

DESAFIOS UNIVERSAIS DOS DIREITOS HUMANOS

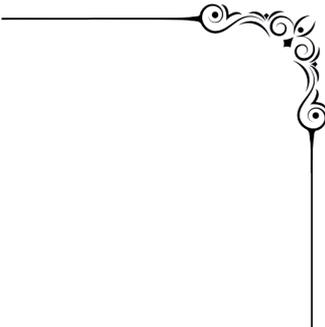


Publicação do XIX Encontro Internacional de Juristas
Funchal – Ilha da Madeira – Janeiro – 2023



REDE INTERNACIONAL DE EXCELÊNCIA JURÍDICA



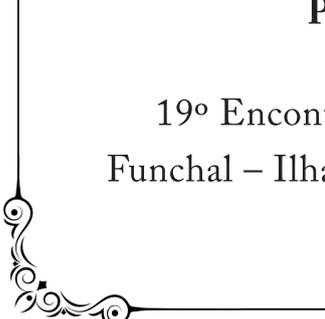


DESAFIOS UNIVERSAIS DOS DIREITOS HUMANOS

10º volume da Coleção Juristas do Mundo

Publicação oficial:

19º Encontro Internacional de Juristas
Funchal – Ilha da Madeira – janeiro de 2023



DESAFIOS UNIVERSAIS DOS DIREITOS HUMANOS

@ 2023 – Da Silva e Alves Consultoria em Gestão Governamental



TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal brasileiro.

Coletânea de textos que compõem a publicação oficial do 19º Encontro Internacional de Juristas, realizado em Funchal – Ilha da Madeira, de 22 a 26 de janeiro de 2023.

Organização dos textos: Equipe / Da Silva e Alves Consultoria em Gestão Governamental

Direção executiva: Ana Cácia Freire

Coordenação da obra: Léo da Silva Alves

Diagramação e projeto gráfico: Ana Paula Cunha

Imagem de capa: www.canva.com.br

Número de páginas: 263

Impresso por: Ideograf Gráfica e Editora – Porto Alegre

E-mail: dasilvaealves@dasilvaealves@gmail.com

ISBN: 978-65-00-59966-4 – registrado na Câmara Brasileira do Livro em 02/01/2023

Desafios Universais dos Direitos Humanos /

Organização: Léo da Silva Alves / coletânea de autores

Coleção Juristas do Mundo – volume X

ISBN 978-65-00-59966-4

1. Direitos humanos
 2. Declaração Universal
 3. Dignidade
 4. Fraternidade
 5. Liberdade
 5. Democracia
-



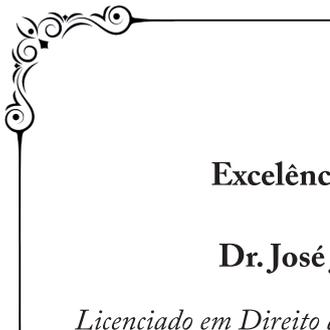
DESAFIOS UNIVERSAIS DOS DIREITOS HUMANOS



**Rede Internacional
de Excelência Jurídica**



**Istituto di Diplomazia
Europea e Sudamericana**



Excelência Jurídica Internacional:

Dr. José Jardim Mendonça Prada

Licenciado em Direito desde 1994, tem um vasto currículo na área da advocacia. Foi presidente do Conselho Distrital da Madeira da Ordem dos Advogados (2011-2013) e foi membro da Assembleia Municipal da Câmara Municipal do Funchal; é Vice-Presidente da Assembleia Legislativa da Madeira e preside o Conselho Consultivo e a Comissão de Regimentos e Mandatos.

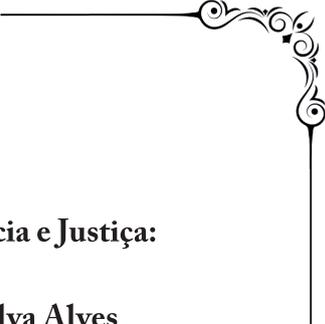
Excelência jurídica nacional:

Dr. Edilberto Carlos Pontes Lima (Ceará / Brasil)

Presidente do Instituto Rui Barbosa

Pós-doutorando na Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo. Concluiu pós-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), com estudo sobre federalismo. Doutor em Economia pela Universidade de Brasília, Mestre e Graduado em Economia pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Políticas Públicas pela George Washington University. Foi Presidente do Tribunal de Contas do Ceará, entre janeiro de 2016 e janeiro de 2020.





Presidência da Mesa de Advocacia e Justiça:

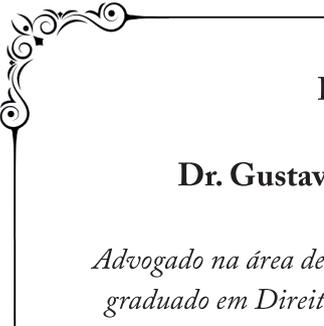
Dr. Gilbert Di Angellis da Silva Alves

Advogado com três pós-graduações em Direito Empresarial e Gestão de Negócios; mestre em Direito Civil e presidente da Comissão de Empreendedorismo Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal. Autor, dentre outras publicações, da obra "Ensino Jurídico em Colapso".

Coordenador acadêmico:

Dr. Sebastião Helvecio

Conselheiro do Centro de Altos Estudos em Controle e Administração Pública do Tribunal de Contas da União. Coordenador do Comitê de Controle Externo da Rede de Governança Brasil. Vice-Presidente de Ensino, Pesquisa e Extensão do Instituto Rui Barbosa. Diretor de Projetos Especiais do Instituto Protege. Professor do Curso de Master Business Administration da HSM University.



Diretor executivo:

Dr. Gustavo Di Angellis da Silva Alves

Advogado na área de responsabilidade de agentes públicos. Pós-graduado em Direito Penal e Crime Organizado. Doutor em Criminologia pela Universidade de Granada. Consultor de normas em Direito Administrativo e Direito Disciplinar para a administração pública.



Agradecimentos:

Juiz Conselheiro José F. F. Tavares

Presidente do Tribunal de Contas de Portugal. Foi entre 2008 e 2020 membro e secretário-geral do Conselho de Prevenção da Corrupção. Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Dr. Elísio da Costa Amorim

Formado em Direito pela Universidade de Coimbra. Membro do Conselho Superior da Ordem dos Advogados de Portugal. Foi deputado na X Legislatura da Assembleia da República – Palácio São Bento.

Personalidade da Cultura Internacional:

Antonio V. Gelormini

Jornalista e escritor italiano (Bari/Puglia)

Autor dos livros “EPISCOPIVS TROIANVS – Il taccuino di Troia”, de “Pentateuco Troiano” e de “VIS a VIS”; é o fundador da Academia Acquasale e criador das revistas literárias “Il Sale tre le Parole” e “Árabes, arabescos e belezas morescas”. Detentor do Prêmio Riccione (2009) e do Prêmio Sócrates (2021).



Apoio:

Tribunal de Contas de Portugal
Tribunal de Contas – Seção Regional da Madeira
Instituto Rui Barbosa (Brasil)
Assembleia Legislativa da Região Autônoma
da Ilha da Madeira
Conselho Regional da Ordem dos Advogados da Madeira
Tribunal de Justiça da Madeira
Instituto Rui Barbosa



Homenageados da organização

Professor Alejandro Martínez Dhier

Professor titular de História do Direito e das Instituições na Universidade de Granada (Espanha).

Dr^a. Ana Papapanagiotou

Juíza Conselheira do Tribunal de Contas da Grécia.

Dra. Elke Andrade Soares de Moura

Procuradora do Ministério Público de Contas – Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Dr. Hernâni de Oliveira Soares

Advogado e ex-bastonário da Ordem dos Advogados de Cabo Verde (África).

Professor José Armando da Costa

Jurista brasileiro.

Deputado José Jardim Mendonça Prada

Jurista. Vice-presidente da Assembleia Legislativa da Madeira.

Professor Kiyoshi Harada

Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	12
MESSAGGIO DELL'ISTITUTO DI DIPLOMAZIA EUROPEA E SUDAMERICANA.....	16
1. EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE IMPRENTA Y DE LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN COMO DERECHOS HUMANOS UNIVERSALES.....	22
2. A PRIMEIRA INFÂNCIA E OS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	38
3. DIREITOS HUMANOS: QUESTÕES REFLEXIVAS NAS DE- LIBERAÇÕES DAS CORTES DE CONTAS.....	51
4. LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS DE LA ESCLAVITUD: DERECHOS EN CONFLICTO EN LOS SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUBROGADA A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 2022.....	62
5. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL GLOBALIZADA.....	87
6. CORRUPÇÃO, DIREITOS HUMANOS, TEORIA DA OPOR- TUNIDADE E PREVENÇÃO.....	106
7. ELEIÇÃO – O PERFIL IDEAL DE UM GUARDIÃO.....	122
8. IDEOLOGIA DOS ESCOLHIDOS: A GÊNESE DA DISCRI- MINAÇÃO.....	133
9. DIREITOS HUMANOS DO CONSUMIDOR: UM OLHAR ESPECIAL PARA A PROTEÇÃO JURÍDICA DO VULNERÁ- VEL UNIVERSAL.....	142
10. DIREITOS HUMANOS, FOME, ÉTICA, RACISMO E PRE- CONCEITO.....	156
11. O ADVOGADO E A VISÃO UNIVERSAL DOS DIREI- TOS.....	165

12. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN NOR- MATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSO- NAS CON DISCAPACIDAD.....	175
13. EN TORNO AL CONCEPTO DEL DERECHO CIVIL. LA PERSONA COMO VALOR PERMANENTE. SU «HUMANIZA- CIÓN».....	190
14. A PANDEMIA E SEUS DESAFIOS: A ATUAÇÃO DO TRI- BUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO NA GA- RANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUS- TIÇA.....	203
15. POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	212
16. O REGISTRO CIVIL DE CRIANÇAS CONCEBIDAS POR INSEMINAÇÃO CASEIRA NAS FAMÍLIAS HOMOAFETI- VAS.....	222
17. DIREITO FUNDAMENTAL À INTERNET E O ACESSO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO GOVERNO DIGITAL.....	234
MENSAGEM FINAL.....	246

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria que faço estes apontamentos para apresentar a obra coletiva que celebra os 75 anos da Declaração dos Direitos do Homem, consolidada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1948 e também a comemoração dos primeiros 25 anos da Rede de Excelência Jurídica, feliz iniciativa do consagrado professor Léo da Silva Alves.

Reunidos em Funchal, na aprazível Ilha da Madeira, juristas de vários países aliados a operadores e aplicadores do Direito celebram através da intelectualidade de suas contribuições acadêmicas o protagonismo da aludida Declaração de Direitos e mais do que isso renovam seus compromissos com a defesa de seus princípios e disseminação de seus valores democráticos. Discordando do notável historiador inglês Lord Acton em sua famosa carta a Mary Gladstone onde assinala que as ideias têm o papel de padrinhos e não de pais, busco na minha formação original de pediatra as razões para afirmar que o documento que agora celebramos o seu Jubileu de Diamante tem pais, mães, certidão de nascimento e antecedentes latinos.

Realço aqui a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, promulgada em abril de 1948, na cidade de Bogotá, Colômbia, insculpida no seio da Organização

dos Estados Americanos, que sintetiza a dificuldade de elaborar um texto de consenso entre países e pessoas de diferentes matizes ideológicas em um momento de pós-guerra no qual as atrocidades vivenciadas naquele cenário estavam vivas nas pessoas que buscavam a convergência.

Início com as homenagens a Eleanor Roosevelt, viúva do Presidente Roosevelt, que sintetiza a importância da presença feminina no sucesso da missão. Eleanor tinha brilho próprio, experiência na visão social do New Deal, acesso direto ao presidente Truman e um carisma e determinação que unidos à sua liderança na presidência da Comissão encarregada da elaboração e aprovação permitiram dar universalidade ao conteúdo da mensagem. Este é o ponto de destaque: sua atuação foi icônica ao conciliar divergências ideológicas dentro da Comissão que presidia, conciliando dizeres em temas complexos tais como direitos civis e políticos entre nações tão distintas como Estados Unidos e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Na redação do texto propriamente dito, destaco a habilidade e proficiência de John P. Humphrey da Universidade Mc Gill, fluente em francês e inglês, que ao ocupar o Secretariado da Organização das Nações Unidas deu forma à primeira minuta do Projeto da Declaração compilando e harmonizando centenas de sugestões de distintos importantes parceiros para a apreciação do Comitê de Redação. Este sabiamente requisitou o parecer opinativo de René Cassin, delegado francês e com larga experiência (combatente na Primeira Guerra Mundial, Professor de Direito, Artífice do Acordo Churchill/De Gaulle que resultou no instrumento

jurídico que viabilizou o exercício da França Livre), sendo sua contribuição decisiva: impossível estabelecer uma paz mundial, se os direitos humanos fossem desigualmente respeitados. Outro viés fundamental de René Cassin foi a elaboração de sucessivas minutas, momento que surgem Charles Malik e Peng-chan Chung, diplomatas com robusta formação filosófica, que habilmente usaram argumentos da filosofia para a construção do consenso. Hora de incluir o chileno Hermán Santa Cruz, diplomata chileno que conseguiu viabilizar o apoio dos países latino-americanos ao ideário da Declaração.

Fiz esta pequena digressão histórica e autoral a respeito da Declaração dos Direitos Humanos porque o cenário que vivenciamos hoje exige de todas as instituições e pessoas o compromisso inarredável da defesa de seus compromissos. O preâmbulo e o conjunto dos seus 30 artigos mais do que inspiradores (veja a Constituição da República Federativa do Brasil onde claramente se assinala a prevalência dos direitos humanos) são baluartes da cidadania e devem ser exercitados por todos. Não é sem razão que a Declaração é o documento mais traduzido no mundo: são mais de 500 versões! No dia 21 de setembro do ano passado, por ocasião da celebração do Dia Mundial da Paz, a diretora-geral da UNESCO nos alertou para "a proliferação do populismo e do extremismo, que constituem um obstáculo aos ideais de paz e direitos universais".

Finalizo esta apresentação, já que estamos em terras portuguesas, com a conclamação de António Guterres, secretário-geral da ONU: "Vamos agir juntos para promover e

defender os direitos humanos para todos, em nome da paz duradoura para todos. A paz cria raízes quando as pessoas vivem livres da fome, da pobreza e da opressão. Eu encorajo vocês a se manifestarem: pela igualdade de gênero, por sociedades inclusivas, por ações climáticas. Façam a sua parte na escola, no trabalho, em casa. Cada passo conta. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um marco fundador e guia que deve assegurar o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável”.

Funchal – Ilha da Madeira, janeiro de 2023.

Sebastião Helvecio

Conselheiro do Centro de Altos Estudos em Controle e Administração Pública do Tribunal de Contas da União. Coordenador do Comitê de Controle Externo da Rede de Governança Brasil. Vice-Presidente de Ensino, Pesquisa e Extensão do Instituto Rui Barbosa. Diretor de Projetos Especiais do Instituto Protege. Professor do Curso de Master Business Administration da HSM University.



MESSAGGIO DELL'ISTITUTO DI DIPLOMAZIA EUROPEA E SUDAMERICANA

La tutela giuridica internazionale *dei diritti umani*

In occasione dell'anniversario dei 25 anni della Rete Internazionale di Eccellenza Giuridica, la presente opera letteraria **Giuristi del Mondo**, alla sua decima edizione, premia l'impegno e la professionalità di quelli che hanno svolto e continuano a svolgere la difficile, complessa ed essenziale professione di avvocato.

L'attività di avvocato, più che una professione, rappresenta un modo d'essere, uno stile di vita. Dove esercita l'avvocato, esiste la libertà nella legalità, ossia nel pieno rispetto delle regole in cui il cittadino deve uniformarsi, anche per difendersi da eventuali violazioni lesive dei propri diritti.

Nell'antica Roma, alcuni dei personaggi più illustri del diritto come: Papiniano, Gaio, Ulpiano, Modestino e gli avvocati Seneca e Cicerone, sono stati parte fondamentale del pensiero *giuridico*-politico romano.

Nel tredicesimo e quattordicesimo *secolo*, numerosi scrittori, filosofi, letterati e uomini di Stato erano innanzitutto giuristi come: Giovanni d'Andrea, Pierre Dubois, Marsilio da Padova, noto come il difensore della pace, Bartolo da

Sassoferrato, possedevano tra l'altro una solida preparazione culturale.

Nel Settecento, Cesare Beccaria, è stato il principale esponente dell'Illuminismo italiano e Jeremy Bentham, riformatore britannico, padre dell'utilitarismo moderno.

Nell'Ottocento, ci sono state molte figure autorevoli, solo per citarne alcune: Vittorio Emanuele Orlando, *François Gény* e Edgar Allan Poe. Ma anche degli attenti osservatori come Honoré de Balzac ed Émile Zola, che seppero descrivere in alcune delle loro opere i rapporti fra diritto e sentimenti umani.

Dopo la Prima guerra mondiale, la filosofia del diritto acquista grande visibilità; la coltivano, occasionalmente, personaggi di primo piano come, Hans Kelsen, Rui Barbosa, Felice Battaglia e Rudolf Stammler, a questi giuristi vengono attribuiti innumerevoli meriti grazie alla genialità della loro mente.

Tra le figure che hanno influenzato il ventesimo secolo, di sicuro sarà sempre ricordato **Mohandas Karamchand Gandhi**, comunemente noto con l'appellativo onorifico di *Mahatma*, è stato *politico*, filosofo e *avvocato* che per tutta la sua vita si è battuto contro le ingiustizie e per l'indipendenza del suo popolo.

La spiritualità indiana e la critica socialista occidentale si fusero nel pensiero politico di Gandhi in maniera del tutto originale. Molti suoi contemporanei videro in lui un personaggio ambiguo, poco incisivo. Gli stessi

indiani consideravano Gandhi esageratamente scrupoloso o eccessivamente "rivoluzionario". Eppure, la battaglia dell'uomo che osò sfidare l'impero britannico ispirò altri leader, come Martin Luther King Jr, che, negli anni '60, fece della non violenza la bandiera per dare agli afroamericani gli stessi diritti delle persone con la pelle bianca. *“Se l'umanità deve progredire, la figura di Gandhi è imprescindibile”*. Per King la forza della non violenza era il potere dell'amore.

Gandhi ha dimostrato che un uomo di legge deve essere disposto a lottare per l'affermazione dei fini umanitari che si pongono a ragione profonda della legge, che “bisogna avere il coraggio di dire no senza arroganza, senza violenza, senza presunzione, ma con assoluta, incondizionata, irremovibile fermezza ogni qualvolta ci sembri che ci siano in gioco i diritti umani.

È poi impossibile non parlare di uno dei maggiori giuristi del nostro tempo, il professor Léo da Silva Alves che con l'umiltà e la passione per il diritto, ma ancor più per i diritti, da 25 anni come presidente della Rete Internazionale di Eccellenza Giuridica, lavora nel continente sudamericano, europeo e Africano per la promozione della cultura e della cooperazione giuridica internazionale.

Il professor Léo è tra i migliori dei giuristi perché ha sempre riflettuto con intensità e impegno non comuni sull'interpretazione giuridica e sui compiti dei giuristi nel nostro tempo. Egli si propone di approfondire i presupposti teorici e storici della conoscenza del diritto, tenendo presenti le connessioni tra le testimonianze della storia antica, la

lettura dei classici della filosofia e della storia, guardando in primo luogo ai valori etici che guidano l'impegno del giurista.

Per il professor Léo che sta vivendo le proprie esperienze giuridiche e politiche in un periodo difficile da interpretare, scosso da profonde lacerazioni e aspri conflitti sociali, nazionali ed internazionali. È necessario guardare al diritto sulla base di una visione aperta dei fenomeni reali, cioè della loro obiettività e della fondamentale esigenza di non lasciarsi troppo guidare dalla politica e neppure dalla prassi giurisprudenziale e amministrativa di questo tempo.

Lo studio del diritto, secondo lui, deve essere sempre aperto alla considerazione di altre discipline, perché le prassi giuridiche e sociali si reggono su una obiettiva conoscenza degli sviluppi reali e non su una riflessione del tutto soggettiva e neppure solo specialistica del diritto, su una conoscenza aperta al confronto con gli altri giuristi, diretta a considerare i rapporti della vita nel quadro dei rispettivi contesti sociali.

Il pensiero giuridico del professor Léo ha le sue radici in molte letture, in incontri con studiosi di storia, diritto, teologia del suo tempo e di diversi Paesi, ragione per la quale ha istituito 25 anni fa la Rete internazionale di Eccellenza Giuridica, che tra l'altro gli consente di mantenere aperto un dialogo tra culture diverse, all'insegna della tolleranza reciproca di orientamenti teorici e tradizioni nazionali che seguono percorsi diversi.

