p.04--05).

Gráfico 1: Interesse de pesquisa sobre “artigo 142 da Constituição Brasileira”



Fonte: Da Silva Filho; Pereira, 2021, p.05.

Em sequência, na mesma época presenciou-se a divulgação de vídeo de reunião ministerial, onde o presidente da República Jair Bolsonaro incita o cumprimento desta interpretação do artigo 142 da Constituição Federal, conforme transcrito ao lado: “Nós queremos fazer cumprir o artigo 142 da Constituição. Todo mundo quer fazer cumprir o artigo 142 da Constituição. E, havendo necessidade, qualquer dos Poderes pode, né? Pedir às Forças Armadas que intervenham para restabelecer a ordem no Brasil” (BBC, 2020).

Com a disseminação da fala do presidente na referida reunião, presenciou-se o acontecimento onde grande parcela de seus apoiadores (Massa) passa a divulgar e compartilhar, tanto por meios físicos e digitais¹³, a ideia de que o seu líder como presidente do Executivo poderia solucionar o conflito de competência e restabelecer a lei e a ordem por meio de intervenção militar.

Portanto, com a exposição da compreensão do jurista Ives Gandra Martins acerca do artigo 142 da CRFB/1988 somado à manifestação do presidente da República sobre o dispositivo constitucional, vemos que a interpretação do conteúdo da norma constitucional foi afetada pelo fenômeno da psicologia das massas, de modo que o expressivo conjunto de

13 Para mais informações ver: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2022/11/02/bolsonaristas-pedem-intervencao-militar-em-ato-golpista-no-rio.htm> (UOL, 2022).

apoiadores¹⁴ (Massa) do presidente Jair Bolsonaro¹⁵, visto por eles como uma figura mítica¹⁶ passaram a propagar uma interpretação do artigo 142 da Constituição Federal que é incondizente ao Estado de Direito¹⁷ e atentatória a democracia¹⁸.

-
- 14 Pelo ensinamento de Chamma (2020, p.50) o estabelecimento de uma comunicação direta entre líder e massa digital foi capaz de criar uma ilusão de intimidade ao mesmo tempo que possibilitou com que Bolsonaro compreendesse as frustrações, os medos, as angústias, os sofrimentos, as inquietações e as preocupações de parcela da população brasileira. A introjção dos valores do líder nos membros da massa só é possível a partir da ilusão da intimidade que a rede possibilita com a exposição da vida cotidiana de Jair Bolsonaro e com a comunicação direta entre líder e massa digital. A identificação vertical com o líder e a identificação horizontal entre os iguais da massa produz a sensação do resgate de uma comunidade e do “amor do grupo”, em linguagem freudiana, do narcisismo coletivo.
- 15 Conforme Junior e Bianco (2019, p.2-3), o presidente da República Jair Messias Bolsonaro (PSL), eleito com mais de 57 milhões de votos, constitui um dos principais exemplos da atualidade de como figuras políticas rejeitadas pelo pensamento dominante podem sobressair-se à agenda pública e conquistar mentes e corações com um discurso calcado em velhas mitologias políticas e com a ajuda de novas possibilidades de mediação da comunicação social. De político apagado, pouco atuante enquanto deputado federal por sete legislaturas, Bolsonaro soube como ninguém utilizar mitologias políticas a seu favor e, principalmente, em desfavor de seus adversários, nas eleições gerais de 2018.
- 16 Em sua tentativa de compreender o mito político, Raoul Girardet propõe três dimensões conceituais: I) “fabulação, deformação ou interpretação recusável do real; II) “narrativa legendária”, cuja função explicativa fornece as chaves para a compreensão do presente; e III) mobilização, visto que “por tudo o que veicula de dinamismo profético, o mito ocupa um lugar muito importante nas origens das cruzadas e também das revoluções” (Girardet, 1987, p. 11).
- 17 Marques (2022, p.12) aponta que é possível notar que a interpretação que sugere que as Forças Armadas podem escolher um “lado” (Executivo, Legislativo ou Judiciário), romper a ordem constitucional e agir como Poder Moderador/Imperador/Interventor, nos moldes da Constituição de 1824 é absolutamente insustentável e inválida, não encontrando respaldo dentro da própria Carta ou em normas infraconstitucionais. Não encontra respaldo dentro da Constituição, principalmente, por atentar, diretamente, contra o Estado Democrático de Direito. Isso porque a ideia de uma intervenção das forças militares brasileiras, as quais escolheriam um “lado” para se aliar no litígio, fere diversas cláusulas pétreas: fere o princípio da separação dos Poderes, fere o devido processo legal (direito fundamental previsto no artigo 5º) e fere a forma federativa do Estado.
- 18 Segundo lição de Araújo et al (2021, p.132), historicamente, o constitucionalismo manifestou-se de formas diversas, sendo identificáveis, por um lado, posições comprometidas com a democracia, mas, também, por outro lado, posições antide-mocráticas, que manipulam a interpretação para fins incompatíveis com a ideia de

Assim, seguido a constatação de uma reinterpretação¹⁹ do conteúdo da norma do artigo 142 da CRFB/1988 pela fenomenologia das massas, o presente trabalho prossegue com o entendimento da doutrina e jurisprudência sobre a abrangência da interpretação do respectivo mandamento constitucional.

4 DA ABRANGÊNCIA DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a exposição de um entendimento deturpado do artigo 142 da Constituição Federal, visa-se agora delinear a correta interpretação²⁰ da norma constitucional. Deste modo, frisa-se que na área do direito a interpretação pode ser considerada uma arte, na medida em que, por meio de um processo contínuo de criação e renovação, ela fecunda, constrói, renova e mantém o direito vivo (Amaral, 2004, p.72).

Com isso, surge a indagação sobre como deve ser realizada essa interpretação e sobre quem pode interpretar uma norma constitucional. No tocante ao tema, vale destacar que o jurista alemão Peter Häberle na obra *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição* leciona que a interpretação constitucional está diretamente conectada com órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos civis, de forma que quaisquer restrições ou limitações no número de intérpretes de um determinado texto constitucional não encontram respaldo nos pilares do Estado Democrático de Direito (Haberle, 1997, p.13).

democracia constitucional, criando uma aberração, que é uma Constituição contra a democracia, contra direitos humanos.

19 Eco (1995, p.28) acredita na ideia de que nem todas as interpretações têm validade, na medida em que algumas se mostram inquestionavelmente erradas ou clamorosamente inaceitáveis. Com efeito, além da sensatez, deve-se adotar um critério de leitura que possa identificar se a interpretação é compatível ou absolutamente incompatível com o texto de uma constituição.

20 Para Leonel (2022, p160), a necessidade de interpretação é algo intrínseco a prática de ler e escrever, por isso todos os praticantes de uma língua ao se depararem com qualquer texto realizam uma análise com o objetivo de apresentar os significados, mas esta ação não é igual para todos os seres humanos, logo, as suas origens, ideologias, valores representam itens importantes para formulação do intérprete.

Desta lição, percebe-se que a interpretação garante e legitima a unidade da Constituição, especialmente porque o surgimento de Cartas Constitucionais é oriundo da conjugação de processos e funções de diferentes intérpretes (Haberle, 1997, p.15).

E assim, nota-se a constatação de que abertura de discussão do texto constitucional a todos os setores da sociedade (sociedade aberta dos intérpretes) é benéfica para a democracia, e também um aspecto essencial para a definição da competência sobre a interpretação e aplicação do texto constitucional.

No caso brasileiro, presencia-se que cabe ao Supremo Tribunal Federal²¹ como guardião da Constituição a atribuição sobre a interpretação e aplicação de questões constitucionais²².

Sob essa circunstância, quanto à interpretação do conteúdo do artigo 142 da CRFB/1988 observa-se que a atual Carta Constitucional buscou superar interpretações ambíguas quanto ao emprego das Forças Armadas²³, de tal modo que pela leitura do texto constitucional nota-se que o capítulo sobre as Forças Armadas (Capítulo III) foi colocado no Título da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas (Título IV), ou seja, o dever de ação das Forças Armadas visa à manutenção do Estado Democrático de Direito, sendo agente neutro e imparcial em relação aos

21 Ver artigo 102 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

22 A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, caput) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental (Brasil, 2023).

23 Conforme Neto (2018, p.3385) apesar das cartas constitucionais brasileiras, de forma mais ou menos sistemática, sempre preverem preceitos sobre as Forças Armadas. Tais preceitos foram objeto de polêmicas recorrentes quanto à possibilidade de as Forças Armadas intervirem na vida política nacional, rompendo com a normalidade democrática sob o pretexto de garantirem a ordem. Referências abertas à segurança nacional, à subordinação ao poder civil apenas dentro dos limites da lei, ao emprego das Forças Armadas na manutenção da ordem e na garantia dos poderes constituídos, entre outras menos polêmicas, deram frequentemente espaço para interpretações obtusas.

conflitos dos poderes constitucionais²⁴, já que hipótese de “poder moderador”²⁵ afronta a ideia de harmonia e independência entre os três poderes (artigo 2º da CRFB/1988).

No tocante a este aspecto, é oportuno relatar a posição da jurisprudência pelo Mandado de Injunção nº 7.311/DF relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso em 10 de junho de 2020:

Ementa: PROCESSO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. SEPARAÇÃO DE PODERES. FORÇAS ARMADAS E PODER MODERADOR. ART. 142, CF. 1. Mandado de injunção por meio do qual se requer a regulamentação do art. 142 da Constituição, de forma a estabelecer o escopo e o modo de atuação das Forças Armadas, em situações de ameaça à Democracia. [...] 4. O Poder Moderador só existiu na Constituição do Império de 1824 e restou superado com o advento da Constituição Republicana de 1891. [...] 5. Sob o regime da Constituição de 1988 vigora o sistema de freios e contrapesos (checks and balances), no qual os Poderes são independentes, harmônicos e se controlam reciprocamente. 6. Nenhum elemento de interpretação – literal, histórico, sistemático ou teleológico – autoriza dar ao art. 142 da Constituição o sentido de que as Forças Armadas teriam uma posição moderadora hegemônica (Brasil, 2020).

Consequentemente, nota-se que apesar da prerrogativa do chefe do poder Executivo como comandante supremo das Forças Armadas (artigo 84, XIII da CRFB/1988), o presidente da República com o dever de respeito à Constituição e às leis não tem a prerrogativa de comando para alçar as Forças Armadas como agente estabilizador²⁶ de ordem dos conflitos dos poderes constituídos.

24 Para Araújo et al (2021, p.130), considerar as Forças Armadas com um “poder moderador” significaria considerar o Poder Executivo um superpoder, uma vez que o seu chefe, o presidente da República, comanda as Forças Armadas.

25 Segundo Scaletsky et al (2021, p.238) com a proclamação da República e a promulgação da Constituição de 1891, o Poder Moderador deixou de existir, de modo que em substituição ao obsoleto modelo foi adotado o mecanismo de freios e contrapesos que têm o escopo de resolver conflitos e de combater a prática de abusos pelos poderes políticos, garantindo o funcionamento harmônico do sistema jurídico e político.

26 De acordo com Scaletsky et al (2021, p.240) as interferências das Forças Armadas sobre os processos políticos na história brasileira recente não representam o exercício de um suposto Poder Moderador, inexistente no arranjo político-constitucional, mas

Quanto a isso, vale analisar o posicionamento da jurisprudência na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.457/DF relatada pelo Ministro Luiz Fux em 12 de junho de 2020, o qual em breve síntese delimitou que:

(i) A missão institucional das Forças Armadas na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais e na garantia da lei e da ordem não acomoda o exercício de poder moderador entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; (ii) A chefia das Forças Armadas é poder limitado, excluindo-se qualquer interpretação que permita sua utilização para indevidas intromissões no independente funcionamento dos outros Poderes, relacionando-se a autoridade sobre as Forças Armadas às competências materiais atribuídas pela Constituição ao Presidente da República; (iii) A prerrogativa do Presidente da República de autorizar o emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos outros poderes constitucionais – por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados –, não pode ser exercida contra os próprios Poderes entre si; (Brasil, 2020a).

Pela apreciação das informações até aqui relatadas, resta evidenciado que a interpretação do artigo 142 da CRFB/1988 outorga as Forças Armadas um dever de zelo pela manutenção da ordem republicana do Estado Democrático de Direito.

Com base nisso, e partindo da leitura da respectiva norma constitucional, é relevante salientar os seguintes aspectos quanto à utilização das Forças Armadas na: 1) defesa da Pátria, 2) na garantia dos poderes constitucionais e na 3) preservação da lei e da ordem.

Primeiramente, quanto à destinação de “defesa da Pátria” às Forças Armadas, este aspecto refere-se ao seu emprego como meio de defesa da soberania nacional em hipóteses de invasão estrangeira²⁷ (Da Silva Filho; Pereira, 2021, p.26).

demonstram a fragilidade de uma democracia tutelada pelo poder militar que, enquanto poder armado, deve estar necessariamente subordinado às autoridades civis, democraticamente legitimadas para o exercício do poder político.

27 Lecionam Da Silva e Pereira (2021, p.26) que na missão institucional das Forças Armadas, encontra-se em primeiro lugar a defesa da pátria, que pode ser entendida como destinada a manter a independência, soberania, unidade, integridade das ins-

Em segundo lugar, quanto à destinação de “garantia dos poderes constitucionais”, afere-se em uma defesa das Forças Armadas na proteção das instituições contra ataques destinados ao funcionamento dos três poderes (Scaletsky *et al*, 2021, p.238).

E por fim, a garantia da lei e da ordem incorre a atuação das Forças Armadas em um cenário de indisponibilidade, inexistência ou insuficiência das forças de segurança pública, de forma episódica, conforme previsto nas disposições do Decreto nº 3.897/2001²⁸ e da Lei Complementar nº 97/1999²⁹ (Marques, 2022, p.15).

Ao que se percebe da interpretação constitucional, da doutrina e da jurisprudência sobre a abrangência da interpretação do artigo 142 da CRFB/1988, vemos que a Constituição Federal está alinhada com a superação do emprego autoritário da utilização das Forças Armadas, dispondo esta como instituição de defesa do Estado Democrático de Direito e não como instituição legitimadora de rupturas democráticas.

5 CONCLUSÃO

Chegando ao final deste trabalho, é possível traçar importantes reflexões relacionadas à problemática da reinterpretação do artigo 142 da Constituição Federal de 1988 pelo fenômeno da psicologia das massas.

Das considerações iniciais quanto ao surgimento das massas, contatou-se que o estudo da psicologia social revela que a Massa é um organismo provisório constituído pela reunião de um grande quantitativo de pessoas, ao passo que a sua transformação em um elemento aglutinante com características psicológicas de impulsividade, irritabilidade e instabilidade, acarreta em influências no comportamento e nas ações de seus indivíduos-membros, os quais agem de maneira totalmente distinta do indivíduo singular.

tituições e das pessoas patrimônio nacional; este último abrange território, recursos humanos, recursos minerais e valores históricos e culturais.

28 Decreto nº 3.897/2001. Fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e dá outras providências. (Brasil, 2001).

29 Lei Complementar nº 97/1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. (Brasil, 1999).

No tocante a reinterpretação do artigo 142 da Constituição Federal de 1988, a investigação ao averiguar como a exposição de uma interpretação equivocada de um entendimento de um jurista sobre artigo 142 da CRFB/1988 somada a manifestação de apreço de um líder de uma Massa (presidente da República Jair Bolsonaro) por esta ideia, acarreta na sugestibilidade entre seus seguidores da propagação de um entendimento contrário ao Estado de Direito e a democracia, mas que é a expressão da vontade da figura de seu líder.

Por fim, ao buscar entender o conteúdo do artigo 142 da atual Carta Constitucional, restou concluído que a interpretação dada pelo constituinte, pela doutrina e pela jurisprudência é de que as forças armadas não são um poder moderador para solução dos conflitos dos poderes constitucionais, mas sim meios de defesa da democracia e do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Hårbele e a hermenêutica constitucional. Alcance Doutrinário.** Porto Alegre. Ed. Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001.** Fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3897.htm. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999.** Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3897.htm. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal –STF. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/constituicao.asp>. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal –STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.457 Distrito Federal**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/ADI6457.pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal –STF. **Mandado de Injunção 7.311 Distrito Federal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-142-forcas-armadas-barroso.pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.

CHAMMA, Leticia Negrão. **O fenômeno do populismo digital: os novos medos e a massa digital no governo de Jair Messias Bolsonaro**. 2020. São Paulo: Unesp, 2020.

DA SILVA FILHO, Jorge Ferreira; PEREIRA, Gabriel Vitor. **UMA ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS COMO PODER MODERADOR COM BASE NO ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, v. 1, n. 1, 2021.

DE ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa et al. **O ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO E OS MALABARISMOS CONSTITUCIONAIS. DEMOCRACIA**. O processo de mitificação de Bolsonaro: Messias, presidente do Brasil. Revista ECO-Pós, v. 22, n. 2, p. 88-111, 2019.

DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. (orgs.). **Coentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. único.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 1995.

FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu**. L&PM Pocket, 2013.

GIRARDET, Raoul. **Mitos e mitologias políticas**. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: CIA das Letras, 1987.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre. Ed. Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

LE BON, Gustave. *Psicología de las masas*. Editorial Verbum, 2018.

LEONEL, Michael. *É Condizente a Interpretação das Forças Armadas como Moderadora dos Poderes na República Brasileira? Uma Análise Hermenêutica sobre o Artigo 142 da Constituição Brasileira*. 2022. Santa Catarina: UFSC, 2022.

LYNCH, Christian Edward Cyril. *O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 47, p. 93-111, 2010.

MARQUES, Luís Henrique Neves Gonzaga. *As forças armadas, o artigo 142 e a atuação como poder moderador: esta interpretação constitucional é válida?*. Caderno Virtual, v. 1, n. 54, 2022.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ives Gandra: Cabe às forças armadas moderar os conflitos entre os poderes*. Revista Consultor Jurídico, 28 mai. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>. Acesso em: 04 maio 2023.

MITIDIERO, Daniel, SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCALETISKY, Felipe Santa Cruz Oliveira; COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado; BINENBOJM, Gustavo. *Inconstitucionalidade das propostas de intervenção militar constitucional - Forças Armadas não exercem papel de Poder Moderador*. Revista de Direito Administrativo, v. 280, n. 1, p. 235-248-235-248, 2021.

A PROVA GENÉTICA E OS RISCOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

LEANDRO REIS DE SOUZA^{1*}

1 INTRODUÇÃO

O processo de globalização e a revolução tecnológica trouxeram novas incertezas e inseguranças para chamada sociedade contemporânea, surgida pós-revolução industrial. As transformações constantes, potencializadas pelo desenvolvimento dos meios de comunicação, colocaram em dúvida a capacidade de organização da sociedade, gerando incertezas e instabilidades.

As relações sociais, em razão de vivermos numa sociedade globalizada economicamente, socialmente e culturalmente, tornaram-se mais complexas, fomentando uma sensação de insegurança, agora, em escala global. A evolução tecnológica também impactou nas práticas delitivas, com mudança significativa quanto à conduta, à forma e à velocidade em que os crimes são praticados; criando, assim, novos riscos e potencializando outros já existentes.

O Estado, com a pretensão de estabelecer uma sensação de maior segurança, faz uso do Direito Penal, criando novos dispositivos legais e ampliando as ferramentas e metodologias de persecução penal. Como re-

1 * Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Pós-graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público e Bacharel em Comunicação Social com ênfase em Relações Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “O direito fundamental à segurança e sua materialização no âmbito processual penal”, vinculado ao núcleo de Mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Comissário de Polícia da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4783001503926167>. E-mail: souza_rp@yahoo.com.br.

sultado, tem-se uma afetação dos direitos e garantias fundamentais, bem como um conflito entre os direitos à segurança e à liberdade.

O direito dispõe de diversos meios de prova para chegar à verdade processual, dentre eles, a prova documental, a prova testemunhal, o reconhecimento de pessoas ou coisas e, em especial, a prova pericial. A defesa tem grande interesse em comprovar suas teses defensivas, não devendo ficar inerte baseada unicamente no princípio da presunção da inocência.

O avanço da ciência e as alterações ocorridas na lei de identificação criminal aprimoraram as técnicas de investigação. Com o advento da Lei 12.654/12, o perfil genético passou a ser considerado uma das formas possíveis de identificação criminal. A individualização da conduta certa e determinada, através da identificação genética, pode configurar prova contundente da infração penal.

Nesse contexto, através da pesquisa bibliográfica, utilizando o método lógico-dedutivo, será verificada a possibilidade da prova genética, diante dos novos e potencializados riscos da sociedade contemporânea, em atenção ao avanço científico e a velocidade em que as infrações penais são praticadas, apresentar-se como uma ferramenta que busca dar mais efetividade a intervenção penal.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA

A revolução tecnológica e o processo de globalização, com o incremento de novas incertezas e instabilidades, tornaram as relações sociais contemporâneas mais complexas, fomentando uma sensação de insegurança na sociedade. Isso porque, a relação entre evolução tecnológica e incrementos de riscos, nesse contexto, é inegável. Tal evolução, como não poderia ser diferente, também serve às práticas delitivas, criando novos riscos e potencializando outros já existentes.

2.1 Breves considerações sobre a sociedade de risco

Na década de 1980, Ulrich Beck denominou como sociedade de risco a complexa modernidade que estava a surgir após a revolução industrial. Para o sociólogo alemão, a sociedade, inserida num processo de globalização, com bases sólidas na indústria, na família e na religião,

estava migrando para uma sociedade moderna, dinâmica e alicerçada na revolução científica. (Maya, 2019, p. 53).

Os riscos sempre estiveram presentes na sociedade, mesmo antes da revolução industrial; entretanto, estavam vinculados as causas naturais, e não às consequências e efeitos imediatos das atividades humanas. O processo de globalização fez com que a sociedade preocupasse com os os perigos e riscos advindos de uma nova dimensão global, onde as transformações constantes e os indeterminados resultados colocam em dúvida a sua capacidade de organização. (Beck; Giddens; Lash, 1997, p.31)

Importante ressaltar, que o conceito de sociedade de risco, cunhado por Beck, não se caracteriza pela análise do risco de forma estática ou isolada, mas pela afetação desses riscos nas relações sociais frente ao medo e à insegurança. Nesse contexto, como forma de enfrentar esses riscos, o indivíduo moderno torna-se mais individualista, rompendo com vínculos tradicionais da sociedade industrial e aproximando-se de fenômenos culturais e sociais. (Beck, 1998, p. 126).

Bauman (2008, p. 127-132) destaca que os riscos criados e potencializados pela evolução científica disseminam na sociedade os sentimentos de insegurança e desamparo, que somados aos efeitos da globalização e da lógica capitalista, geram desemprego e violência, configurando, assim um cenário pessimista da sociedade. De acordo com Giddens (2002, p. 21), o mundo moderno pode ser entendido como um mundo em descontrole, onde as mudanças sociais afetam mais fortemente os comportamentos dos indivíduos quando comparadas com as sociedades anteriores.

A fluidez das instituições, a inconstância das relações e a insegurança generalizada na sociedade contemporânea é definida por Bauman como uma modernidade líquida. Isso porque as relações sociais, econômicas e de produção, são frágeis e flexíveis, refletindo no avanço crescente da criminalidade e da insegurança, característicos da sociedade de consumo. Neste cenário, constata-se a transição de uma modernidade pesada e sólida para uma modernidade leve e líquida, muito mais dinâmica. (Bauman, 2008, p. 133)

No século XXI, com a ampliação do alcance da internet, o avanço dos meios de comunicação e a massificação das redes sociais, a sociedade tornou-se globalizada economicamente, socialmente e culturalmente. Castells denominou esse fenômeno como sociedade em rede, ou sociedade

da informação, cuja complexidade está relacionada ao uso da tecnologia no contexto social, político e econômico, mas agora, em escala global. (Maya, 2019, p. 55).

O meio ambiente, com a evolução do processo de produção de bens, o sistema econômico-financeiro, diante da revolução da internet e dos meios de comunicação, a paz pública, em face dos crimes cibernéticos, dentre outros riscos; são potencializados pelo desconhecimento dos efeitos dessas ameaças e pela exploração desses riscos por parte da imprensa e das redes sociais. (Maya, 2019, p. 55).

Diante desse cenário, o Estado, com a pretensão de propiciar mais segurança, busca dar mais eficiência à persecução penal, expandindo, assim, o Direito Penal.

2.2 A expansão do direito penal e o direito fundamental à segurança

A resposta imediata do Estado frente ao surgimento de novos riscos e potencialização de outros, com a pretensão de estabelecer uma sensação de maior segurança, em regra, se dá pela expansão do Direito Penal. A criação de novos dispositivos legais visa contemplar fatos até então não abarcados pelo Direito Penal; que, inseridos numa sociedade da informação, ganham relevância e importância em grande velocidade, criando expectativas na sociedade.

Por sua vez, a expansão do controle penal não ocorre somente mediante a criação de novos bens jurídicos-penais, mas também pela ampliação dos espaços de riscos jurídicos penalmente relevantes, pela flexibilização das regras de imputação e pela relativização dos princípios políticos criminais de garantia. Nas últimas décadas, o princípio da intervenção mínima, essência do modelo garantista, vem perdendo espaço para uma demanda social de mais proteção frente ao surgimento de novos riscos. (Silva Sánchez, 2013, p. 26-27).

Dessa forma, o Direito Penal, com a necessidade da prevenção e da tutela antecipada, passa a tipificar condutas que atentam contra bens coletivos, adotando, preferencialmente, delitos de perigo abstrato. Na busca de uma maior efetividade da intervenção penal, ocorrem significativas mudanças no sistema de responsabilização, flexibilização de

garantias materiais e processuais, preferências por normas penais em branco, inclinação pela política da tolerância zero, aumento de leis de emergência e leis com viés securitário. (Faria Costa, 2010, p. 60).

O crime organizado, com o avanço da tecnologia, passou a adotar novas técnicas nas condutas delitivas, tornando as ações mais rápidas, quase instantâneas, e dificultando a investigação criminal. Esses novos riscos, que atingem diretamente o Direito Penal, advindos do desenvolvimento tecnológico, geram uma sensação de incerteza na sociedade, exigindo novos mecanismos no combate da criminalidade. (Silva Sánchez, 2013, p. 37-38).

No Brasil, nas últimas décadas, com o advento da Lei 12.850/1013, que trata das organizações criminosas e dos meios de obtenção de prova, aliado ao incremento dos institutos da colaboração premiada, do acordo de leniência e do acordo de não persecução penal, ocorreu uma “aceleração” da persecução penal quanto ao enfrentamento dos crimes de lavagem de dinheiro, empresariais e praticados contra a administração pública. E justamente, por tentar acompanhar a velocidade em que os delitos são praticados, num contexto de prevenção frente aos novos riscos, é que ocorre a flexibilização tanto das regras de Direito Penal quanto de Processo Penal. (Maya, 2019, p. 57-59).

A Constituição Federal, nos artigos 5º e 6º, inseridos no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, traz a segurança, no seu aspecto formal, com um dos direitos fundamentais. Estabelece, ainda, expressamente no artigo 144, que a segurança pública é um dever do Estado e um direito e responsabilidade de todos, a fim de garantir a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. (Brasil, 1988).

O processo penal, assim como visa garantir os direitos dos sujeitos processuais contra as ingerências do Estado, objetiva assegurar a efetividade da tutela penal. Para tanto, diante dos novos riscos e a potencialização de outros, baseado no dever constitucional de proteção, cabe ao direito penal a modernização quanto aos mecanismos de prevenção e repressão das práticas delitivas que ofendem bens jurídicos complexos. (Fischer; Pereira, 2018, p. 72).

Os direitos fundamentais, ao mesmo tempo que constituem limites a persecução penal, são fontes da sua legitimação. A segurança é um bem jurídico que condiciona o exercício dos direitos fundamentais,

abrangendo a esfera de proteção tanto dos direitos individuais, como a liberdade, a integridade corporal e a propriedade; quanto dos direitos coletivos, como o meio ambiente, a ordem econômica e a paz. (Baltazar Júnior, 2010, p. 187).

A tradicional função do processo penal, de limitar o exercício do poder punitivo do Estado, protegendo as liberdades individuais, cede espaço para a função de concretização da proteção dos direitos fundamentais. Nesse contexto, diante do dever objetivo de assegurar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, impõe-se ao Estado o direito fundamental à segurança.

3 A PROVA NO PROCESSO PENAL

O Direito irá atuar sempre que alguém praticar uma conduta definida em lei como crime, suficiente para causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem ou valor juridicamente protegido. Tal compromisso é monopólio do Estado, uma atividade jurisdicional irrenunciável, rejeitando-se qualquer forma de solução privada ou unilateral dos conflitos. (Pacelli, 2014, p. 327-328).

O objeto da prova sempre será a alegação de um fato, e não o fato em si mesmo. Isso porque, no mundo real, os fatos ocorreram ou não ocorreram, não admitindo qualquer valoração. Por outro lado, no processo, os conhecimentos, percepções, opiniões e juízos alegados pelas partes podem ou não corresponderem aos fatos, ou seja, podem ser considerados verdadeiros ou falsos. (Badaró, 2003, p. 159).

Cabe ao processo penal proceder à reconstrução histórica dos fatos, de acordo com as regras legais que disciplinam a investigação e o devido processo legal. Para tanto, a prova penal é utilizada como meio de convencimento do juiz da ocorrência ou não de fatos relevantes para o julgamento do processo.

3.1 A prova como produto da racionalidade científica

A reconstrução dos fatos investigados ocorre, de acordo com as regras legais que disciplinam a investigação e o devido processo legal, através da materialização da prova. O convencimento do juiz é baseado na verdade do processo, que, por sua vez, devido ao processo ser um

instrumento falível, pode não corresponder à verdade dos fatos. (Lopes Júnior, 2016, n.p.).

A verdade processual traduz um valor que legitima a atividade jurisdicional, trata-se de uma verdade necessariamente relativa, que reflete a maior aproximação possível daquilo que se denomina verdade. Apesar da impossibilidade de se alcançar uma verdade incontestável dos fatos, deve-se buscá-la como único critério aceitável para uma decisão justa. (Badaró, 2017, p. 386).

Nesse sentido, a verdade processual sempre será uma verdade reconstruída, independente dos métodos utilizados para a comprovação dos fatos alegados em juízo, estando relacionado ao grau de contribuição das partes e da determinação da certeza do juiz. (Pacelli, 2014, p. 334). A busca da verdade não é o fim último do processo penal, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios, mas sim para a correta aplicação da lei penal. (Badaró, 2017, p. 389).

A construção da verdade processual, após transitar em julgado a decisão final, produz a certeza jurídica, que poderá, ou não, corresponder à verdade dos fatos, mas irá estabilizar a controvérsia objeto da jurisdição penal, incidindo, assim, todas as consequências legais e constitucionais. (Pacelli, 2014, p. 328). As provas são os meios através dos quais se faz essa reconstrução aproximada de um determinado fato histórico, com o objetivo de instruir e proporcionar o conhecimento suficiente para o julgador tomar uma decisão. (Lopes Júnior, 2016, n.p.).

A retrospectiva do processo penal tem a finalidade, através das provas, de criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitima o poder concretizado na sentença. A decisão judicial não é, necessariamente, a revelação da verdade, mas a escolha dos significados que parecem válidos ao juiz; tendo como resultado final seu convencimento, construído nos limites do contraditório e do devido processo legal. (Lopes Júnior, 2016, n.p.).

A prova se coloca como um mecanismo que permite a escolha racional entre as diversas hipóteses sobre os fatos debatidos no processo. Partindo-se da premissa de que é possível a reconstrução dos fatos, ainda que esta não reflita uma verdade absoluta, a prova assume a função de fundamentar a escolha pela versão dos fatos que possa se definir como

verdadeira. Contudo, a ausência de prova que forneça o grau de convencimento de uma das hipóteses fáticas, relevantes para a decisão da causa, não significa a confirmação da hipótese contrária, mas sim a incerteza sobre o fato. (Badaró, 2003, p. 161-162).

Pode-se afirmar, portanto, que a certeza do juiz é a verdade do processo, que, por sua vez, pode não corresponder à verdade dos fatos. Tal premissa deriva da assertiva que o processo é um instrumento falível, capaz de construir a certeza do juiz sobre um erro, ou, ainda, não conseguir demonstrar a verdade de modo a torná-la crível ao magistrado. (Badaró, 2003, p. 26).

Nesse contexto, a prova assume a função de fundamentar racionalmente a escolha entre as diversas hipóteses sobre os fatos alegados no processo. O procedimento de construção da verdade deve obedecer a um rigor procedimental, a fim de não legitimar uma pretensão punitiva injustificada.

3.2 A regra probatória e o dever de recorrer aos recursos disponíveis para provar

Os elementos produzidos dentro do processo, materializados como prova, tem o objetivo de verificar as alegações sobre a ocorrência de determinados fatos, tratando-se do instrumento de análise do tema probatório, que pode ser constatado de forma oral, documental ou material. Partindo da premissa que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. A carga de descobrir hipóteses e provas é da acusação, tendo a defesa o direito, e não o dever, de contradizê-las. (Lopes Júnior, 2016, n.p.).

A atribuição da carga probatória ao acusador, baseada no princípio da presunção de inocência, é reforçada pelo princípio do *in dubio pro reo*, que define como regra que o réu não será condenado sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada. Caso não se tenha alcançado esse grau de convencimento em relação à prova da autoria e da materialidade, a absolvição será imperativa. Assim, além do ônus de provar o alegado, o acusador também deve “derrubar” a presunção da inocência. (Lopes Júnior, 2016, n.p.).

Na sistemática do processo penal, acusação e defesa, em todos os momentos processuais, possuem o direito de influir no convencimento do julgador, baseado no direito fundamental à prova, na igualdade de oportunidades e no afastamento de qualquer obstáculo à demonstração fática pretendida pelas partes. A defesa não possui o encargo da prova, mas sim a oportunidade de provar fatos e circunstâncias capazes de gerar dúvida ou até mesmo afastar completamente a tese acusatória, pois o que comporta demonstração é a culpa e não a inocência. (Giacomolli, 2016, n.p.).

Por outro lado, a defesa, ao não provar nenhuma das suas teses, como de estar em lugar diverso no momento do crime, por exemplo, permitirá a acusação avançar na demonstração da tese acusatória. A defesa, ao perder uma chance probatória, alicerçada somente na presunção de inocência, não terá um prejuízo processual; entretanto, assumirá o risco de uma sentença desfavorável. Caso o encargo probatório da tese acusatória restar atendido, estará superada, de forma racional, qualquer dúvida quanto à inocência do réu. (Lopes Júnior, 2016, n.p.).

Dessa forma, a produção de provas não está restrita a acusação; a defesa também tem interesse em comprovar suas teses, apontando falhas do órgão acusatório, desfazendo provas contrárias ao interesse defensivo, levantando contradições em depoimentos, perícias e acareações, apresentando documentos e valendo-se de todos os meios lícitos para a demonstração cabal da sua inocência.

4 OS AVANÇOS CIENTÍFICOS E A PROVA GENÉTICA

A implementação de mecanismos processuais aptos a propiciar um resultado eficaz, com respeito aos direitos e garantias fundamentais, é uma exigência da sociedade contemporânea. A necessidade e a obrigação de tutela penal exigem métodos de investigação adequados a essa formatação social, sem as quais a persecução penal não será efetiva. (Maya, 2019, p. 60).

As alterações ocorridas na lei de identificação criminal aprimoraram as técnicas de investigação. O perfil genético coletado de uma pessoa, como forma de identificação criminal, ao ser comparado com materiais genéticos deixados no local de um determinado crime, pode configurar, colecionados aos demais indícios e informações existentes no

processo, uma prova consistente de autoria ou, ainda, afastar a responsabilidade criminal do imputado. (Pacelli, 2014, p. 397).

4.1 A identificação criminal

A identificação criminal é entendida como a reunião de informações válidas e confiáveis que permitem individualizar uma determinada pessoa sujeita a um processo criminal ou ao inquérito policial. A individualização poderá ocorrer, dentre outros meios, através da coleta impressões datiloscópicas, de dados referentes à identificação física, do modus operandi, de fotografia e de sinais peculiares.

A Constituição Federal, no inciso LVIII do artigo 5º, inseriu, como direito individual, a inviabilidade de se proceder à identificação criminal da pessoa civilmente identificada, salvo nas hipóteses previstas em lei. (Brasil, 1988). A Lei 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal, trouxe no seu artigo 3º, as hipóteses de identificação criminal da pessoa civilmente identificada,² que ocorrerá através de processo datiloscópico e fotográfico, conforme dispõe o artigo 5º do referido diploma legal. (Brasil, 2009).

A Lei 12.654/12, por sua vez, incluiu a coleta de material genético como uma das formas possíveis de identificação criminal. (Brasil, 2012). Na hipótese da identificação criminal ser essencial às investigações policiais, poderá, mediante autorização do juízo competente, ocorrer, também, a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, conforme previsto no parágrafo único do artigo 5º da Lei 12.037/09. (Brasil, 2009).

2 Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I - o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II - o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III - o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV - a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa (grifo nosso); V - constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI - o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado. (BRASIL, 2009).

O requisito legal de ser essencial às investigações somente restará atendido quando o pedido estiver devidamente fundamentado, além de demonstrado, no caso concreto, a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a última *ratio* do sistema. A coleta de material genético para fins probatórios, diferentemente dos condenados, pode ocorrer em virtude da investigação da prática de qualquer delito, não existindo um rol de crimes estabelecido para este fim. (Lopes Júnior, 2016, n.p.).

A autorização judicial, da mesma forma, torna-se indispensável, na medida em que a coleta de material genético reporta restrição aos direitos fundamentais do acusado, devendo o juiz decidir de forma fundamentada, ponderando e justificando a necessidade e adequação da medida. Isto porque, a restrição à garantia contra a autoincriminação e a esfera de privacidade do acusado não podem ser vistas como uma banalização da intervenção corporal. (Lopes Júnior, 2016, n.p.).

A Lei 7.210/84, que dispõe sobre a Lei de Execução Penal, traz no seu artigo 9º-A, a extração de DNA de forma obrigatória para identificação do perfil genético dos condenados por crimes dolosos, com violência grave contra a pessoa, contra a vida, contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável, quando do ingresso no estabelecimento prisional. (Brasil, 1984). Nestas hipóteses, não se faz necessário autorização judicial, tendo como único requisito legal a natureza do crime objeto da condenação. (Lopes Júnior, 2016, n.p.).

A identificação criminal da pessoa a quem se imputa um delito se torna indispensável na individualização da conduta, a fim de evitar a punição de pessoa diversa. Apontar o autor certo e determinado, sem qualquer duplicidade, da infração penal, evita o erro judiciário; impedindo que o inocente reste processado, condenado e punido no lugar do culpado.

4.2 A PROVA GENÉTICA

A integração dos conhecimentos disponibiliza formas de produção probatória essenciais para que o grau de certeza da decisão criminal resulte na redução do erro judicial. Para tanto, os meios de prova devem ser sempre submetidos aos princípios do processo penal e analisados, especialmente, sob o viés do princípio da dignidade humana. (Guedes; Felix, 2014, p. 173).

Inicialmente, cabe destacar que o DNA – ácido desoxirribonucleico – foi utilizado pela primeira vez no ano de 1986, na Inglaterra, na identificação de um homicida que vitimou e violentou duas moças. Na oportunidade, três mil e quinhentos homens aceitaram submeter-se ao exame de DNA, tendo o homicida, após apresentar um amigo no seu lugar para realizar o exame, sido devidamente identificado. Posteriormente, o exame de DNA passou a ser utilizado amplamente na Europa e nos Estados Unidos, tanto pela acusação quanto pela defesa. No Brasil, sua utilização passou a ser corriqueira, principalmente nos exames de paternidade, a partir do final da década de 1990. (Queijo, 2012, p. 292-293).

Nos últimos anos, ocorreu grande avanço nas técnicas para mapear e sequenciar o genoma humano, o que possibilitou a tipagem do DNA e a consequente identificação de pessoas. (Medeiros, 2009, p.7). O desenvolvimento das tecnologias sobre o genoma humano, no âmbito do processo penal, apresenta resultados positivos quanto à identificação de vítimas e de autorias delitivas. (Callegari; Wermuth; Engelmann, 2012, n.p.).

A introdução da ferramenta RFLP (*restriction fragment length polymorphism*) possibilitou a identificação humana com maior poder individualizador. Por sua vez, a descoberta do DNA genômico de sequências hipervariáveis, VNTRs (*variable number tandem repeats*) e, posteriormente, em unidades menores de repetições STRs (*shorts tandem repeats*), permitiu que o exame de DNA pudesse ser realizado com quantidades ínfimas de qualquer material biológico, possibilitando, assim, melhores resultados na amplificação dos fragmentos de DNA presentes em materiais degradados. (Medeiros, 2009, p. 13-15).

Existe, ainda, a análise seriada da expressão gênica SAGE (*serial analysis of gene expression*), criada em 1995, que possibilita uma ampla visão da atividade gênica em sua totalidade com apenas uma pequena amostra biológica. (Ruiz, 2016, n.p.). A técnica mais utilizada pelo corpo médico forense é STR (*shorts tandem repeat*), que, por ser automatizada e ter grande poder de discriminação, possibilita a análise de amostras degradadas. Por sua vez, o PCR (*polymerase chain reaction*), responsável pelo processo pelo qual as células replicam seu DNA, permite análises pormenorizadas. (Medeiros, 2009, p. 78).

A estrutura do DNA – composta por cerca de três bilhões de nucleotídeos ligados uns aos outros, e formada por uma escada espiralada

com corrimões de fosfato e sacarose e degraus composto pelas bases de adenina, timina, guanina, citosina, unidas por pontes de hidrogênio, dispostas em um eixo central – proporciona, por meio da análise dos cromossomas, a identificação segura dos portadores das células selecionadas. Tais combinações repetidas em cada célula darão as características próprias de cada pessoa, as quais são imutáveis por toda a vida. (Medeiros, 2009, p. 13).

A evolução técnica da análise do DNA, ocorrida nas últimas décadas, permite extrair com precisão a identificação das pessoas, bem como definir a quem pertence determinado material genético que possa ser utilizado com prova. (Medeiros, 2009, p. 15). O código genético de cada indivíduo, com exceção dos gêmeos idênticos e univitelinos, é geneticamente diferente do outro. A identificação genética do ser humano é estável, ou seja, sua individualidade biológica é permanente. Tal premissa permite afirmar que cada pessoa é representada de forma exclusiva através de seu DNA e na igualdade e invariabilidade deste em todas as células do organismo ao longo de sua vida. (Ruiz, 2016, n.p.).

O perito forense, ao realizar o exame de DNA, deve ter à sua disposição o mapa genômico, a amostra devidamente acondicionada e preservada, com a indicação da sua natureza e o local onde foi coletada, para, assim, realizar comparações e chegar a conclusões que interessam o conjunto probante. Na comparação entre DNAs de duas pessoas, analisam-se somente as regiões, chamadas de marcadores genéticos, sendo escolhidas aquelas que apresentam maior variação individual e facilidade de estudo. (Medeiros, 2009, p. 44).

De acordo com o teorema de *Bayes*, geralmente utilizado pelo perito forense como critério de valoração estatística e de probabilidade, o cálculo de culpabilidade ou inocência deve considerar também a frequência que os marcadores genéticos analisados estão presentes na população em geral, para estabelecer a frequência dos fenótipos dos diferentes marcadores nos numerosos grupos da população. Dessa forma, o juiz poderá analisar o laudo pericial criticamente, verificando a porcentagem de identificação da pessoa questionada. (Ruiz, 2016, n.p.).

Apesar de ser um vestígio biológico, o DNA é considerado pelos peritos forenses um dos exames periciais mais seguros e completos. Dentre algumas características importantes de serem destacadas está o fato do DNA manter-se em perfeitas condições mesmo sob efeito do calor

de até 100° C. (Medeiros, 2009, p. 74). O DNA não é tão deteriorável como as marcas deixadas pelas digitais, que podem ser parciais ou não identificáveis, sendo objeto de análise até mesmo o corpo carbonizado ou mumificado. (Ruiz, 2016, n.p.).