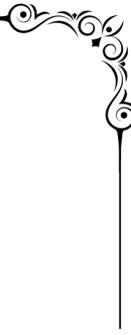
Per Léo, i giuristi dei diversi Paesi del mondo rappresentano una moltitudine di persone, che contribuisce all'adeguamento del diritto vigente alle richieste della collettività, svolgendo una funzione sociale ai fini del continuo rinnovamento dell'ordine sociale. Sulla base di queste premesse radicate nel pensiero del professore, il linguaggio della collettività assume un'importanza fondamentale, perché esso diviene lo strumento principale per assicurare la comunicazione tra gli uomini e per mantenere i rapporti reciproci senza ricorrere a definizioni normative e dogmatiche di astratte tipologie di comportamenti, né a gerarchie tra le norme giuridiche che prescindono spesso dal significato delle parole e nelle enunciazioni di valori che in esse vengono rispecchiati. Per Léo, i valori etici e storici devono essere condivisi dalle persone che sono in grado di consentire il mantenimento, gli equilibri sociali e istituzionali che assicurano la convivenza degli uomini, prescindendo da ogni forma di coercizione o di concezione autoritaria della politica.

Concludo quindi tributando un vivo plauso al Professor Léo da Silva Alves e a tutti i membri della Rete Internazionale di Eccellenza Giuridica.

Ana Claudia Carvalho Barbuda

*Giornalista e Presidente dell'Istituto
di Diplomazia Europea e Sudamericana*

TEXTOS & AUTORES



1.

**EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE IMPRENTA Y
DE LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN
COMO DERECHOS HUMANOS UNIVERSALES**

**BREVÍSIMOS APUNTES DESDE LA HISTORIA
DEL DERECHO.**

Alejandro Martínez Dhier.

Profesor Titular de Historia del Derecho y de las
Instituciones de la Universidad de Granada.

«... Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos del hombre han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias...».

Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 217 A (III).

I. INTRODUCCIÓN

La Declaración Universal de Derechos Humanos, consagrada en la Asamblea General de Naciones

Unidas, reunida en París el 10 de diciembre de 1948, establece entre otros:

Artículo 19:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Artículo 20. 1:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”.

Derechos hoy en día reconocidos, amparados y protegidos en nuestros textos constitucionales, en el “acervo comunitario” – Derecho de la Unión Europea–, y en el ordenamiento jurídico internacional, pero que para su puesta en práctica y desarrollo deberán de transcurrir por un extenso recorrido histórico, en numerosas etapas llenas de conflictos de toda índole, que conllevarán, incluso, a la suspensión de su vigencia y a su pleno ejercicio en multitud de ocasiones.

II. LA LIBERTAD DE IMPRENTA EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO Y DE LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA

En España la libertad de imprenta, léase hoy en día “libertad opinión” y “de expresión”, sin censura previa, aunque cierto que sólo referida entonces a las publicaciones

políticas, se instituirá a raíz de la promulgación del Decreto IX de 10 de noviembre de 1810 de las Cortes de Cádiz, consecuencia de los principios de soberanía nacional y de separación de poderes recogidos en el Decreto de 24 de septiembre de ese mismo año, base cardinal de lo que establecerá más adelante el texto constitucional gaditano:

«Atendiendo las Cortes generales y extraordinarias a que la facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas es no sólo un freno de la arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un medio de Ilustrar a la Nación en general, y el único camino para llevar al conocimiento de la verdadera opinión pública, han venido en decretar lo siguiente:

ARTÍCULO I. Todos los cuerpos y personas particulares, de cualquiera condición y estado que sea, tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anteriores a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que se expresarán en el presente decreto».

Un poco más tarde, el artículo 371 de la Constitución política de la Monarquía española de 19 de marzo de 1812 señalará que:

«Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes».

Prueba de la trascendencia de lo establecido, lo podemos acreditar en el artículo 131 del propio texto constitucional gaditano, cuando entre las funciones atribuidas a las Cortes, asamblea legislativa por excelencia –desvirtuada en el Antiguo Régimen por el absolutismo monárquico–, titular ahora de uno de los poderes más representativos del nuevo régimen político, disponía la de “proteger la libertad política de la imprenta”.

A sensu contrario se determinará, por primera vez, la posibilidad de delinquir a través de un medio como “la imprenta”, estando exento de responsabilidad los actos previos a la propagación de las ideas del pensamiento político; un nuevo periodo, un nuevo régimen, un ordenamiento jurídico diferente adaptado y adoptado a la nueva “mentalidad social” y, por qué no decirlo, un nuevo rumbo a su penalidad, hasta llegar a lo establecido hoy en día... aún faltará, y mucho, para nuestra actual realidad social, política y jurídica.

La vuelta a España de Fernando VII dará al traste con los pocos logros obtenidos, por ello con la promulgación de nuevo de la Constitución de 1812 en el “trienio liberal”, podemos destacar, en este aspecto, el Decreto LV de 22 de octubre de 1820 que contendrá el texto más representativo del periodo: el “Reglamento acerca de la libertad de imprenta”, donde todo español tendrá derecho de imprimir y publicar sus pensamientos sin censura previa y que introducirá, entre otras cuestiones, como gran novedad, el juicio por jurados; dicha disposición será completada, y en parte modificada, más adelante, con la “Ley adicional sobre libertad de imprenta”, de 22 de octubre de 1820 (recogida en el Decreto LXIX de 12 de febrero).

Pero la vuelta al absolutismo monárquico finiquitará de nuevo su ejercicio, hasta que tras el fallecimiento del rey en 1833 todos los textos constitucionales españoles no pondrán en duda su reconocimiento, aunque con alguna diferencia – así, por ejemplo, en la Constitución de 1845 desaparece la alusión a los jurados, quedando de nuevo sometido su abuso al control del poder ejecutivo–, siendo desarrollado por una variada y minuciosa “legislación especial” al margen de los textos punitivos.

El destronamiento de Isabel II en 1868 supondrá la liquidación del régimen especial en materia de libertad de imprenta (Decreto de 23 de octubre), pues tras la entrada en vigor del Código penal de 1870, la imprenta se convertirá en un medio más para cometer ilícitos, estando sometida a las directrices general de los textos penales en cuestión.

En pleno siglo XX, la llegada de la II República española no representará ningún avance en el ejercicio amplio de la libertad de expresión: la “Ley de Policía de Imprenta de 26 de julio de 1883, conocida como “Ley Gullón”, es buen ejemplo de ello, pues permanecerá activa en dicho periodo.

Todo ello, aunque el artículo 34 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931 garantice su ejercicio, pues la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1932, paradójicamente, prohibirá “la difusión de noticias que puedan quebrantar el crédito o perturbar la paz o el orden público”, máxime cuando la posterior Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933 impondrá de nuevo la censura previa.

En plena contienda civil podemos reseñar la Ley de Prensa de 22 de abril de 1938 cuya máxima finalidad es el control sobre los medios de comunicación, imponiéndose una férrea censura previa a publicaciones de toda índole.

La Dictadura franquista no supondrá, como se puede sospechar, un avance en la materia, ni mucho menos, así el artículo 12 del Fuero de los españoles de 17 de julio de 1945:

«Todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado».

Se iniciará ahora una plétora de disposiciones tendentes a la construcción de un Estado arbitrario y autoritario, en el que la censura será una constante, y así lo podemos comprobar en el articulado del texto punitivo de 1944.

Más adelante, la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, conocida como “Ley Fraga”, derogatoria de la Ley de Imprenta de 1883 y de la Ley de Prensa de 1938, aliviará, en cierta manera, el control y dicha censura previa.

Fallecido el dictador, y poco antes de las primeras elecciones democráticas en España, contamos con el Real Decreto Ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión, destinado a modificar aspectos tanto de la disposición aludida anteriormente, como del Código penal franquista.

La entrada en vigor el 29 de diciembre de 1978 de la Constitución española, vigente en la actualidad, dará un nuevo rumbo, al señalar de manera rotunda y concluyente, su artículo 20.1.a, el derecho a la libertad de expresión:

«... expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción».

III. LA APARICIÓN DE LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN EN EL ESTADO LIBERAL DE DERECHO DE ESPAÑA

El artículo 17 de la Constitución española de 6 de junio de 1869 dispondrá que ningún español podrá ser privado de:

«Del derecho de reunirse pacíficamente.

Del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública».

Se reconocerá así, por vez primera en nuestra historia jurídica, los derechos de reunión y asociación, luego recogidos de nuevo en el artículo 13 de la Constitución de la Monarquía de 1876, la más longeva de todo el periodo, al reconocer a todo español los derechos, entre otros,

«De emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa.

De reunirse pacíficamente.

De asociarse para los fines de la vida humana».

Un logro importante en la instauración del régimen liberal en España, pero supeditado en este periodo, al igual que en el resto de Europa, a muchos conflictos de carácter social, político, económico, ideológico y de movimientos

revolucionarios, que darán al traste en el ejercicio de tales derechos en multitud de ocasiones, especialmente por la introducción y propagación de las tesis anarquistas, bajo cuyo amparo se cometerán diversos y significados atentados “terroristas”, perpetrados por secuaces y adeptos del anarquismo más radical.

Por ello, preveía el texto constitucional de 1869 en su artículo 19 que:

«... toda asociación cuyos individuos delinquieran por los medios que la misma les proporcione podrá imponérseles la pena de disolución.

La autoridad gubernativa podrá suspender la asociación que delinca, sometiendo incontinenti a los reos al juez competente.

Toda asociación cuyo objeto o cuyos medios comprometan la seguridad del Estado podrá ser disuelta por una ley».

Seguramente la aparición de todos estos movimientos y asociaciones radicales surgirían animados por el reconocimiento constitucional del derecho de reunión y derecho de asociación, que incluso originará un debate en las Cortes sobre si debiera ser o no inconstitucional la “Internacional española”, que a la postre sería declarada excluida del sistema, y ello por la *Circular del Ministerio de la Gobernación, dirigida á los Gobernadores de las provincias para que repriman los abusos que se cometan en el ejercicio de los derechos de asociación y reunión con arreglo á las disposiciones que se consignan de 25 de septiembre de 1869:*

«... Los derechos de reunión y de asociación son por desgracia los de que más impunemente se ha abusado, faltando á las prescripciones de la Constitución y de las leyes, y dando ocasión á perturbaciones que empañan la revolución, á abusos que desprestigian la libertad y á crímenes que deshonoran á los partidos en cuyo nombre se cometen.

Los artículos 17, 18 y 19 de la ley fundamental del Estado, si bien sancionan las reuniones y asociaciones, es bajo la condición de que sean pacíficas, de que no sirvan de medio para delinquir y de que no comprometan la seguridad del Estado.

Sin embargo, el Gobierno ha visto con sentimiento colocarse en esa situación punible las reuniones y manifestaciones que ostentan lemas contrarios á la forma de Gobierno sancionada por las Cortes Constituyentes, y ha presenciado con dolor que las asociaciones, prestando á sus individuos las fuerzas de su colectividad, les excitan por medios directos é indirectos á la rebelión, niegan la Soberanía de las Cortes Constituyentes, inflaman las masas ignorantes con predicaciones subversivas, amenazan con hechos criminales al país y ponen en peligro la seguridad del Estado...».

Más adelante, la Constitución de 1876, texto fundamental de la Restauración española, será consciente de todo ello, pues en su artículo 14 señalaba:

“Las leyes dictarán las reglas oportunas para asegurar a los españoles en el respeto recíproco de los derechos que este título les reconoce, sin menoscabo de los derechos de

la Nación, ni los atributos esenciales del Poder público. Determinarán asimismo la responsabilidad civil y penal a que han de quedar sujetos, según los casos, los jueces, autoridades y funcionarios de todas las clases que atenten a los derechos enumerados en este título”.

Añadiendo su artículo 17 que las garantías expresadas, entre otros, en los párrafos segundo y tercero del artículo 13, es decir, los derechos de reunión y asociación:

«... no podrán suspenderse en toda la Monarquía, ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en circunstancias extraordinarias. Sólo no estando reunidas las Cortes y siendo el caso grave y de notoria urgencia, podrá el Gobierno, bajo su responsabilidad, acordar la suspensión de garantías a que se refiere el párrafo anterior, sometiendo su acuerdo a la aprobación de aquéllas lo más pronto posible...».

Se promulgarán a partir de entonces un conjunto de disposiciones encaminadas a dicho fin, así, por ejemplo: la *Ley fijando las reglas con arreglo á las cuales podrá ejercitarse el derecho de reunión pacífica que concede á los españoles el art. 13 de la Constitución*, de 15 junio de 1880, derogada casi un siglo más tarde por la Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del derecho de reunión, o la *Ley de asociaciones* de 30 junio de 1887, derogada por la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones.

Los actos violentos, amparados en la doctrina más radical, no cesarán, y vista la ineficacia de la legislación común, se iniciará una etapa caracterizada por una “legislación es-

pecial” que podíamos tildar de extrema dureza encaminada a erradicar dichos sucesos.

Alguna disposición como la *Ley sobre atentados contras las personas o daños en las cosas por medio de aparatos o sustancias explosivas* de 10 de julio de 1894, vigente aún en pleno siglo XX, sin referencia a ideología alguna, cuya gran novedad es la contemplación de la “apología”, concebida como acción constitutiva de un delito.

Otras, como la “excepcional” y “temporal” *Ley rectificadora dictando reglas relativas al castigo que se impondrá á los que atentan contra las personas ó causaren daño en las cosas empleando para ello sustancias ó aparatos explosivos y materias inflamables* de 2 de septiembre de 1896, dirigida específicamente a la represión y erradicación de los atentados ocasionados por movimientos de ideología anarquista, y cuya gran novedad será trasladar el conocimiento de dichas causas a la “jurisdicción militar”, y no ya a la ordinaria.

Como último apunte a este respecto, ya en pleno siglo XX, la Constitución de la II República española de 1931, volverá a consagrar dichos derechos: los de reunión (artículo 38) supeditado al desarrollo de una ley posterior, y el de asociación (artículo 39) sujeto al cumplimiento de la previa inscripción:

«Artículo 38. Queda reconocido el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas. Una ley especial regulará el derecho de reunión al aire libre y el de manifestación.

Artículo 39. Los españoles podrán asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana, con-

forme a las leyes del Estado. Los Sindicatos y Asociaciones están obligados a inscribirse en el Registro público correspondiente, con arreglo a la ley».

En plena dictadura franquista, el Fuero de los Españoles de 1945 reconocerá, dentro de un Estado represivo, y de manera parcial, en su artículo 16 que:

«Los españoles podrán reunirse y asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las leyes».

La Constitución española de 1978 consagrará de manera inequívoca, ya por fin, dichos derechos humanos universales, en sus artículos 21 y 22:

«Artículo 21:

1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes».

«Artículo 22:

1. Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar».

V. CONCLUSIONES

Primera.- La llegada de la democracia a España en 1978 supondrá, por fin, el reconocimiento de la “libertad de imprenta” como derecho fundamental, acomodando su regulación a lo estipulado en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno –artículo 21 de la Constitución italiana, artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn o, entre otros, el artículo 38 de la Constitución portuguesa–, sin ningún tipo de censura previa, siendo los jueces y tribunales los que determinarán el ejercicio de su abuso, en base a la división de poderes, especialmente en una sociedad como en las que nos desenvolvemos hoy en día, donde el Derecho se enfrenta con el reto considerable de buscar el lógico equilibrio en el cumplimiento de los derechos fundamentales, velando por ellos especialmente ante el avance de las nuevas tecnologías.

Consagrada hoy en día en el artículo 20 de la Constitución española de 1978, abarca tanto la libertad de opinión, como la libertad de recabar y transmitir información e ideas, de cualquier tipo, y bajo cualquier medio o soporte, dentro de los límites establecidos y amparados por la propia legislación, bajo un régimen democrático y constitucional, aunque uno de los obstáculos a superar será sus relaciones con el ordenamiento jurídico punitivo.

Segunda.- Desde su aparición como derechos constitucionales en 1869, todos los textos fundamentales han consagrado los derechos de reunión y asociación, pero debido a los numerosos conflictos sociales y políticos ocurridos en el último tercio del siglo XIX y durante todo el siglo XX, y por los cuantiosos actos violentos perpetrados por acciones de grupos, o de manera individual, el ejercicio de los mismos ha estado en suspenso y paralizado en multitud de ocasiones.

Hoy aparecen protegidos y amparados en los artículos 21 y 22 de la Constitución española de 1978, por la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000 – artículo 12.1, que establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, ...– y por el Derecho Internacional, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas.

ALGUNAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Enrique ÁLVAREZ CORA, “Libertad, abuso y delito de imprenta en las Cortes de Cádiz”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 81 (2011), pp. 493-519.

José ÁLVAREZ JUNCO, *La ideología política del anarquismo español (1868-1910)*, Madrid, 1976.

Fernando CENDÁN PAZOS, *Historia del derecho español de prensa e imprenta (1502-1966)*, Madrid, Editora Nacional, 1974.

José Eugenio de EGUIZABAL, *Apuntes para una historia de la legislación española sobre imprenta desde el año 1480 al presente*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1879.

Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, “Opinión pública y libertades de expresión en el constitucionalismo español (1726-1845)”, *Historia Constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional* 7 (2006), pp. 1-28.

Alicia FIESTAS LOZA, “La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español», *Anuario de Historia del Derecho Español* 59 (1989), pp. 364-366.

Los delitos políticos (1808-1936), Salamanca, 1994.

Rafael FLAQUER MONTEQUI, “Los derechos de asociación, reunión y manifestación”, *Ayer* 34 (1999), págs. 155-175.

Enrique GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, *Aproximación histórica al derecho de la imprenta y de la prensa en España (1480-1966)*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977.

Alejandro MARTÍNEZ DHIER, A., “Apuntes jurídicos sobre la libertad de prensa en el constitucionalismo histórico español”, *L’interfaccia del Diritto e del Giornalismo*, Milano, 2021, págs. 78-105.

“Consideraciones sobre el ejercicio y la regulación de la libertad de imprenta en la codificación penal española”, *Revista Aequitas. Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones* 20 (2022), págs. 117-180.

José Daniel PELAYO OLMEDO, “El derecho de asociación en la historia constitucional española, con particular referencia a las Leyes de 1887 y 1964”, *Historia Constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional* 8 (2007), pp. 95-122.

José Antonio PÉREZ JUAN, “La aplicación de la ley de imprenta de 15 de marzo de 1837”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 76 (2006), pp. 667-703.

José Manuel PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, “La Prensa y el Código Penal de 1870”, *Hispania* 119 (1971), pp. 551-579 [anteriormente en *Anales de la Facultad de Derecho* 8 (1970), pp. 69-100].

Enrique TIERNO GALVÁN, *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1936)*, Madrid, 1968.

Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, 1989.

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Luis RODRÍGUEZ RAMOS, y Lourdes RUÍZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Códigos penales españoles: 1822, 1848, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944. Recopilación y concordancias*, Madrid, 1987.



2.

A PRIMEIRA INFÂNCIA E OS TRIBUNAIS DE CONTAS

Edson José Ferrari

Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Goiás e presidente do Comitê Técnico da Primeira Infância do Instituto Rui Barbosa.

1. INTRODUÇÃO

Ameaçadas pela fome, pelas guerras, sem acesso a saneamento básico, a serviços de saúde e até às vacinas, enormes parcelas da população mundial estampam nos dias atuais a face mais cruel da desigualdade e da crise global. Esse panorama, que já se desenhava há algum tempo, agravou-se com o advento da pandemia da Covid-19, arrasando mais levas de desassistidos para a pobreza extrema. E os mais afetados são justamente os mais frágeis, menores de zero a seis anos de idade. São privados de alimentação saudável, de serviços de saúde e até de afeto justamente na fase mais importante do ser humano. Aquela em que se dá a formação cerebral necessária para se tornar um adulto saudável, apto ao aprendizado, ao trabalho e às relações harmoniosas.

Antes restritas às nações pobres, a miséria, a fome e suas consequências espalharam-se até aos países ricos no mundo moldado pela pandemia. Enquanto isso, as crenças neoliberais levam governantes a priorizar o desenvolvimento econômico em detrimento do social. A decantada autonomia individual que só funciona em sociedades desenvolvidas, resulta no abandono dos mais necessitados que, sem o amparo do Estado, não têm os seus direitos fundamentais assegurados.

A despeito da existência generalizada de arcabouço legal para a criação e implemento de políticas públicas de atenção às gestantes e a seus filhos e, de 196 países terem aprovado a Convenção sobre os Direitos da Criança, desde 1989 governantes priorizam a produção e o aumento da produtividade agrícola em detrimento do social, o que eleva a desigualdade. A crise global levou o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) a alertar, no ano passado, para o que chamou de “potencial barril de pólvora”: Segundo o Unicef, são oito milhões de crianças em risco de morrer de fome nos 15 países mais afetados pela escassez de alimentos. E a estimativa é de que, em todo o mundo, 13,6 milhões de crianças sofrem de desnutrição aguda grave.

Atentos a essa questão e seguindo a convergência internacional liderada pela França, os tribunais de contas e órgãos congêneres passaram a buscar ações articuladas com outras instituições para, através das avaliações de políticas públicas e outras iniciativas de caráter pedagógico e colaborativo, induzirem o aperfeiçoamento e maior efetividade dos programas e ações de apoio à primeira infância.

Esse trabalho aborda diferentes aspectos das políticas públicas voltadas para crianças de 0 a 6 anos e os caminhos trilhados pelas cortes de contas, de forma a contribuir com os esforços para o resguardo dos direitos integrais dessa faixa etária, especialmente dos extratos mais vulneráveis.