O DNA mitocondrial, que também pode ser utilizado para a identificação de uma pessoa, é útil somente para comparações em linha de ascendência materna. (Ruiz, 2016, n.p.). É certo, também, que o DNA mitocondrial, apesar de estar sujeito, assim como os demais, a ação das enzimas, bactérias e fungos, é mais seguro e completo em caso de identificação por amostras degradadas. (Medeiros, 2009, p. 75).

As evidências existentes na cena do crime sempre são de grande valia para a investigação criminal. A grande dificuldade encontrada na análise de vestígios biológicos trata-se da contaminação por mistura biológica de outras pessoas. A coleta de DNA deve ser realizada pelo menor número de pessoas, sendo necessário, dentre outros procedimentos, a utilização de um par de luvas para cada vestígio, o acondicionamento individual e em recipientes adequados, a redução do contato direto com as evidências e a não utilização de formol, fixador, reagente químico ou reveladores nocivos àquela substância armazenada. (Medeiros, 2009, p. 76).

Outro aspecto refere-se à forma de coleta do DNA, que pode ser realizada de maneira invasiva, como nos exames de sangue, ou não invasiva, através dos fios de cabelo, por exemplo. A obtenção do DNA através da saliva pode ser considerada invasiva, como na coleta de células bucais por *swabs* orais, ou não invasiva, por materiais dispensados pelo acusado, que ao serem utilizados deixem resquícios de material genético. (Queijo, 2012, p. 294-296).

A extração de material genético deverá ocorrer sempre de maneira adequada e indolor. O legislador, contudo, não estabeleceu a forma e o procedimento para extração de material biológico diante da possibilidade do acusado não consentir com a coleta obrigatória; tão pouco definiu a espécie de material a ser coletado: saliva, sangue, cabelo ou outro material genético. (Guedes; Felix, 2014, p. 165-166).

O exame de DNA possui caráter subsidiário à investigação criminal, uma vez que, por si só, a coincidência de perfis genéticos não equivale à culpabilidade do acusado. Para tanto, faz-se necessário o convencimento

do juiz através das demais provas do processo, a fim de complementar as circunstâncias fáticas não trazidas pela prova genética. (Ruiz, 2016, n.p.).

Isso porque, as provas periciais, inclusive as provas genéticas, serão sempre provas relativas, não existindo valor decisivo ou necessariamente de maior prestígio que as outras. A perícia não configura a materialidade do delito, constitui, na verdade, uma porção do tipo penal, esclarecendo aspectos relacionados à sua autoria. (Lopes Júnior, 2016, n.p.).

Não resta dúvida, portanto, que o exame de DNA é um dos meios mais eficazes para identificação tanto de pessoas quanto de vestígios vinculados às cenas de crimes, tornando-se, com o avanço científico, uma ferramenta fundamental no combate as práticas delitivas de alta velocidade.

5 CONCLUSÃO

O direito fundamental à segurança não deve ser entendido exclusivamente como direito à segurança pública ou segurança jurídica, mas pelo exercício do dever de proteção do Estado frente aos riscos da sociedade, limitado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais. Não há qualquer incompatibilidade entre a aplicação da lei penal e a proteção dos direitos fundamentais.

O Estado, incumbido do dever de proteção, utiliza tanto o direito penal quanto o direito processual penal como recurso para a proteção dos direitos fundamentais. Ao restringir a liberdade do réu ou do investigado, visando garantir o direito à segurança, o Estado também garante os direitos fundamentais das vítimas, que podem, no caso de omissão, serem violados.

O surgimento de novos e potencializados riscos, aliado à pretensão de criar uma sensação de maior segurança, faz com que o Estado, em regra, promova a expansão do Direito Penal, com a criação de novos dispositivos legais. Contudo, diante do avanço da tecnologia, que também atua a serviço do crime organizado, faz-se necessário novos mecanismos de combate à criminalidade.

A persecução penal, utilizada pelo Estado como resposta frente aos riscos novos e potencializados da sociedade contemporânea, advindos do processo de globalização e da evolução constante da tecnologia

e dos meios de comunicação, necessita adequar-se ao novo formato do chamado “mundo moderno”, sob pena de não ser efetiva.

Nesse sentido, com o desenvolvimento científico sobre as formas de extração e análise do DNA, as provas genéticas colocam-se numa posição de destaque na persecução penal. Isso porque, a coleta de perfil genético do imputado e sua comparação com o material biológico encontrado no local do crime pode constituir uma prova rápida e contundente quanto à identificação da autoria de determinado delito, fazendo com que a persecução penal se torne mais efetiva.

As provas permitem ao juiz, através da atividade recognitiva acerca de um fato passado, escolher, de forma racional e fundamentada, dentre as diversas hipóteses fáticas alegadas pelas partes, aquela que lhe fornece maior grau de convencimento. Assim, através da construção de uma verdade processual, baseada nos direitos e garantias constitucionais, capaz de produzir a certeza jurídica necessária para estabilizar a controvérsia objeto da jurisdição penal, evitasse o erro judiciário.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o a prova genética não só pode, como deve, ser utilizada como ferramenta para responder as práticas delitivas de alta velocidade, auxiliando, com rapidez e precisão, na identificação de pessoas e vestígios, sob pena da persecução penal não ser efetiva.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott (Org.). **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Unesp, 1997

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidade**. Barcelona: Paidós, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 12.037, de 01 de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm. Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. **DNA e a Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FARIA COSTA, José de. **Direito Penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais**. Coimbra editora: Coimbra, 2010.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

GUEDES, Gabriel Pinto, FELIX, Yuri. A Identificação Genética na Lei n.º 12.654/2012 e os Princípios de Direito Processual Penal no Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Criminais**, Ano XII, n.º 53, p. 157-179, abr./jun. 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAYA, André Machado. A justiça penal negociar como horizonte para um novo processo penal. In: MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia (Org.). **Direito Fundamental à Segurança e Direitos de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal**. Porto Alegre: FMP, 2019.

MEDEIROS, Roberto José. **A Genética na Prova Penal**. São Paulo: Pillares, 2009.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RUIZ, Thiago. **A Prova Genética no Processo Penal**. São Paulo: Almedina, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REVOGAÇÃO DA LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A (DES)PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: BREVE DISCUSSÃO SOBRE A NECESSÁRIA MANUTENÇÃO DA LEI 12.318/2010

DESYRRÊ MORAES LEMES MOTA^{1*}
HELENA GIL KLEIN^{2**}

1 INTRODUÇÃO

A dissolução da união afetiva entre os genitores tem se mostrado como um dos grandes desafios no exercício de uma parentalidade efetivamente responsável. Nesse cenário de rompimento conjugal, por vezes enlaçados por sentimentos negativos, o processo de separação pode ensejar a utilização dos filhos como meio de ardilosas artimanhas parentais que buscam afastar o genitor não guardião da convivência com a prole, em manifesta alienação parental.

A percepção da alteração de comportamento das crianças e adolescentes, envolvidos em cenários de conflitos ligados ao divórcio hostil dos pais, gerou uma série de estudos e investigação sobre as suas causas. O fenômeno ficou mais conhecido após a difusão dos textos do psiquiatra

1 * Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela EBRADI. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Crianças e Adolescentes e Constituição Federal”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. endereço eletrônico desyrradv@gmail.com.

2 ** Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS); Pesquisadora do Grupo de Pesquisa de Direito de Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS. Advogada. endereço eletrônico: helenaklein.adv@gmail.com.

Richard Gardner, o qual identificou a Síndrome da Alienação Parental (SAP) como sendo o desenvolvimento de um conjunto de sintomas psicológicos resultado da exposição dos filhos à programação e manipulação no cenário das dissoluções conjugais litigiosas.

No Brasil, desde 2010, a partir da Lei 12.318, denominada Lei da Alienação Parental, buscam-se mecanismos hábeis a coibir os atos alienadores a fim de que, naquela criança ou adolescente alienado, não se instaure a SAP, deixando danos irreversíveis aos envolvidos.

Ocorre que, na contramão do argumento protetivo da lei da alienação parental, cresce o movimento que sustenta que esta não tem apresentado os resultados pretendidos de redução das práticas nocivas da alienação parental, afirmando, especialmente, que a referida legislação demonstra ser uma resposta conservadora.

Aliando-se a esta contenda, após instaurar Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) de Maus-tratos, que investigou casos de violência contra crianças e adolescentes entre 2017 e 2019, a Comissão de Direitos Humanos (CDH) aprovou o projeto que revoga integralmente a Lei da Alienação Parental (Lei 12.318, de 2010). O Projeto de Lei 1.372/2023, apresentado pelo Senador Magno Malta recebeu voto favorável da Senadora Damares Alves e agora segue para a Comissão de Assuntos Sociais (CAS).

A aprovação do projeto reacendeu a discussão sobre a revogação da Lei de Alienação Parental. Diante da particularidade de tal fenômeno, através da utilização do método dedutivo, por meio das técnicas de pesquisa de bibliografia, compreendidas em publicações doutrinárias e acadêmicas, e legislativa, a pesquisa buscou compreender qual o impacto de eventual revogação da lei da alienação parental no bem-estar emocional e psicológico das crianças e adolescentes envolvidas, a partir da estruturação do estudo em três partes.

Na primeira conceitua-se a alienação parental, a diferença da síndrome e os seus estágios e a legislação vigente; na segunda parte, aborda-se o projeto de lei 1.373/202 e os riscos em caso de eventual revogação da LAP; por fim, expõe-se sobre a necessária manutenção da Lei 12.318/2010, realizando-se reflexões sobre os avanços pertinentes à melhor aplicabilidade da lei.

2 FENÔMENO DA ALIENAÇÃO PARENTAL NAS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS

Desde os tempos remotos a ruptura do vínculo conjugal acarreta efeitos psicológicos, sentimentais e emocionais nas partes envolvidas, em especial quando um dos cônjuges ou companheiros não concorda com o término da relação ou não há consenso com aspectos relativos a este como, por exemplo, a forma de partilha do patrimônio.

Havendo prole comum, é recorrente que, por qualquer que seja o motivo que deu início ao litígio e ao término da relação afetiva, os seus efeitos recaiam sobre os filhos, em especial crianças ou adolescentes. Modo contrário ao dever de cuidado dos filhos para com os pais, os genitores acabam envolvendo-os em impasses, conflitos e disputas parentais, causando confusão e incerteza em relação às figuras que deveriam ser sinônimo de proteção e segurança (Duarte, 2020, p. 43).

Incapazes de entrarem em consenso após o fim da relação, pais e mães iniciam disputas cujo objetivo é demonstrar que o outro é um mau genitor, tornando o foco o combate entre si, tratando os filhos como instrumento de barganha e vingança pela relação que terminou. É a partir destes conflitos e da utilização dos filhos para fomentá-los que surge a alienação parental.

Em 1985, Richard Gardner, professor de Psiquiatria Clínica do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos, apresentou a primeira definição da Síndrome da Alienação Parental – SAP como “conjunto dos sintomas provocados pela alienação parental ou alijamento da prole em desfavor de um genitor ou mesmo da família estendida” (Madaleno; Madaleno, 2022, p. 29). Fenômeno, este, decorrente de um conflito no divórcio litigioso em que há uma injustificada rejeição de um filho com o pai que não detém a guarda.

A conotação “síndrome” não é adotada pela legislação brasileira em razão de não constar na Classificação Internacional de Doenças (CID), abordando a lei, primeiramente, sobre a exclusão proposital da prole realizada em desfavor de um genitor e não acerca de seus sintomas e consequências.

Na busca pelas razões que levam o alienante à prática de tais atos, a medicina tentou identificar se o fenômeno poderia ocorrer em decorrência de uma síndrome, ou seja, mediante um diagnóstico técnico por

profissionais da área da saúde. No entanto, verificou-se que a alienação parental se apresenta como um fato proposital e não somente em decorrência de consequências sintomáticas (Madaleno; Madaleno, 2022, p. 29).

Mesmo não se encaixando nos manuais médicos como um diagnóstico, nesse ambiente no qual o amor dá espaço a sentimentos como raiva, rancor e ódio, a prática da alienação acontece. O genitor deixa de lado a harmonia do lar para despertar no filho sentimentos negativos e que desabonem o papel do outro, a todo custo com um único objetivo: “o de criar um filho órfão de pai vivo” (Rosa, 2022, p. 618).

A utilização dos como instrumentos de vingança do desamor e frustrações dos pais é uma prática complexa e extremamente abusiva, a qual impacta negativamente no desenvolvimento da personalidade e da saúde emocional e psicológica dos envolvidos, em especial dos filhos (Pereira, 2020, p. 422) que, após intensa exposição a essa interferência, passa a acreditar que foi abandonado. Os danos decorrentes dessa ausência injustificada poderão ser externados na forma de isolamento, baixo rendimento escolar, depressão, melancolia e condutas antissociais (Pinho, 2013, p. 43).

A Alienação Parental é o processo que precede a Síndrome, pois ocorre quando a criança ainda não absorveu por completo o aborrecimento do pai alienador em desfavor do alienado, é a fase centrada no comportamento parental. (Madaleno; Madaleno, 2022, p. 36)

Aponta-se três estágios que identificam a ocorrência, progressão e gravidade da Alienação Parental para a Síndrome da Alienação Parental, são eles: I – ligeiro ou leve, “a criança demonstra sentimento de culpa e um mal-estar em relação ao alienante por ser afetuoso com o outro”; II – moderado ou médio, “aparecem os primeiros sintomas de que um genitor é bom e outro é mau”; III – grave, “o habitual é que o pânico, as crises de choro, explosões de violência e gritos do menor impeçam a continuidade do regime de visitas” (Madaleno; Madaleno, 2022, p. 36-38).

No estágio leve não é necessária a quebra de vínculo da criança com o alienador, de modo que a utilização de advertência, multa ou ampliação da convivência são suficientes para restabelecimento do vínculo. Quanto ao estágio moderado, além da aplicação das medidas do primeiro estágio, o acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, torna-se imprescindível. Já no que toca ao estágio grave, a aplicação de atos processuais brandos apenas fornecerá mais tempo e munição para o alienador.

Em atenção a este cenário beligerante causado, especialmente, pela dissolução litigiosa das relações amorosas, no Brasil foi promulgada a Lei 12.318/10, a qual busca conceituar a Alienação Parental e apresenta mecanismos para a sua coibição.

A Lei da Alienação Parental (LAP) possui o viés de prevenir a evolução de determinados atos de alienação, a fim de que esta não se instaure, tampouco enraíze-se em todo o sistema familiar, de maneira a não haver mais a possibilidade de restabelecer o convívio entre os atores envolvidos nessa dinâmica de desamor.

É importante destacar que LAP não trata da Síndrome da Alienação Parental, pois ela versa acerca de atos alienadores que, realizados em conjunto ou de forma reiterada, merecem a intervenção do Estado para a proteção das crianças e adolescentes. Trata-se de uma “resposta legislativa à necessidade social de proteção de crianças e adolescentes em cenários de conflitos familiares específicos.” (Ibdfam, 2023).

O artigo 2º da lei aponta que podem ser atos de alienação, além daqueles identificados pelo juiz ou constatados em perícia, campanhas que desqualifiquem o genitor, dificultem o convívio, o exercício parental e o contato com a prole, apresentar falsa denúncia contra o genitor, entre outros, reconhecendo que a prática desses atos fere direito fundamental da criança e do adolescente de convivência familiar saudável, afetando diretamente as relações e afetos do grupo familiar (Rosa, 2022, p. 618).

-
- 3 Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Caracterizados os atos de alienação parental, o juiz poderá, a requerimento ou *ex officio*, adotar medidas com o intuito de advertir e punir o alienador, como aplicação de multa, alteração da guarda, aumentar o convívio com o genitor alienador, determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente, assim como determinar acompanhamento psicológico para diminuir as consequências dos atos já realizados, nos termos do art. 6º da Lei 12.318/2010 (Oliveira; Filho, 2020, p. 5).

Em 18 de maio de 2022, a Lei da Alienação Parental teve seu texto alterado pela Lei nº 14.380/2010, promovendo alterações que visam uma melhora na garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes. Isso porque, traz a convivência assistida, em ambiente forense ou entidades conveniadas a Justiça, para o caso de haver denúncias de abuso sexual. Trata-se, nas palavras de Rosa “de uma possibilidade em que, em um ambiente normalmente impessoal e pouco acolhedor, possamos criar um refúgio para que esse momento seja vivenciado de maneira mais humanizada.” (Ibdfam, 2022).

A alteração legislativa reforçou, ainda: a importância das perícias psicológicas ou biopsicossociais, de modo a determinar a nomeação de peritos privados quando da ausência ou insuficiência dos serventuários para a realização do estudo; a apresentação das perícias em prazo determinado; e a avaliação periódica com emissão de laudo que contenha a avaliação do caso e a metodologia empregada, para os casos em que for determinado o acompanhamento psicológico e biopsicossocial.

Verifica-se, assim, que a Lei da Alienação Parental e a sua intervenção estatal diz respeito a proteção das crianças e adolescentes que vivenciam as mazelas do rompimento conjugal dos pais, tornando-se, através de um sério acompanhamento interdisciplinar, um importante instrumento para moderar e coibir comportamentos alienadores.

3 PROJETO DE LEI 1.372/2023 E A (DES)PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei de Alienação Parental passou a ser objeto de críticas após um grupo de mães alegarem que a legislação não trazia proteção de fato aos filhos, mas, sim, acabava por beneficiar genitores abusadores, uma vez que ao denunciarem o abuso sexual e não conseguindo produzir provas

do fato típico, perdiam a guarda dos filhos, precisando entregá-los aos genitores acusados (Feitor; Pinto, 2022, p. 56).

Neste mesmo sentido, o Projeto de Lei 1.372/2023 que prevê a revogação da Lei de Alienação Parental, foi proposto pelo Senador Magno Malta, o qual se justifica ao trazer que fatos explorados pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) dos Maus-tratos trouxeram à tona situações em que genitores que abusavam de seus filhos, induziam o outro genitor a formular denúncias falsas e precárias, para que pudessem se beneficiar de guarda compartilhada ou até mesmo de guarda ao seu favor, sendo esta brecha explorada sistematicamente por diversos genitores violentos e abusadores (Brasil, 2023, p. 4).

Os argumentos contrários à lei da alienação parental não são novidade, havendo também forte movimentação no âmbito internacional idênticos ao Projeto de Lei aqui discutido, alicerçando-se, essencialmente, ao fato de que o conceito de Síndrome da Alienação Parental não possui validação científica (Conselho Nacional da Saúde, 2022).

Muito embora os fundamentos adversos, é necessário nos atermos ao fato de que, sendo ou não a alienação parental uma patologia com classificação diagnóstica internacional, incumbe aos operadores do direito o dever proteger crianças e adolescentes que são vítimas dos pais (Madaleno; Madaleno, 2022, p. 204), não podendo omitirem-se diante da revelação de atos alienadores.

Entretanto, o Senador Magno Malta (Brasil, 2023, p. 5) segue afirmando que:

É fato que a Lei de Alienação Parental dá margem a manobras dos abusadores contra seus justos acusadores. O art. 4º, caput, combinado com o art. 6º dessa Lei, permite que, mesmo sem haver ocorrido, de fato, algum ato de alienação parental, um dos pais venha a perder, por meio de decisão liminar, a guarda compartilhada do filho, e fique proibido de tê-lo em sua companhia. Bastam, na verdade, alguns meros indícios da prática da alienação parental para que caiba a imposição de medida liminar proibitiva de companhia ou visitação.

No Brasil, quando não se há prova da prática abusadora contra criança e adolescente, não se enquadrando no tipo criminal previsto no Código Penal brasileiro, a convivência familiar é mantida, sob a justi-

ficativa de se existir ali uma falsa denúncia. O abuso sexual é de difícil comprovação, e sem esse conjunto probatório, os magistrados têm o dever de cautela, suspendendo temporariamente o poder familiar, e se não provado podem aplicar o artigo 6º da Lei de alienação parental, ficando evidente aqui a necessidade da atuação de profissionais extremamente qualificados para identificar tanto os abusos sexuais quanto a alienação parental (Feitor; Pinto, 2022, p. 65-66).

Existe de fato uma dificuldade em se reconhecer a alienação parental na prática e, claramente, a falta de respaldo científico para caracterizar a alienação dificulta este processo de reconhecimento. Mas, ainda assim, este fenômeno é reconhecido mundialmente (Madaleno; Madaleno, 2022, p. 210).

O Senador Magno Malta (Brasil, 2023, p. 6), justifica, ainda:

Como resultado dos trabalhos da CPI dos Maus-tratos, propusemos a revogação da Lei de Alienação Parental após tomar conhecimento das gravíssimas denúncias trazidas ao conhecimento do Senado Federal por diversas mães de crianças e adolescentes que, ao relatarem às autoridades policiais e ministeriais competentes as graves suspeitas de maus-tratos que os seus filhos poderiam ter sofrido, quando estavam sob os cuidados dos pais, perderam a guarda deles para os pais maltratantes, com base nas hipóteses de mudança de guarda previstas nessa mesma Lei.

Apesar da dificuldade em se produzir um acervo probatório que identifique a prática do abuso sexual contra crianças e adolescentes, e da prática da alienação parental, a revogação da Lei coloca em discussão a desproteção que pode ser gerada para crianças e adolescentes que vivenciam o desqualificar de um dos genitores, uma vez que a existência da alienação parental na sociedade foi a ensejadora do surgimento da Lei (Barbosa *et al.*, 2022, p. 39).

Equivoca-se o legislador ao falar que a Lei da Alienação Parental criou uma engrenagem processual de total desproteção da criança, servindo para defesa dos interesses de genitores acusados de violência doméstica, abusos sexuais e maus-tratos infantis, pois de outra forma a alienação parental não é invocada como defesa. Muito pelo contrário, a Lei possibilitou não só a identificação da prática, mas também trouxe

possibilidade de soluções para coibir e proteger os filhos (Feitor; Pinto, 2022, p. 68), e a sua revogação pode trazer riscos irreversíveis para o desenvolvimento saudável dos vulneráveis.

Não se olvida ao fato de que eventual aplicação da lei de forma desmensurada pode apresentar riscos a mulheres e crianças em situação de vulnerabilidade, no entanto, a sua revogação não é a solução, mas, sim, a sua manutenção.