Ao final, revela que, mesmo não tendo dentre suas atribuições e competências os atos de gestão, as cortes de contas, na avaliação das políticas públicas, oferecem suporte à Administração não só para o aperfeiçoamento de ações já implementadas e em andamento, visando dotá-las de mais eficiência e efetividade, como na formatação de outros programas com finalidades específicas, no caso, apoio às gestantes e seus filhos de até seis anos de idade.

II. A FOME COMO DESAFIO A SER SUPERADO

Celebrada como o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal, a Convenção sobre os Direitos da Criança contempla os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, a saber: liberdade, justiça e paz no mundo, fundamentadas no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana. E a Declaração Universal dos Direitos Humanos menciona expressamente que “a infância tem direito a cuidados e assistência especiais”.

A família é reconhecida como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de seus membros, em particular, das crianças. Também menciona a Declaração sobre os Princípios Sociais e

Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar da Criança e outros regramentos internacionais, reconhecendo que em todos os países do mundo existem crianças vivendo em condições excepcionalmente difíceis, e que essas crianças precisam de consideração especial.

Legislação, arcabouço jurídico não faltam em nenhuma parte do planeta. A questão é de natureza prática: é o fazer, é dar concretude à lei para assegurar o direito das crianças. Existe no Brasil uma expressão da sabedoria popular muito conhecida e usada sobre isso: o que falta é pegar na massa! Ou seja, agir, trabalhar, usar essa massa legal para assentar os tijolos de um edifício onde a criança possa ser abrigada e receber os cuidados a que tem direito.

Os direitos das crianças brasileiras ou nela residentes derivam da própria Lei Maior. O artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) define que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, a alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Marco Legal da Primeira Infância foi estabelecido pela Lei nº 13.257/2016 (BRASIL, 2016). Ele regulamentou a prioridade absoluta determinada pela Constituição e dispôs sobre as políticas públicas para a primeira infância, além de introduzir alterações no Estatuto da Criança e do

Adolescente, em disposições do Código de Processo Penal e na Consolidação das Leis do Trabalho, no que é pertinente à questão. Esse marco considera como primeira infância o período que abrange os primeiros seis anos completos ou 72 meses de vida da criança. De tal forma reforça a ideia da prioridade absoluta fixada na Carta Magna para assegurar os direitos da criança, implicando o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando garantir seu desenvolvimento integral.

O Conselho Nacional de Justiça celebrou o Pacto Nacional pela Primeira Infância em 2019, destinado a reunir atores das esferas pública e privada, organismos internacionais e representantes do terceiro setor com foco na prioridade à proteção da criança até seis anos de idade. Sob o lema “A Justiça começa na infância”, o Pacto já conta com mais de 270 instituições signatárias.

O Instituto Rui Barbosa, órgão de conhecimento dos tribunais de contas brasileiros, como resultado dos estudos e debates realizados criou o Comitê Técnico da Primeira Infância em 2022. O principal objetivo desse comitê é sensibilizar os órgãos de controle ainda não engajados ao Pacto a aderirem, e, em suas esferas de atuação, desenvolver ações para atrair outros atores à causa da primeira infância.

Essa escolha se justifica ante as cifras, que já eram assustadoras nos últimos anos, agravaram-se mais ainda em todo o mundo em decorrência da pandemia da Covid-19. Em dois anos morrem mais crianças no mundo do que a popu-

lação de Portugal, com seus cinco milhões de habitantes. A maioria dessas mortes decorre de causas evitáveis.

O norte-americano Jack Shonkoff, professor de Harvard e autor de trabalhos acolhidos nos fóruns mundiais em que a importância da primeira infância na formação do indivíduo é tratada, tem notável contribuição à neurociência. Ele demonstra que os seis primeiros anos da existência humana são importantes porque o que ocorre na primeira infância faz diferença por toda a vida. A ciência indica o que deve ser oferecido às crianças e do que devem ser protegidas, para garantia da promoção de seu desenvolvimento saudável. De um lado, relacionamentos estáveis, responsivos, estimulantes e ricos em experiências de aprendizagem nos primeiros anos de vida garantem benefícios permanentes para a aprendizagem, para o comportamento e para a saúde física e mental.

Shonkoff se vale de conceitos básicos estabelecidos em décadas de pesquisas em neurociência e comportamento para concluir que o desenvolvimento saudável da criança, do nascimento aos cinco anos de idade, cria os alicerces de uma sociedade próspera e sustentável. E que os cérebros são construídos ao longo do tempo, de baixo para cima. A arquitetura básica do cérebro é forjada através de um processo contínuo, que se inicia antes do nascimento e continua até a maturidade.

Por tal razão é importante se atentar também para os cuidados que devem ser dispensados à gestante. Ocorre então um processo biológico monumental. Essas experiências iniciais afetam a qualidade dessa arquitetura, construindo

um alicerce que tanto pode ser robusto ou frágil, para a aprendizagem, à saúde e a comportamentos subsequentes. Nos primeiros anos de vida, um milhão de novas conexões neurais, chamadas sinapses, são formadas a cada segundo. Depois desse período de rápida proliferação, essas conexões são reduzidas através de um processo de seleção, de forma que os circuitos cerebrais mais tardios e mais complexos são construídos sobre os circuitos anteriores, mais simples.

Os princípios básicos da neurociência indicam que o oferta de condições favoráveis ao desenvolvimento infantil é mais eficaz e menos dispendioso do que tentar tratar tardiamente as consequências das adversidades iniciais. Assim, a abordagem equilibrada ao desenvolvimento emocional, social, cognitivo e de linguagem permitirá que todas as crianças cresçam mais preparadas para o sucesso na escola e, posteriormente, no trabalho e na comunidade. Em outra vertente, as crianças submetidas ao estresse tóxico necessitarão, o quanto antes, de várias intervenções especializadas para atacar as causas e protegê-las de suas consequências.

Não há como falar em primeira infância em vulnerabilidade sem discorrer sobre a faceta mais cruel da desigualdade econômica e social: a fome. O direito humano à alimentação adequada, em que pese parecer essencialmente básico, pois dele depende o direito à própria vida, acaba passando despercebido nas discussões sobre prioridades de políticas públicas. Tanto no âmbito nacional quanto internacional o vasto arcabouço legal não resulta em efetiva garantia de que todas as pessoas tenham alimentação adequada e digna.

De tal sorte que as políticas para a garantia desse direito, alinhado aos conceitos também da soberania alimentar e de segurança alimentar e nutricional, não acompanham o avanço dessas propostas e, em muitos casos, o tema fica à margem das prioridades dos governos, que dão preferência ao crescimento econômico e ao aumento da produtividade agrícola por meio do acentuado desenvolvimento tecnológico. Enquanto isso as políticas que envolvem os direitos alimentares e sua sustentabilidade são prejudicadas.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, em 1918, a fome passou a ser concebida como um problema que deve ser enfrentada de forma conjunta pelos países, sobretudo no Velho Mundo. Depois da Segunda Guerra Mundial a situação agravou-se ainda mais e foi nesse contexto que surgiu a Declaração dos Direitos Humanos. Ainda na década de 1930, o médico e pesquisador brasileiro Josué de Castro começou a construir uma obra que, por sua profundidade, mantém-se atual até os dias de hoje. Ele denunciou a fome e a má-nutrição, até então vistas apenas pela perspectiva biológica ou fisiológica como fenômenos sociais.

Castro usou seu conhecimento em medicina para diagnosticar que a fome não se limita à carência de proteínas e de calorias, descobrindo a escassez de micronutrientes, como o ferro e vitamina A, no que chamou de fome oculta. Assim, inovou ao incorporar o elemento nutricional como indicador da qualidade da alimentação do povo brasileiro.

Autor de livros traduzidos para vários idiomas, como *Geografia da Fome* e *Geopolítica da Fome*, Josué de Cas-

tro conceituou que a fome é a expressão biológica de males sociológicos. Ao prefaciá-la a reedição dessa obra, Sílvia Almeida, presidente do Instituto Luiz Gama, condensou a universalidade do pensamento de Castro:

A fome na primeira infância compromete, muitas vezes de forma irreversível, a saúde do ser humano. Pessoas que não comem estão impedidas de projetar qualquer futuro, pois sua existência fica aprisionada no presente, na pura imediatidade, na dor lancinante da fome. E a fome não espera; com fome não há “esperançar”. Por isso, um país que queira ser desenvolvido, que quer projetar o futuro, que queira romper com as amarras do colonialismo, tem nas políticas de combate à fome e nos projetos de produção e de distribuição de alimentos saudáveis a toda a população uma de suas máximas prioridades. No fim das contas, a gente se alimenta é de futuro. (ALMEIDA, 2022, p. 14)

Em junho de 2021 o Fundo das Nações Unidas para a Infância emitiu um alerta e um pedido de apoio para socorrer oito milhões de crianças ameaçadas de morte por fome. O custo estimado para levar alimentos e tratamento a esse contingente em 15 países mais afligidos pela crise global de escassez de alimentos foi estimado, na ocasião, em US\$ 1,2 bilhão. Essa crise deixa uma criança em desnutrição grave a cada minuto, nas nações da região do Chifre da África e no Sahel.

“Um potencial barril de pólvora” é como o Unicef tratou o problema. O aumento dos preços dos alimentos, provocado pela guerra na Ucrânia e os cortes orçamentários em decorrência da pandemia elevaram o custo do tratamento ali-

mentar terapêutico vital em até 16 por cento. Dessa forma, o número de crianças com desnutrição aguda grave, que já estava aumentando antes mesmo do conflito Rússia versus Ucrânia, expandiu-se para direcionar o mundo a uma crise alimentar global em espiral.

Estudo do Unicef, chamado “Desnutrição aguda grave: uma emergência de sobrevivência infantil negligenciada”, apontou pelo menos 10 milhões de crianças gravemente desnutridas. Às condições adversas já citadas soma-se à seca persistente em alguns países devido às mudanças climáticas, como fator agravante. Mesmo diante desse quadro aflitivo a ajuda para seu enfrentamento era e ainda é baixa, com tendência para diminuir ainda mais neste e nos próximos anos. O Unicef vê como escassa a possibilidade de recuperação dos níveis anteriores à pandemia antes de 2028.

Tanto quanto a fome, a desigualdade também é uma escolha. Resulta de políticas injustas e prioridades equivocadas, quase sempre tendo o neoliberalismo como pano de fundo. Fundamentado em uma série de contradições, o liberalismo apregoa igualdade de direitos enquanto promove uma desigualdade material sem precedentes. A falácia da autonomia individual que esse modelo defende, buscando sua legitimidade no consenso, paradoxalmente acaba por desencorajar os compromissos cívicos em favor do privatismo, dando origem a um sistema estatal mais abrangente de que se tem conhecimento na história humana. Em países com fragilidades econômicas acentuadas, o Estado tem a obrigação de assegurar e proporcionar segurança social aos mais carentes, pois estão à mercê da desigualdade.

Esse quadro levou os tribunais de contas e instituições de controle a se movimentarem para ajudar no combate à desigualdade. Optaram por priorizar a avaliação das políticas públicas destinadas à primeira infância. É a faceta pedagógica, preventiva e colaborativa também atribuída dentre as competências do controle externo.

Conjugando as avaliações com uma atuação mais concomitante, os órgãos de controle externo podem induzir a um planejamento das ações em favor da primeira infância com mais efetividade; contribuir para a redução da desigualdade e da fome; além de coibir desperdícios e a corrupção, que vampirizam recursos orçamentários, cada vez mais escassos, sobretudo nos países mais afetados pela crise global. Assim, o órgão de controle apresenta-se ao gestor não para fiscalizar ou sancionar e sim como parceiro da administração pública, orientando e usando suas expertises para indicar as melhores alternativas de formatação de políticas públicas.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A avaliação das políticas públicas é um importante instrumento para o fortalecimento dos direitos da criança, a partir do apoio às famílias, para que elas funcionem como agentes de proteção, de satisfação das necessidades básicas e do afeto para as crianças.

Isso depende do convencimento de diferentes agentes sociais, que, assim sensibilizados, serão levados a defender e agir, na medida do que for possível a cada um, como defensores dos direitos da primeira infância. E, dessa forma,

auxiliarem, senão com a erradicação plena, pelo menos com a redução da dimensão dessa tragédia que atinge milhões de crianças em todo o mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, S. Nosso Alimento é a esperança. Prefácio. In: CASTRO, J. **Geografia da Fome**: O dilema brasileiro: pão ou aço. 1 ed. São Paulo: Todavia, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p.

BRASIL. Lei nº 13257, de 08 de março de 2016. Dispõe sobre as Políticas Públicas para a primeira infância. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, ano 153, nº 46, p. 1, 9 de março de 2016.

SHONKOFF, J.P. O investimento em desenvolvimento na primeira infância cria os alicerces de uma sociedade próspera e sustentável. In: Tremblay RE, Barr RG, Peters RDeV, Boivin M, eds. **Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância** [on-line]. Montreal, Quebec: Centre of Excellence for Early Childhood Development; 2010:1-5.

<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

<https://www.unicef.org/child-alert/severe-wasting>



3.

**DIREITOS HUMANOS: QUESTÕES REFLEXIVAS
NAS DELIBERAÇÕES DAS CORTES DE CONTAS**

Elke Andrade Soares de Moura

Procuradora do Ministério Público de Contas
do Estado de Minas Gerais

I. INTRODUÇÃO

Há quase 75 anos, mais precisamente no dia 10 de dezembro de 1948, em momento marcado pelas profundas cicatrizes deixadas pelas duas grandes guerras, a Organização das Nações Unidas promulgava o que seria um ideário – porque não dizer – uma resposta ao ardente reclamo mundial de milênios pela paz e dignidade da pessoa: a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH.

Constituída de um preâmbulo e apenas 30 artigos, a DUDH foi capaz de estabelecer uma base de direitos que traduzem valores da mais alta envergadura, como liberdade, igualdade e dignidade, servindo de inspiração para a produção de outros documentos internacionais e penetrando nas constituições para conformar o rol de direitos fundamentais da pessoa, como saúde, educação, moradia, alimentação, trabalho, lazer e segurança.

Desde então, o incessante clamor pela efetivação daquilo que fora pactuado na DUDH tem sido uma tônica em grande parte das nações, incorporando a pauta de discussões entre os povos de diferentes culturas e crenças, cientes de que, com os fenômenos da interconexão e da mundialização, em que o conceito de indivíduo passa a ser concebido em sua acepção plural, os reflexos do que ocorre em determinado local se espraiam de forma célere, trazendo consequências para o todo.

Nessa medida, a temática dos direitos humanos precisa ser considerada dentro de uma visão holística, visto que referidos direitos devem ser tomados como universais para que sejam, de fato, efetivos. Ademais, a sua garantia de efetividade depende da existência de organismos multinacionais e instituições nacionais fortes, capazes de adotar medidas necessárias para promovê-los, bem como de vigiar e obstar a prática de qualquer ato que possa vulnerá-los.

É nesse cenário que as entidades de controle externo e, no caso do Brasil, notadamente as Cortes de Contas e os Ministérios Públicos de Contas que junto àquelas atuam, assumem extraordinário encargo, em especial com o advento da Constituição de 1988, com muita propriedade terminológica denominada “Constituição Cidadã”. Atribuindo-lhes competência para aferir a legitimidade – ao lado da legalidade e da economicidade – dos dispêndios públicos, nossa Lei maior, pela leitura conjugada das normas que consagra, passou a exigir que os órgãos de controle externo deixem de ser apenas os defensores do erário de outrora para se tornar garantidores da realização acertada de políticas públicas

concretizadoras de direitos fundamentais. Assim, a defesa do erário passa a ser meio para se atingir o propósito maior atinente ao resguardo dos interesses da sociedade.

É, portanto, dessa perspectiva democrática, que considera como última *ratio* a finalidade pública e a satisfação das necessidades e interesses coletivos, que emerge como corolário a relevância das deliberações das Cortes de Contas no exercício permanente da fiscalização da escorreita aplicação dos recursos públicos, capaz de contribuir decisivamente para a efetivação de direitos fundamentais.

II. DESENVOLVIMENTO

A DUDH, primeiro documento a consagrar a proteção universal de direitos indispensáveis à dignidade da pessoa, foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na cidade de Paris, em 10 de dezembro de 1948. Juntamente com o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais formam a chamada “Carta Internacional dos Direitos Humanos”. Desde sua proclamação, vários tratados internacionais expandiram o corpo dos direitos humanos reconhecidos mundialmente como essenciais, merecendo destaque a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção sobre os Direitos da Crian-

ça (1989) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

Enfrentando as oscilações político-ideológicas, as incertezas advindas da complexidade dos novos arranjos institucionais e das relações travadas entre Estado/sociedade bem como, por vezes, alguns retrocessos em termos de conquistas democráticas, a luta pela afirmação dos ditames pactuados na DUDH sempre permaneceu pujante, porquanto compreendida como absolutamente necessária para garantia da paz e da dignidade de todos.

No Brasil, a Constituição de 1946 já consignava um elenco de direitos fundamentais, mas foi com a nossa Constituição cidadã de 1988 que o núcleo desses direitos, capaz de conferir uma vida digna a todos, ganhou prevalência, na medida em que, ao lado do extenso rol de direitos individuais e sociais estabelecidos, foram previstas garantias com potencial para lhes assegurar a máxima efetividade.

Dentro de uma perspectiva de universalidade, legitimidade e inclusão, os direitos fundamentais passaram a ser incorporados, paulatinamente, no quadro de políticas públicas estabelecidas periodicamente nas leis orçamentárias dos entes federativos (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual), com o escopo de materializar aquilo que constitucionalmente fora assegurado enquanto texto normativo.

Aos Tribunais ou Cortes de Contas foram conferidas competências constitucionais que exorbitam as raias da legalidade, compreendida aqui como subsunção dos atos pra-

ticados com o prescrito nas normas, e atingem aspectos qualitativos dentro de uma avaliação teleológica ou finalística das despesas públicas.

Mensurar aspectos qualitativos junto à aferição de conformidade da gestão pública não é tarefa simples. Ao contrário, demanda a incursão em diversas áreas do conhecimento e a avaliação conjugada de aspectos fáticos compreendidos na realidade de cada ato administrativo analisado. Nesse cenário de alta complexidade, não apenas a constituição de equipes multidisciplinares para o exercício do controle se faz necessária como, também, o uso de ferramentas da tecnologia da informação que viabilize a realização de análises simultâneas de milhares de dados em curto espaço de tempo, o respectivo tratamento e a extração de achados preliminares a partir do uso da inteligência artificial, para nortear os trabalhos apuratórios.

No exercício desse mister, o Tribunal de Contas realiza as fiscalizações orçamentária, contábil, financeira, patrimonial e operacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo as entidades da administração direta e indireta, julgando contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que manuseie recursos públicos, e emitindo parecer prévio sobre as contas de governo, no contexto de uma avaliação atinente à macrogestão governamental.

O resultado dessa atividade, desenvolvida com o suporte do seu corpo técnico e do Ministério Público de Contas que atua nos processos que perante ele tramitam, na condição de

custos iuris, é consagrado em suas deliberações, cujos erros ou acertos repercutem diretamente na esfera de direitos de todos. Indubitável que a necessária representatividade democrática, conferida pelo povo aos seus representantes eleitos, precisa ser controlada na exata medida de suas limitações e poderes legalmente transferidos, de modo que não restem espaços ao arbítrio ou ao desvio de finalidade. Às instituições de controle externo cabe, portanto, no seio do Estado Democrático de Direito, o exame acurado da juridicidade de cada ato administrativo praticado, visando coibir ou reprimir a ocorrência de prejuízo à coisa pública. O resguardo do interesse coletivo requer, pois, atuação firme dos Tribunais de Contas sob a conduta do administrador, a tempo e modo adequados, de forma a não permitir que sejam lesados direitos de toda a sociedade, mormente quando se tem em mente que a malversação de recursos públicos e as mazelas da corrupção, que atualmente atingem patamares assustadores, minam a possibilidade de se conferir dignidade de subsistência às pessoas, chegando, em alguns casos, a ceifar-lhes a própria vida.

Para além dessa função fiscalizatória, em regra, de cunho repressivo, as Cortes de Contas já se conscientizaram da importância de sua missão pedagógica, preventiva e mesmo propositiva, buscando orientar seus jurisdicionados quanto à prática acertada dos atos administrativos no intuito de minimizar a incidência de irregularidades, cujas consequências danosas, muitas vezes, sequer são passíveis de reparação, pois que extrapolam a órbita de apuração matemática do prejuízo financeiro causado, vulnerando significativamente a esfera de direitos essenciais dos cidadãos, como a pres-

tação de serviços de atenção básica e universal à saúde e à educação de qualidade.

Assim, às Cortes de Contas incumbe a responsabilidade de zelar pela garantia de preservação do núcleo básico de direitos humanos consignados na DUDH, constitucionalmente densificados em nossos direitos fundamentais e que ganham efetividade com a realização cotidiana de políticas públicas legitimamente estabelecidas e concretizadas. Para tanto, é preciso que os atores envolvidos no exercício dessa relevante tarefa estejam cientes de que precisam empreender o máximo esforço, promovendo, permanentemente, uma re(leitura) dos textos normativos de forma a deles extrair o substrato necessário para uma atuação consentânea com os interesses e necessidades coletivos que se fazem presentes em diferentes momentos da história de cada sociedade.

Esse novo paradigma de controle, que privilegia o aspecto teleológico da fiscalização, buscando a maximização dos resultados alcançados, seja para coibir a prática de corrupção, seja para assegurar maior efetividade no emprego dos recursos públicos, encontra terreno fértil na era digital em que vivemos, que permite a conexão entre pessoas e instituições em tempo real, a análise de dados em sistemas de *big data* e o uso da inteligência artificial. São contextos de alta complexidade e grandes desafios, que exigem de todos, Estado e sociedade, atuação integrada e célere, diante de um processo incessante de mudanças rápidas e multidimensionais, para que se possa garantir uma vida digna a todos.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode olvidar de que nem os pactos internacionais que consagram direitos humanos universais, nem as salvaguardas constitucionais voltadas a atribuir-lhes densidade, por melhor projetados que sejam, podem garantir, por si só, a efetividade de direitos fundamentais necessários à dignidade dos cidadãos. Imprescindível que a prática administrativa, acompanhada *pari passu* pelo exercício permanente do controle da gestão pública, seja desenvolvida rumo ao cumprimento da sua finalidade última – a satisfação do interesse público.

A função de controle da gestão pública, na estrutura e organização dos Estados modernos, de conformação democrática, passa a incorporar, assim, a complexa tarefa de assegurar a concretização de políticas públicas legítimas e sustentáveis, universais e inclusivas, estabelecidas com a participação dos cidadãos, e que sejam capazes de promover a efetividade de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, ainda tão distantes de significativa parcela da nossa sociedade.

A partir dessa compreensão, para o exercício da adequada fiscalização, o agente controlador precisa romper a cápsula da legalidade estrita em que estão previstas as balizas para a conduta do administrador e alcançar uma avaliação que considere a observância de princípios outros, da mesma estatura e relevância, como economicidade, eficiência, moralidade e legitimidade. Somente dessa forma se poderá verificar se o interesse público foi efetivamente atingido, ou seja,

se direitos como educação, saúde, segurança, dentre outros foram, de fato, garantidos, ou se apenas aspectos formais e quantitativos da aplicação de recursos públicos nesses segmentos foram atendidos.

Essa mudança de postura, à luz das bases do Estado Democrático de Direito, apta a ultrapassar os contornos estabelecidos por um paradigma há muito superado, centrado no positivismo ortodoxo e que se achava engessado em um sistema jurídico composto apenas por regras, desconsiderando a existência de princípios que, tal como as regras, também integram o ordenamento jurídico e lhe servem de fundamento, importa a atuação emancipadora da função de controle da gestão pública, operada a partir da interpretação constitucionalmente adequada que permita que Estado e sociedade, em ação concertada, se tornem protagonistas de mudanças capazes de viabilizar o melhor atendimento das demandas que se fazem presentes em cada época.

A missão de controle incumbida aos Tribunais de Contas, pois, é das mais nobres, razão pela qual requer seja explorada toda a sua potencialidade funcional por meio da incessante busca pelo seu aprimoramento, de modo que o resultado do trabalho que produz, sintetizado em suas deliberações, possa ser um vetor de transformação da realidade social e de indução de boas práticas, imprimindo maior concretude ao rol de direitos fundamentais, arduamente conquistados e que se encontram consignados na nossa Constituição. Indubitável, portanto, que o papel desempenhado pelas Cortes de Contas pode ser decisivo para a consolidação dos direitos preceituados na DUDH e, conseqüentemente, para que se cumpra

um dos compromissos centrais da República Federativa do Brasil, expressamente estabelecido no art. 1º, inciso III, da CR/88, qual seja, garantir a dignidade da pessoa humana.

Citações:

Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15.11.2022.

DE GIORGI, Raffaele. Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. In: O novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PORTO, Éderson D. A busca pela eficiência na fiscalização da gestão pública: A utilização de inteligência artificial para aperfeiçoamento do controle das finanças públicas. Revista de Direito da Empresa e dos Negócios v.1, n. 2, p. 4-31.2017. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/15725>. Acesso em 03.11.2022.



4.

LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS DE LA ESCLAVITUD: DERECHOS EN CONFLICTO EN LOS SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUBROGADA A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 2022

Eulalia Moreno-Trujillo

Profesora Titular Derecho Civil – Universidad
de Granada (España)

“Es al niño al que se da una familia y no
a la familia un niño.”

(Tribunal Supremo en Sentencia de 6 febrero 2014)

I. LA NULIDAD DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA Y LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS

Léído en una página web de promoción de una empresa estadounidense cuyo negocio es, precisamente, la gestación subrogada: *¿puede una madre sustituta decidir quedarse con el bebé? En una palabra, no: una portadora gestacional no solo no tiene derechos genéticos, sino que sus asesores legales también se asegurará que usted obtenga la custodia legal exclusiva del niño... Después del nacimiento, su bebé se va a casa con usted, con un certificado de nacimiento y, si es necesario, un pasaporte para viajes internacionales. Por fin.*

La maternidad subrogada (o vientres de alquiler o gestación por sustitución) supone una realidad social que genera un gran número de conflictos, tanto jurídicos como tanto morales y éticos, de difícil resolución, debido esencialmente a la trascendencia de los intereses en conflicto: Hablamos de un ámbito que afecta directamente a muchos de los derechos humanos reconocidos en los textos internacionales. Este contrato en virtud del cual una mujer, mediando o no precio, renuncia a la filiación materna del futuro hijo que está gestando, a favor del contratante o de un tercero, afecta (e infringe en algunos supuestos) de forma directa muchos de los derechos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 diciembre 1948: Libertad, dignidad (art. 1), no discriminación e igualdad (art. 2 y 7), a la vida (art. 3), la prohibición de esclavitud y trata (art. 4) así como de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5), derecho a proteger su intimidad, su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia (art. 12), a circular libremente y elegir su residencia (art. 13), derecho a fundar una familia (art. 16), derecho a protección de la maternidad y de la infancia (art. 25).

Atentados que resultan patentes en la STS 277/2022 de 31 de marzo, y que es el germen de este trabajo, al recoger detalladamente algunas de las cláusulas del contrato de gestación subrogada suscrito entre la comitente (que pretende la filiación materna del hijo nacido) y empresa que proporcionó la gestación y la madre biológica, firmado en el estado de Tabasco (México): “Cláusulas. Segunda.- La gestante sustituta renuncia a todos los derechos y reclamaciones sobre el niño nacido y acepta entregar la

custodia física del niño inmediatamente después del parto sin ninguna interferencia a la futura madre... Octava.- La gestante sustituta no tendrá, ni tratará de tener relación con el niño... renuncia a todos sus derechos como madre legal del niño... declara y acepta que no es la madre legal, natural jurídica o biológica del niño... Décima.- E. la gestante sustituta... renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas... compartir los resultados con la futura madre... Décima Tercera.- G. La gestante sustituta no podrá salir de México durante la vigencia del presente acuerdo, además a partir de la confirmación del embarazo de gestación no podrá salir de la ciudad donde reside, ni realizar un cambio de domicilio... H. A partir de la semana 30 de gestación la gestante sustituta no podrá alejarse más de 50 millas del hospital elegido para el nacimiento del niño... salvo previa autorización de la futura madre... I. La gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante de la mercantil... esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo, así también autoriza a la futura madre para hablar directamente con el médico tratante cuestiones relacionadas con la salud del feto... Décima Cuarta.- B. En caso que la gestante sustituta sufriera cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal (como por ejemplo muerte cerebral) la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto hasta que el médico tratante determine que está listo para el nacimiento... Décima sexta.- C. La futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño... D. La gestante sustituta está de acuerdo en someterse a una cesárea

para el nacimiento del niño, salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal... E. La entrega del niño a la futura madre será inmediatamente después del parto, la gestante autoriza al hospital a colocar al menor el nombre y apellidos de la futura madre, a que la futura madre pueda poner el nombre de pila del niño y a que el hospital entregue al niño a la futura madre al momento de darle el alta médica. G. La futura madre será la madre legal de cualquier niño nacido bajo este acuerdo, ya sea que el niño tenga deficiencias físicas, psíquicas, neurológicas o cualquier otra deficiencia..." Y todo ello con el riesgo de no cobrar absolutamente nada, ya que de no quedar embarazada tras dos ciclos de fertilización, no tendrá derecho a ningún tipo de compensación económica.

Y también afecta a la relación de filiación y sus consecuencias jurídicas del menor nacido con estas técnicas.

Siendo así, en España, la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA) considera nulos de pleno derecho los contratos de gestación por sustitución, al fin y a la postre contratos "de alquiler de vientre", siendo indiferente que medie precio o bien sean gratuitos. De esta forma, la aplicación de esta técnica está prohibida de facto en nuestro país, y estaría tipificada en el art. 221 del Código Penal que establece penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años para aquellos que "mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque

no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”. Si a pesar de la prohibición, se llevara a cabo un negocio jurídico cuyo fin fuera la gestación por encargo, fuera oneroso o gratuito, el mismo sería nulo de pleno derecho y las partes no podrían compelerse al cumplimiento de lo pactado (fundamentalmente la entrega del nacido y el pago de la contraprestación) amén de incurrir en una posible infracción penal. De esta forma, se concreta la prohibición genérica prevista en el art. 21 del Convenio Europeo sobre los Derechos humanos y la Biomedicina – el llamado Convenio de Oviedo-: “Prohibición del lucro. El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”. Y, consecuentemente, la filiación de los hijos nacidos (derecho fundamental de toda persona, ligado al reconocimiento como sujeto de derecho, que fija la posición del nacido en una relación familiar y de la que se derivan derechos y obligaciones), se fijaría siguiendo el criterio general del Código civil y la Ley de Registro civil de 2011 en su art. 44: la filiación materna se determinaría por el hecho del parto, al ser nulo de pleno derecho el contrato –gratuito u oneroso– en virtud del cual se pacta el vientre de alquiler; si el material genético para la concepción fuera de aportante conocido –comitente-, a éste le quedaría la posibilidad del reconocimiento o la acción judicial de reclamación de paternidad y fijar así la filiación paterna a favor del padre biológico (art. 10 LTRHA). Si la madre, biológica –sustituta–, renunciara a la maternidad y consintiera la adopción, podría iniciarse el procedimiento

de adopción en favor del cónyuge o pareja de hecho del progenitor ya determinado. Pero no habría filiación biológica, sino adoptiva, y siempre con la base de la nulidad –y posible penalidad– del acuerdo de gestación celebrado.

Es por dicha razón que las personas que desean utilizar esta técnica –por motivaciones que no vienen al caso– se desplazan a países cuyas normativas internas sí autorizan dichas prácticas, obteniendo la inscripción del menor nacido a través de vientre de sustitución como hijo propio y posteriormente promoviendo el reconocimiento de dicha inscripción ante el Registro civil español.

Este “turismo gestacional” busca obtener en el extranjero un resultado prohibido en nuestra legislación interna, presentando ante las autoridades españolas un *a modo* de hechos consumados, pretendiendo la obtención de la filiación con la “excusa” del interés superior del menor. Como nos advierten SÁNCHEZ CANO y ROMERO MATUTE “el problema trae causa de las diferencias existentes entre las distintas regulaciones sobre la materia a nivel de Derecho comparado... lo que plantea numerosos inconvenientes en lo referente al reconocimiento de la filiación en supuestos internacionales”. La solución ofrecida por el sistema jurídico español a la determinación de la filiación de los menores nacidos en el extranjero mediando contrato de gestación sustituta cuyos comitentes sean españoles no es uniforme, sino que ha transcurrido por un camino de indecisión –palos de ciego– pretendiendo salvaguardar los derechos en conflicto, el de la madre biológica (como portadora gestante la llegan a calificar en la publicidad comercial de estas

técnicas) y el del menor así nacido, tal y como ordena el art. 3 de la Convención de Derechos del Niño al establecer como criterio primordial de la actividad jurídica –legislativa y judicial– el interés superior del menor.

II. CÓMO LOGRAR UNA PROTECCIÓN REAL DEL INTERÉS DEL NACIDO Y DE LA MADRE GESTANTE: UN TORTUOSO CAMINO

Son varias las soluciones ofrecidas por nuestros operadores jurídicos a la hora de proceder a la inscripción en el Registro civil y la consiguiente determinación de la filiación de los nacidos por gestación subrogada. Podríamos echar la culpa de la diversidad de soluciones ofrecidas por nuestro Ordenamiento a la carencia de un acuerdo internacional (convenio o tratado) que ofreciera una postura unívoca y pusiera fin, definitivamente, a esta práctica tan próxima a la esclavitud. De hecho, la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado ya destacó la necesidad de armonizar las legislaciones a nivel internacional en materia de filiación de los nacidos por técnicas de reproducción asistida y, ya en 2015 se creó un Grupo de Expertos para analizar la conveniencia de un Convenio Internacional sobre esta materia, entre cuyas conclusiones (en 2018) se destacó la oportunidad de redactar un instrumento que incluyera los convenios sobre gestación por sustitución en supuestos internacionales que protegiera los derechos fundamentales de todas las partes intervinientes, bajo el paraguas del interés superior del menor, centrado “en prevenir filiaciones claudicantes resultantes de estas técnicas, junto con la trata de mujeres

y niños”; optan por filiación establecida bien por decisión judicial, de pleno derecho, a instancia de parte o incluso por acuerdo, recomendando la decisión judicial por ser el método más garantista.

Sin embargo, aún no ha llegado el momento de aunar legislaciones en esta materia. Como afirmaba el propio Grupo de Expertos al año de su creación, el tema a tratar era muy complejo, debido a las grandes diferencias entre las regulaciones internas de los Estados miembros, sin que se pudiera determinar un único instrumento viable para garantizar el derecho a la identidad individual y familiar de estos menores.

Pero creo que también nuestros operadores jurídicos, tanto Judicatura como legisladores e intérpretes, están moviéndose entre dos aguas, sin que exista una posición valiente que se atreva a llamar a las cosas por su nombre. Resulta evidente que en todo este discurrir jurídico y ante la falta de una regulación legal (nacional o internacional) que ponga un poco de claridad en este ámbito, se ha asumido la defensa de los intereses más necesitados desde los aplicadores del Derecho. Porque, en palabras de la Resolución de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, “atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida”.

Como primera –y sencilla– solución al problema de la determinación de la filiación en España de los menores nacidos en el extranjero por gestación subrogada, se instaba el reconocimiento de la inscripción de nacimiento en el país donde se produjo: los comitentes obtienen la inscripción de nacimiento en el Registro civil del país en el que se ha producido el nacimiento, siguiendo las normas internas –permisivas de la gestación subrogada– de dicho país y, posteriormente, solicitan que dicha filiación sea reconocida por el Registro civil en España. Este primer sistema puede producir discordancias. Según establece el art. 9.1.4 Cc, como norma de Derecho Internacional Privado, “la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española”. Para practicar la inscripción de nacimiento en España de un menor nacido en el extranjero necesitaríamos una certificación registral del país de nacimiento.

Sin embargo, una resolución de la DGRN de fecha 8 de febrero de 2009 en la que se admitía la inscripción de la filiación de menor nacido en EEUU (en el estado de California) por sustitución gestacional contractual en virtud de certificación registral estadounidense fue anulada judicialmente.

Tras las distintas reclamaciones de filiación de nacidos por maternidad subrogada denegadas por los encargados consulares de los países donde se producía el nacimiento, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) dicta la Instrucción de 5 de octubre de 2010, en cuya disposición Primera se establece que “la inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”, añadiendo la exigencia de exequátur, salvo existencia de Convenio internacional que lo exima. Con ello, como requisitos para que proceda la inscripción de nacimiento –y la consecuente filiación– del menor, deberían presentarse ante el Registro civil español la solicitud de la inscripción y el autor judicial que pusiera fin al procedimiento de exequátur. En el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, será el encargado del Registro Civil el que controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En ese control incidental, el Encargado del Registro deberá constatar aspectos formales y procesales, como la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado, la competencia judicial internacional –basada en criterios equivalentes a los contemplados en nuestra regulación interna–, o la garantía de los derechos procesales de las partes, en particular de la madre gestante; pero también

sustantivos, como que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial –advierte la disposición Primera,3– “deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente”. Habrá de comprobar también que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables.

Y cierra la DGRN esta Instrucción con una prohibición taxativa: “En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”. Por lo que “en los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por *exequátur*, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana y artículos 764 y siguientes de la LEC”: y que son el parto y/o las acciones de filiación.

Esta Instrucción es derogada por una posterior de 14 febrero 2019, “la breve”, porque apenas estuvo en vigor 4 días y ni siquiera llegó a publicarse en el BOE, y que pretendía la actualización de la anterior de 2010. En esta Instrucción de tan corta vida, la DGRN, teniendo en cuenta la STEDH del

caso Paradiso y Campanelli de 24 enero 2017, que tomaba en consideración la normativa internacional en materia de protección de menores y adopción internacional, exige “contar con el consentimiento libre y post-natal de la madre gestante” y protege el derecho del menor a conocer sus orígenes y la determinación de la filiación materna. Recoge, además, la legitimación activa en favor de la madre comitente que hubiera aportado material genético para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, y que quedara de esta forma determinada la filiación materna en favor de la madre sustituida, cuando según la normativa del país donde se hubiera producido el nacimiento la filiación quedara determinada a favor de mujer distinta de la que ha gestado. Esta Instrucción mantiene el contenido de la Instrucción de 2010 cuando la solicitud de inscripción viniera apoyada con una resolución judicial dictada por tribunal competente en la que se determinara la filiación del nacido, siguiéndole el exequátur o el control incidental, añadiendo en todo caso la comprobación del consentimiento post-natal de la madre gestante, y de la idoneidad de los comitentes (a modo de la adopción). Insiste en que una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica de nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la gestante no bastan para la inscripción en el Registro civil español; si en dicha certificación constara la identidad de la madre gestante, podría determinarse la filiación paterna (si aportara material genético) del progenitor español por los medios admitidos en nuestro Derecho (sentencia o reconocimiento); y para el reconocimiento ha de constar el consentimiento de la madre... Quedaría aún

un procedimiento de adopción para que la madre comitente pudiera ostentar la filiación materna, previa renuncia de la madre biológica y asentimiento a la adopción. Y abre una nueva vía, que parece legitimar la gestación subrogada: permitir a la mujer comitente, si ha aportado material genético, que ejercite la acción de reclamación de la filiación materna, excusándose en la protección del interés superior del menor: reconocería la “maternidad genética” y no la meramente obstétrica, alterando de esta forma el principio general de que la maternidad viene determinada por el hecho del parto.

En apenas 4 días, la DGRN publica una nueva Instrucción, que deroga la de 14 de febrero, que, en apenas un folio, establece que “Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequátur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. El encargado o encargada del Registro Civil consular en estos casos deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serán notificadas por el encargado o encargada del Registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil. El solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de

asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación”. Esto es, como afirma ANDREU MARTÍNEZ “en los casos en que la gestación por sustitución se lleve a cabo en un país en donde la filiación respecto del o los comitentes no queda establecida en sentencia judicial, no puede estimarse la solicitud de inscripción en el RC consular español. La Instrucción prevé que el solicitante obtenga, en su caso, pasaporte y permisos para viajar a España con el o la menor, a fin de que la determinación de la filiación se realice en nuestro país “con todas las garantías”. Se señalan dos vías para ello. El inicio del correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o la interposición de acción judicial de reclamación de la filiación”.

Pero se había pretendido abrir una vía alternativa: la posesión de estado, que en esta cuestión lo que pretende es el reconocimiento de la filiación derivada de hechos consumados.

La posesión de estado reconoce efectos jurídicos a una situación fáctica que crea una apariencia pública y notoria. En materia de filiación se reconoce como título de legitimación subsidiario (art. 113 Cc): «la posesión de estado de filiación no es más que una situación residual...que consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con respecto a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario,

libre y espontáneo» (Ss. de 10 y 17 de marzo de 1988); y debe reunir tres requisitos: el *nomen* (la utilización habitual del apellido del supuesto padre o madre; *tractatus* o comportamiento material y afectivo propio de la relación de filiación entre progenitor e hijo; y *reputatio*, que supone el reconocimiento social, externo del hecho de la filiación.

Así, la STS 835/2013, ante la reclamación de filiación de un matrimonio, nacionales y residentes en España, que “se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”. En efecto, afirma el TS que “con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares "de facto" con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos. Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la

reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar”. Estaríamos ante la consolidación jurídica –filiación– de una situación fáctica: entregado el bebé a los comitentes, e integrado en la vida familiar de éstos (sin más legitimación que la que ofrece el contrato celebrado con la empresa mediadora y el pago realizado), se pretende el reconocimiento jurídico de los efectos de la relación paterno-filial: el derecho al nombre, a la nacionalidad, a las relaciones familiares... a su reconocimiento como persona, a su dignidad.