Há uma gama de juristas⁴ que defendem a manutenção da Lei da Alienação Parental amparados, justamente, na proteção dos filhos. Cysne afirma que a revogação da lei traria uma “lacuna considerável com relação à efetivação da convivência familiar, um retrocesso com relação à proteção de crianças e adolescentes” (Ibdfam, 2023); Madaleno e Madaleno (2022, p. 213-214), afirmam que se estaria abandonando conjuntos de instrumentos processuais aptos a inibir e coibir os efeitos da alienação parental. Waquim (, 2021), por sua vez, é pontual na sua crítica à revogação da lei:

Há um movimento de revogação da Lei de Alienação Parental, por se dizer que a lei permite que abusadores sexuais fiquem com a guarda de seus filhos. O movimento esquece, porém, que a violência contra crianças e adolescentes não é perpetrada apenas por quem seja pedófilo: a violência (inclusive sexual) pode ser perpetrada por quem aliena.

(...)

Quem resume o debate da revogação da Lei de Alienação Parental ao fato de que “é uma lei que protege abusadores”, das duas, uma: ou tem ignorância sobre toda a complexidade do fenômeno violento que é praticar Alienação Parental, ou está mal-intencionado de defender a retirada de um importante instrumento jurídico protetivo.

Ainda que se discuta o caráter científico da alienação parental, esta é considerada maltrato e abuso psicológico, tornando-se, portanto, uma violência coercitiva em que a criança e o adolescente estão sujeitos quando há uma separação conjugal ou conflito entre os pais. Neste contexto, os filhos ficam cada vez mais vulneráveis por não conseguirem lidar emocionalmente com tal conflito (Feitor; Pinto, 2022, p. 59).

4 Neste sentido: MADALENO; MADALENO, 2022; PEREIRA, 2020; ROSA, 2022; ROSA, 2022; ROSA, 2018; SOUZA, 2020; WAQUIM, 2021.

A alienação parental pode trazer danos neurológicos severos causados pelo estresse que a situação gera para as crianças e adolescentes. Segundo evidências científicas, o ambiente propulsor do estresse se torna disfuncional, caracterizando traumas que pelo tempo prolongado de vivência leva a uma produção de adrenalina e cortisol no cérebro que pode provocar o encurtamento do hipocampo que é quem faz a gestão das emoções, afetando diretamente a formação do autoconceito (Feitor; Pinto, 2022, p. 59).

As inadequações existentes na Lei 12.3108/2010, imputam maiores alterações para que ela possa ser cada vez mais clara, objetiva e congruente para na sua aplicação. No entanto, sua revogação é uma medida extrema e prejudicial, pois apesar das críticas, a lei em si é sólida, e capaz de impedir a prática da alienação parental (Barbosa *et al.*, 2022, p. 50).

Diante de tantas consequências negativas que podem abarcar o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, a revogação da Lei colocaria em risco a possibilidade de se investigar de forma efetiva essa prática, que existe mascarada por um comportamento que parece nocivo ao desqualificar um dos genitores.

4 REFLEXÕES E AVANÇOS NECESSÁRIOS NA APLICAÇÃO DA LEI 12.318/2010

A Lei de Alienação Parental possibilitou que o judiciário se utilizasse de soluções que pudessem realmente combater condutas praticadas pelos genitores alienadores contra seus filhos, ainda que quanto ao genitor alienado, existem diversas críticas (Barbosa *et al.*, 2022, p. 47).

Como já mencionado, diversos são os motivos que levam os pais à prática da Alienação Parental, o desejo de vingança pelo fim do matrimônio, a centralização da educação do filho, a insatisfação gerada pela perda do patrimônio e mudança financeira (Müller, 2017, p. 55).

Processos litigiosos que surgem com o divórcio, vêm em sua maioria, carregados de atitudes hostis e agressivas, onde o ex-casal tem apenas o objetivo de “vencer”, usando muitas vezes os filhos como armas para alcançar o final desse embate egoisticamente satisfatório (Duarte, 2020, p. 43).

Apesar da hostilidade e agressividade presentes nos atos praticados por esses pais, nem sempre se identifica com facilidade as consequências e resultados da alienação. A própria Lei 12.318/2010 em seu artigo 5º retrata que o juiz pode determinar perícia psicológica ou biopsicossocial para assim obter informações técnicas que definam melhor a existência desses atos elencados no artigo 2º da referida Lei (Zavala, 2021, p. 4).

O comportamento talvez mais comum de ser identificado é a rejeição do filho em relação a um dos pais, normalmente acompanhando de sentimentos de medo e desgosto. Justamente neste contexto é que se faz necessária a perícia psicológica, pois este comportamento também pode ocorrer pela simples mudança de rotina após a separação dos pais ou até por um distanciamento justificado de um dos pais, onde a criança se distancia pela sua própria forma de interpretar as situações que ocorreram no meio familiar, sem a influência dos pais (Barros, 2022, p. 217).

Vale ressaltar que a criança ou o adolescente vítima dessa alienação, sofre consequências graves em relação a saúde mental, como por exemplo, ansiedade, depressão, baixa autoestima, pânico, nervosismos, dificuldade de adaptação e de se relacionar ou manter um relacionamento com alguém futuramente. Dentre estas consequências, outras diversas podem surgir, o que mais uma vez intensifica a necessidade da perícia psicológica, para avaliar as medidas que podem ser tomadas para coibir tal ato (Barros, 2022, P. 217).

Por isso o Conselho Federal de Psicologia, em sua Nota Técnica nº 4/2022 recomenda que os(as) psicólogos(as) que forem nomeados a identificar a Alienação Parental, não se atenham apenas ao que está definido em lei (até mesmo porque o rol que prevê os atos alienadores não é taxativo, mas tão somente exemplificativo), considerando também uma análise crítica do contexto social e familiar em que essa criança ou adolescente está inserido, utilizando estudos e avaliação psicológica, incluindo entrevistas, visitas e testes psicológicos se for o caso (Conselho Federal de Psicologia, 2022, p. 7):

As psicólogas e os psicólogos, ao se pronunciarem sobre o tema alienação parental e a Lei nº 12.318/2010, observem os aspectos sociais e históricos intimamente associados ao assunto, como equidade de gênero, simetria parental, dispositivo materno, paternidade responsável, parentalidade, judicialização e medicalização

da sociedade, violência contra crianças e mulheres, rompendo, assim, com concepções essencialistas ou a naturalização de padrões de conduta, preconceitos e estereótipos.

Nesta vertente caberá ao perito identificar o objetivo real dos comportamentos dos pais ao praticar os atos de Alienação Parental em relação aos filhos (Brazil, 2022, p. 218), demonstrando suas consequências para que possam então contribuir para tomada de decisão judicial (Conselho Federal de Psicologia, 2022, p. 8).

Por serem fatos de difícil comprovação, os profissionais precisam estar qualificados para identificar tanto a alienação parental quanto os abusos sexuais denunciados, pois qualquer decisão tomada irá afetar a convivência familiar, podendo causar danos irreparáveis nas crianças e adolescentes ali envolvidos. Dessa forma, uma rigorosidade nessas avaliações e na escolha dos profissionais que irão atuar, são de suma importância, o que demonstra que a Lei não precisa ser revogada, mas sim ter uma aplicação mais atenta (Feitor; Pinto, 2022, p. 68).

Com os resultados de avaliações mais fidedignas, o laudo psicológico pode orientar que seja iniciado um tratamento psicológico para amenizar as consequências e restabelecer o equilíbrio emocional dos envolvidos, indicando possibilidades para resolução do conflito, como a alteração de guarda e de residência base (Oliveira; Barros, 2020, p. 7).

Assim, fica evidente a importância de um psicólogo competente para avaliar todas as nuances do conflito instalado naquela família, para que eticamente, conduza para uma resolução do conflito de fato, evitando que decisões possam ser tomadas erroneamente afetando ainda mais a convivência dos filhos com os pais. A atuação do perito deve, portanto, estar pautada na proteção da convivência familiar e no melhor interesse da criança, analisando os sinais que podem garantir que a mudança da residência base seja favorável (Veiga; Soares; Cardoso, 2017, p. 79).

Além da atuação dos profissionais, quanto ao estudo psicossocial, as alterações já ocorridas na Lei de alienação parental, demonstraram uma preocupação maior com o dever de proteção das crianças e adolescentes, trazendo certo alívio no que tange a brechas havidas na Lei, dificultando sua utilização indevida.

Nota-se que subsiste a necessidade de aperfeiçoamento da lei e da sua aplicação, sendo indispensável o surgimento de políticas públicas para educação parental, as quais terão o condão de contribuir para boas práticas pós-divórcio, podendo ser efetivas para a proteção das crianças e adolescentes envolvidas (Feitor; Pinto, 2022, p. 69).

A Lei 14.340/2022, como mencionado, trouxe avanços como, a possibilidade de executar as convivências familiares assistidas, que são de suma importância em situações de risco, principalmente quando existem denúncias de abuso sexual (Rosa, 2022), preocupação do Projeto de Lei 1.372/2023. Quanto às perícias psicológicas ou biopsicossociais, a alteração legislativa reforça a nomeação de peritos privados, e a revogação do inciso VII do artigo 6º da Lei 12.318/2010, que possibilitava ao juiz, em ação autônoma ou incidental, suspender a autoridade parental, possibilitando assim uma melhor análise do que está sendo vivenciado pelos filhos (Rosa, 2022).

Alterações que impeçam a deturpação do texto legislativo e definições de critérios que sejam capazes de diferenciar a falsa denúncia daquela que demonstre veracidade no princípio da boa-fé, junto a uma participação efetiva dos magistrados em todas as frases processuais, garantindo o contraditório e a ampla defesa junto ao exame pericial, podem de fato proteger as crianças e os adolescentes da prática alienadora, uma vez que Lei de alienação parental em si, não possui erros que justifique a sua revogação (Barbosa *et al.*, 2022, p. 48).

Tem-se, assim, que a simples interpretação distorcida do texto legislativo e a sua má aplicação, não justifica a eliminação da lei da alienação parental, seu objetivo é a proteger o desamparo que acomete crianças e adolescentes e a sua revogação seria um retrocesso social que intensificaria ainda mais essa vulnerabilidade.

5 CONCLUSÃO

O exercício da parentalidade tem seus desafios, quer esteja ou não vinculado a uma relação conjugal. Este exercício precisa estar balizado no melhor interesse da criança e adolescente visto que um desenvolvimento saudável da personalidade precisa ser garantido por estes genitores. Obviamente, não se exige desta parentalidade a perfeição, entretanto, não se pode permitir que os genitores sejam responsáveis por afetar o desenvolvimento dos filhos em razão da dissolução afetiva entre eles.

A utilização desmedida dos filhos como forma de os genitores afetarem um ao outro, abala tanto o desenvolvimento da criança ou adolescente, quanto convivência em ambiente familiar saudável, trazendo graves riscos à saúde mental e emocional de todos os envolvidos. Por este motivo, a Lei 12.318/2010 descreve atos que podem ser identificados e, a partir daí, sejam inibidos ou, até mesmo, punidos para que não evoluam a ponto de afetar todo o sistema familiar.

Vale ressaltar que antes da Lei não existia instrumento jurídico que protegesse crianças e adolescentes de tal prática, uma vez que a alienação parental já existia socialmente, e de forma recorrente nos Tribunais, o que não existia eram medidas que a coíbiam e soluções possíveis para se manter a integridades das vítimas dessa prática.

Dessa forma, revogar a Lei de Alienação Parental traz além de insegurança, uma desproteção de crianças e adolescentes que estão inseridas em práticas parentais que passam a focar na destruição do núcleo e se quer tem o foco no desenvolvimento saudável dos filhos.

Assim, a ampliação da Lei, a atuação de profissionais capacitados para acompanhar a produção de provas, a elaboração de políticas públicas voltadas para a educação parental, podem ser mais efetivas do que a revogação da Lei, uma vez que a alienação parental não deixará de existir por conta da má interpretação da Lei e sua aplicabilidade errônea.

REFERÊNCIAS

AMARO, Alejandro Mendonza; BERNET, William. Statement of the Global Action for Research Integrity in Parental Alienation. **Parental Alienation Study Group**. Estados Unidos: 2022. Disponível em: <http://www.garipa.org>. Acesso em: 05 set. 2022.

ANUNCIAÇÃO, Débora. Especialista responde às principais controvérsias sobre a Lei da Alienação Parental. *In*: **IBDFAM**. 13 ago. 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/11118/Especialista+responde+%C3%A0s+principais+-+controv%C3%A9rsias+sobre+a+Lei+da+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental>. Acesso em 21 set. 2023.

BARBOSA, Brenda Lopes; CARVALHO, Vânia Cristina da Silva; MALANCHINI, Reichiele Vanessa Vervolet de Carvalho; SAMORA, Maria Eduarda. Revoga-

ção e alteração da Lei de Alienação Parental. **UNESC em revista**, v. 6, n.1, 2022, p. 34-53. Disponível em: <http://200.166.138.167/ojs/index.php/revistaunescc/article/view/332/141>. Acesso em 19 set. 2023.

BARROS, Alcina Juliana Soares. Alienação Parental versus distanciamento justificado de um dos pais. In: BARROS, Alcina Juliana Soares; ROSA, Conrado Paulino da; BRAZIL, Glicia Barbosa de Mattos. **Perícias psicológicas e psiquiátricas nos processos de família**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 1372, de 2023**. Revoga a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental. Autoria: Senador Magno Malta. Brasília, DF: Senado Federal, [2023]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9296046&ts=1692993629852&disposition=inline&_gl=1*_p0i2ox*_ga*MTAyNTU2NTQxMS4xNjk1MjQzODI1*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5NTI1MTkyNC4yLjAuMTY5NTI1MTkzMC4wLjAuMA. Acesso: 19/09/2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 abr. 2023

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, CF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. **Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 15 mar. 2023

BRAZIL, Glicia Barbosa. Alienação Parental versus distanciamento justificado de um dos pais. In: BARROS, Alcina Juliana Soares; ROSA, Conrado Paulino da; BRAZIL, Glicia Barbosa de Mattos. **Perícias psicológicas e psiquiátricas nos processos de família**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

CABRAL, Camila Buarque; FRANCO, Karina Barbosa. Vulnerabilidade da criança e do adolescente e a (in)constitucionalidade da lei de alienação parental. In: JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; LOBO, Fabíola. (Org.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Nota Técnica nº 4/2022: nota técnica sobre os impactos da lei nº 12.318/2010 na atuação das psicólogas e dos psicólogos**. 2022 Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2022/08/SEI_CFP-0698871-Nota-Tecnica.pdf

CNS pede fim de PL e lei sobre “alienação parental”, que prejudicam mulheres e crianças. In: **Conselho Nacional da Saúde**. 15 fev. 2022. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/2359-cns-pede-fim-de-pl-e-lei-sobre-alienacao-parental-que-prejudicam-mulheres-e-criancas>. Acesso em: 21 set. 2023.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **Mediação na Alienação Parental: A psicanálise com crianças no Judiciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso De Direito Civil: Famílias**. 14. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2022.

FEITOR, Sandra Inês; PINTO, Luís Henrique Gonçalves de Azevedo. Lei da alienação parental: da tentativa de revogação ao fortalecimento da proteção. **Direito, Processo e Cidadania**, v. 1, n. 3, p. 55-73, 2022. Disponível em: <https://www1.unicap.br/ojs/index.php/dpc/article/view/2200/2025>. Acesso em: 19 set. 2023.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.). CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. (Rev. Jur.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 14.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. MADALENO, Rolf. **Alienação parental: importância da detecção: aspectos legais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense. 7ed, 2022.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda Compartilhada: Física e jurídica**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MÜLLER, Vera Regina. Alienação Parental: visão jurídica em uma análise psicológica. **Revista CIPPUS – UNILASALLE**, v. 7, n. 1, 2017, p. 53-71.

OLIVEIRA, Suleime Nayane Castro de; FILHO, Osmar Domingos de Barros. Alienação Parental: uma análise acerca dos aspectos jurídicos e psicológicos. **Práxis Jurídica**, v. 4, n. 1, 2020, p. 1-12.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PINHO, Marco Antônio de. Lei 12.318/2010 – Alienação Parental: “Órfãos de Pais Vivos”. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo. v.14, n. 75, p. 33-59, 2013.

Projeto que revogada Lei da Alienação Parental avança. *In*. **Senado Notícias**. 16 ago. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/08/16/lei-da-alienacao-parental-e-revogada-pela-cdh>. Acesso em: 22 set. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. As mudanças na Lei 14.340/2022 e a superação das mentiras sobre a alienação parental. *In*: **IBDFAM**. 19 mai. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1815/As+mudan%C3%A7as+na+Lei+14.340+2022+e+a+supera%C3%A7%C3%A3o+das+mentiras+sobre+a+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental>. Acesso em 18 set. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. Salvador. 5.ed. Editora Juspodivm, 2022.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa: A efetivação dos direitos de crianças e adolescentes**. Salvador. Editora Juspodivm, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 10002156420158260282. 9ª Câmara de Direito Privado. Relator: Edson Luiz de Queiróz, 30 de junho de 2021.

SOUZA, Cybele Maria de. **Pesquisa com os associados do IBDFAM**. *In*: CYSNE, Renata Nepomuceno e. GROENINGA, Giselle Câmara. (Coords). Grupo de Estudos e Trabalho sobre Alienação Parental do IBDFAM, 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/pesquisaalienacaoparental/>. Acesso em: 24 set. 2023

VEIGA, Camila Valadares da; SOARES, Laura Cristina Eiras Coelho; CARDOSO, Fernanda Simplício. Alienação parental nas varas de família: avaliação psicológica em debate. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, v. 71, n. 1, p. 68-84, 2017.

WAQUIM, Bruna Barbieri. Se a lei da alienação parental for revogada, as crianças e adolescentes ficarão desprotegidas. In: **IBDFAM**, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1713/Se+a+lei+de+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+for+revogada%2C+as+crian%C3%A7as+e+adolescentes+ficar%C3%A3o+desprotegidas>. Acesso em : 21 set. 2023.

ZAVALA, Camila Parise; ELMOR, Paulo Mateus; LOURENÇO, Lelio Moura. **Instrumentos de identificação da alienação parental no contexto jurídico**. Gerais: Revista Interinstitucional de Psicologia, v. 14, 2021.

ABORTO NO BRASIL: ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ASPECTOS QUE CONTRIBUEM PARA A SUA NÃO DESCRIMINALIZAÇÃO

GLÁUCIA BORGES^{1*}

1 INTRODUÇÃO

Aluta contra a descriminalização do aborto tem sido pauta acirrada no cenário público brasileiro, levando em conta um lado conservador, ligado a religiões e questões morais e, de outro, a luta pela autonomia e o direito à igualdade da mulher. Este último é conduzido, em maioria, por grupos feministas que discutem e colocam em pauta nacional o direito a prática do ato, levando em consideração circunstâncias cuidadosamente delimitadas.

Por séculos, as mulheres vêm sendo estigmatizadas pela sociedade e pelo Poder Público, situação que muitas sentem vergonha e medo da maternidade, que lhes é imposta como um fator natural e obrigatório, sem opção de decisão sobre seu próprio planejamento familiar. Até mesmo nos casos legalmente permitidos, as mulheres encontram empecilhos na busca do procedimento. Em razão disso, estatísticas surgem para comprovar que a prática do aborto é comum na sociedade brasileira, sendo mascarada pelo medo do julgamento penal do Estado e moral da sociedade, e sua criminalização tem gerado a busca por práticas clandestinas, que resultam em mortalidade materna.

Diante da situação levantada, a pergunta norteadora da presente pesquisa questiona se os argumentos em maioria levantados para a ma-

1 * Mestra em Direito pela UNESC; Especialista em Direito de Família e Sucessões pela UNIDOMBOSCO, e em Direito Civil e Processo Civil pela UNESC; Professora de graduação em Direito na ESUCRI; Integrante Grupo de Pesquisa em Direito de Família, Sucessões, Criança e Adolescente, e Constituição Federal da FMP/RS; Advogada; e-mail: glauciamborges@gmail.com.

nutenção da tipificação penal do aborto voluntário no Brasil são suficientes para manter a criminalização da mulher.

O objetivo é de verificar quais os principais argumentos utilizados para a manutenção da criminalização do aborto voluntário e se, por si, seriam suficientes para manter a criminalização da mulher.

Para isso, no primeiro tópico o tema aborto é conceituado dentro da bioética, bem como é apresentado o histórico legislativo que criminaliza o aborto voluntário no Brasil, levando-se em consideração o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 442, que pretende a descriminalização do aborto voluntário até a 12ª semana de gestação. No segundo, é realizada a análise dos argumentos relacionados à religião, ao aumento da incidência de abortos em caso de descriminalização e a quem pertence o direito, trazendo à tona o levantamento de dados estatísticos sobre o aborto no Brasil e na experiência estrangeira uruguaia.

O método utilizado é o dedutivo e, de procedimento, os métodos histórico e comparativo, utilizando-se, para tanto, das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental indireta.

2 CONFLITOS ÉTICOS: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ABORTO NO BRASIL

A bioética dedica-se a análise de uma abordagem ética sobre questões que não possuem soluções fáceis ou lógicas, relacionadas às ciências da saúde, não estando ligadas tão somente às questões da medicina, mas, também, a outros campos do saber, possuindo um caráter interdisciplinar (Farias; Rosenvald; Braga Netto, 2018, p. 277). É um campo que não cuida tão somente de simples invocações de divergências nas opiniões ou posições quanto a ética, mas uma disciplina que busca trazer valores referenciais e linhas de escolhas operativas, capazes de fornecer respostas devidamente fundamentadas em critérios racionais e válidos (Sgreccia, 2009, p. 48).

Em decorrência das evoluções biológicas e de concepções sociais, entre outros fundamentos, a bioética busca trazer melhorias na vida do ser humano, ao mesmo tempo que tenta preservar a harmonia da coletividade, sendo literalmente uma resposta ética as novas situações na esfera

da saúde, englobando uma série de fatores que necessitam de respostas aos riscos inerentes às suas práticas (Diniz, 2001, p. 09-11).

A bioética sobreveio na evolução linear dos “novos” direitos, assim chamados em decorrência do surgimento de outras exigências da sociedade, pelas condições emergenciais da vida e das prioridades socialmente determinadas, que são englobados em dimensões sucessivas de direitos. Está localizada nos direitos de quarta dimensão, que tratam sobre “direitos específicos que tem vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intrauterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (“clonagem”), contracepção e outros” (Wolkmer, 2016, p. 131).