Esta posesión de estado es, precisamente, la alegada como título de legitimación para la determinación de la filiación materna en la STS 277/2022 de 31 de marzo respecto de un menor nacido en México por gestación subrogada. En primera instancia se desestimó la demanda, ya que consideró que no se puede utilizar el interés superior del menor para contravenir la ley, y se remitía a la demandante –comitente– a la tramitación de un expediente de guarda o acogimiento familiar preadoptivo, y una vez adoptado el menor, inscribirlo con los apellidos que le impusieron al nacer (los de la comitente). La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y estimó la demanda, al reconocer que el menor se encuentra plenamente integrado en la vida familiar, que la comitente tiene trabajo estable, buenos recursos económicos, se le está ofreciendo educación, y que están establecidos, de facto, los lazos paterno-filiales. Valoraba así

la posesión de estado de filiación, teniendo en cuenta el superior interés del menor. Declaró como madre del menor a la comitente, ordenando la inscripción de la relación de filiación en el Registro civil. El Ministerio fiscal interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Y el TS reconoce que, con la solución aportada por la Audiencia se priva al menor del derecho a conocer sus orígenes, y se le “cosifica” pues se le concibe como el objeto de un contrato que la gestante se obliga a entregar a la comitente; y para que el contrato llegue a buen término, se imponen a la gestante unas limitaciones a su autonomía personal y a su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano (Fundamento de Derecho Segundo nº 9)

III. ¿DÓNDE ESTÁ LA SOLUCIÓN? UN LARGO Y TORTUOSO CAMINO QUE AÚN NOS QUEDA POR RECORRER

Si bien consideraciones puramente científicas nos llevarían a calificar de arbitraria la diferenciación entre la maternidad a través de la donación de material genético –donación o adopción embrionaria– y de la maternidad subrogada, ya que en ambos casos el embrión conseguido en el laboratorio será transferido a un útero con el que carece de vinculación genética/biológica, no podemos defender esa misma afirmación desde el punto de vista moral y ético y, consecuentemente, jurídico.

¿Es beneficioso para el menor que su progenitora legal sea, precisamente, la que ha privado de los derechos más fundamentales a su progenitora biológica? ¿Es beneficioso

para el menor que su progenitora legal sea, precisamente, la que ha pagado por su entrega, obligando a su madre biológica a llevarlo en su vientre y a entregarlo en el mismo momento de su nacimiento? Es al fin y a la postre, un niño nacido de la explotación de una persona vulnerable al que se pretende atribuir la filiación del explotador. De haberse realizado en España dicha transacción, podrían ser condenados por delito de alteración de la filiación a pena de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años, según recoge el art. 221 CP. Si el acuerdo se celebra y concluye fuera de España, se establece la filiación y se inscribe en el Registro civil: cuando menos, una solución surrealista. No puedo estar de acuerdo con el pronunciamiento de la resolución de la DGRN de Esta resolución afirmó (párrafo cuarto del fundamento de derecho quinto) que «[...] el interés superior de los menores [...] exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño "la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar"». Y así se pronunció el TS en la S 835/2013 ya referida: "la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justifi-

caría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él”.

Por eso, como mal menor, parece oportuna la posición del TS de oposición a la posesión de estado como medio de establecimiento de la filiación en estos casos, dirigiendo hacia la adopción los esfuerzos para la realización del derecho a la identidad personal y familiar del menor nacido por gestación sustituta: los requisitos exigidos por el procedimiento de adopción, tuitivo de los intereses del adoptado, permitiría a la entidad pública que tenga atribuidas las funciones de guarda de menores asegurar su protección y su bienestar.

Destaca LARA AGUADO la posición del TS en la Sentencia 277/2022 al criticar la incongruencia en que incurre nuestro sistema jurídico que, si bien por un lado establece la nulidad de los contratos de maternidad subrogada, permite que se publiciten impunemente los servicios de empresas que se facilitan estas prácticas en el extranjero, al igual que entren en España los comitentes con los menores nacidos y constituyan con ellos un núcleo familiar durante un tiempo prolongado “pese a que estos contratos vulneran los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño”, estableciéndose diferentes medios para el establecimiento de la filiación.

Estamos ante un negocio muy lucrativo que aprovechan empresas de aquellos países permisivos para satisfacer el deseo de formar una familia: Si echamos un vistazo a la publicidad de las empresas que se dedican a este negocio, el coste de un hijo para los padres comitentes oscila entre los 50.000 y los 180.000 euros (los hay con consideración VIP, con de-

recho a elección de la madre, o incluso elección del sexo del hijo). Los emolumentos a la madre se desglosan como en un contrato cualquiera de prestación de servicios: en EEUU, un salario base de entre 40.000 y 60.000\$ (en función también de la experiencia de la gestante sustituta), mas, como complementos, 300 dólares por pasar por el proceso de evaluación médica (además de los gastos de viaje); bono de 500 por firmar el contrato; de 1,500 por ciclo de medicamentos y tarifa de transferencia; 5,000 dólares adicionales por llevar gemelos; 2,000 por parto por cesárea; 750 para ropa de maternidad (1,000 si fueran gemelos) y una asignación de 200 \$ mensuales para gastos diversos durante el embarazo; en Ucrania, sin embargo, la contraprestación no alcanza los 20.000\$ por embarazo. No es de extrañar que mujeres en edad fértil y especialmente vulnerables acudan a este tipo de acuerdos para solucionar problemas económicos cuando se ven imposibilitadas de obtener recursos por otros medios.

Sé que mi posición es altamente discutible, sobre todo si se generaliza al absoluto: si pretendemos obtener un hijo a través de técnicas que impliquen el sometimiento a prácticas ablatorias de los derechos humanos, que cosifiquen tanto a la madre como al menor, no merecemos ser titulares de la patria potestad, por ninguno de los medios admitidos en Derecho (reconocimiento de inscripción en el extranjero, exequátur, posesión de estado o adopción): si realmente primara el interés del menor, no podríamos ver con buenos ojos la gestación por sustitución como método alternativo para tener hijos a toda costa, salvo que un régimen jurídico excepcionalmente tuitivo pusiera orden en la materia y evi-

tara los negocios esclavistas que priman el enriquecimiento de unos a costa de los derechos fundamentales de otros.

Por todo ello, conviene recordar a los gobiernos, tanto permisivos como prohibitivos de estas técnicas, que “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos” (art. 28 Declaración Universal de Derechos Humanos). Porque “la exigencia de que las órdenes nacionales de patria potestad se reconozcan a escala mundial sin restricciones debidas y haciendo caso omiso de las preocupaciones relativas a los derechos humanos plantea el riesgo conexo de que una minoría de jurisdicciones con enfoques permisivos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial y con regulaciones que no protegen los derechos de las partes vulnerables frente a la explotación normalicen a escala mundial prácticas que violan los derechos humanos” (Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de niños citado por el TS en su Fundamento de Derecho Tercero, nº 11).

Y es que “el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas”.

NOTAS:

Igualmente, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000: la dignidad humana (artículo 1); la integridad física, y concretamente el consentimiento libre e informado, la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas, y la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo se conviertan en objeto de lucro (artículo 3); la prohibición de trato denigrante o inhumano (art. 4); la prohibición de la esclavitud y la trata de seres humanos (art. 5); el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones (art. 7); el derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan (art. 8); el derecho a fundar una familia (art. 9); la igualdad ante la ley (artículo 20); el derecho de los niños a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar y su interés superior como consideración primordial (art.24) así como a mantener relación con sus progenitores (art. 25); a la protección de la salud (art. 35); O la libertad de residencia y circulación (art. 45), entre otros.

En la STS que comentamos destaca la detalla referencia –textual– al contrato de gestación subrogada celebrada por los comitentes que reclaman la filiación del nacido por posesión de estado, aun cuando el litigio no versaba sobre el contrato en sí, ni había sido alegado expresamente por ninguna de las partes. Lo justifica LARA AGUADO en *La encrucijada entre el derecho a la identidad personal de los menores nacidos por contrato de gestación por sustitución y el respeto a los derechos fundamentales. Comentario a la STS (Sala de lo Civil) 277/2022 de 31 de marzo de 2022*, Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 120/2022, Ed. Civitas, afirmando que el TS “prueba con ello las razones que fundamentan su fallo; razones que deberían bastar para impedir que el legislador español se incline por una posición favorable a la admisión en el foro de los mal llamados contratos de gestación por sustitución, aunque para salvaguardar el interés superior deba tolerar la admisión de la producción de ciertos contratos celebrados en el extranjero”.

Artículo 10. Gestación por sustitución: *1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, y ratificado por España el 20 octubre 1999, cuyo objeto es proteger la identidad y la dignidad del ser humano, garantizando a toda persona el respeto a su integridad y sus demás derechos fundamentales “con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina”

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil. Art. 44. Inscripción de nacimiento y filiación. 3. La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrico-ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo. 4. II ... En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.

En *La filiación derivada de la gestación por sustitución en la Conferencia de La Haya: la historia interminable*, Revista de Derecho de Familia num.86/2020, Ed. Aranzadi

SÁNCHEZ CANO y ROMERO MATUTE, en *La filiación derivada de la gestación por sustitución en la Conferencia de la Haya: la historia interminable*, Revista de Derecho de familia, nº 86/2020, Ed. Aranzadi

SÁNCHEZ CANO y ROMERO MATUTE, cit.

ANDREU MARTÍNEZ, B. *Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 10 bis, junio 2019, pp. 64-85

Los hechos: dos varones españoles casados entre sí en 2005, solicitaron en el Registro Civil consular de Los Ángeles (California, Estados Unidos) la inscripción de nacimiento de dos hijos, nacidos en dicho estado norteamericano el 24 de octubre de 2008 mediante "gestación por sustitución". Adjuntaron a la solicitud documentos consistentes en certificados de nacimiento de los menores expedidos por la autoridad registral de California, en los que aparecían como

hijos de los solicitantes. El encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción solicitada, con invocación de la prohibición de la denominada "gestación por sustitución" establecida en el art. 10 de la Ley TRHA. Los interesados interpusieron recurso ante la DGRN, en el que solicitaron la revocación de la decisión del Encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles y la inscripción de los menores en el Registro Civil español con la filiación determinada en los asientos registrales californianos. La Dirección General dictó resolución de 18 de febrero de 2009 estimando el recurso y ordenando se procediera a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores tal como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las que ambos recurrentes figuraban como padres de los nacidos. La resolución consideraba que dicha solución no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor. El Ministerio Fiscal presentó demanda en la que impugnaba dicha resolución. Alegaba que la solución adoptada por el Derecho californiano infringía directamente el art. 10 de la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que establecía la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, y que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución sería determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Consideraba la demanda que el contenido de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado era contrario al orden público español y que por tanto no procedía la inscripción de la filiación en ella acordada.

DE LOS SANTOS MOLINA, *Comentario científico y jurídico al art. 10* en Comentarios científico-jurídicos a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (Recurso electrónico), dirigido por LLEDÓ YAGÜE; OCHOA MARIETA; MONJE BALMASEDA, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, págs.157-166

En La encrucijada entre el derecho a la identidad personal de los menores nacidos por contrato de gestación por sustitución y el respeto a los derechos fundamentales... citado.

El Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual, presentado en noviembre 2022 prevé la modificación del art. 3 de la Ley 3/1988 General de Publicidad, al incluir específicamente como publicidad ilícita "la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución": "En el plano del ordenamiento jurídico estatal, los derechos

sexuales y reproductivos de las mujeres y, en particular, el derecho a decidir libremente sobre la interrupción voluntaria de su embarazo, se encuentran íntimamente conectados con el principio de igualdad, con sede en el artículo 14 de la Constitución, y la plena garantía de ese derecho supone dar cumplimiento al mandato de su artículo 9.2 a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Encuentran igualmente su fundamento en el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución) y el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 17 de la Constitución), en conexión con la autonomía de la voluntad inherente a la dignidad de la persona, que de acuerdo con el artículo 10.1 de nuestra Carta Magna se erige en fundamento del orden político y la paz social.”(Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, p. 11

Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, pág. 86



5.

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL GLOBALIZADA

Guillermo Orozco Pardo

Catedrático de Derecho civil. Universidad de Granada.

Dra. Margarita Orozco González

Profesora contratada Doctora. D. Derecho Civil,
Universidad de Murcia.

I. NUEVOS DESAFÍOS VS DERECHOS “CLÁSICOS”.

Es ya un tópico de la literatura jurídica afirmar que la invención de la Informática, en cuanto técnica del tratamiento y transmisión automatizada de la información, supuso el salto cualitativo más relevante a todos los efectos de nuestra era actual. Ello no obstante, hoy se apuntan nuevas aplicaciones como son las comunicaciones digitales, la digitalización de las relaciones humanas y las de Consumo, la inteligencia artificial o la “creación” del *metaverso* que plantean diversos retos que suponen un reto para el Derecho a los que éste debe responder. Inicialmente los derechos humanos se plantearon sobre el mandato de la *libertad*, posteriormente sobre la *igualdad* y finalmente desde la *solidaridad*, como fundamentos y fines de su consagración. Sin embargo, en

nuestros días la colusión de los intereses de los estados y de las grandes empresas y corporaciones que dominan el contexto *digital y globalizado* en el que nos desenvolvemos, han supuesto un cumulo de riegos al que los ciudadanos se exponen por causa de los avances tecnológicos que hoy se aplican, de forma muchas veces silenciosa, para el control de sus conductas y limitación de sus libertades esenciales. La interceptación de sus comunicaciones, la recogida y tratamiento masivo de su información personal, la videovigilancia conectada a la IA y toda una serie de tecnologías de control ciudadano, suponen un debilitamiento de los derechos humanos por medio de unos nuevos medios de control tecnológico al servicio del poder de los estados y las corporaciones no siempre aplicadas con fines transparentes y asumibles en una sociedad democrática. Por así decirlo, las categorías “clásicas” de los derechos humanos, basadas en planteamientos *decimonónicos* deben ser revisadas y puestas al día para dar respuesta al *desafío* tecnológico que hoy enfrentamos los ciudadanos y que no pudieron ser previstas al momento de su formulación. Algunos ordenamientos jurídicos han comenzado a dar respuesta a esta problemática con normas de mayor o menor rango y amplitud (por ejemplo, el *Reglamento General de Protección de Datos* de la UE o su Propuesta de Reglamento sobre la Inteligencia Artificial en tramitación) pero no hay una regulación completa y coherente que permita encauzar por éticamente el desarrollo de tales tecnologías, por lo que el Derecho sigue caminando por detrás de la realidad y mediante soluciones parciales.

La *Declaración Europea sobre los derechos y principios digitales para la década digital* (Bruselas 26/1/2022) nos indica por dónde han de discurrir los parámetros ético-

jurídicos que regulen la transformación digital que impacta en todos los aspectos de la vida de las personas y establece que ellas han de ser el centro de este fenómeno, basada en los principios de solidaridad e inclusión, para crear un entorno digital justo, transparente, accesible que garantice la seguridad, la protección y el control de los datos personales y el empoderamiento de los sujetos, con especial énfasis en niños y jóvenes.

Todo esto viene a colación por un nuevo peligro que se cierne sobre estos derechos: las llamadas redes sociales o comunidades virtuales (Facebook, Instagram etc.) en las que los ciudadanos, sobre todo menores, se integran mediante la creación de un *perfil* con imágenes, datos personales, opiniones, preferencias, etc., que son un “banco de información” de primera magnitud para los poderes públicos y las empresas. En España millones de personas forman parte alguna de las llamadas “comunidades virtuales” con un crecimiento continuado del 20% anual, y la mayoría son menores de edad. Esta masificación ha llevado a crear lo que los expertos llaman *extimidad*, concepto que se conformaría por los contenidos – perfiles personales, datos, imágenes, opiniones, creencias, etc. –, esencialmente privados que, sin embargo, las personas hacen públicos mediante su integración en el perfil creado en la red social.

En este contexto, el derecho a la *intimidad* – como poder negativo de exclusión a los demás del conocimiento de aspectos de nuestra vida más secreta – se concilia con ese nuevo derecho a la protección de datos personales – como poder positivo de autodeterminación y control frente al tratamiento de nuestros datos referidos a la privacidad –

pues se vuelcan en las redes aspectos íntimos – *extimidad* – sin ser consciente del alcance que ello pueda tener. Por tanto, debemos ponderar que, como alertan los especialistas del *foro*, Internet, las redes sociales y las comunidades virtuales "debilitan el concepto de intimidad", especialmente en el caso de los menores, que exponen información e imágenes sobre su vida personal, y de otras personas, de forma voluntaria. Esta práctica produce una "redefinición" del concepto de intimidad y de los delitos que pueden ir aparejados a una posible vulneración de ésta, lo que permite asimilar esta situación con la imposibilidad de reclamar en un robo "si la víctima se ha dejado la puerta de su vivienda abierta".

Y este panorama se vino a agravar por el hecho de que, con los parámetros actuales, se puede afirmar que *para el delito no hay fronteras y para la Ley sí*, razón por la cual este ciberespacio se antoja como un ámbito espacial de tercera dimensión libre de ataduras legales que constriñan o limiten la libertad: es el mito de la anarquía positiva donde los ciudadanos ejemplares autolimitarían sus conductas creando un mundo armónico y sin conflictos. Nada más lejos de la realidad puesto que esta ausencia de normas sólo puede beneficiar a los que delinquen (*nulla pena sine lege*) y a los estados y grandes compañías que poseen la tecnología necesaria para controlar a los ciudadanos y consumidores sin que estos puedan evitarlo y, muchas veces, sin que ni tan siquiera lo sepan. Lo afirmó con rotundidad Perez Luño cuando señalaba que "*la utopía ácrata*" se opuso a la regulación de la red porque limitaría la libertad de los ciudadanos y ampliaría el poder de control del Estado. Frente a ello afirma: "paradójicamente los grandes beneficiarios de la anarquía de Internet no son los *cibernáutas* particulares, sino

las grandes multinacionales e, incluso, los aparatos de control social de los gobiernos “. Así desde los pingues beneficios que obtienen los “piratas” que trafican con obras defraudando la propiedad intelectual, la captación, tratamiento y transmisión de los datos de los consumidores sin su consentimiento, hasta el célebre ejemplo planteado por Zimmermman, en su *“Informe al Congreso Norteamericano”*, en el que pone de manifiesto ese factor multiplicador al que antes aludíamos: antes cuando el Estado pretendía conocer la privacidad de un ciudadano tenía que interceptar, abrir al vapor, leer y copia su correo o escuchar, grabar y transcribir sus conversaciones telefónicas, una por una y con las limitaciones de medios y personal aplicables al caso. Frente a ello, los actuales mensajes de correo electrónico se pueden someter a un “escaneo” en masa, ordenando y contextualizando sus contenidos mediante palabras clave y potentes programas que permiten ponerlos en conexión en base a datos obrantes en sus ficheros.

II. A RESPUESTA: UNA NUEVA GENERACIÓN DE DERECHOS.

Es indiscutible que esta dinámica supera la dimensión clásica de las normas protectoras del derecho a la intimidad y a la protección de datos, ya que el contexto “digital” y la aplicación de la IA a los medios de recogida, tratamiento, comunicación y utilización de la información de las personas en diversos sectores y actividades supone un salto cualitativo al que el Derecho debe dar respuesta (i). Se trata, por tanto, de articular un conjunto de “garantías jurídicas” derivadas del derecho fundamental a la privacidad frente a la protección de datos, para adaptar sus mecanismos

de defensa a las demandas que plantea el contexto del ciberespacio que caracteriza a las relaciones jurídicas en el ámbito de la sociedad global digitalizada. En tal sentido, la LOPDGD española de 2018 incorporó un Título X dedicado a las “garantías de los derechos digitales” compuesto de 19 artículos (artículos 79 a 97) que no constaba en el Proyecto de Ley que remitió el Gobierno a las Cortes y fue incluido merced a las enmiendas presentadas durante su tramitación parlamentaria. Fruto del consenso en su debate, el texto final de la ley fue aprobado con un elevado apoyo de los miembros de la Cámara, tras rechazarse las enmiendas presentadas en el Senado. Consciente el Legislador de la “omnipresencia” de la red en la vida social se hacía necesario impulsar políticas que hicieran efectivos los derechos de la ciudadanía en Internet de manera que la libertad, la igualdad y la privacidad de los ciudadanos fueran una realidad cierta en la era digital(ii).

Ha llamado la atención el hecho de que la AEPD – Agencia Española de Protección de datos – no sea la Autoridad competente para el control del cumplimiento de tales derechos de los ciudadanos, si no que deba ser encargado de esta labor un órgano administrativo creado “*ex novo*” mediante el consecuente desarrollo normativo

Siguiendo aquella máxima del Comisario Europeo Marcelino Oreja de que “*En el ciberespacio y en la tierra todos los derechos son aplicables y es lícito e ilícito lo mismo que en el mundo real*”, en el artículo 79, la LOPDGD establece el principio general que rige su orientación: *Los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales en que España sea parte son plenamente*

aplicables en Internet. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los proveedores de servicios de Internet contribuirán a garantizar su aplicación. Con ello, además de reconocer su aplicabilidad inmediata, impone el deber, y la responsabilidad, por su cumplimiento a los poderes públicos y a los particulares, haciendo especial mención de las empresas y profesionales que operan en la Red: *proveedores y prestadores* de servicios que quedan así especialmente sujetos al respeto a tales derechos y la aplicación de las políticas de promoción de los mismos. Estas políticas competen a los poderes públicos (Gobierno y CCAA) y están delineadas por la Ley en su artículo 97 – Plan de Acceso a Internet – del siguiente modo:

- a) superar las brechas digitales y garantizar el acceso a Internet de colectivos vulnerables o con necesidades especiales y de entornos familiares y sociales económicamente desfavorecidos mediante, entre otras medidas, un bono social de acceso a Internet;
- b) impulsar la existencia de espacios de conexión de acceso público; y
- c) fomentar medidas educativas que promuevan la formación en competencias y habilidades digitales básicas a personas y colectivos en riesgo de exclusión digital y la capacidad de todas las personas para realizar un uso autónomo y responsable de Internet y de las tecnologías digitales.

Finalmente se formulan unos *compromisos de gestión* que no siempre se traducen en la realidad de los resultados:

2. Asimismo se aprobará un Plan de Actuación dirigido a promover las acciones de formación,

difusión y concienciación necesarias para lograr que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de las redes sociales y de los servicios de la sociedad de la información equivalentes de Internet con la finalidad de garantizar su adecuado desarrollo de la personalidad y de preservar su dignidad y derechos fundamentales.

3. El Gobierno presentará un informe anual ante la comisión parlamentaria correspondiente del Congreso de los Diputados en el que se dará cuenta de la evolución de los derechos, garantías y mandatos contemplados en el presente Título y de las medidas necesarias para promover su impulso y efectividad.

Recientemente se aprobó la *Carta de los derechos digitales de España*, que viene a “concretar”, que no ha *positivar* el catálogo de tales derechos mediante su formulación en un texto que se integra en la llamada “Agenda Digital España 2025” y su objetivo es “*descriptivo, prospectivo y asertivo*”. *Descriptivo de los contextos y escenarios con derechos, valores y bienes de siempre, pero que exigen nueva ponderación y toma de conciencia del impacto y consecuencias de los entornos y espacios digitales. Prospectivo al anticipar futuros escenarios que pueden ya predecirse, y asertivo en el sentido de revalidar y legitimar los principios, técnicas y políticas que deberían aplicarse en los espacios digitales presentes y futuros.* Cabe sintetizar tales categorías de derechos en las siguientes categorías: derechos de *libertad*, de *igualdad*, de *participación y conformación* del espacio público y los relativos a *entornos* específicos, con especial referencia al ámbito laboral y empresarial. Para asegurar la garantía de su

eficacia y aplicación, la Carta hace referencia a su aplicación en el marco de las relaciones con la Administración de Justicia y la promoción de mecanismos de *autorregulación*, control propio y procedimientos de *resolución alternativa de conflictos*, con la previsión de incentivos adecuados para su utilización. Barrio Andrés pone de relieve que el objetivo de la carta es *corregir las externalidades negativas y los déficits de justicia e igualdad propiciados por la falta de regulación jurídica adecuada que acompaña a la revolución digital*, que ha dado origen a la existencia de monopolios transnacionales que limitan la competencia en el mercado digital y la extensión de la brecha digital y las desigualdades, la consagración de una estructura de vigilancia en tiempo real sobre nuestras conductas y *la paulatina suplantación de lo que somos por lo que proyectamos mediante nuestra huella digital y las correlaciones que extrae la inteligencia artificial*.

Como venimos diciendo, la cobertura que los derechos a la intimidad y a la protección de datos ofrecen ante esta nuevo conjunto de riesgos no es suficiente, se hace preciso redimensionar – en unos casos – su objeto y alcance y – en otros – consagrar nuevos derechos a nivel legal que ofrezcan la protección adecuada frente a los riesgos que en determinados sectores de aplicación de estas nuevas tecnologías han producido: comercio electrónico, plataformas, redes sociales, video vigilancia ciudadana, Justicia predictiva, internet de las cosas, *blockchain*, etc., son ámbitos de aplicación de tales tecnologías *disruptivas* a las que el derecho debe dar una respuesta. En base a estos sectores de aplicación y generación de riesgos potenciales, se han clasificado los derechos digitales según el esquema siguiente:

- 1.- *Derechos generales* de los ciudadanos en Internet: derecho a la neutralidad de Internet, derecho de acceso universal a Internet, derecho a la seguridad digital y derecho al testamento digital.
- 2.- Derechos relativos a los *menores*: derecho a la educación digital, protección de menores en la Red, protección de datos de menores en Internet.
- 3.- Derechos aplicables en el *ámbito laboral* y de empresa: derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales, derecho a la desconexión digital, derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos, derecho a la intimidad frente al uso de sistemas de geolocalización del trabajador y derechos digitales en el contexto de la negociación colectiva.
- 4.- Derechos aplicables respecto a los *medios de comunicación digital*: derecho de rectificación en Internet y derecho a la actualización de informaciones en tales medios.
- 5.- Derecho al olvido en Internet: en las búsquedas y en los servicios de redes sociales y equivalentes.
- 6.- Derecho a la *portabilidad* en servicios de redes sociales y equivalentes.

Finalmente, el artículo 97 LOPDGD consagra las políticas de impulso a tales derechos ya comentadas y “emplaza” al legislador a regular el desarrollo de tales derechos y compromete al Gobierno para presentar informes anuales al Parlamento dando cuenta de la evolución de tales derechos y de las medidas de impulso de los mismos.

No es propósito de estas líneas hacer un estudio detallado de los mismos, pues falta su concreción normativa, ni

tampoco un análisis de la Carta pues ésta no es un “proyecto normativo”, sino un documento para utilizar como referencia en la futura norma jurídica que habrá de regularlos. Solo nos cabe hacer algunas precisiones al texto:

En primer lugar, consideramos una carencia relevante la ausencia del *mercado* y las relaciones de Consumo como contexto necesitado de concreción de garantías de protección del consumidor frente a estos riesgos a los que es especialmente *vulnerable*. El propio Legislador español lo acaba de poner de relieve en la Ley 4/2022 de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, cuya Exposición de Motivos afirma: *“cobra especial importancia es la brecha digital en las relaciones de consumo en la era digital. Si bien el avance tecnológico ha supuesto en muchos aspectos una apertura a nuevas oportunidades de consumo, puede situar en una situación de vulnerabilidad al 4,7 % de la población que no tiene conexión a internet. Pero no solo poder acceder a estos servicios es importante para poder desenvolverse en situaciones de igualdad en las relaciones de consumo, sino que adquirir habilidades y conocimientos tecnológicos es imprescindible para operar de forma adecuada en el comercio on line, aspecto que también tiene un importante componente de edad, pues solo el 17,1 % de la población mayor de 74 años hace uso diario de internet, de acuerdo con datos del INE. A la brecha digital, hay que agregar los sesgos de género y discapacidad en el análisis de datos masivos, que afectan claramente al diseño de políticas de impacto social, como las políticas de consumo.”*

Destacamos, llegados a este punto, que la AEPD (Agencia Española de Protección de Datos) ha elevado la cuantía de las sanciones impuestas por vulneración de la normativa de protección de datos y acumula multas millonarias a grandes compañías que operan en el mercado español. Además de las sanciones por un total de 9 millones a CaixaBank, la operadora de telecomunicaciones Vodafone ha sido multada con una sanción récord de 8,1 millones -de momento la más alta aprobada por el organismo-, BBVA ha recibido una sanción de 5 millones o la eléctrica EDP también fue castigada con otros 3 millones. Se hace preciso, pues, abordar la tarea de desarrollar tales derechos digitales en el contexto del mercado global digitalizado para sintonizar esa protección de modo adecuado a ese contexto tan relevante.

En segundo lugar, su ubicación sistemática les distancia del Título III de la LOPDGD, donde se consagran los “*derechos de las personas*” a los que están indisolublemente unidos, en unos casos, o de los que son derivaciones concretas aplicables a ciertos contextos, en otros. Ello tal vez sea la causa de que la Carta de los derechos digitales no tenga valor normativo y, por tanto, eficacia directa como norma aplicable y tales derechos precisen de la *interpositio legislatoris* para su aplicación. Nos llama la atención el hecho de que el Tribunal Constitucional ya asentara la doctrina de que la Constitución es un *árbol vivo*, susceptible de nuevos desarrollos mediante una *interpretación evolutiva*, que permite desarrollar materias como las garantías jurídicas al servicio de los derechos fundamentales las cuales, respetando su contenido esencial, sirvan para adecuarlos a los cambios en el contexto social(iii).

La utilización de la figura de la *garantía jurídica “instrumental”* en este contexto supone aplicar mecanismos de aseguramiento a la puesta en práctica de los derechos fundamentales a los que sirve, si bien nuestro legislador no parece que estime a los “derechos digitales” como derechos constitucionales autónomos, sino derivados de otros ya comentados y al servicio de estos, por lo que precisan del desarrollo normativo.

En definitiva, hemos de estar a la espera de ese desarrollo normativo, si bien la carta puede cumplir finalidades adicionales (de acuerdo con Barrio Andrés) como documento *prelegislativo*, inspirador de códigos de conducta, de impulso a las políticas públicas, instrumento de interpretación de conceptos legales y fundamento para el debate de la futura norma reguladora. Como nos recuerda Martínez Martínez, la Carta se encuadra en la planificación estratégica del Estado y debe servir para dar respuesta a los desafíos de la transformación digital. Más complicada consideramos la opción de abordar una reforma constitucional para integrar explícitamente tales derechos en el articulado de nuestra Carta Magna, sobre todo porque a partir del su artículo 9.1, los derechos fundamentales también se aplican al *mundo digital* y, como nos dijo nuestro Tribunal Constitucional, son fuente de derechos y obligaciones aplicables de forma inmediata y susceptibles de una suerte de interpretación creativa, como sucedió con el “*habeas data*”.

Así, recordemos, siguiendo la postura jurisprudencial “*Aun en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera una interpositio legislatoris para su desarrollo y plena eficacia, nuestra jurisprudencia niega que su reconocimiento por la*

*Constitución no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible cuando el legislador lo haya desarrollado. Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos. Este principio general de aplicabilidad inmediata no sufre más excepciones que las que imponga la propia Constitución, expresamente o bien por la naturaleza misma de la norma (STC 15/1982, fundamento jurídico 8.º). Es cierto que, como señalamos en esa misma Sentencia, cuando se opera con una «reserva de configuración legal» es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, que ha de verse desarrollado y completado por el legislador». Cabe afirmar que, como tales derechos ya están consagrados en una Ley orgánica, no se haría preciso un desarrollo reglamentario para poder ejercitarlos, pero hubiera sido más operativo aprobar una Carta general con valor normativo vinculante como ha hecho Portugal (*Carta de los derechos humanos en la era digital*, Lei 27/2021) o algunos textos, para materias concretas, como en el caso de Brasil (Cfr. *Resolução N.º 332 de 2020 del Conselho Nacional de Justicia*).*

A modo de **conclusión**, hemos de tener presente que la propuesta de las llamadas ciudades inteligentes (*smarts cities*) en las que el ciudadano y su entorno urbano interactúen de modo positivo – gestión del tráfico, seguridad, turismo activo, etc. – mediante una digitalización que promueva valores como la sostenibilidad, la ecología, la accesibilidad y poniendo las políticas urbanísticas al servicio de las personas que habiten o visitan las ciudades – *turismo inteligente* – supone un avance

indiscutible, pero en este diálogo ciudad/ciudadano no cabe admitir que estas nuevas tecnologías permitan los abusos que en estas páginas hemos venido denunciando al aplicar las tecnologías de captación de información de los sujetos para fines no conciliables con el respeto a sus derechos y además, ello hará que la “tecnocracia” amplíe más su control sobre los ciudadanos y, como dijo Rodotà, *una Política presa de la tecnología puede dar una falsa imagen de eficiencia, pero hace a la Democracia más débil.*

- (i) En palabras de *Nick Bostrom*, director del Instituto del Futuro de la Humanidad Universidad de Oxford, *“Estamos creando algo que sería muy inteligente y que podría ser también muy poderoso, si no somos capaces de resolver cómo controlarlo, podríamos dar lugar a la existencia de un sistema súper inteligente que podría dar prioridad a alcanzar sus propios valores en detrimento de los nuestros. Otro riesgo es que los humanos usemos esta poderosa tecnología de forma maliciosa e irresponsable... Por el momento, la humanidad no tiene realmente un solo plan coordinado para el futuro, hay muchos países y grupos diferentes, cada uno de ellos persiguiendo sus propias iniciativas ... hay un problema de alineación de objetivos, porque cuanto más poderosas sean nuestras tecnologías, más daño podremos hacer con un uso imprudente u hostil... ese es el gran punto débil para la humanidad”.*
- (ii) Así lo hace constar el Legislador en su Exposición de Motivos, cuando dispone *“El Título X de esta ley acomete la tarea de reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución. En particular, son objeto de regulación los derechos y libertades predicables al entorno de Internet como la neutralidad de la Red y el acceso universal o los derechos a la seguridad y educación*

digital, así como los derechos al olvido, a la portabilidad y al testamento digital. Ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y la protección de los menores en Internet. Finalmente, resulta destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales.”

- (iii) *Así lo afirma la STC 198/212 de 6 de noviembre: “A través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa. Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos*

en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición”.

A tal efecto, la sentencia del TC arriba citado nos aclara esta figura y su alcance: *La categoría garantía institucional, adoptada por nuestra jurisprudencia en la STC 32/1981, de 28 de julio, persigue la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas. Aunque en el momento de su surgimiento este concepto se asociaba exclusivamente a la protección de instituciones públicas, la garantía institucional se proyectó posteriormente hacia instituciones privadas –refiriéndose parte de la doctrina en este caso a la noción de garantía de instituto– o incluso sobre determinadas manifestaciones sociales. En la STC 32/1981 se afirmaba que «la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (FJ 3). De este modo, el Tribunal reconocía un amplio margen al legislador para definir el contenido de la institución, preservando la misma en términos reconocibles, al entender que «las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en*

el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza» (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3).

Tras esta aclaración, concluye: *Por tanto, nuestra jurisprudencia reserva la noción de garantía institucional a la protección de aquellas instituciones que, encontrando reflejo constitucional y siendo fundamentales dentro del orden constitucional, no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo. Este concepto ha sido utilizado por nuestra jurisprudencia para referirse a diversas instituciones, como la autonomía local (SSTC 32/1981, de 28 de julio y 240/2006, de 20 de julio), el régimen foral (STC 76/1988, de 26 de abril), la Seguridad Social (SSTC 37/1994, de 10 de febrero y 213/2005, de 21 de julio), la familia (STC 116/1994, de 18 de abril), los colegios profesionales (STC 179/1994, de 16 de junio), etc. Pero también se ha proyectado hacia el ámbito de los derechos fundamentales calificándose como garantía institucional o garantía constitucional tanto el habeas corpus (SSTC 44/1991, de 25 de febrero y 288/2000, de 27 de noviembre) como el habeas data (STC 292/2000, de 30 de noviembre, entre otras), y el derecho de fundación, definido simultáneamente como «institución preservada» y como derecho fundamental (STC 341/2005, de 21 de diciembre), del mismo modo que se define la autonomía universitaria (entre otras STC 75/1997, de 21 de abril).*

BIBLIOGRAFIA

AAVV: El derecho y la Inteligencia Artificial. Universidad de Granada, 2022

AAVV: El Derecho en la Sociedad Telemática. FIADI, 2012

AAVV: Los robots y el Derecho. Reus, 2018

Barrio Andrés, M.: La Carta de los derechos digitales de España. Revista El Notario del Siglo XXI. Numero 101 de 2022

Fernández, CB: Los nuevos derechos digitales reconocidos por la Ley Orgánica 3/2018 de protección de datos y garantía de los derechos digitales. La Ley, 2018

Herrera de las Heras, R.: Aspectos Legales de la Inteligencia Artificial. Dykinson, 2022

Martínez Martínez, R.: Derechos digitales, planificación estratégica y compliance. Diario La Ley, 2021

Orozco González, M.: Daños a la privacidad de los menores. Reus. 2022

Pérez Luño, A.E: Nuevo derecho, nuevos derechos. Revista de Filosofía del derecho, 2016

Rodotá, S.: Democracia y protección de datos. Cuadernos de Derecho Público. 2003

Valls Prieto, J.: Inteligencia Artificial, derechos humanos y bienes jurídicos. Aranzadi, 2021



6. CORRUPÇÃO, DIREITOS HUMANOS, TEORIA DA OPORTUNIDADE E PREVENÇÃO

Gustavo Di Angellis da Silva Alves

Advogado, doutor em Criminologia, pós-graduado em
Direito Penal e Crime Organizado.

I. INTRODUÇÃO

Em seu art. 3º, a Constituição Federal brasileira estabelece expressamente quatro objetivos fundamentais da República, sendo eles: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Esses objetivos se alinham com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948) quando essa, por exemplo, declara a reafirmação dos Países-Membros quanto à decisão de promoverem “o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla” e “o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades” (Preâmbulo), assim

como a disposição de que: “Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade” (artigo 22).

Entre tantos fatores que violam esses predicados estabelecidos em ambas as *Cartas*, pode-se apontar o crime de corrupção. O objeto desse breve estudo é apontar como esse delito prejudica a sociedade e o Estado e propor medidas preventivas a partir de bases teóricas da criminologia.

II. BREVE CONCEITO DE CORRUPÇÃO

Não é o objetivo deste estudo o aprofundamento nos mais variados conceitos que se pode dar à corrupção, ainda mais quando a sua definição pode ser analisada sob várias óticas, como a semântica, a histórica, a criminológica, a sociológica, a jurídica, dentre outras. O importante é, ao menos, traçarmos um ponto de referência para o que aqui se expõe.

Das palavras de ZAFFARONI, podemos entender corrupção “como a relação que se estabelece entre uma pessoa com poder decisório estatal e outra que opera fora desse poder, em virtude do qual se trocam vantagens, obtendo ambas um aumento patrimonial, em função de um ato (ou omissão) da esfera do poder da primeira em benefício da segunda” (1990, p. 371).

Igualmente, não se pode ignorar que por trás da corrupção há vários outros crimes. Por isso, BLANCA afirma que

“as diversas manifestações da corrupção dificultam enormemente elaborar um conceito único e capaz de abarcar todos os âmbitos – público e privados – afetados por ela” (2018, p. 2).

LÓPEZ, ao mencionar aborda a dificuldade de se dar um conceito inequívoco para a corrupção, destaca que uma característica comum é o desvio de um poder de atuação em favor de um interesse particular. Esse autor apresenta uma síntese da qual se pode filiar e que parece bastante para o propósito deste estudo, qual seja, a de que corrupção é “abuso do poder público para a obtenção de uma vantagem ilegítima em benefício privado” (2016). Assim estabelecido, se pode avançar para a verificação de como essa conduta delituosa afeta a sociedade e o Estado.

III. DIREITOS HUMANOS PREJUDICADOS

A corrupção é um dos piores crimes praticados contra a sociedade, pois produz efeitos que lastimam fortemente caros princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito, gerando desconfiança no sistema público e repercutindo na consciência dos cidadãos e em sua corresponsabilidade social.

Como aponta BLANCA, “o abuso do exercício do poder para obtenção de vantagens ilegítimas poderia ser um bom começo para sintetizar as notas essenciais do fenômeno polissêmico e pluriforme da corrupção a cujos efeitos tão devastadores quanto os expressos pelo então Secretário-Geral das Nações Unidas – Kofi Annan – no Prefácio à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Nova

Iorque, 2004): ‘A corrupção é uma praga insidiosa que tem um amplo espectro de consequências corrosivas para a sociedade. Ela mina a democracia e o estado de direito, dá origem a violações dos direitos humanos, distorce os mercados, prejudica a qualidade de vida e permite que o crime organizado, o terrorismo e outras ameaças à segurança humana floresçam’. A corrupção, como se depreende das palavras acima transcritas, produz efeitos que ferem gravemente alguns dos princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito e o Estado de Direito – ferem também os princípios derivados do Estado Social, uma vez que o desvio de verbas públicas produz cortes nas despesas públicas, em programas de investimento, em obras civis, na saúde e na educação – e geram um clima de desconfiança no sistema público, afetando a conscientização dos cidadãos e sua corresponsabilidade social” (2018, p. 2).

Segundo GONZALES (2018), a comunidade internacional é unânime em apontar a corrupção como um fenômeno global. A perspectiva de RUSSIÁN é semelhante, quando afirma que, com a globalização, a corrupção “tornou-se um grave problema para a comunidade internacional”, considerando-a “a mais terrível ameaça ao desenvolvimento equitativo e estável de nossos povos através da alteração dos padrões de convivência social” (2005, p. 25).

Pode-se dizer também que ela “tem sido uma constante em todas as sociedades para obterem-se decisões favoráveis daqueles que detêm o poder” (SÁNCHEZ, 2015, pp. 205-206). É certo que esse crime tem efetiva conexão global, seja na operacionalidade e resultados de seus agentes, seja em sua perspectiva social e política de combatividade, pois

as afirmações da sociedade brasileira e internacional estão correlacionadas e, de alguma forma, conectadas. Por isso, SOTO e CORTEZ afirmam que “a corrupção é global e sempre existiu, em graus variados, nos governos de todos os países; sem exceções” (2015, p. 162).