Para estas peculiares análises, a bioética possui como paradigma necessário o valor da pessoa humana, seja com relação a sua vida, a sua dignidade, liberdade ou autonomia, se traduzindo na linguagem dos direitos humanos, ou seja, na dignidade da pessoa humana (Diniz, 2001, p. 13). Inserido nas temáticas bioéticas está o aborto, que é, secularmente, uma questão controversa, que atinge, entre outras, demandas de cunho moral, religiosa, social, política e de saúde.

A prática do aborto tem sido condenada e defendida há milênios, com discussões antagônicas e acirradas. Diante das diferenças nas discussões, quando a questão de um grupo é justamente o oposto da questão do outro, percebe-se que não será através de sessão conciliatória que se terá uma solução para o caso (Dworkin, 2003, p. 10-11), sendo fundamental que os debates acerca do tema sejam aclaradores para toda a população.

Para a abordagem do assunto, esclarece-se que abortamento é o termo técnico para a interrupção da gravidez, com a conseqüente morte do embrião ou do feto e que aborto é “o produto dessa interrupção. Entretanto, nos trabalhos científicos e na legislação brasileira, utiliza-se o termo aborto como sinônimo de abortamento, por ser um termo mais utilizado e reconhecido [...]” (Henriques, 2016, p. 232).

Para o Direito não há critério cronológico: havendo interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto, independente do momento da gestação ou da fase evolutiva do feto, trata-se como aborto. Sobre suas causas, o aborto se divide em espontâneo (natural e não intencional), acidental (ocasional ou circunstancial) e provocado (interrupção deliberada pela gestante ou por terceiro). Para a discussão da matéria,

subjetivamente ainda há a classificação do ato como: aborto legal, ou seja, aquele em que há extinção da punibilidade pela lei, onde encontram-se os abortos necessário (que se dará caso a saúde da genitora exigir) e sentimental ou humanizado (em caso de estupro). Dentro da esfera lícita², tem-se ainda o aborto permitido em caso de feto anencéfalo. Já o ilegal, trata-se do aborto criminoso, que não se enquadra nas exceções da lei (Diniz, 2001, p. 31-35).

No Brasil, o Código Criminal de 1830 somente punia o aborto praticado por terceiros, independentemente da existência ou não de consentimento da mulher, porém, não condenava o aborto provocado pela própria gestante. O Código Penal seguinte, de 1890, passou a trazer, além dos casos já anteriormente previstos, a punição ao aborto induzido pela mulher, mas também a ressalva àqueles necessários para salvar a vida da gestante, sendo que, nesses casos, haveria punição para o médico ou a parteira que por imperícia causassem a morte da gestante no procedimento (Henriques, 2016, p. 234).

O Código Penal vigente, de 1940, tipifica o aborto nos seus artigos 124 a 126, abrangendo o aborto provocado pela gestante ou por ela consentido (com pena de detenção de um a três anos à mulher) e o aborto provocado por terceiro, onde as penalidades se diferem quando não há consentimento da gestante (reclusão de três a dez anos) e quando há o seu consentimento (reclusão de um a quatro anos). O artigo 127 traz a qualificadora ao aborto provocado por terceiro. Nesse caso, cominando o aborto em lesão corporal de natureza grave, as penas serão aumentadas em um terço, ou, se causar morte, será duplicada (Brasil, 1940).

O aborto não será punido nos casos descritos no artigo 128, ou seja, em caso de aborto necessário, no qual não há outro meio de salvar a vida da gestante, bem como em caso de gravidez resultante de estupro (Brasil, 1940). Além destas duas situações, o aborto também não será punido em caso de feto diagnosticado com anencefalia, de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, nº 54, peticionada em 2004 e findada em 2012, onde o Tribunal, por voto da maioria, julgou proce-

2 Trata-se de hipótese reconhecida jurisprudencialmente (ADPF, nº 54) e, por isso, pode-se dizer que é lícito/legal lato sensu, mas não legal *stricto sensu*, já que não deriva de lei.

dente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação de tipicidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo (Brasil, 2012), por ser este considerado um natimorto.

No Brasil, o direito à vida, garantido no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal – art. 5º, abrange o direito de nascer, de continuar vivo e o de subsistência (Diniz, 2001, p. 22), por isso, o aborto provocado, fora os acima permitidos, é ilegal, onde há a proteção sobre o embrião.

Em decorrência do atual cenário de ocorrências de mortes maternas derivadas do aborto, foi ajuizada em março de 2018 a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 442, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSol), visando a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação. Por corolário, em agosto de 2018 foi realizada audiência pública, onde 45 entidades foram ouvidas.

Segundo a Ministra Rosa Weber, o propósito da audiência pública era de:

[...] incrementar, de forma dialógica e aberta aos atores externos da sociedade, o processo de coleta de informações técnicas, e das variadas abordagens que o problema constitucional pode implicar, bem como a formação ampla do contexto argumentativo do processo, como método efetivo de discussão e de construção da resposta jurisdicional (Brasil, 2018).

A audiência, então, foi convocada como parte da preparação para o julgamento³ da ADPF nº. 442, visando analisar se os artigos 124 e 126, do Código Penal violam os princípios e direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, buscando garantir às mulheres o direito de interromper a gestação, e dos profissionais de saúde de realizar o procedimento, além de suspender prisões em flagrantes, inquiridos e o andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais decorrentes da aplicação dos dois dispositivos em casos de interrupção voluntária.

Importante destacar que a ideia trazida pela ADPF 442, que fora defendida pelos grupos pró-aborto, levam em consideração a descriminalização da prática e não a sua liberação ou legalização. Descriminalizar significa que a conduta deixa de ser considerada crime, eliminando as

3 Cujo julgamento está agendado, a princípio, para 22/09/2023 a 29/09/2023.

sanções penais. Já a liberação do aborto significaria não imputar nenhum critério aos estabelecimentos de saúde responsáveis pela prática e, também, à gestante, não impondo limites de respeito ao grau de desenvolvimento avançado do feto, ou seja, não haveriam critérios circunstanciais cuidadosamente delimitados de tempo, que podem prejudicar a própria saúde da mulher. Também, é diferente de legalizar o aborto, pois, nesse caso, as provocações do abortamento sem consentimento da gestante deixariam de ser penalizadas.

O artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, dispõe que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, devendo ser fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável, sendo dever do Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (Brasil, 1988), o que significa que ao casal é permitido programar quando desejam engravidar e quantos filhos querem ter. Contudo, o planejamento nem sempre é possível. A vida sexual faz parte da vida dos casais e as pessoas não o fazem tão somente visando a reprodução, afinal, métodos contraceptivos podem ser falhos. No entanto, culturalmente, as mulheres são responsabilizadas pela prática sexual que resulta em gravidez, inclusive nos casos de estupros, em que a palavra da mulher sozinha costuma não ter valor, necessitando dos juízos de autoridades policiais e dos médicos, o que leva a constrangimentos.

Como anteriormente dito, a prática do aborto é secularmente condenada e, também, defendida, onde encontram-se diferentes grupos sociais com força argumentativa de alta relevância, influenciando os indivíduos da sociedade, que acabam tomando para si uma única regra, afinal,

A maioria das pessoas não tem grandes teorias sobre as premissas metafísicas de suas opiniões sobre o aborto [...]. Quando instadas a formular suas ideias de maneira geral e abstrata, muitas pessoas acham natural usar a retórica emocional e estridente que os líderes de vários grupos ativistas tornaram conhecida, pouco importando se tal retórica se ajusta ou não a seus instintos e convicções reais. Tais pessoas podem agir de maneira muito diversa daquilo que sua retórica sugere quando, em circunstâncias concretas, têm de tomar decisões reais que dizem respeito a sua família, a seus amigos ou a si próprias (Dworkin, 2003, p. 26-27).

A manutenção da criminalização do aborto, nas palavras de Diniz, Medeiros e Madeira (2017, p. 659), não reduz sua prática e não auxilia as mulheres, uma vez que impede que estas busquem as devidas informações acerca do assunto e sejam acompanhadas por profissionais habilitados, impedindo que o procedimento seja realizado de forma segura ou que a vida reprodutiva seja bem planejada, evitando novos eventos semelhantes.

Em decorrência, abortos clandestinos comumente são realizados, os quais, na maioria dos casos, os métodos utilizados não são seguros, causando mortes ou sequelas às mulheres. O boletim epidemiológico do Ministério da Saúde de 2021, indica que complicações relacionadas ao aborto é a quarta causa de morte materna no país (Brasil, 2021). Além de 240 mil internações por ano no Sistema Único de Saúde – SUS para tratar complicações decorrentes de abortamentos (Mariano; Biroli, 2017, *on-line*).

Na análise numérica, seja pelo número de abortos ilegais ou de mulheres que morrem em decorrência da prática do ato na clandestinidade, percebe-se que a Lei Penal não tem sido suficiente para impedir a prática do abortamento e, ao contrário, coloca a vida das mulheres em risco (Henriques, 2016, p. 235). Em decorrência, a discussão da descriminalização a partir dos critérios da ADPF n.º 442 visa regularizar esta situação crítica nacional, mas que esbarra em questões pontuais éticas, que podem vir a impedir sua aprovação.

Descriminalizar (e não liberar), significa que o Estado ainda teria critérios com relação ao aborto voluntário, especialmente no cuidado com as mulheres. Por isso, com o fito de aclarar as discussões sobre o tema, alguns dos principais aspectos que mantem a tipificação do procedimento voluntário e que podem ser capazes de impedir uma análise imparcial dos julgadores, serão adiante demonstrados.

3 ASPECTOS QUE PERPETUAM A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

O que torna a questão da prática do aborto controversa, contenciosa e fechada a argumentações opostas, é o fato de o mesmo ser visto como moralmente errado, o que dificulta a análise da sua legalidade por questões independentes daquelas que estão intimamente ligadas a opinião pessoal de cada um (Dworkin, 2003, p. 15).

As religiões pregam morais teológicas sobre a sacralidade e a inviolabilidade da vida, condenando atos como as do aborto e da eutanásia, desenvolvendo, inclusive, uma moral sobre a ética médica, em decorrência do mandamento bíblico ‘não matarás’ (Sgreccia, 2009, p. 38), que influencia, diretamente, as pessoas que da religião são seguidoras, sendo difícil distinguir a opinião íntima e pessoal, da imparcial.

Não obstante diversas crenças se juntem na luta contra o aborto, em razão do dogma da santidade da vida humana e dos pecados e condenações divinas, não há como negar a grande influência e força do cristianismo na cultura ocidental.

O debate sobre aborto está intimamente ligado à religião. Ainda que nem sempre de maneira explícita, crenças religiosas são a base para a noção de “inviolabilidade da vida”. A ideia de escolha da mulher, de autonomia sobre seu corpo, é antagônica à ideia de que a vida é uma criação divina na qual as mulheres não poderiam deliberadamente interferir. No Brasil, a Igreja Católica e, mais recentemente, as evangélicas são os atores que agem mais sistematicamente contra o direito ao aborto, com participação ativa nos debates dentro e fora do Congresso e ações estratégicas para influenciar a legislação (Mariano, Biroli, 2017).

Ocorre que, dentro das questões da bioética, surgem indagações sociais que colocam em dúvida a soberania divina (Diniz, 2001, p. 13) e, por isso, questiona-se se é a opinião religiosa que deve, de fato, influenciar as questões que competem ao Estado, dito laico, resolver. Com relação ao aborto, as políticas brasileiras o tratam sob uma perspectiva religiosa e moral, onde a resposta à questão é dada com a sua criminalização e a repressão penal (Diniz, Medeiros, Madeira, 2017, p. 659). O aumento do número de parlamentares ligados às religiões nas Câmaras, especialmente às Evangélicas e às Católicas, faz surgir propostas contrárias quando a discussão versa sobre direitos sexuais ou reprodutivos (Mariano, Biroli, 2017, *on-line*).

Atualmente, do ponto de vista democrático, impor a fé espiritual ou qualquer convicção religiosa é uma espécie de tirania e, a criminalização de atos como os do aborto possuem naturezas claramente religiosas, diante do entendimento de que são divinamente condenáveis, sendo que não compete ao governo ditar valores religiosos quando o Estado se diz laico (Dworkin, 2003, p. 18).

Apesar de a Igreja e o Estado serem separados na maioria nos países ocidentais, a cultura religiosa impera e, a luta pela descriminalização do aborto, em maioria, está empacada junto às imposições religiosas (Dworkin, 2003, p. 48-49). O próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988 é contraditório: de um lado, na instituição do Estado Democrático, destina-se a assegurar, entre outros, do exercício de direitos individuais e de liberdade, com valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida. De outro, promulga a Constituição da República Federativa do Brasil ‘sob a proteção de Deus’ (Brasil, 1988).

Sobre esta discussão, é importante analisar o seguinte aspecto: dentro da concepção doutrinal religiosa, que impõe conceitos absolutos a todos que são daquela comunidade, sua interdição deve ser tão somente para com aqueles que a querem seguir, restringindo-se a estas pessoas em uma noção de pecado, pois quando buscam regular toda a sociedade, impondo seus padrões, a noção de pecado deixa de existir, passando a ser de crime (Machado, 2017, *on-line*).

Não cabe ao Estado impor à mulher convicções morais ou religiosas de terceiros. A mesma liberdade dada sobre o aborto, deve ser a que as pessoas têm de tomar suas decisões religiosas, no entanto, os mais conservadores entendem que o Estado deve proibir o aborto para a garantia do não pecado alheio (Dworkin, p. 2003, p. 43). Diante das raízes tão somente religiosas, criminalizar o abortamento é “[...] a negação não só dos direitos à liberdade religiosa, do desrespeito aos princípios jurídicos da ponderação que regem a modernidade, como a negação dos direitos fundamentais das mulheres” (Machado, 2017).

De todo modo, não se pode afirmar com absoluta certeza de que todas as religiões necessariamente abominam a prática do aborto.

Descriminalizar não significa obrigar as mulheres ao aborto. Muito pelo contrário, significa liberdade de escolha a qualquer uma. O que se tem, atualmente, é uma única alternativa: a de manter a gestação, o que decorre em uma série de responsabilidades peculiares decorrentes. Descriminalizar, na verdade, trará mais opções e oportunidades de planejamento, situação que, aquelas mulheres ou casais que não possuem interesse em fazê-lo, serão apoiados pelo Estado, da mesma forma que aqueles que querem.

De todo modo, no Brasil, há uma clara confusão nesta separação, principalmente quando leva-se em conta que os próprios parlamentares são dotados de valores morais advindos de suas religiões, levantando argumentos religiosos, de maneira implícita e explícita, para defender suas posições sobre o direito ao aborto voluntário (Mariano; Biroli, 2017).

Nesse ponto de vista, de um lado, o aborto é criminalizado diante da proteção a sacralidade da vida (conceito religioso), mas, de outro, por se declarar um país laico, apresenta exceções a mesma sacralidade da vida: nos casos de estupro, risco iminente de morte da mulher e anencefalia fetal. Quanto mais exceções são encontradas, mais verifica-se que não se pressupõe necessariamente como fato mais importante o direito à vida do feto, pois fetos advindos de estupro ou que trazem risco a vida da mãe não tem a mesma importância legal em relação a outros fetos (Dworkin, 2003, p. 44).

Importante destacar, inclusive, os critérios levados em conta para a questão da descriminalização do aborto de anencéfalos, na ADPF - 54. A ementa da liminar da Arguição ressaltou os valores consagrados na Constituição Federal, da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade, considerando, por isso, adequada a continuidade do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Brasil, 2012).

A decisão final, por sua vez, levou em conta como fator principal o fato de o Brasil ser um país laico (Brasil, 2012). Sob essa análise levada em conta na ADPF - 54, a manutenção da criminalização do aborto voluntário estaria equivocada, ficando claro que “é com base em crenças religiosas que o direito ao aborto é recusado, ainda que os argumentos que fundamentaram as posições contrárias no debate analisado nem sempre se expressem abertamente nesses termos” (Mariano; Biroli, 2017).

Nessa confusão quanto a laicidade das decisões do Estado, das instituições com as habilitações aceitas na audiência pública realizada da ADPF 442, percebe-se um grande número de grupos religiosos (Brasil, 2018), o que, sem dúvidas, pode influenciar na decisão final. Apesar de grupos feministas que reforçam o direito ao aborto terem ganhado força nos últimos tempos, principalmente pelo advento das redes sociais, no Congresso sua presença é ainda minoritária, prevalecendo o público masculino e das Igrejas (Mariano; Biroli, 2017). Assim, o Brasil possui

como um falso aspecto a sua laicidade, principalmente por manter em seu ordenamento penalizações de origens religiosas, o que impede, de fato, modificar a legislação nesse sentido.

O aborto já é comumente praticado no Brasil, estando os verdadeiros dados escondidos atrás do medo da responsabilização penal e do julgamento social. Segundo a Pesquisa Nacional do Aborto – PNA, realizada em 2016, quase 1 em cada 5,4 mulheres aos 40 anos já realizou, pelo menos, um aborto. A pesquisa também revelou, por equiparação, que no ano de 2015 houveram cerca de 416 mil mulheres que realizaram aborto no Brasil, havendo maior frequência entre mulheres de menor escolaridade, pretas, pardas e indígenas, vivendo nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste do país (Diniz; Medeiros; Madeira, 2017, p. 653).

A PNA foi feita com uma parcela representativa da população feminina urbana, de 18 a 39 anos de idade e alfabetizadas. Alcançada através de pesquisa de urna (que exigia leitura independente), possibilitou a diminuição de respostas falsas pelo medo da responsabilidade criminal, alcançando dados menos frágeis que a Pesquisa Nacional de Saúde – PNS, feita em 2013, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, que aplicou entrevistas diretas, com entrevistadores de ambos os sexos, obtendo uma conclusão menor que a PNA feita em 2010 (Diniz; Medeiros; Madeira, 2017, p. 653). Também, com relação às informações obtidas somente através dos registros do sistema de saúde pública, apesar de serem dados que trazem suporte fundamental para a compreensão do fenômeno, tem-se que estas não são capazes de demonstrar a magnitude do tema aborto no Brasil, pois a maior parte das mulheres que busca estes serviços o faz em função de abortamentos incompletos (Evangelista, 2017, p. 11), não havendo, pelo sistema de saúde, um dado geral das demais que não necessitaram dos mesmos. Já entre as PNAs realizadas em 2010 e 2016, não houve nenhuma mudança expressiva.

Já a PNA de 2021 constatou que houve declínio na prática, porém segue como importante questão de saúde pública. Os dados revelam que cerca de 10% das mulheres disseram ter feito ao menos um aborto na vida, sendo que em 2010 a porcentagem era de 15%. Estima-se que uma em cada sete mulheres (15%) teve um aborto aos 40 anos. Houve diminuição, também, na proporção de mulheres que foram hospitalizadas para finalizar o aborto (55% em 2010; 43% em 2021) e na proporção de

mulheres que usaram medicamentos para o aborto (48% em 2010; 39% em 2021). A PNA 2021 constatou que 52% das mulheres entrevistadas tinham 19 anos ou menos quando fizeram o primeiro aborto. Taxas mais altas seguem sendo detectadas entre as entrevistadas com menor escolaridade, negras e indígenas e residentes em regiões mais pobres (Diniz; Medeiros; Madeira, 2023, p. 1.605).

Todos estes dados levantados demonstram que a prática do “aborto está enraizada na vida reprodutiva das mulheres e responde à forma como a sociedade brasileira se organiza para a reprodução biológica e social” (Diniz; Medeiros; Madeira, 2017, p. 656). Apesar da problemática inicialmente levantada de maior incidência de abortos em certa parcela da população feminina, um perfil interessante foi traçado pela PNA, podendo observar:

[...] que o aborto no Brasil é comum e ocorreu com frequência entre mulheres comuns, isto é, foi realizado por mulheres: a) de todas as idades (ou seja, permanece como um evento frequente na vida reprodutiva de mulheres há muitas décadas); b) casadas ou não; c) que são mães hoje; d) de todas as religiões, inclusive as sem religião; e) de todos os níveis educacionais; f) trabalhadoras ou não; g) de todas as classes sociais; h) de todos os grupos raciais; i) em todas as regiões do país; j) em todos os tipos e tamanhos de município (Diniz; Medeiros; Madeira, 2017, p. 656).

Nas PNAs constatou-se que parte dos abortos são realizados com medicamentos, com maior incidência sobre o Misoprostol, que é recomendado pela Organização Mundial da Saúde para a realização de abortos seguros, além de ser uma alternativa com baixo custo (Diniz; Medeiros; Madeira, 2017, p. 656), mas que possui venda proibida no Brasil.

Na década de 90 houve uma crescente popularização deste medicamento, pois trata-se de método menos invasivo e brutal para o corpo da mulher, ocorrendo diminuição na taxa de internações e mortalidade materna, ou seja, através das pesquisas foi possível constatar que não quer dizer que houve diminuição na taxa de abortos provocados, mas que, a partir do surgimento deste medicamento, descobriu-se um método mais seguro (Henriques, 2016, p. 235-236). A outra metade da pesquisa, que não realizou aborto através de medicamentos, o fez através de procedimentos invasivos e prejudiciais ao corpo da mulher. Isto faz com que haja

um grande índice de mortalidade materna e, sobre o aspecto econômico, um aumento nos gastos públicos para o cuidado das mulheres que tiveram complicações ou abortos incompletos (Mariano; Biroli, 2017, *on-line*), o que nos leva a perceber que, se há um gasto do Sistema Único de Saúde com complicações pós-aborto clandestino, havendo a descriminalização, estes valores serão revertidos para a prevenção de mortes maternas, com a entrega do medicamento correto para o procedimento seguro.

A PNA de 2016 ainda fez uma comparação levando em consideração os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD, de 2014, do IBGE. A PNAD constatou um número de 30.845.065 mulheres alfabetizadas de 18 a 39 anos em 27 de setembro de 2014 no Brasil urbano, o que corresponde a 83% das mulheres do Brasil. Esse número foi multiplicado pelas taxas de aborto obtidas na PNA 2016, relativos também ao ano de 2014, o que se poderia chegar a um número de 3,9 milhões de mulheres urbanas alfabetizadas de 18 a 39 anos que, naquele ano, fez aborto ao menos uma vez (Diniz; Medeiros; Madeira, 2017, p. 655).

Os principais resultados obtidos pelas PNAs são de que o aborto é comum entre as mulheres brasileiras. Nesse aspecto, frisa-se que o aborto já acontece, porém, dados reais de toda a coletividade, que envolveria mulheres de outras idades, não-alfabetizadas, da área rural, além de um maior número de mulheres participantes, só serão realmente passíveis de colheita se houver a descriminalização. Com isto, se a prática for descriminalizada, talvez haverá um número crescente nos primeiros anos de pesquisa, o que não quer dizer necessariamente que houve um aumento na incidência de abortamentos, mas sim, na liberdade de respostas, sem medo do sistema criminal. Para deixar esta desmistificação ainda mais clara, importante trazer à tona a experiência estrangeira de outro país latino-americano cuja realidade se assemelha a do Brasil.

O Uruguai descriminalizou o aborto em 2012, através da Lei de Interrupção Voluntária da Gravidez nº. 18.987/12, mantendo alguns critérios para que a prática seja feita. A prática do abortamento era criminalizada no Uruguai desde 1938, através da Lei nº. 9.763/38, que trazia muitas restrições quanto as possibilidades de aborto legal (Henriques, 2016, p. 238). O governo Uruguaio, percebendo que a criminalização da interrupção provocada da gravidez estava fazendo crescer os números de abortos clandestinos, trazendo inúmeras consequências para as mulheres

Uruguaias, criou o modelo atual adotado através da Lei nº. 18.987/12, buscando um modelo de assessoramento à mulher que pretende realizar aborto, cujo procedimento ocorre de forma célere e profissional (Henriques, 2016, p. 239).

Segundo o artigo 1º da lei, o Uruguai garante o direito a procriação consciente e responsável, reconhecendo o valor social da maternidade e da vida humana, promovendo o exercício pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de sua população, sendo esta Lei um instrumento de controle de nascimentos (Uruguai, 2012).

É no artigo 3º da lei uruguaia que estão os requisitos para o procedimento. O ponto principal da legislação é que a interrupção poderá se dar apenas até a 12ª semana de gestação. Então, respeitando este prazo, a mulher que deseja realizar o procedimento deverá, primeiro, buscar consulta em uma instituição do Sistema Nacional Integrado de Saúde, onde algumas informações serão prestadas. O profissional da medicina a encaminhará para consulta com equipe interdisciplinar, sendo que nesta deverá ter, no mínimo, um médico ginecologista, outro na área da saúde psíquica e o outro profissional da área social. Esta equipe informará à mulher sobre as características, os riscos e as alternativas, como os da adoção. Após esta reunião a gestante terá um prazo mínimo de 05 dias para refletir sobre a decisão. Continuando com a intenção de abortar, deverá expressar o seu consentimento através de um documento e, após, o médico ginecologista deverá prosseguir imediatamente com o aborto da forma menos danosa e com menor risco para a paciente. Depois do procedimento, a mulher ainda terá mais uma consulta para acompanhamento do seu estado de saúde (Uruguai, 2012).

Após a descriminalização do aborto, em dados oficiais, o Uruguai demonstrou obter êxito com seu modelo de assessoramento. Naquele país, no ano de 2003, por exemplo, havia cerca de 33.000 mortes maternas resultantes de complicações de aborto, após a descriminalização, o Uruguai conseguiu praticamente zerar esse número de óbitos maternos, atingindo sua finalidade principal (Henriques, 2016, p. 240).

Para tanto, diante do modelo de assessoramento que proporciona à mulher um verdadeiro acompanhamento e apoio do Estado no momento de dúvida, o Uruguai obteve, também (e a contrário sensu), certa taxa de mulheres que decidiram continuar com a gestação após serem de-

vidamente orientadas. Em 2013, 486 mulheres decidiram pela continuidade (média de 6%), em 2014, foram 720 (8%), no ano de 2015, 633 (6%) e, no ano de 2016, 585 (6%) (URUGUAI, 2017). Neste sentido, percebe-se que, além da redução da mortalidade materna, o Uruguai também obteve taxas de desistência, sendo exitoso na real proteção a vida, de quem quer que se coloque em análise (mulher ou feto).

Isso demonstra que a descriminalização não trará necessariamente como regra a maior incidência de abortos. Como dito acima, não existem dados 100% seguros sobre a situação do aborto hoje no Brasil, então haverá dificuldade de se ter uma base sobre um real aumento da incidência de abortos, não podendo isto ser levado em consideração para a continuidade da criminalização.

4 O DIREITO DE DECIDIR: A QUEM PERTENCE?

As principais discussões acerca do aborto giram em torno do direito à vida, ou seja, de quem possui o maior direito sobre a vida. Sob este aspecto, se for a mulher, diante das liberdades individuais e autonomias que todo ser humano possui, garantidas constitucionalmente, o aborto deve ser descriminalizado. Se for do feto, o aborto continua a ser considerado crime, pois a ninguém pertenceria o “poder” de decidir pelo direito do feto de nascer. O homem-genitor também integra algumas das discussões, principalmente no que diz respeito à disseminação da paternidade responsável. Nesse sentido, alguns aspectos importantes devem ser levantados, como os que dizem às principais legislações brasileiras e se esta pergunta norteadora, de quem é o direito, seria a indagação correta para tratar sobre o assunto.

Para o Direito Civil, nascituro é o ser humano que ainda não nasceu, sem importar o estágio da gravidez. Porém, os direitos de personalidade se dividem em três principais teorias das quais destacam-se as duas mais apoiadas: a concepcionista (onde o marco inicial da personalidade é a concepção e o nascituro goza de direitos existenciais e patrimoniais desde então) e a natalista (em que o marco inicial da personificação é o nascimento com vida) (Farias; Rosendal; Braga Netto, 2018, p. 300-303).

O Código Civil, estabelece que a personalidade se determina com o nascimento, porém, não deixa de proteger os direitos do nascituro (BRASIL, 2002), trazendo um apoio maior à teoria natalista (maiores

direitos e proteções após o nascimento). A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente dão especial proteção às crianças e adolescentes, onde o Estatuto, sob o prisma da Proteção Integral, considera criança, para efeitos da Lei, a pessoa até doze anos, ou seja, não impondo o marco de idade zero ou a partir do nascimento com vida para a proteção disposta no ordenamento jurídico brasileiro (Brasil, 1990), o que pode se compreender que a proteção integral atinge a gestação.

A Constituição Federal não trata especificamente sobre o nascituro, porém, confere diversos direitos “aos brasileiros”. Ocorre que, brasileiros, são aqueles descritos no artigo 12, que trata apenas de pessoas “nascidas” (Brasil, 1988). Por assim dizer, parece que a gestação está constitucionalmente desprotegida, mas sabe-se que não é o caso. Porém, importante ressaltar um valor maior é dado aqueles que já nasceram, que, a partir daí, adquirem maiores direitos protetivos.

Para o Direito Penal, independente da teoria adotada, a Lei confere ao nascituro intensa proteção normativa, vez que pune o aborto provocado voluntariamente (Farias; Rosenvald; Braga Netto, 2018, p. 304). No entanto, sob a análise da Lei penal, nota-se que a questão de o nascituro ser considerado pessoa ou não, não é a principal regra, diante da existência de exceções permissivas. Nesse contexto, há divergência nas legislações sobre os direitos.

Por essas questões controversas, Dworkin (2003, p. 11-12) argumenta que a questão da descriminalização - ou não - do aborto, deveria estar no caráter da argumentação sobre o aborto em si, do que este se trata, mas, ao contrário, encontra-se em torno da resposta de quando inicia a vida do feto. O autor demonstra que, desta indagação, pode se obter duas respostas, uma positiva e outra negativa. Quando positiva, onde um grupo acredita que o feto já é um sujeito de direitos desde a concepção, ou seja, uma criança ainda não nascida, a permissão do aborto de fato se equipara a um assassinato, sendo pior abortar que abandonar uma criança indesejada. Quando a resposta é negativa, para o grupo que entende que o feto recém-concebido ainda se trata apenas de um conjunto de células até determinada fase da gestação, aqueles que não defendem o aborto acabam sendo taxados como fanáticos, que castigam as mulheres pelo ‘pecado sexual’. Estes, que entendem o feto como uma pessoa, não concebem que outras pessoas tenham opiniões contrárias. O autor trata essas

discussões do aborto como uma ‘confusão intelectual’, pois, enquanto os discursos envolverem esses tão polarizados argumentos, não haverá condições de raciocínios conjuntos, uma vez que não existirá razoabilidade nos discursos e nenhum dos grupos será capaz de convencer o outro.

Neste norte, entende-se que a questão não deve ser vista através do ponto de vista único de quando a vida se inicia para compreender a quem cabe o direito. Afinal, direito à vida, especialmente embasado nos Direitos Humanos, não está somente ligado a questão de “estar vivo”, mas de ter uma vida digna, ou seja, também está ligado à dignidade humana. A questão, então, não estaria envolvida apenas sobre a possibilidade de o aborto ser ou não permitido, ou se a sua convicção moral ou religiosa faz com que você queira ou não impor ao próximo a mesma concepção de vida, mas sim, se as mulheres devem ou não serem criminalizadas pelo ato, que muitas vezes resultou de uma decisão conjunta do casal ou, principalmente, pelo abandono que muitas mulheres sofrem nesta fase.

No que diz respeito a oposição dos direitos da mulher-gestante ao do homem-genitor, tem-se que é sobre a mulher que recai a maior responsabilização, vez que a sua consciência está mais diretamente ligada à escolha, além de ser a mais atingida pelos riscos da decisão (Dworkin, 2003, p. 18). Quando se analisa tanto os perigos do aborto, quanto as responsabilidades sobre o filho desde a gestação e após ela (privações, aleitamento materno, afastamento dos estudos e do trabalho), bem como questões morais, entre diversas outras que, em certos casos são biologicamente obrigatórios à mulher e, outros, em maioria, culturalmente recaem sobre a esta.

Para proteger a verdadeira igualdade de gêneros, além da descriminalização do aborto, caberia ao Estado difundir maiores programas que tratem sobre a parentalidade responsável. Atualmente, a criminalização do aborto está ligada à maternidade compulsória, à obrigação tradicional da mulher de assumir o papel de responsável pelo filho.

A principal questão das mulheres é que nossa sociedade não ampara a criação dos filhos da mesma forma que desestimula o aborto, o que poderia dar a estas outro pensamento e mais força para manter a gestação, pois, para as mulheres, os fetos têm valor, desde a concepção, entretanto, as decisões sobre as responsabilidades futuras recaem, em maioria, sob as mulheres, sendo uma decisão complexa que elas mesmas devem tomar (Dworkin, 2003, p. 79-80).

Um feto imaturo que não tenha interesses, muito menos o de sobreviver, é algo pouco discutido, uma vez que muitas pessoas costumam levar em conta seu interesse pessoal de estar vivo, de não ter sido morto em algum momento anterior, ou seja, quem está vivo, não queria ter sido abortado. Dworkin (2003, p. 24-26) coloca esta argumentação como falaciosa, pois estes argumentos são prejudicados por não haver ponto de vista lógico, vez que o próprio feto não possui interesses no momento do aborto, independente dos interesses que o ser humano vai ter ao longo da vida após o nascimento, se houver aborto, não haverá alguém com interesses prejudicados, pois não existentes, não podendo, então, ser um argumento que trate o aborto como um erro.

Na ADPF – 54, uma das argumentações favoráveis sobre a descriminalização de abortos de fetos anencéfalos no voto dos Ministros, foi sobre o caráter não absoluto do direito à vida. Primeiro, argumentando que não há hierarquia no direito à vida sobre os demais direitos (uma vez que a própria Constituição traz exceções, como por exemplo, em caso de guerra), além da existência do aborto ético ou humanitário (em caso de estupro, onde não foi colocado como principal questão a vida do feto, mas sim, a dignidade da mulher). Outro ponto levantado foi a diferenciação gritante dada às penas de homicídio (leia-se: de pessoas já nascidas) e ao aborto (pessoa não nascida), que incorre em proteção Estatal maior após o nascimento (Brasil, 2012). Apesar dessas considerações terem sido feitas para a descriminalização de um feto considerado ‘natimorto’, diante das improváveis chances de vida pós-parto, ainda assim, podem ser lidas sob um caráter geral.

Quanto ao nascituro, então, alguns aspectos são importantes de serem analisados sobre a possibilidade de interrupção da gestação até determinado prazo. Goldim (2007, *on-line*), explica que é na 12ª semana de gestação que a estrutura cerebral está completa e, na 28ª que inicia a autoconsciência. Além do mais, é apenas a partir da oitava semana de gravidez que o embrião é promovido a feto (Farias; Rosensvald; Braga Netto, 2018, p. 300). Ainda, sobre a suposta capacidade do feto de sentir dor, antes de possuir terminações nervosas, a atividade elétrica do cérebro surge apenas por volta do sétimo mês de gestação, o que o faz capaz de movimentos reflexivos.

Quanto a análise sobre o feto ser ou não parte do corpo da mulher, melhor argumentação não há do que pensar na circunstância de que o feto necessita de ajuda externa para se desenvolver, não sendo um corpo sozinho, completo em si próprio, necessitando da gestante (vez que, enquanto grávida, não há como se conceber como algo separado da mesma) e da ciência. O feto está vivo, porque a mulher o faz estar, sendo errado dizer que o feto está totalmente dela separado e, também, que de algum modo não está (Dworkin, 2003, p. 21 e 77).

Entende-se que a melhor resolução seria a imposição de um prazo para que o aborto voluntário possa ser realizado, levando-se em consideração justamente a fase do real desenvolvimento do feto com sentidos parecidos com o de uma pessoa já nascida, que deverá ser analisada juntamente com especialistas da área das ciências da saúde.

Por esta ótica, percebe-se que a temática do aborto não pode ser vista unicamente através da discussão sobre de quem é o maior direito sobre a vida, mas também sobre a dignidade da mulher já nascida e com direitos garantidos, sobre as questões econômicas do Estado e dos pais, de responsabilidade de ambos os genitores, além de uma análise sobre a vida que o feto não desejado terá após o nascimento, se poderá esta ser chamada de vida digna, sob a perspectiva dos direitos humanos.

5 CONCLUSÃO

Não há como se impor às mulheres o estigma da irresponsabilidade e/ou da criminalidade quando seus motivos para o aborto são, normalmente, a falta de estruturas familiares, de problemas econômicos, psicológicos ou qualquer outro que demonstre sua incapacidade de dar à futura criança uma vida digna e a garantia de todos os direitos a ela inerentes ou, direito de ter seu planejamento familiar de fato livre. Não há como responsabilizar as mulheres pela prática de ato sexual por outro motivo que não o reprodutivo, impondo a estas a restrição de futuro digno, tornando a maternidade um aprisionamento, enquanto que isso não é feito aos homens.

Mesmo com restrições legais e riscos para a saúde, muitas mulheres seguem optando pelo aborto como única solução viável para aquele momento de suas vidas, independente de classe social, raça, geração, religião. Por isso, a criminalização do aborto tem gerado óbitos, vitimização de mulheres, responsabilizando unicamente estas.

Quanto a pergunta norteadora, que questiona se os argumentos em maioria levantados para a manutenção da tipificação penal do aborto voluntário no Brasil são suficientes para manter a criminalização da mulher. Verifica-se que o Brasil ainda leva em conta as imposições religiosas, levantadas pelos julgamentos pessoais daqueles que possuem o poder de decisão, mas que estas questões deveriam ser de cunho impessoal. Além do mais, através dos dados comparativos com o Uruguai, percebe-se que a descriminalização do aborto não necessariamente aumenta a incidência destes. Por fim, que a decisão da criminalização ou não deve ser livre de análises de questões únicas, como sobre de quem é o maior direito, vez que envolve mais do que a questão sobre o direito à vida, mas principalmente direito à vida digna, a paternidade responsável, a liberdade das mulheres, a autonomia privada, ao planejamento familiar, a mortalidade de brasileiras, a economia do país, a dignidade das crianças, entre outros aspectos pertinentes. Contudo, apesar dos direitos e liberdades individuais constitucionalmente apregoados, há um direito penal punitivo àquelas que pretendem exercer estes direitos.

Percebe-se, portanto, que a questão da criminalização do aborto está, na verdade, rodeada de argumentos pessoais ou analisados apenas sob uma ótica, aspectos, que subjetivam o tema, e devem passar a ser desvendados e analisados através do ponto de vista imparcial que se espera dos julgadores e legisladores e de um Estado de Direito.

Deve ser levado em conta a efetividade da norma e se ela tem alcançado o objetivo a que se destina, onde verifica-se que a Lei penal que não permite o aborto voluntário não tem sido garantidora de direitos a nenhum dos indivíduos envolvidos na questão do aborto, podendo-se concluir por um sistema falho, que não se modifica unicamente pela forma que a questão vem sendo analisada, ignorando dados estatísticos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. 10 set. 2019. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, nº 54. Julgamento definitivo em 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Decisão com a Relação dos Inscritos Habilitados, Data, Ordem dos Trabalhos e Metodologia da Audiência Pública Convocada para Discutir Aspectos Interpretativos dos arts. 124 e 126 do Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal), 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF442habilitados.pdf>. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Mortalidade proporcional por grupos**

de causas em mulheres no Brasil em 2010 e 2019. Datasus – IDB, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/epidemiologicos/edicoes/2021/boletim_epidemiologico_svs_29.pdf . Acesso em: 20 set. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRA, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016.** *Ciência & Saúde Coletiva*, 22(2): p. 653-660, 2017.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRA, Alberto. **National Abortion Survey** – Brazil, 2021. *Ciências da Saúde Coletiva* [periódico na internet] (2023/Mar). Disponível em: <http://cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/national-abortion-survey-brazil-2021/18689?id=18689&id=18689> Acesso em: 20 set. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EVANGELISTA, Marcela Boni. **Dilemas da (sobre)vida**: o aborto. Tese apresentada no Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora em História. São Paulo, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de, BRAGA NETTO, Felipe, ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil** - volume único. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GOLDIM, José Roberto. **Início da Vida de uma Pessoa Humana**. 2007. *Online version*. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/invida.htm>. Acesso em: 20 set. 2023.

HENRIQUES, Jessica Petrovich. **A ineficiente política da criminalização do aborto**: um estudo comparativo entre Brasil e Uruguai. p. 232-244. FIDES, Natal, v.8 , n. 1, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/272/279>. Acesso em: 20 set. 2023.

MACHADO, Lia Zanotta. **O aborto como direito e o aborto como crime**: o retrocesso neoconservador. Cadernos Pagu (50), 2017:e17504. *Online version*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201700500004>. Acesso em: 20 set. 2023.

MARIANO, Rayani. BIROLI, Flávia. **O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014)**: posições e vozes das mulheres parlamentares. Cad. Pagu n. 50 Campinas 2017 Epub 28-Set-2017. *Online version*. ISSN 1809-4449. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201700500013> . Acesso em: 20 set. 2023.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**: Fundamentos e ética biomédica. Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

URUGUAI. **Ley nº. 18.987, de 30 de outubro de 2012**. Interrupción voluntaria del embarazo. Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp4522006.htm>. Acesso em: 20 set. 2023.

URUGUAI. **Ministerio de Salud Publica**. Avances y desafíos en Política Pública de Salud Sexual y Salud Reproductiva. Agosto, 2017. Disponível em: http://www.msp.gub.uy/sites/default/files/archivos_adjuntos/ppt%20coloquio%20SSySR%20FINAL%202.pdf. Acesso em: 20 set. 2023.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas - uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 121-148.

(IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA SOB O CRIVO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

FERNANDA CRISTINA GASPAROTTO^{1*}
PEDRO HENRIQUE MARCON ROCKENBACH^{2**}

1 INTRODUÇÃO

O sistema que sustenta a violência contra a mulher no Brasil trata de um fenômeno estrutural, que tem sua origem remontada ao período colonial. O patriarcado se confunde com a própria configuração do estado brasileiro. Torna-se cada vez mais insustentável ser mulher em um mundo no qual não há segurança. Trata-se de comportamentos agressivos voltados exclusivamente à figura feminina como forma de depreciá-la.

Tendo isso em vista, busca-se responder ao seguinte problema: as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha (11.340/2006), voltadas à proteção dos direitos fundamentais das mulheres, são eficazes? Será explorada a complexa interação entre a Lei Maria da Penha e o contexto institucional no qual ela opera para responder à pergunta central deste artigo.

1 * Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS); membro do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado ao PPGD da FMP/RS, sob coordenação do prof. Conrado Paulino da Rosa; advogada; fernandacgasparotto@gmail.com.

2 ** Pós-graduando em Direito e Prática Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP); membro do Grupo de Pesquisa Patologias Corruptivas, vinculado ao PPGD da FMP/RS, sob coordenação do prof. Rogério Gesta Leal; ph.marcon@hotmail.com.

Essa premissa leva o estudo a uma análise, com um breve recorte, do dever do Estado de garantir a proteção dos direitos fundamentais das mulheres, com fulcro na eficácia objetiva dos direitos fundamentais. A partir disso, será exposto em ligeira abordagem as delimitações acerca do princípio da proporcionalidade, especificamente em sua face da proibição à proteção insuficiente, mecanismo este concebido pela doutrina internacional para fazer o controle do devido respeito aos direitos fundamentais.

Com isso, far-se-á necessário a verificação de compatibilidade dos mecanismos da Lei Maria da Penha, especificamente as medidas protetivas de urgência, com o referido princípio.

A contribuição deste estudo consiste na identificação das limitações existentes no que diz respeito à eficácia dos instrumentos existentes, bem como a exposição de dados referentes às prisões decretadas, medidas concedidas e crimes cometidos contra as mulheres.

Conduz-se este estudo a partir de uma pesquisa bibliográfica qualitativa aplicada, com um levantamento e análise da literatura científica existente acerca do tema abordado, utilizando-se como critério de seleção das fontes a relevância para o assunto, com atualidade e abrangência de discussão, bem como com a coleta de dados quantitativos, referentes às prisões decretadas, medidas protetivas concedidas e crimes cometidos contra as mulheres.