Em 2012, HAYASHI apresentou um trabalho no qual concluiu que “a corrupção gera repercussões negativas no desenvolvimento dos países”, especialmente em seus aspectos “econômico, social, político e cultural”, além de comprometer a consolidação das democracias na medida em que afeta os direitos humanos, pois a redução da eficiência dos investimentos públicos, especialmente nas áreas sociais, prejudica a escolarização e o desenvolvimento humano (2012, p. 21). Em seu estudo, ele afirma que “análises gráficas mostraram que níveis mais baixos de corrupção percebida estão associados a um menor risco-país, o que, por sua vez, aumenta a taxa de investimento estrangeiro, com consequências positivas para o desenvolvimento. Por outro lado, uma maior incidência de corrupção reduz a atratividade dos investimentos produtivos, tanto internos quanto externos, para gerar resultados negativos no nível do produto interno bruto per capita, competitividade e crescimento potencial da economia. Além disso, a corrupção reduz a eficiência do gasto público, principalmente do gasto social, e isso reflete resultados insatisfatórios em termos de escolaridade e índice de desenvolvimento humano” (Ibid., p. 14).

Com essas notas, se torna evidente como a corrupção afronta os direitos humanos. Dinheiro público que poderia ser investido na educação, na saúde, na segurança, na cultura e outros acaba sendo desviado para atender a interesses particulares.

Quando a verba pública não é necessariamente desviada desses, é a sua falta – para a qual a corrupção contribui – que impede melhores investimentos nessas áreas. Assim, se torna inegável a necessidade de se combater fortemente a corrupção, problema que, como visto acima, é tema de interesse de comunidade global.

Na década de 1990, desde a Itália, se sinalizava ao mundo a Operação *Mani Pulite*. Na década de 2000, o Brasil, por sua vez, apresentou o *Mensalão*; e na década seguinte, a *Lava-Jato*. Concorrendo com a contemporaneidade desse texto, desvelou-se na Europa mais um escândalo a partir da prisão da vice-presidente do Parlamento Europeu, destituída do cargo sob a acusação de ter intermediado um esquema de pagamento de propina e suborno por parte do governo do Catar a parlamentares europeus. Casos assim vão muito além da exposição de políticos e de empresários renomados e ultrapassam os anseios sociais por punição daqueles que infringem as leis; tornando-se relevantes as discussões acerca de como se pode evitar que tais práticas continuem a ocorrer. Obviamente, o debate passará pela injustiça social decorrente de tais atos – pois, conforme já apontado, a corrupção afeta o desenvolvimento dos países –, mas é justamente a busca de medidas preventivas que merece especial atenção. E isso pode ser feito a partir de ferramentas oferecidas pela criminologia.

IV. CRIMINOLOGIA, TEORIA DA OPORTUNIDADE E PREVENÇÃO

A criminologia é uma ciência multidisciplinar que, como tal, se serve de várias fontes. Por ser uma ciência empírica, busca alternativas para transcender e transformar a realidade,

tendo como objetos de estudo o crime, o delinquente, a vítima e o controle social. Assim, os eventos criminais podem ser analisados de forma prática e sob várias óticas, o que permite entender a realidade por trás do delito para que, em sendo possível, se possa apresentar propostas para transformar essa realidade e, assim, prevenir tais eventos. Por isso, a criminologia tem tanta importância nos estudos criminais, uma vez que ela oferece ferramentas muito adequadas quando se tem em mente um propósito preventivo.

Pode-se dizer que *prevenção* equivale a dissuadir o potencial infrator com a ameaça de um castigo, desmotivando-o. “A prevenção, em consequência, se concebe como prevenção criminal (eficácia preventiva da pena) e opera no processo motivacional do infrator (dissuasão)” (MOLINA, 2003, p. 982). Assim, o conceito de prevenção abrange tanto a dissuasão imediata do agente delinquente (com a ameaça de uma punição ou a sua prisão) como a dissuasão indireta, obtida através de instrumentos não penais que alteram o ambiente criminal, criando obstáculos ao criminoso no processo de execução do delito, o que neutraliza as suas causas (MOLINA e GOMES (1997, p. 332).

Com isso em mente, se nota que combater os efeitos da corrupção não é suficiente. Tampouco alimentar discussões sobre aumento de pena resolve o problema. É necessário destruir as causas que favorecem esse tipo de delito (MAIRAL, 2007, pp. 91-93). Isso porque, de modo geral, os delitos provavelmente não ocorreriam sem a existência de oportunidades favoráveis (ILLESCAS e GENOVÉS, 2013,

p. 260). E, assim, ganha relevância a *teoria da oportunidade*, que declara que a *oportunidade* é *causa* do crime.

Essa teoria se apresenta a partir do trabalho de FELSON e CLARKE (1998). Considera-se *oportunidade* como o momento ou a circunstância favorável, oportuno ou conveniente para algo; já a *causa* é aquilo que fundamenta ou origina algo. Desse modo, se pode dizer que o delito se origina da circunstância oportuna. Obviamente, não se pode generalizar, simplificando os eventos criminais a um único fator, pois se tratam de fenômenos complexos e multifatoriais, cujas dimensões se agrupam da seguinte maneira: a) pessoais, b) sociais e c) de oportunidade (ILLESCAS, 2008, p. 1). Logo, no estudo de eventos delitivos, a oportunidade não é o centro, mas é mais um elemento fundamental que não pode ser ignorado, especialmente porque elas têm um peso equivalente aos demais (MAÍLLO, 2009, p. 174).

Desse modo, a partir de estudos sobre a teoria da oportunidade, é possível identificar fatores relevantes para prevenir o crime. No caso da corrupção – especialmente por se tratar de um produto da interação entre o agente e o ambiente onde esse está inserido –, foi possível identificar que fatores como um bom crescimento econômico, uma alta burocracia e um baixo índice de desenvolvimento humano favorecem tal prática. Isso porque: (I) em cenários de economia aquecida ocorrem mais investimentos e contratações; (II) em cenários de alta burocracia, os processos são mais complexos e, portanto, de difícil compreensão e fiscalização; e (III) em sociedades de baixo desenvolvimento humano há uma menor compreensão sobre condutas éticas e morais, assim como

uma maior tolerância a pequenas infrações, o que, por sua vez, contribui para a ocorrência de práticas infracionais de maior expressão, como a corrupção em si e crimes correlatos.

A relação entre esses fatores e a corrupção foi verificada em estudo criminológico que teve como base o uso de ferramentas estatísticas, como a regressão linear, que reforçaram a ideia de que é possível prevenir a corrupção a partir da interferência pontual nesses cenários. Em tal análise, intitulada “Estudo criminológico da corrupção a partir da teoria da oportunidade”, apresentaram-se propostas de solução para a questão aqui tratada. Entre elas, destacam-se as seguintes (ALVES, 2021, pp. 275-282):

(i) A valorização dos funcionários e a adoção de políticas públicas que propagam e estabelecem a ética e a impessoalidade como a única forma aceitável de comportamento social. Isso porque a partir da avaliação positiva dos funcionários se pode combater a “microcorrupção”, impedindo que o aumento e o desenvolvimento de atos infracionais de menor potencial danoso escalem para a uma corrupção sistêmica. E isso pode ser alcançado a partir de estratégias que avaliam o servidor público, contribuindo para o fortalecimento de instituições virtuosas (SÁNCHEZ, 2009, pp. 212-222). Da mesma forma, a melhoria do comportamento ético do Estado e na administração pública traz efeitos diretos sobre a população, criando um círculo virtuoso positivo em que incentivos e premiações visam promover a excelência e não a desonestidade; até mesmo porque as pessoas costumam reagir de maneira similar aos estímulos que recebem (MAIRAL, 2007, pp. 91-93). Uma vez que haja uma maior demanda social por uma

postura mais ética, será resolvido também um dos problemas indicados pelo enfoque das *atividades rotineiras* da teoria da oportunidade, que sustenta que a falta de vigilância gera oportunidade (COHEN e FELSON, 1979, p. 588).

(ii) Criar um cadastro nacional que reúna os nomes de todas as pessoas condenadas por corrupção e delitos correlatos de modo a facilitar a consulta de qualquer órgão da administração pública, para evitar a contratação desses personagens e prevenir que eles voltem a se envolver com qualquer tipo de transações de caráter público. Essa proposta se baseia em mais uma lição da teoria da oportunidade: a de que um crime produz oportunidades para outro. De acordo com a abordagem do *padrão delitivo*, as ações criminais resultam de um modelo de comportamento que geralmente está ligado a uma determinada área, que possui características próprias e que é favorável à prática. Além disso, também estabelece que criminosos costumam agir no mesmo *modus operandi* (BRANTINGHAM e BRANTINGHAM, 1984, 1991). Sendo assim, é necessário evitar que um agente que tenha cometido corrupção em um órgão ou setor da administração pública possa atuar em outros órgãos ou setores, perpetuando a sua prática conforme muda de posto. Isso também tem relevância no sentido de evitar que outros agentes possam aprender a conduta desviada (MOLINA, 2003, p. 844; SHECAIRA, 2013, p. 172).

(iii) A simplificação da cadeia de comando dos órgãos públicos, reduzindo os níveis hierárquicos e o número de gerentes e cargos ocupados por indicações políticas, bem como aproximando as equipes operacionais dos níveis mais elevados. Da mesma forma, deve-se buscar o desenvolvimento de uma

plataforma, sistema ou metodologia que permita a cada setor conhecer os projetos e trabalhos de outros setores. Igualmente, os órgãos públicos podem adotar filas virtuais de tarefas para evitar que uma avance sobre a outra sem motivo legalmente justificável. Essas propostas buscam desburocratizar a administração pública, uma vez que a burocracia é um fator que favorece a corrupção. SUTHERLAND critica os sistemas organizacionais baseados numa hierarquia clássica, com várias linhas de comando, pois isso dificulta o controle sobre o que está acontecendo em cada setor (2014, pp. 6, 71, 185). Segundo ESTÉVEZ, as estruturas hierárquicas medianas e com caráter aberto e participativo costumam ser os melhores antídotos (2005, p. 80). Além disso, a redução das estruturas permite eliminar uma série de burocratas suscetíveis ao recebimento de propina (RODRÍGUEZ, 2013, p. 19). Em sentido semelhante, KAJSIU: “mais desregulamentação significa menos burocracia, o que, por sua vez, reduz a corrupção” (2020, p. 56). A redução dessa cadeia também permite que haja um menor número de cargos ocupados por indicações políticas.

É de se acreditar que, uma vez postas em prática, tais medidas serão capazes de afastar algumas das oportunidades que favorecem o crime de corrupção e delitos correlatos, o que, por sua vez, impedirá ou reduzirá que os tão caros direitos humanos sejam prejudicados, afinal, a teoria da oportunidade, cuja eficiência preventiva já foi demonstrada em tantas situações, salienta a importância de se interferir pontualmente no local onde o delito é praticado; e as propostas tratadas acima laboram exatamente para essa finalidade.

V. CONCLUSÕES

Neste breve espaço, foi demonstrada a relação entre a corrupção e os prejuízos que essa causa aos direitos humanos, especialmente quando se nota que, o desvio de verbas públicas reduz a eficiência dos gastos públicos, resultando em cortes em obras de infraestrutura e de saneamento e em programas de investimento na saúde, na segurança, na educação, etc. Da mesma forma, ela distorce mercados, prejudica a qualidade de vida e permite que o crime organizado e outras ameaças à segurança se desenvolvam, podendo ser considerada como uma das mais terríveis ameaças ao desenvolvimento equitativo e estável dos povos, pois altera sobremaneira os padrões de convivência social.

Por outro lado, demonstrou-se que, da criminologia, especialmente da teoria da oportunidade, é possível enfrentar o crime a partir do estudo das suas causas, o que necessariamente passa pelo exame do que contribui para que esse ocorra. Afastando os fatores que o favorecem (oportunidades), eliminam-se algumas das suas causas, resultando em uma medida preventiva exitosa.

Especificamente no caso da corrupção – por essa se relacionar não só teoricamente, mas também estatisticamente, com aspectos como o índice de desenvolvimento, o crescimento econômico e a burocracia – foram apontadas medidas pontuais que podem contribuir para a redução desse tipo de delito, o que, por sua vez, evitará a violação de caros direitos humanos tutelados pela Carta Maior.

Uma vez postas em prática, possibilitarão a prevenção do delito; ou permitirão, no mínimo, que o crime seja revelado ainda em fases iniciais, o que tem um significado importante à luz do enfoque da *eleição racional*, da teoria da oportunidade, como bem destacado no trabalho de CORNISH e CLARKE (1986). É porque o agente corrupto, como qualquer criminoso, ao realizar o processo de tomada de decisão sobre praticar ou não o delito, compara as vantagens e desvantagens da sua conduta, para definir se o ato que pretende praticar vale a pena ou não. Esses autores defendem que durante esse processo, cada agente realiza cálculos para avaliar se será ou não prejudicado (2017, pp. 1-6). De acordo com SHECAIRA, uma pessoa se torna criminoso quando os fatores favoráveis superam os desfavoráveis (2013, p. 173). Assim, uma vez que o potencial agente corrupto se convence de que os riscos são expressivos, a tendência é que não pratique a conduta.

Para encerrar, da mesma maneira que a corrupção é a culpada pelo desvio de enormes cifras de dinheiro público, não se pode ignorar os prejuízos e danos que ocorrem ao erário em razão da ineficiência e da incompetência de gestores públicos (NASCIMENTO, 2016), o que, pela sua relevância e complexidade, merece ser tema de outros estudos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVES, Gustavo Di Angellis da Silva (2021). Estudio criminológico de la corrupción desde la teoría de la oportunidad. Granada: Universidad de Granada. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10481/71620>>, acesso em 10/11/2022.

BLANCA, María José Cruz (2018). La corrupción pública en la actividad electoral. Delitos que integran la corrupción pública electoral versus delitos cometidos por particulares contra la actividad pública electoral. RECPC 20-33. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-33.pdf>>, acesso em 10/11/2022.

BRANTINGHAM, P. L.; BRANTINGHAM, P. J. (1984). Patterns in crime. New York: Macmillan.

BRANTINGHAM, P. L.; BRANTINGHAM, P. J. (1991). Environmental Criminology. Prospect Heights, OH: Waveland.

COHEN, Lawrence; FELSON, Marcus (1979). Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach. American Sociological Review. Illinois. v. 44. p. 588–608.

CORNISH, Derek; CLARKE, Ronald (2017). The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending. Nova York: Routledge. Trabalho original publicado em Nova York: Springer-Verlag, 1986.

ESTÉVEZ, Alejandro M. (2005). Reflexiones teóricas sobre la corrupción: sus dimensiones política, económica y social. Revista Venezolana de Gerencia v. 10, n. 29, Maracaibo, enero. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/290/29002904.pdf>>, acesso em 10/11/2022.

FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald (1998). Opportunity Makes the Thief. Police Research Series. Paper 98. Londres: Ed. RDS.

GONZALES, Douglas (2018). Uma análise sobre a corrupção como um fenômeno global. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-26/douglas-gonzales-corrupcao-fenomeno-global>>, acesso em 10/11/2022.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo (2012). O impacto da corrupção sobre o desenvolvimento dos países. Publica direito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d8ab1a52f058358b>>, acesso em 10/11/2022.

ILLESCAS, Santiago Redondo; GENOVÉS, Vicente Garrido (2013). Principios de criminología. La nueva edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

KAJSIU, Blendi (2020). ¿Corrupción pública o privada? La dimensión ideológica de los discursos anticorrupción en Colombia, Ecuador y Albania. Bogotá: Tirant lo Blanch.

LÓPEZ, Pilar Rasillo (2016). Los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015. ELDerecho.com. Disponible em: <http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delitos-corrupcion-reforma-Codigo-Penal_11_1021180001.html>, acceso em 10/11/2022.

MAÍLLO, Alfonso Serrano (2009). Oportunidad y delito. Una metateoría sobre la motivación y la oportunidad como descripciones de los delitos como eventos. Madrid, Dykinson.

MAIRAL, Héctor A. (2007). Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla. 1. ed. Argentina: Ediciones Rap S. A.

MOLINA, Antonio García-Pablos de (2003). Tratado de criminología. 3ª. ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio (1997). Criminologia. 2ª ed. São Paulo: RT.

NASCIMENTO, Melillo Dinis (2016). Anatomia da corrupção brasileira. Disponível em: <<http://novosite.melillo.adv.br/?p=84>>, acesso em 10/11/2022.

RODRÍGUEZ, Carolina González (2013). Burocracia y corrupción. Un vínculo ineludible. XIV Congreso Nacional y IV Latinoamericano de Sociología Jurídica. Disponível em: <https://www.academia.edu/4959325/Burocracia_y_corrupci%C3%B3n_un_v%C3%ADnculo_ineludible>, acceso em 10/11/2022.

RUSSIÁN, Clodosbaldo (2005). Medidas de prevención de la corrupción: la función de los sectores privado y público. Corrupción. Acción mundial contra la corrupción. Los documentos de Mérida, Viena.

SÁNCHEZ, Delmesa Benito (2015). Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2005, de 30 de marzo. Estudios de Deusto, Enero-Junio, 2015, pp. 205-228.

SÁNCHEZ, Jesús Antonio Serrano (2009). La política oficial de combate a la corrupción en México: una revisión. *Andamios*, México, v. 6, n. 12, pp. 201-224, dic. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632009000300010&lng=es&nrm=iso>, acesso em 10/11/2022.

SHECAIRA, Sérgio Salomão (2013). *Criminologia*. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

SOTO, Irvin Mikhail; CORTEZ, Willy Walter (2015). La corrupción en la burocracia estatal mexicana. *Revista de Economía Institucional* 17, 33, pp.161-182. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18601/01245996.v17n33.07>>, acesso em 10/11/2022.

SUTHERLAND, Jeff (2019). *Scrum: A arte de fazer o dobro do trabalho na metade do tempo*. (2014). Rio de Janeiro: Sextante. Formato: eBook Kindle.

ZAFFARONI, Eugenio Raul (1990). La corrupción: su perspectiva latino americana. In: OLIVEIRA, Edmundo (Org.). *Criminologia Crítica*. Belém: Edições CEJUP.



7.

ELEIÇÃO – O PERFIL IDEAL DE UM GUARDIÃO

José Armando da Costa

Escritor e advogado. Foi Superintendente da Polícia Federal em quatro unidades da Federação do Brasil.

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Há mais de dez anos, fui levado à decepcionante conclusão de que era por demais equivocada a embrutecida política de repressão criminal posta em prática no Brasil e em boa parte do mundo. Não deixei, contudo, de levar em conta que, no momento em que o jogo foi endurecido pelos órgãos de segurança pública do Rio de Janeiro, parece que não havia alternativa mais oportuna e atrativa do que a animalização da repressão criminal. É que os marginais – já bastante desfigurados pela reiterada prática de crimes hediondos, empedernidos pela sua falta de sensibilidade social e encorajados pelo uso frequente de substâncias entorpecentes – demonstravam, abertamente, que eram indiferentes às medidas legais de repressão à criminalidade. Por exemplo, o descuidista ou punguista que, havendo-se envolvido em alguma ocorrência criminal ou contravenção, não sofresse qualquer castigo ou arranhão, saia da delegacia zombando da ingenuidade dos policiais.

II. CONFISSÃO FALSA

Nessa quadra, o policial cumpridor da lei era ridicularizado pelos próprios marginais. Os mais humanos chegavam até a receber a tarja pejorativa de “*Mamãe Dolores*”. Até bem pouco, essa pecha ainda constituía o mais humilhante insulto que se podia fazer a um policial do Rio de Janeiro. Serviu, contudo, para diminuir o nível da investigação policial. Por conta disso, prevalecia, e ainda prevalece, a regra de que, até prova em contrário, todo preso é culpado. Daí a forte motivação para o apelo policial aos métodos da tortura, como forma de arrancar confissões. Já que essa odiosa prática faz com que o preso submetido a suplício facilmente confesse o que fez e o que não fez.

Vale adicionar que a confissão do que não se fez, sobre ser injusta, é altamente prejudicial à segurança pública. Já que desvia a polícia do rumo certo das investigações e, ainda por cima, induz o verdadeiro infrator a prosseguir em sua empresa criminosa, alargando, assim, os índices de violência urbana.

II. FATOR PROVOCADOR DO ENDURECIMENTO

O marginal foi, sem dúvida, a ponta provocadora do endurecimento da repressão policial. É quase que absoluta a relação de correspondência que se verifica entre essas duas vertentes que se determinam mútua e reciprocamente. Só que a questão, no seu dinamismo dialético, fez com que a repressão policial severa (*antítese*), contraposta à insensibilidade do marginal (*tese*), gerasse um resultado ainda mais

caótico (*síntese*), que não leva, de modo algum, ao equacionamento da segurança pública. Ao contrário, essa síntese transforma-se numa nova *tese* provocadora de uma resposta ainda mais violenta por parte dos marginais.

Donde se infere que a eficiência da repressão policial posta em prática por tal endurecimento é apenas aparente. Nunca solucionou nem solucionará os problemas de segurança pública, conforme atestam as estatísticas criminais do Rio de Janeiro. Essas ascendem a cada dia, a cada hora e a cada passo. O que leva à conclusão de que – se embrutecendo a pretexto de empreender uma repressão mais oportuna e eficiente – o policial acabou tornando-se bem mais abusado e inconveniente aos objetivos da segurança pública.