A análise das informações coletadas será feita por meio de uma abordagem qualitativa, com a finalidade de se identificar a eficiência e a compatibilidade dos mecanismos existentes na proteção dos direitos fundamentais das mulheres com o ordenamento jurídico brasileiro.

2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL COMO FORMA DE VIOLÊNCIA ESTRUTURAL E MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Apesar de apresentar um avanço civilizatório no que diz respeito às políticas de igualdade de gênero, a sociedade brasileira tem suas relações marcadas pela misoginia e sexismo, tornando o país um dos lugares mais perigosos para ser e estar mulher.

Em atenção a isso, com a finalidade de proteger os direitos das mulheres, foram criados instrumentos afirmativos, tais como as medidas

protetivas de urgência ou qualquer das demais medidas da Lei Maria da Penha (nº. 11.340/06).

Antes de explorar a complexa interação entre a letra da lei e o contexto institucional no qual ela opera, e observar se os instrumentos existentes são eficazes para a proteção das mulheres, se faz necessário tecer breves comentários acerca do sistema que sustenta a violência de gênero no Brasil.

De acordo com Mello e Paiva (2022, p. 30), no Brasil, as raízes do patriarcado remontam ao período colonial, durante o qual foram compiladas diversas ordenações, que foram responsáveis por aplicar severas sanções às mulheres. Como exemplo, ao homem era permitido matar a mulher em casos de adultério ou suspeita de traição, enquanto a mulher não tinha permissão para falar sobre sua versão dos fatos sobre a acusação de adultério.

Essa forma conservadora e patriarcal de controle social de outra, caracterizada pelo estabelecimento de punições rigorosas e pela busca de um certo grau de ordem na vida colonial, teve consequências a longo prazo, estabelecendo fundamentos sólidos na trajetória da tradição familiar que evoluiu no contexto brasileiro (Mello; Paiva, 2022, p. 32). Em outras palavras, as raízes da configuração da sociedade brasileira atual remontam ao período colonial.

Por conta dessa configuração da sociedade, os repertórios interpretativos e o processo de socialização derivam da reprodução dos ideais culturais estabelecidos, do que é ser um homem ou uma mulher e como cada um deve se portar (Dias, 2022, p. 22). Mello e Paiva (2022, p. 109) ensinam que a violência de gênero está interligada aos gestos e signos do feminino, tanto no que diz respeito ao desprezo da condição de ser mulher, quanto na necessidade de controlar os corpos femininos para que se portem de acordo com o que deles é esperado, ou seja, os estereótipos de feminilidade.

Os corpos são idealizados socialmente, de modo que a concepção sexuada determina a dissemelhança entre os sexos que, por consequência, estabelece a divisão entre os gêneros, tudo a partir da dominação masculina sobre as mulheres (Lazdan *et al.*, 2014, p. 472).

Para Dias (2022, p. 55) a relação histórica de desigualdade entre homens e mulheres “é um terreno fértil à afronta ao direito à liberdade”.

Não há como falar da emancipação das mulheres sem a ruptura da sociedade falocêntrica.

Com a finalidade de perpetuar o modelo estrutural do gênero, o poder e a violência passaram a ser planejados. As práticas sociodiscursivas ideológicas misóginas são reforçadas a partir de expressões como “em briga de mulher ninguém mete a colher” e “mulher gosta de apanhar”, as quais evidenciam a magnitude do problema, visto que tais expressões apenas incentivam a violência.

Deste modo, o poder é naturalizado através da dominação e da violência, de modo que esta última se torna a principal ferramenta para a perpetuação da supremacia masculina (Sommacal; Tagliari, 2017, p. 247). O termo “gênero”, para adquirir uma amplitude que salvasse outras questões, passou a compreender sobretudo as questões concernentes às relações de poder e violência (Araújo, 2008).

No que diz respeito às várias formas de violência contra as mulheres, insta repisar que é a partir da violação contra os corpos e as mentes femininas que há a perpetuação dos paradigmas patriarcais. Nesse sentido, a violência deve ser considerada como um produto por meio do qual a violência física ou emocional sustenta o propósito de subjugar as pessoas (Newton, 2019, p. 324).

Diante desse contexto histórico de dominação e impunibilidade que a violência contra a mulher se torna um fenômeno estrutural inerente à sociedade patriarcal (Dias, 2022, p. 23). Sob esta nuance, o patriarcado utiliza de uma rede intrínseca e perversa para silenciar as mulheres, seja na sua vida privada ou social (Ferraz, 2019, p. 219).

Perpassadas as explanações relacionadas à origem da violência no Brasil e os motivos pelos quais ela é disseminada na sociedade brasileira até os dias atuais, adentra-se numa breve compreensão hermenêutica da Lei Maria da Penha.

De acordo com Welter (2007, p. 162), a Lei nº. 11.340/06 “se destina unicamente a cuidar da mulher contra a violência daqueles que com ela convivem e compartilham em seu asilo familiar, deixando de proteger, por enquanto, os demais membros da família”.

Dias (2022, p. 185) assevera que a lei em comento tem como propósito assegurar à mulher, a partir das medidas criadas para sua efetividade, o direito de uma vida sem violência. Importa salientar que na maior

parte do seu texto, não há referência à mulher agredida como ‘vítima’, mas como “mulher em situação de violência doméstica e familiar”, com vistas a retirar a carga vitimizadora do fenômeno (Bianchini, 2018, p. 36-37).

Para se alcançar um conceito do que se trata a violência doméstica, na seara da Lei Maria da Penha, indispensável a leitura conjunta dos arts. 5º e 7º. Dias (2022, p. 69) salienta que se limitar à uma interpretação isolada do art. 5º é insuficiente, tendo em vista que são empregadas expressões vagas, tais como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero”; “âmbito de unidade doméstica”; “âmbito de família” e “relação íntima de afeto”. Assim como deter-se isoladamente ao disposto no art. 7º também não se retira o conceito legal de violência contra mulher. Tem-se, portanto, que a violência é qualquer das ações elencadas no art. 7º da Lei Maria da Penha.

Há, no aludido instrumento normativo, um rol de medidas criado para dar efetividade ao seu propósito: assegurar à mulher uma vida sem violência (Dias, 2022, p. 185). Uma das grandes inovações legislativas trazidas pela lei foi a introdução das medidas protetivas de urgência, as quais são ferramentas jurídicas capazes de salvaguardar as mulheres que se encontram em contexto de violência doméstica (Sanches; Zamboni, 2018, p. 2).

Nas palavras de Didier Júnio e Oliveira (2008) as medidas buscam impedir a prática de atos ilícitos, tais como a violência doméstica e familiar, o constrangimento aos filhos, aos familiares, testemunhas, a dilapidação indevida do patrimônio alheio, além de removê-los, quando continuados, possibilitando ao magistrado determinar ao agressor obrigações de fazer, não fazer, e entregar determinada coisa, com vistas a tutelar os direitos da ofendida.

O propósito subjacente, de acordo com Sanches e Zamboni (2018, p. 2) é oferecer uma resposta estatal eficaz, visando prevenir danos ou violações de direitos, ao mesmo tempo em que busca a redução dos índices de violência.

Há que se observar que no tema em enfoque, “o Direito, como um todo, deve ser convocado a laborar em prol da transformação positiva da sociedade” (Porto, 2021, p. 110). Assim, “É preciso que as mudanças sejam eficazes, caso contrário, corre-se o risco de inchar a legislação com alterações e retalhos que não têm grande impacto na rotina dos tribunais e na vida das mulheres” (Mello; Paiva, 2022, p. 241).

Para que se possa falar numa maior proteção das mulheres que sofrem violência doméstica, se faz necessário um ordenamento jurídico que respeite a mulher e que priorize sua vontade e autonomia (Mello; Paiva, 2022, p. 286), o que muitas vezes não se verifica na prática jurídica.

Imprescindível destacar que a legislação discutida cuidou de distinguir as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, conforme disposto no art. 22, das medidas protetivas de urgência à ofendida, descritas nos arts. 23 e 24. Porto (2021, p. 111) ensina que, enquanto as primeiras são destinadas a limitar a liberdade do agressor em vários aspectos, as destinadas à ofendida têm como finalidade precípua a autorização desta de praticar determinadas condutas, além de lhe devolver direitos que lhe foram subtraídos pelo agressor.

Dias (2022, p. 187) leciona que o rol de medidas expostas na legislação é exemplificativo, o qual não esgota as hipóteses protetivas passíveis de serem adotadas, conforme dispõe o art. 22, §1º e no *caput* dos arts. 23 e 24. Além disso, a autora salienta (DIAS, 2022, p. 187) que além das medidas conhecidas por ‘protetivas’, há outras, como a inclusão da vítima em programas assistenciais.

Considerando que o legislador, ao prever o instituto das medidas protetivas de urgência, permaneceu silente quanto à sua natureza jurídica, criou-se uma discussão doutrinário-jurisprudencial no que diz respeito, por exemplo, à amplitude das medidas, o tempo de sua duração, os prazos, as consequências em caso de descumprimento, situações que em um contexto geral geram a inefetividade da proteção e inclusive um contexto de insegurança jurídica (Sanches; Zamboni, 2018, p.2).

Para Dias (2022, p. 190), as medidas de urgência são tidas como medidas cautelares inominadas, as quais visam proteger os direitos fundamentais, além de coibir a violência na seara das relações familiares.

Sublinha-se que a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, no ponto tocante ao aspecto protetivo contra a violência doméstica, é de caráter penal. Fala-se especificamente dos instrumentos mencionados no artigo 22, incisos I a III, da Lei 11.340/06, que são afetos ao ofensor e dizem respeito ao cometimento ou iminente cometimento de condutas previstas como tipos penais, violadoras de bens jurídicos da mais alta relevância, como a vida, a liberdade, a integridade física e a liberdade sexual (Sanches; Zamboni, 2018, p. 7).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que as medidas protetivas de urgência têm caráter penal, uma vez que restringem a liberdade de ir e vir do ofensor, ao passo que tutela os direitos fundamentais à vida e à integridade física e psíquica da ofendida (Brasil, 2022).

Dessa sorte, a partir das perspectivas penal e processual penal, as medidas protetivas de urgência são medidas cautelares inominadas, por se tratarem de medidas cautelares penais (aquelas referidas no artigo 22, incisos I a III, da Lei nº 11.340/06).

Com a finalidade de trazer dados das medidas protetivas concedidas e crimes cometidos contra a mulher, buscou-se realizar um recorte especial na coleta, restringindo-se a busca exclusivamente para o Estado do Rio Grande do Sul e sua capital, Porto Alegre. Tal recorte permite uma compreensão mais precisa das dinâmicas e padrões específicos relacionados à temática do presente artigo dentro do contexto do Rio Grande do Sul.

Importa observar que os dados que serão expostos a seguir foram coletados a partir do site da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, além das informações disponibilizadas no site da Secretaria da Segurança Pública do RS, a partir dos indicadores da Violência Contra a Mulher.

No ano de 2022 foram concedidas 136.401 medidas protetivas de urgência, sendo 60.621 no primeiro semestre e 75.768 no segundo, e no ano de 2023 (até agosto) já foram concedidas 97.831, sendo 83.206 no primeiro semestre e no segundo semestre (até agosto) já foram concedidas 14.625 medidas.

Verifica-se que houve um aumento considerável no número total de medidas protetivas concedidas ao longo do ano de 2022 a 2023.

Em relação aos crimes cometidos contra a mulher no Estado do Rio Grande do Sul no ano de 2022, tem-se que foram 264 tentativas de feminicídio, 110 feminicídios consumados, 31.322 ameaças, 2.627 estupros e 18.208 lesões corporais.

É possível se observar dos crimes cometidos contra as mulheres no ano de 2022 que foram mais de 50.000 (cinquenta mil) ilícitos, o que denota a extrema urgência de se impedir que tais atrocidades se perpetuem na sociedade gaúcha. Se comparar os dados de 2022 com os que

serão expostos abaixo, levando em conta a atualização somente até agosto do ano de 2023, tem-se que este ano poderá inclusive superar os dados de 2022, com índices ainda mais alarmantes de violência contra a mulher.

Quanto aos crimes cometidos contra a mulher no estado gaúcho durante o ano de 2023³, tem-se que há 128 casos de tentativa de feminicídio, 40 feminicídios consumados, 16.864 ameaças, 1.183 estupros e 9.883 lesões corporais.

Dos dados coletados, evidencia-se a gravidade da violência contra as mulheres.

Conforme se depreende da Secretaria da Segurança Pública do Estado Gaúcho, das 110 vítimas de feminicídio em 2022 no Rio Grande do Sul, 21, ou seja, quase 20%, já tinham procurado ajuda e pedido medida protetiva contra o agressor. Esse número dobrou em relação ao ano anterior, quando foram 10 vítimas de feminicídio com medida protetiva. São mulheres que apesar de terem conseguido romper com o silêncio, tiveram suas vidas tolhidas no desfecho que representa o ápice da violência doméstica (Mendes, 2023).

Assim, há muitos casos de feminicídio nos quais a mulher possuía uma medida protetiva de urgência em vigor, a qual não se mostrou eficiente para impedir o auge da violência, que tolhe sua vida (Mello; Paiva, 2022, p. 286).

Justamente por conta disso, constata-se a resposta ao problema central desse artigo: as medidas protetivas de urgência não são eficazes ao fim ao qual se destinam.

Interessa, para essa parte do artigo, analisar as medidas protetivas que obrigam o agressor (art. 22 da Lei 11.340), com vistas a denotar que estas não são eficazes na sua própria essência.

Depreende-se da leitura do art. 22, inciso III, alínea 'a' que ao se constatar a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz poderá imediatamente aplicar ao ofensor a proibição de aproximação da ofendida e de seus familiares, sendo esta medida a mais conhecida e requerida.

Mello e Paiva (2022, p. 300) sustentam que alguns doutrinadores questionam a eficácia da utilização dessa medida, por conta da difícil

3 Dados coletados até junho de 2023.

averiguação do cumprimento da restrição. Dito de outra forma, o cumprimento da referida medida protetiva não é acompanhado pelo Estado, o que resulta numa vulnerabilidade significativa e um risco incalculável para a segurança das partes envolvidas e o efetivo cumprimento da medida (Silva; Cury, 2021, p. 2).

Imperioso consignar que após o deferimento da medida protetiva de proibição de aproximação do ofensor da ofendida, não há nenhuma fiscalização do seu cumprimento, tampouco algum meio que seja possível observar o seu cumprimento por parte do agressor (Silva; Cury, 2021, p. 11).

De acordo com Machado e Prado (2022, p. 2415) a ausência de avanços substanciais após a promulgação da Lei Maria da Penha pode ser vinculada à ineficácia de sua aplicação. Ainda segundo as autoras, as explicações para a baixa concretização dos objetivos da Lei vão desde a ausência de instituições especializadas à falta de efetividade dos mecanismos criados pela própria legislação.

Salienta-se a justificativa da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher (CPMIVCM) instaurada há onze anos para “investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência” (Brasil, 2013), que um dos grandes obstáculos para a efetivação da política de enfrentamento à violência contra a mulher em nosso país é a “falta de recursos, especialmente quando da implementação em nível estadual e municipal”. Ainda, ressaltou-se que o governo federal é o “principal financiador das políticas de enfrentamento à violência contra a mulher”.

Dessa forma, depreende-se que o problema demanda medidas concretas e palpáveis, aspecto que não se vislumbra na estrutura das medidas protetivas de urgência, sobretudo no que tange à pessoa do ofensor.

Sob esta nuance, verifica-se que essa medida protetiva é ineficaz na sua própria essência, uma vez que o legislador não cuidou de especificar a forma de fiscalização do seu cumprimento. A mulher que sofre violência física, munida da medida protetiva que determina a proibição de afastamento do agressor, se vê, na realidade, desprotegida, visto que se trata somente de outra ordem jurídica que o ofensor não relevará em transgredir.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM FACE DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

Ao adentrar no estudo do princípio da proporcionalidade e da sua relevância para a matéria sob análise, preliminarmente depara-se com a imprescindibilidade de se debruçar sutilmente sobre a teoria geral dos direitos fundamentais.

É cediço que a Constituição da República de 1988 traz consigo uma ampla gama de direitos fundamentais, previstos nos incisos do seu 5º artigo, entre eles a liberdade de ir e vir, a não submissão a tratamento desumano e a igualdade entre gêneros (Brasil, 1988). Dessa sorte, sublinha-se que esses direitos mencionados são direitos fundamentais enquadrados como de “primeira dimensão”, ou seja, são direitos de liberdade do homem. Essa cepa de direitos demanda uma postura estatal negativa, liberal, no sentido limitar a intervenção do Estado no que diz respeito ao espectro individual relativo a cada um desses direitos (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 319-320).

Ao permear especificamente na dogmática dos direitos fundamentais a liberdade, Alexy (2008, p. 452) traz ao cerne da matéria a dicotomia verificada originalmente pela jurisdição do Tribunal Constitucional Federal alemão, e posteriormente pela doutrina constitucionalista, a respeito dos efeitos emanados dos direitos fundamentais, podendo eles terem uma postura subjetiva ou objetiva.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 352) expõem o núcleo restrito do conceito de direito subjetivo, sobre o qual há um mínimo consenso na doutrina, como direitos conferidos à pessoa, como ser humano, como ser sujeito de direitos, destinatário de direitos.

Quanto à eficácia objetiva, os autores lecionam que esta diz respeito a mandamentos endereçados ao Estado para que proteja adequadamente, por meio de políticas pública e estruturas normativas, os direitos fundamentais individuais contra intervenções vindas de terceiros (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 355-357). Esta última noção guarnece a tela dogmática dos direitos fundamentais, sobre a qual será desenvolvido o presente estudo.

No que concerne ao princípio da proporcionalidade, este guarda notável relevância para o que acaba de ser exposto. Trata-se de um princípio geral de direito, detentor de essencialidade para o Direito Cons-

titucional e para o Estado de Direito na medida em que constitui uma proteção da liberdade individual do sujeito de direitos (Bonavides, 2004, p. 401). Na dicção de Sieckmann (2018, p. 3), o princípio da proporcionalidade constitui um mecanismo que resguarda o equilíbrio em qualquer exercício hermenêutico que toque nos direitos humanos fundamentais, imperativo em qualquer sistema legal de Direito.

É verdade que o princípio da proporcionalidade não se encontra positivado no texto constitucional brasileiro de 1988, ele é concebido como princípio imanente aos direitos fundamentais e à sua sistemática no Estado de Direito, se manifestando via outros princípios e direitos fundamentais indissociáveis daquele (Bonavides, 2004, p. 434-435).

O princípio da proporcionalidade, conjugando-o à análise do que se dispôs até o momento, apresenta-se como um mecanismo dual, ostentando duas faces reconhecidas pela doutrina, que dizem respeito ao controle de excessos por parte do Estado e ao controle de omissões por parte do Estado (Sarlet, 2006, p. 178).

A primeira face, mais presente na consciência das pessoas quando se apregoa o “Princípio da Proporcionalidade” e por muito tida como sinônimo de tal, refere-se à limitação do excesso arbitrário pelo Estado (Bonavides, 2004, p. 403). Isto é, ele constitui um mecanismo de frenagem da incisão estatal excedente quanto aos direitos fundamentais de liberdade, impedindo uma intervenção arbitrária e desmedida na seara individual do indivíduo (Bonavides, 2004, p. 394).

Interessa a este estudo a segunda faceta trazida, relativa ao controle de omissões do Estado, considerando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais supra exposta. A esse respeito, Alexy (2008, p. 450) assevera que os direitos de proteção, um dos eixos dos direitos a ações estatais positivas, referem-se aos direitos que detêm os indivíduos de que o Estado proteja os seus direitos de liberdades individuais (vida, propriedade, dignidade etc.) contra intervenção de terceiros que não o Estado. Dessa sorte, a segunda face da proporcionalidade mencionada, impõe uma medida proporcional a que se vincula o Estado frente ao dever de proteção dos direitos fundamentais individuais (Senra, 2021, p. 130).

Assim, concatenando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que impõe ao Estado o ônus de salvaguarda dos direitos fundamentais de liberdade, com a face de vedação à proteção deficiente do

princípio da proporcionalidade, Sarlet assevera que cabível a análise da proporcionalidade de conduta governamental que se omite em legislar em defesa de determinado direito de liberdade (Sarlet, 2006, p. 179).

Repisa-se uma premissa que deve ser vislumbrada claramente a partir do conteúdo aqui exposto, qual seja a de que a ideia de proporcionalidade e direitos fundamentais são conceitos indissociáveis, e assim o é com os princípios (Alexy, 2008, p. 116).

Adiante, é afeto ao teste de proporcionalidade de uma determinada postura estatal. A proporcionalidade não pode ser um mero conceito abstrato lançado nas discussões sobre os direitos fundamentais em nome da vaidade ou de erudição vazia, sem que traga uma baliza efetiva para certo impasse. Assim, resta claro que a atitude desempenhada pelo Estado, além de tudo, deve ser proporcional, cabendo, portanto, a verificação oportuna dos termos objetivos que descrevem a proporcionalidade.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade apresenta três subprincípios, ou três elementos parciais, que objetivam instrumentalizar a aferição da presença da proporcionalidade na medida adotada para a consecução de determinada norma ou princípio: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (Bonavides, 2004, p. 396-397). De acordo com Alexy, a máxima da adequação consiste na verificação da efetividade da medida eleita para consecução de determinado objetivo primado por determinado princípio. Isto é, deve-se verificar se a medida em questão tem a capacidade e a eficácia na consecução do objetivo (Alexy, 2008, p. 120).

Quanto à máxima da necessidade, esta implica uma averiguação da necessidade de emprego de determinada medida na consecução de um objetivo estimado por um princípio/regra, em um cenário em que esta implique a minimização de outro princípio fundamental enquanto direito fundamental. Assim, há que se verificar todas as possibilidades de materialização daquele primeiro direito, e empregar a que signifique a maior otimização de ambos os princípios (o que se visa materializar e o que termina constricto), de maneira que só é necessária a medida que importe a menor restrição possível de ambos os princípios em voga.

Finalmente, no que toca à proporcionalidade em sentido estrito, este instrumento se consubstancia em um sopesamento de princípios fundamentais (Alexy, 2008, p. 117-118). Esse sopesamento leva em

consideração o grau de interferência de um princípio sobre o outro e o peso abstrato que cada princípio ponderado tem no caso concreto (Sieckmann, 2018, p. 11).

Nesse sentido, é notavelmente pertinente a lição de Alexy (2008, p. 119-120), segundo a qual o exame da ponderação de princípios, ou sopesamento de princípios, é essencial no exame da proporcionalidade porquanto busca a máxima otimização dos princípios. Explicando melhor, além do exame de necessidade das medidas, é crucial que se faça a ponderação de princípios para averiguar se a melhor otimização dos princípios exige de fato a aplicação das medidas constrangedoras do princípio. Dito de outro modo, há que se balancear a importância de ambos os princípios em conflito, e verificar se a interferência de um sobre o outro é justificada pelo melhor aproveitamento destes.

Notadamente, os referidos critérios são comumente utilizados quando da aferição de excesso de um princípio sobre o outro, ou seja, quando há uma restrição de um princípio ou direito em detrimento de outro e se essa restrição se justifica (Estevão; Brito Filho, 2019, p. 313). É possível constatar tal aspecto, até mesmo pelos mecanismos retóricos empregados para explicar cada critério, que mencionam exclusivamente a casuística da restrição de um princípio em favor de outro, expressando o ordinário “controle de excesso”.

Na teoria de Alexy, esse modelo de teste de proporcionalidade é aplicável ao campo da proibição da insuficiência. Dessa forma, o autor dá um tratamento simétrico à aplicação do princípio da proporcionalidade em sua face à vedação do excesso e em sua face à vedação da proteção insuficiente. Isso implica dizer que o teste de proporcionalidade em Alexy é o mesmo para as duas facetas da proporcionalidade, contando com os três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Essa posição, inclusive, teve ampla adesão na América Latina (Clérico, 2018, p. 28-29).

Consoante tal premissa, verifica-se que, no eixo da proibição da defesa insuficiente, a constatação quanto ao respeito aos subprincípios pode ser feita com base nas premissas de que (a) uma medida de defesa ineficaz viola o subprincípio da adequação, principalmente se não otimiza outro direito fundamental em balanço; (b) uma medida viola o subprincípio da necessidade quando ela é adotada pelo legislador alter-

nativamente a outra medida existente que protege, com efeito e em maior intensidade, o direito fundamental discutido; e, ainda, (c) o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é desrespeitado quando a missão legislativa favorece um direito fundamental de menor rigor que o direito sacrificado (Gavião Filho; Lyra, 2022, p. 76).

Não obstante as considerações já despendidas, forçoso aventar uma segunda linha teórica a respeito do tema em estudo, que apregoa a independência dogmática do dessa vertente do princípio da proporcionalidade, carregando seus próprios pressupostos e requisitos.

Essa tese tem gênese na advertência de Canaris (2009, p. 65-66), que evidencia a eficácia mitigada do controle de constitucionalidade com base no princípio em voga, consignando que uma isonomia de eficácia resultaria em uma carga insuportável de proteção estatal. Além disso, ele destaca a máxima da separação dos poderes e expressiva margem de manobra que tem o poder legislativo para agir (ou deixar agir) em cada caso, o que restringe consideravelmente a atuação judicial frente às omissões, se comparado com as ações excedentes.

Consoante essa posição, Novais (2018, p. 341) sustenta, como pressuposto para se realizar o controle de constitucionalidade sob o aspecto da proibição da insuficiência, um panorama calcado na evidência de omissão normativa. Como critérios de controle, o autor prestigiado prepõe (a) um controle da realização de mínimos, como sendo uma verificação de proteção mínima do direito ou bem jurídico em voga (Novais, 2018, p. 345-346); e (b) o controle de razoabilidade, entendido como uma verificação no âmbito dos efeitos práticos causados nos afetados pela omissão, considerando não razoáveis os efeitos insuportáveis causados pela omissão, ainda que presente uma proteção mínima (Novais, 2018, p. 348-349).

Inobstante as divergências doutrinárias averiguadas, mormente capitaneadas, em pólos opostos, por Alexy e Novais, a aplicação do princípio da proporcionalidade na face da vedação ao déficit na jurisdição brasileira se aproxima no modelo alexyano preponderantemente, avocando para a realização do controle os três subprincípios da proporcionalidade (Novais, 2018, p. 316).

Suficientes são os elementos trabalhados até o ponto para determinar os contornos do princípio da proporcionalidade na sua dimensão

de coibição à insuficiência de proteção estatal dos direitos fundamentais à liberdade, conceito elementar para o que se vem a verificar a seguir.

4 DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA NO CONTEXTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Nesse contexto, destaca-se que os aspectos prementes das medidas são a excepcionalidade, segundo o qual elas serão reservadas aos casos mais graves (Lopes Júnior, 2019, p. 596), e a preventividade, segundo o qual a cautelar visa assegurar um direito em perigo e prevenir a ocorrência de danos irreparáveis durante o processo (Lima, 2021, p. 818). Diretamente associados a esses aspectos, afiguram-se os requisitos genéricos das medidas cautelares: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, que devem estar presentes cumulativamente (Lima, 2021, p. 815).

Superficialmente, o *fumus comissi delicti* consagra-se com prova da existência do crime e indícios de autoria (Lima, 2021, p. 815). Mais caro ao estudo é o requisito do *periculum libertatis*, traduzido pela existência de perigo iminente na permanência do acusado/investigado em liberdade quanto ao universo do processo. Assim, o artigo 312 do Código de Processo Penal impera que, entre outros requisitos específicos e não cumulativos, o *periculum libertatis* seja manifesto no risco à ordem pública, causando iminente perigo a um bem jurídico de alta relevância, ou de reiteração delitiva (Lima, 2021, p. 816). Visto isso, é razoável concluir que a cautelar demanda um juízo de evidência da necessidade de intervenção pública, o que leva às seguintes considerações a respeito do princípio da vedação à proteção deficiente aplicado ao caso.

Considerando as ressalvas a respeito da restrição da eficácia do reconhecimento da omissão diante do dever de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado apontadas por Canaris (2009, p. 65-66), é razoável concluir que um espaço mais confortável para esse debate seja o dos crimes mais atrozés, que demandam uma concreta e enérgica ação estatal. Aliás, mais do que confortável, é o cenário pertinente, tendo em vista a aplicação das medidas cautelares supra exposta.

Relativo à segurança particular e à violência, Beccaria (2014, p. 68) já alertava:

Como essa segurança é a finalidade de todas as sociedades humanas, não se pode deixar de castigar com as penalidades mais graves aquele que as viole.

Entre esses crimes, uns são atentados contra a existência, outros contra a honra e outros contra as propriedades. Discorremos antes sobre os primeiros, que devem ser castigados com penas corporais. Os atentados contra a existência e a liberdade dos cidadãos estão entre os grandes crimes.

Nesse sentido, as garantias individuais da vida, liberdade e a dignidade da pessoa humana são elementares, merecedoras de especial atenção. Portanto, quanto mais próximo do núcleo essencial desses direitos estiver o atentado, mais grave e concreta será a omissão ou a desproteção (Estevão; Brito Filho, 2019, p. 320). Em outros termos, quanto mais afetado o direito fundamental particular, maior deve ser o grau de intervenção estatal, sobretudo na liberdade do interventor, a fim de que haja justa proporcionalidade (Gavião Filho; Lyra, 2022, p. 72).

Atenta ao ventilado pressuposto (se tratar de bens jurídicos relevantes e vilipêndios graves), não é demais lembrar que a presente investigação se desenvolve no cerne de expressivo descontrole de vilipêndios aos direitos fundamentais que protegem os bens jurídicos mais caros, como a vida, a dignidade sexual, a liberdade, a integridade física, entre outros, que figuram como topo da condição mínima da vida humana. Refere-se, por óbvio, das ocorrências de violência doméstica, agressão sexual, cárcere privado, e não menos ocorrente, o feminicídio, assim tratado na legislação pátria.

Por essa razão, considera-se estar trabalhando em zona de conforto, não limiar, ao tratar de medidas cautelares de natureza penal e de omissões estatais, porquanto o cenário da discussão apresenta-se muito mais como extremado do que mediano ou de interpretação tênue.

Quanto à proporcionalidade aplicada às medidas cautelares penais, por sua vez, esse exercício hermenêutico vem calcado no próprio Código de Processo Penal, notadamente no artigo 282, *caput*, e seus incisos, que trazem os subprincípios da necessidade e adequação, aos quais a medida eleita deve subsumir-se. Ademais, é imperioso o juízo de sopesamento dos direitos fundamentais conflitantes para que se verifique a

razoabilidade (aqui entendida como sinônimo de proporcionalidade) da medida (Bonfim, 2019, p. 204).

Por conseguinte, considerando a aplicação alexyana da teoria da proporcionalidade, convertendo-se os parâmetros para a averiguação de proteção deficitária, invoca-se os três critérios da proporcionalidade, aplicando-os ao cenário fático que se evidencia a partir dos dados trazidos à pesquisa.

Seguindo-se as lições sobre a proporcionalidade anteriormente expostas, há que concluir que, ante dos patamares da violência doméstica vistos no Estado do Rio Grande do Sul, as medidas protetivas de urgência afrontam a proporcionalidade na esfera da vedação à proteção deficiente.

Isso porque, no que tange à adequação, elas não atingem o objetivo de proteger a integridade física, e mesmo, a vida das mulheres; igualmente, relativo à necessidade, verifica-se do artigo 319 do Código de Processo Penal uma pluralidade de medidas, muitas mais gravosas, que podem ser destinadas aos casos (Brasil, 1941); e, por fim, as medidas violam o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, porquanto os direitos à liberdade e presunção de inocência não podem preponderar sobre o direito à vida, à integridade física e à dignidade da pessoa humana, mormente quando aqueles implicam a mitigação destes, e quando existem indícios robustos da violência. Essa premissa se sustenta no fato de que os direitos ameaçados são a razão da existência do Estado (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 410).

Ainda, visando atender à amplitude dogmática em que se compreende o princípio trabalhado, vislumbra-se uma inquestionável evidência de omissão protetiva do Estado direcionada aos direitos fundamentais das mulheres. Portanto, é possível que eventualmente haja um mínimo de proteção dos direitos das mulheres, por meio das medidas protetivas de urgência, porém não é exigível que elas suportem a condição ensejada pela evidente ineficácia dessas medidas, o que agride também o binômio de proporcionalidade de Novais.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo se desenrola sobre a tela de um dos entraves que permeiam a sociedade mundo afora, mas que tem ênfase no Brasil: a violência doméstica e os delitos que se desdobram dela. A Lei 11.340/06

– Lei Maria da Penha – foi editada com o escopo de instrumentalizar a consecução do combate à mazela mencionada, sobretudo pelas medidas protetivas de urgência. Dessas considerações, emerge a dúvida a respeito da compatibilidade, quanto aos seus efeitos, de tais medidas com o ordenamento jurídico pátrio, sobretudo o constitucional.

Preliminarmente, cuidou-se de tecer uma breve explanação no que diz respeito às condições socioculturais em que se insere o grave problema em comento, bem como a forma como essas condições fomentam o problema, vindo-se a concluir por um grave vício de domínio cultural do homem sobre a mulher e seu corpo, causando falsa sensação de propriedade sobre ela.

Em seguida, teceu-se breves considerações sobre as medidas protetivas e seus contornos, bem como o contexto em que se inserem e os seus efeitos na prática jurisdicional, que, por sua vez, deveriam refletir em efeitos materiais para a sociedade, o que não se vislumbrou. Ao verificar os números – oferecidos pelos órgãos públicos responsáveis pela segurança pública - que traduzem o cenário criminal respectivo à violência doméstica e contra a mulher, constatou-se crescentes os patamares de ocorrências de delitos que orbitam sobre este eixo. Assim, tendo que as medidas protetivas de urgência não obstruíram a criminalidade, conclui-se que elas não operam eficazmente, conquanto não apresentam medidas materiais, proporcionais ao dano que querem evitar, o que leva à análise seguinte.

Aqui, cuidou-se brevemente da teoria dos direitos fundamentais e os seus efeitos na ordem jurídica. Um deles diz respeito ao dever imposto ao Estado de proteger os direitos individuais de liberdade, não apenas frente às intervenções estatais, mas também quanto a intervenções de terceiros.

Assim sendo, o princípio da proporcionalidade, elementar em um Estado de Direito, especificamente na face de defesa contra insuficiência protetiva dos direitos, traça-se de mecanismo de controle e equilíbrio do ordenamento jurídico quanto a essa função protetiva. Por essa razão teceu-se breves comentários a respeito dos mecanismos dogmáticos doutrinários e jurisprudenciais concebidos para averiguar a conformidade das normas ao princípio em relevo.

Dessa sorte, indesviável a verificação da conformidade das medidas protetivas de urgência com o princípio da proporcionalidade, na face da vedação à proteção deficiente, por meio da subsunção dos reflexos fáticos aos critérios.

O resultado da pesquisa mostrou que as medidas protetivas de urgência não se mostram compatíveis com as máximas do princípio da proporcionalidade, em suas diversas apresentações dogmáticas. A razão disso reside no fato de que esse mecanismo se mostra eficaz (adequado), porquanto não reflete efeitos visíveis na violência de gênero; não é mais necessário do que outras medidas que possam ser impostas; e, ainda, os direitos que visa resguardar quanto ao agressor (liberdade e presunção de inocência) não são mais prementes que a vida e a dignidade humana da mulher, mormente quando verificados indícios robustos da autoria. Também, não é razoável que o Estado exija que mulheres suportem o presente cenário em respeito à liberdade de manobra do legislador, que se omite em deliberar sobre mecanismos eficientes.

Destarte, tendo em vista que o presente ensaio não tem e não poderia ter a pretensão de exaurir o debate a respeito do tema, inclina-se a concluir que o instrumento da medida protetiva de urgência não presta a proteger a mulher, incorrendo em omissão estatal quanto ao dever objetivo de proteger os direitos femininos. Portanto, contraria o comando constitucional de proteger os direitos das mulheres, traduzidos no largo plexo de direitos humanos fundamentais à vida, e, portanto, não sendo proporcional, e contrário à ordem constitucional vigente.

As mulheres brasileiras continuam vulneráveis e expostas ao perigo, o que não pode ser consentido e tampouco tolerado, demandado atuação enérgica eficaz do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Suely Souza de. Essa violência mal-dita. *In*: ALMEIDA, S. S. de (Org.), **Violência de gênero e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2007.

AMARAL, Luana Bandeira de Mello; VASCONCELOS, Thiago Brasileiro de; SÁ, Fabiane

Elipídio de; SILVA, Andrea Soares Rocha da; MACENA, Raimunda Hermelinda Maia. Violência doméstica e a Lei Maria da Penha: perfil das agressões sofridas por mulheres abrigadas em unidade social de proteção. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 24, n. 2, p. 521-540, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/hhpBZPY3scgf4Q7KLKRD4Kf/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 11 ago. 2023.

ARAÚJO, Maria de Fátima. Gênero e violência contra a mulher: o perigoso jogo de poder e dominação. **Revista Electrónica Internacional de la Unión Latinoamericana de Entidades de Psicología**, México, n. 14, out. 2008. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2008000300012. Acesso em: 10 mar. 2023.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei nº. 11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 09 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial nº 2.009.402 - GO (2022/191386-8).** Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Brasília, DF, 18 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1688405522>. Acesso em: 03 set. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional (Secretaria Geral da Mesa). **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da violência contra a mulher.** Comissão Parlamentar Mista de Inquérito criada “com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência. Relator: Senadora Ana Rita. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496481>. Acesso em: 09 set. 2023.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CLÉRICO, Laura. Proportionality in Social Rights Adjudication: Making It Workable. *In*: DUARTE, David; SAMPAIO, Jorge Silva (org.). **Proportionality in Law: an Analytical Perspective.** Cham: Springer Cham, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça.** 8 ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

DIDIER JUNIOR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 160, p. 9-31, jun. 2008. Disponível em: https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/caop_dh/documentos/Aspectos_Processuais_Civis_da_Lei_Maria_da_Penha.pdf. Acesso em: 31 ago. 2023.

ESTEVIÃO, Roberto de Freiria; BRITO FILHO, Claudemir Malheiros. Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente: Função e Missão do Direito Penal. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 46, n. 147, p. 307-327, dez. 2019.

FERRAZ, Carolina Valença. O direito privado e a opressão feminina nas relações sociais: como o patriarcado construiu relações nefastas de poder em face do gênero aproveitando os costumes de casa que foram à praça. *In*: FERRAZ, Carolina Valença (org.). **Manual Jurídico Feminista**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; LYRA, José Francisco Dias da Costa. O teste de proporcionalidade no Direito Penal e a proibição da proteção insuficiente: Uma necessária reconstrução crítica. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 49, n. 152, p. 65-91, jun. 2022. Disponível em: https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1226/Ajuris_152_DT%203. Acesso em: 06 set. 2023.

GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 256-266, ago. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/Dr7bvbkMvcYSTwdHDpdYhfn/>. Acesso em: 19 ago. 2023.

LAZDAN, Alessandra Munhoz; REINA, Fábio Tadeu; MUZZETTI, Luci Regina; RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. A dominação masculina de Pierre Bourdieu: críticas e reflexões a partir da psicologia analítica. **Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação**, Araraquara, v. 9, n. 2, p. 470-487, 2014. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/iberoamericana/article/view/7050>. Acesso em: 15 ago. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Juspodvm, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PRADO, Mariana Mota. Dimensões Institucionais da Igualdade de Gênero: o Caso Maria da Penha. **Revista Direito e Praxis**,

Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2404-2443, out./dez. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/ZFz6C8yLd5yfTL36jb49J8F/#>. Acesso em: 02 set. 2023.

MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Livia de Meira Lima. **Lei Maria da Penha na prática**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Thomas Reuters Brasil. 2022.

MENDES, Leticia. Por que a medida protetiva não impediu o feminicídio de 21 mulheres? *In*: Gaúcha ZH, Porto Alegre, 02 jun. 2023. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/grupo-de-investigacao/noticia/2023/06/por-que-a-medida-protetiva-nao-impediu-o-femicidio-de-21-mulheres-cliaiu3u006q016xj5d1wdvd.html>. Acesso em: 09 set. 2023.

NEWTON, Paulla Christianne da Costa. Os corpos femininos e suas mutilações: a negação da tutela protetiva às mulheres e suas dores. *In*: FERRAZ, Carolina Valença (org.). **Manual Jurídico Feminista**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do déficit**. Coimbra: Almedina, 2018.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/2006: análise crítica e sistêmica**. 4 ed. rev. atual. com comentários sobre feminicídio e stalking. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Segurança Pública. **Indicadores de Violência Contra a Mulher Geral e por Município 2022**. Porto Alegre: SIP/PROCERGS, 2023. Disponível em: <https://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 09 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Segurança Pública. **Indicadores de Violência Contra a Mulher Geral e por Município 2023**. Porto Alegre: SIP/PROCERGS, 2023. Disponível em: <https://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 09 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. **Quantitativo de Medidas Protetivas Concedidas – 1º semestre de 2022**. Porto Alegre, jun. 2022. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/violencia-domestica/estatisticas/>. Acesso em: 09 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. **Quantitativo de Medidas Protetivas Concedidas – 2º semestre de 2022**. Porto Alegre, jan. 2023. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/violencia-domestica/estatisticas/>. Acesso em: 09 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. **Quantitativo de Medidas Protetivas Concedidas – 1º semestre de 2023**. Porto Alegre, jun. 2023. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/violencia-domestica/estatisticas/>. Acesso em: 09 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. **Quantitativo de Medidas Protetivas Concedidas – 2º semestre de 2023**. Porto Alegre, set. 2023. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/violencia-domestica/estatisticas/>. Acesso em: 09 set. 2023.

SALGADO, Gisele Mascarelli. O Estado e as desigualdades de gêneros. In: FERRAZ, Carolina Valença (org.). **Manual Jurídico Feminista**. Belo Horizonte: Letramento. Casa do Direito, 2019.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; ZAMBONI, Juliana Klein. A Natureza Jurídica das Medidas Protetivas de Urgência da Lei Maria da Penha e suas Implicações Procedimentais. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis, v. 13, n. 29, p. 1-32, dez. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/37/22>. Acesso em: 3 set. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, Ano IV, v. 4, n. 7, p. 160-209, jan./jun. 2006. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/issue/view/Issue/45/61>. Acesso em: 19 ago. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SENRA, Carolina Maria Gurgel. Princípio da proibição da insuficiência: o dever do Estado de proteção mínima aos direitos sociais fundamentais. **Revista do Minis-**

tério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 81, p. 127-153, jul./set. 2021. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2360635/Carolina+Maria+Gurgel+Senra.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2023.

SIECKMANN, Jan. Proportionality as a Universal Human Rights Principle. *In*: DUARTE, David; SAMPAIO, Jorge Silva (org.). **Proportionality in Law: an Analytical Perspective**. Cham: Springer Cham, 2018.

SILVA, Hill Jhone Ferreira da; CURY, Letícia Vivianne Miranda. A ineficácia da medida protetiva do art. 22, III, da Lei nº. 11.340/2006 no âmbito da violência doméstica. **Direito Público**, Porto Velho, 09 dez. 2021. Disponível em: <https://direitopublico.com.br/2021/12/a-ineficacia-da-medida-protetiva-do-art-22-iii-da-lei-no-11-340-2006-no-ambito-da-violencia-domestica/>. Acesso em: 09 set. 2023.

SOMMACAL, Clariana Leal; TAGLIARI, Priscila de Azambuja. A cultura do estupro: o arcabouço da desigualdade da tolerância à violência, da objetificação da mulher e da culpabilização da vítima. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 24, n. 30, p. 245-268, dez. 2017. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/169>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

VENTURA, Yohana Wihbi; MENDONÇA, Patrícia Maria Emerenciano de; BRIGAGÃO, Jacqueline Isaac Machado. Frames de uma violência: uma leitura sobre as pressões para a inclusão da pauta da violência contra as mulheres nas políticas públicas brasileiras. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 1-16, mar./abr. 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/CWs-F6HWQXZbrndMCPWm7mzM/>. Acesso em: 25 ago. 2023.

WELTER, Belmiro Pedro. A norma da Lei Maria da Penha. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 59, set. 2006/ ago. 2007. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273602849.pdf. Acesso em: 01 set. 2023.

Dados coletados até junho de 2023.



DIALÉTICA
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)