III. SÍMBOLO DO EMBRUTECIMENTO

O símbolo de tal concepção policial embrutecedora é uma faca cravada na caveira. Isso, por si mesmo, sugere o nível de violência que é posto em prática por tais policiais. Bestializando-se no mais elevado patamar comportado pela escala da degradação humana, tais policiais acreditam que só há uma alternativa: *matar* ou *morrer*. Não havendo, pois, outra saída. A estupidez é tamanha que a vitória do concorrente constitui, por assim dizer, legítimo certificado antropológico de regressão humana. A dimensão emotiva e racional do homem transforma-se em expressão quase que exclusivamente animalesca. Tudo isso para que, no momento da ação policial, predomine com exclusividade, e de modo sobranceiro, o instinto de combatividade. Onde vogue indiferentemente a emoção de matar ou morrer.

Segundo Serge Tchakhotine, pode-se inferir que o ser humano – em quadra histórica mais primitiva e recuada, motivava o seu comportamento nos impulsos *combativos*, *nutritivos*, *sexuais* e *fraternais*. A predominância dava-se exatamente nessa ordem. O *combativo*, por vezes equiparado ao *nutritivo*, sufocava o *sexual*. Os três juntos minavam sempre o *fraternal*. Este, estruturando-se aos sentimentos de empatia adquiridos pelas pessoas em suas interações sociais, é o resultado dos exercícios de sociabilidade que provocam tolerância, compreensão e outras manifestações altruísticas. Os instintos não podem ser de todo erradicados, e sim controlados e potencializados para o bem.

IV. POLICIAL BESTIALIZADO

Antes de vigorar a praxe do policial bestializado, a reação do infrator era razoavelmente controlável. Já que o marginal, quando se sentia em desvantagem, se entregava mais facilmente. O que não se tem verificado nos dias de hoje. Já que a ordem prevalecente é a de atirar para eliminar o mal, não se admitindo rendição. Tendo a consciência de que, em qualquer hipótese, entregando-se ou não, será um homem morto, decide-se o infrator a resistir o quanto possa. Já que essa reação é a única esperança (embora remota) de sobrevivência.

Ademais, percebe-se nesse contexto a existência de uma recomendação silenciosa aconselhando o policial embrutecido a não fazer, durante a noite, prisioneiro, e sim defunto. Os presumidos marginais noctívagos devem ser extermina-

dos sumariamente, bastando, para tanto, que entrem no ângulo de visão do policial animalizado.

No tocante à corrupção policial, deduz-se dessa concepção embrutecedora que a honestidade não é uma questão de dinheiro, e sim de *“orgulho pessoal e profissional”*. Não fosse assim, todo pobre seria corrupto, e todo rico deveria ser honrado. No contraponto dessas asserções levantam-se as notícias jornalísticas que, tanto aqui quanto em outros países, denunciam horripilantes casos de improbidade envolvendo altos figurões da coisa pública. São políticos, empresários, servidores públicos, autoridades judiciais e outros mais.

A esse respeito, Aristóteles, parecendo transportado para os dias atuais, assinalava já na antiguidade grega que *“o homem comum não obedece por natureza ao sentimento de honra, mas unicamente ao medo, e não se abstém das más ações porque elas são ignóbeis, e sim por temer o castigo”*. Os componentes de tais polícias, em seus rigorosos e desumanos treinamentos, se embrutecem a mais não poderem.

Essa ojeriza parece ser procedente, já que predominam fundados indícios de que os demais policiais cariocas (militares e civis), em parceria com outras autoridades governamentais, vão fundo nas mais variadas e pesadas formas de corrupção, a saber: *o tráfico de drogas e de armas, o contrabando, a pirataria, a adulteração de combustível, a receptação de carga roubada e furtada, a segurança privada clandestina, o transporte ilegal, as máquinas caça-níqueis, o bicho* e outras mais. Ao que tudo indica, verifica-se ali a existência de uma correlação entre o tráfico de drogas e a polícia. Pairando

fundado receio de que o povo e os políticos não queiram realmente uma polícia honrada e honesta. Já que os policiais corruptos são mais acessíveis aos pedidos políticos, e, ainda de lambuja, dão mais espaço para o jeitinho desonroso de inescrupulosos membros da coletividade.

VI. CRENÇAS ANTROPOLÓGICAS

Agregue-se que as mais modernas e aplaudidas concepções antropológicas fazem crer que as violentas modalidades de repressão são absolutamente equivocadas. Deslustram-se onde quer que prevaleçam, seja qual for o setor ou paragem. Não diminuem a criminalidade nem promovem a segurança pública, e, acima de tudo, são perversas e desumanas. Denigrem a imagem do país no contexto das nações civilizadas, e agigantam o nível de degenerescência dos componentes da segurança pública. Creditam lucro tão somente à truculência dos maus policiais.

Diante disso, destaque-se que o questionamento maior que se coloca aqui é saber qual a linha filosófica que deve orientar a política de segurança pública. De acordo com as opiniões de antropólogos e intelectuais da polícia, duas posições disputam influência no enfrentamento da questão. A primeira, mesmo reconhecendo o despautério do embrutecimento policial, defende o ponto de vista de que, não mais se podendo voltar atrás, somente resta uma alternativa: endurecer cada vez mais o jogo e *“atirar mais rápido para não morrer”*. Em posição diametralmente oposta à tese da irreversibilidade da linha bestial, afiliam-se aqueles que alimentam a crença de que – sendo o homem neurologica-

mente aperfeiçoável – deve-se investir na reformulação do policial animalizado. É que as nossas aptidões emocionais e racionais, sendo de ordem neural, são passíveis de transformações evolutivas. Já que o nosso cérebro, sendo fantásticamente flexível, encontra-se permanentemente em processo de aprendizagem. Acendem-se, assim, enormes holofotes de esperança. Sinalizando com a ideia de que nem tudo está perdido. Contudo, é de rigor que se passe o mais breve possível a inverter o rumo desta equivocada crença na eficiência do policial celerado.

VII. REFORMULAÇÃO DO POLICIAL

Como a meta de reformulação do policial perverso se alonga em prazos médio e longo, concebe-se que o primeiro grande passo dessa titânica tarefa consiste em pelejar o despertar dessa consciência humanitária. O que poderá ser levado adiante por meio de ações pedagógicas que – estruturando-se em palestras, painéis, conferências, encontros, seminários e outras tertúlias intelectuais dessa natureza – se capacitem a levar essas ideias precursoras, visionárias e utópicas a todos os integrantes das polícias civis e militares, corpo de bombeiros. Bem como a governantes, políticos, clubes de serviço, organizações não governamentais (ONGS), jornalistas, membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, e, de resto, a todos os demais segmentos sensíveis da coletividade. Embora medieval, serve bem ao caso este brado de William Shakespeare: *“Se os céus não enviam rapidamente os seus vin-*

gadores anjos para reprimir tão vis ofensas, o caos virá, os homens se entredevorarão como monstros do abismo”.

Atualizando o insuperável e aprumado aporte filosófico de Platão, destaque-se que um bom e moderno guardião da segurança pública deverá ostentar os seguintes atributos: a) Ser perspicaz, para distinguir o marginal do cidadão. b) Ser rápido, para perseguir com eficiência o bandido. c) Ser forte para combater, caso seja necessário. d) Ser valente, para lutar com energia, e somente matar para não morrer. e) Ser capaz de conter os impulsos de vingança, quando a pessoa que resiste já esteja dominada.

Tais qualificações exigem que o policial seja brando para com o cidadão, e arrebatado, para com o bandido. Tratando-se de sentimentos opostos, como fazer para que o guardião seja *brando* e *acerbo* ao mesmo tempo? Espelhando-se nos cães de boa raça que são dóceis para com os donos da casa e conhecidos, e valentes para com os inimigos, pondera Platão que essa mesma pedagogia poderá ser estendida ao policial. Fossem os nossos policiais treinados para exercitar essa sensibilidade, quantas precipitações fatais não teriam sido evitadas até o dia de hoje! Em face de certas circunstâncias insólitas e esquisitas por parte de policiais, aconselha-se, para prevenir eventuais desastres policiais, que sejam submetidos a exame psíquico-neurológico. Pois o desvelo pela saúde física e mental dos guardiões da segurança pública não contém o mais remoto laivo de abuso de autoridade. Duvida-se que a epilepsia possa levar o paciente a comportamentos extremos, embora o cometimento de crimes hediondos suscite sempre fortes suspeitas sobre essa correlação.

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No plano pedagógico da preparação profissional do guardião de segurança pública, deve-se levar em conta o desenvolvimento harmônico e entrosado dos sistemas que integram o cérebro humano. A saber: a) o cerebelo (cérebro reptiliano) que é a parte que rege os nossos instintos; b) a estrutura límbica (mamífera) que trabalha as emoções; e, por fim, c) o néo-cortex, que processa a nossa inteligência racional. Assim, instinto, emoção e razão devem-se desenvolver e progredir em harmonia, para que a nossa mente não se fragilize no enfrentamento de questões delicadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alves, Rubem. *Ostra Feliz não Faz Pérola*. Editora Papyrus.
- Amâncio, Edson. *O Homem que Fazia Chover*. Editora Barcarolla.
- Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Editora Martin Claret.
- Bethencourt, Francisco. *Histórias das Inquisições*. Editora Companhia das Letras.
- Bonaparte, Napoleão. *Manual do Líder*. Editora L&PM.
- Bueno, Mauro B. *Afganistão: A Guerra em nome de Allah*. Editora Ícone.
- Capra, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. Editora Cultrix.
- Clark, Kenneth. *Biografia de Leonardo da Vinci*. Editora Ediouro.
- Colanges, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Editora Martin Claret.
- Cook, Fred J. *Esta Nação Corrompida*. Editora Civilização Brasileira.
- Darwin, Charles. *A Origem das Espécies*. Editora Martin Claret.
- D. Yalom, Irvin. *Quando Nietzsche Chorou*. Editora Ediouros.
- García Marques, Gabriel. *Memórias de Minhas Putas Tristes*. Editora Record.
- Gardner, Laurence. *A Linhagem do Santo Graal*. Editora Madras.
- Gilbert, John. *Mitos e Lendas da Roma Antiga*. Edições Melhoramentos.
- Goleman, Daniel. *Inteligência Emocional*. Editora Objetiva.
- Hawking, Stephen. *Uma Nova História do Tempo*. Editora Ediouro.
- Huxley, Aldous. *O Despertar do Mundo Novo*. Editora Hemus.
- Isaacson, Walter. *Einstein: Sua Vida, Seu Universo*. Editora Companhia das Letras.
- Machiavelli. *O Príncipe*. Editora Estrela de Ouro.
- Morais, Fábio Campos. *A Mente no Cosmo e os Pés no Chão*. Edições Livro Técnico.
- More, Thomas. *A Utopia*. Editora Martin Claret.

Rede Internacional de Excelência Jurídica

Rotterdam, Erasmo de. Elogio da Loucura. Editora Edições de Ouro.

Schopenhauer, Arthur. A Arte e Escrever. Editora L&PM.

Tchakhotine, Serge. A Mistificação das Massas Pela Propaganda Política. Editora Civilização Brasileira.

Kaku, Michio. A Física do Futuro. Editora Rocco.



8.

IDEOLOGIA DOS ESCOLHIDOS: A GÊNESE DA DISCRIMINAÇÃO

José James Gomes Pereira

Desembargador do Tribunal de Justiça do Piauí. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Messina, Itália. Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade del Salamanca, Espanha. Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino, Argentina. Mestre pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em História Política do Piauí.

Walter Schel Alves da Costa Raposo

Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. Especialista em Direito Eleitoral pela Escola Judiciária Eleitoral do Piauí.

RESUMO: A discriminação é a antítese dos direitos humanos e sua superação representa o maior desafio para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Como cedo, as organizações sociais se estabeleceram, historicamente, sob um signo discriminatório, mas não temos como indicar, com precisão, em que momento histórico esse modelo de segregação passou a ditar as formas de organização social e a legitimar privilégios. No presente trabalho, no entanto, procuramos assinalar e identificar na ideologia

dos escolhidos a gênese da discriminação. Por meio dessa ideologia, criaram-se e criam-se as condições ou os fatores que contribuem para a imposição e aceitação social de práticas discriminatórias, o que representa flagrante violação aos direitos humanos ao longo da história.

Palavras-chaves: Direitos humanos. Discriminação. Ideologia dos escolhidos.

ABSTRACT: Discrimination is the antithesis of human rights and overcoming it represents the greatest challenge for building a more just and egalitarian society. As can be seen, social organizations have historically established themselves under the sign of discrimination, but we are unable to indicate, precisely, at what historical moment discrimination began to dictate the forms of social organization and legitimize privileges. In the present work, however, we try to point out and identify the genesis of discrimination in the ideology of those chosen. Through this ideology, the conditions or factors that contribute to the imposition and social acceptance of discriminatory practices were created and continue to be created, which represents a flagrant violation of human rights throughout history.

Keywords: Human rights. Discrimination. Ideology of those chosen.

I. INTRODUÇÃO

A discriminação é a antítese dos direitos humanos e sua superação representa o maior desafio para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Am-

bos são fenômeno sociológicos, gestados em um determinado contexto político, com características e princípios assinaláveis e antagônicos.

A Magna Carta (1215) foi muito importante para a formação da noção moderna de direitos humanos. A Carta limitava a autoridade real e estabelecia um sistema de leis a ser seguido por todos. A Magna Carta estabeleceu alguns dos primeiros princípios essenciais que garantem a liberdade individual e restringem o poder do Estado. Estes incluem o direito a um julgamento justo, o direito à propriedade privada, o direito à livre expressão e a proteção contra a discriminação. Mais importante, ela estabeleceu as bases para o princípio de que nenhuma pessoa, inclusive o monarca, pode estar acima da lei.

Quando se trata de discriminação, porém, não conseguimos localizar historicamente um evento ou documento que assinale seu surgimento. O uso de práticas discriminatórias tem sido uma parte constante da história humana, com raça, gênero, religião e outras características sendo usadas para promover a desigualdade e a exclusão social. Em muitos casos, a discriminação é também uma forma de manter o *status quo*, com a perpetuação de desigualdades históricas em vigor. Contudo é difícil identificar o momento exato em que a discriminação começou, pois esta tem sido usada em diferentes partes do mundo desde tempos imemoriais.

Apesar dessa dificuldade, no presente trabalho, busca-se identificar senão o momento, mas as condições ou os fatores que contribuem para a imposição e aceitação social de prá-

ticas discriminatórias, naquilo que convencionamos chamar de ideologia dos escolhidos. Em outras palavras, o que nos leva a aceitar a discriminação como uma questão normal, quando na verdade é algo injusto? Qual o papel da ideologia dos escolhidos na legitimação dessas práticas discriminatórias e atentatórias aos direitos humanos?

II. A IDEOLOGIA DOS ESCOLHIDOS

A ideologia dos escolhidos é uma forma de pensar que se baseia na crença de que existem grupos específicos de pessoas que são considerados superiores a outros. Essa ideologia geralmente se baseia na crença de que as pessoas escolhidas (sejam elas de uma raça, religião, classe social, etc.) são superiores e que, portanto, têm direito aos privilégios inerentes à sua condição. Assim, torna-se fácil entender por que a história está repleta de opressões e discriminações muitas vezes com aceitação ou indiferença social.

Essa crença é reforçada por diversos fatores culturais e sociais, como a ideia de que raça, classe social, gênero, religião ou capacidades devem ser consideradas como critérios de avaliação. Por exemplo, as pessoas em posição de poder e as que se encontram em condições socioeconômicas mais favoráveis costumam ser vistas como mais capazes e merecedoras de melhores oportunidades.

Outro fator que contribui para a aceitação social da discriminação é a normalização de comportamentos e manifestações discriminatórias por parte da sociedade. Isso acontece quando as práticas discriminatórias são vistas como natu-

rais, necessárias e adequadas. Por exemplo, algumas culturas ainda consideram que mulheres e homens têm papéis diferentes na sociedade e que esses papéis devem ser cumpridos de maneira específica e com base em estereótipos de gênero.

Além disso, o racismo, o sexismo e outras formas de discriminação são reforçados pela mídia e pelas narrativas dominantes que perpetuam as desigualdades. A mídia eventualmente retrata pessoas de determinados grupos de forma estereotipada, contribuindo para a manutenção de uma cultura que reforça as desigualdades existentes.

Portanto, a ideologia dos escolhidos é alimentada por um conjunto de fatores culturais, sociais e políticos, que reforçam a discriminação e a desigualdade social e que, por sua vez, são aceitos como parte da norma social. A mudança de comportamento e de atitudes, portanto, deve começar com a conscientização de que todos somos iguais e que nenhum povo, credo ou grupo deve ser considerado como superior ou inferior a outro.

A ideologia dos escolhidos é um fator importante da formação cultural de todas as sociedades. Historicamente, podemos identificar o desenvolvimento da ideologia dos escolhidos durante o período do Antigo Testamento, quando os hebreus acreditavam que Deus os havia escolhido para serem seu povo e teve como consequência a crença de que o direito e o poder têm origem divina.

Vários outros povos ao longo da história também se apropriaram desse conceito de raça eleita ou superior, a fim de legitimar ações contrárias aos direitos humanos, como a

escravidão e a colonização. O mais notável destes casos foi a utilização da ideologia dos escolhidos pelos Europeus durante a Conquista do Novo Mundo. Era corriqueira a crença de que Deus os havia escolhido para conquistar e colonizar o Novo Mundo, e que, por isso, estavam legitimados para subjugar os povos nativos e impor a sua própria autoridade.

Nesse contexto, em que relacionamos a ideologia dos escolhidos à gênese de práticas discriminatórias, três características são necessárias para identificar a ideologia dos escolhidos:

Superioridade: a melhor definição para os partidários dessa corrente ideológica é a denominação de donos da verdade, porque é assim que eles se sentem, superiores aos demais, sejam outros povos, outras ideias, outras religiões, outras culturas, etc. Eles acreditam que são detentores da verdade absoluta e que qualquer outra posição é errada. Eles se apegam a isso como se fosse a única verdade possível. Tomemos como exemplo a escravidão e o que afirmou Aristóteles na obra *A Política*: “Há na espécie humana indivíduos tão inferiores a outros como o corpo o é em relação à alma, ou a fera ao homem (...). Partindo dos nossos princípios, tais indivíduos são destinados, por natureza, à escravidão.”

Exclusivismo: só os escolhidos detêm os meios de acesso à verdade e só eles podem dela desfrutar ou, de outra forma, só eles têm o direito a certos e definidos privilégios. O exclusivismo defende que um grupo ou indivíduo detenha exclusivamente os meios de acesso à verdade ou aos direitos e privilégios. Essa ideologia geralmente é usada para excluir

determinados grupos ou indivíduos desses direitos e privilégios. É comum em relação às questões de gênero, raça, classe social, orientação sexual e outras formas de identidade. O exclusivismo também pode ser encontrado em relação às religiões, onde algumas pessoas acreditam que somente aqueles que acreditam em determinada religião têm direito à verdade e aos direitos e privilégios relacionados.

Intolerância: Os escolhidos não aceitam o convívio com outras ideias, chegando mesmo, em vários momentos da história, a aniquilar ou tentar aniquilar quem está “do outro lado”. Essa forma de intolerância é muito prejudicial para a paz e a harmonia entre os povos, pois não permite que as outras partes possam expressar seus pontos de vista e conviver de forma pacífica. Encontramos no nazismo um dos exemplos históricos mais pungentes de intolerância. O nazismo se caracterizou por seu caráter racista, segundo o qual a raça ariana era superior às demais. Conforme esta doutrina, os não-arianos eram considerados inferiores, o que gerou o ódio contra os judeus, os homossexuais e os ciganos. Hitler acreditava que os judeus eram responsáveis pelos problemas alemães e pelo comunismo, o que justificava, na sua visão distorcida, a necessidade de sua eliminação.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideologia dos escolhidos sempre esteve presente na história e sua superação representa o maior desafio para a eliminação de práticas discriminatórias e para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Com efeito, tal ideologia prega o discurso único e a imposição de ideias,

o que atenta contra toda noção de direitos humanos. Por outro lado, os escolhidos acreditam que existe uma elite que é privilegiada e que possui direitos especiais, o que gera desigualdade e injustiça.

Além disso, a ideologia dos escolhidos pode ser usada como pretexto para a exclusão de outros grupos e para a manutenção de sistemas de privilégios. Por fim, ela acaba por gerar desconfiança entre as pessoas e desestimula a participação ativa na sociedade, pois os escolhidos acreditam que suas ideias são as únicas válidas.

Para contornar esses problemas, é importante reforçar a importância da diversidade e da pluralidade de ideias. É preciso incentivar o diálogo e o debate entre as diferentes perspectivas e respeitar a opinião dos demais. Além disso, deve-se promover a igualdade de direitos e de oportunidades, bem como adotar políticas que garantam a justiça social e a equidade. Assim, a ideologia dos escolhidos poderá ser combatida e superada, o que contribuirá para evitar a disseminação de práticas discriminatórias que são, ao fim e ao cabo, o maior desafio na implementação e concretude dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução: Nestor Silveira. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010. 208 p.

FACHIN, Luiz Edson. Direito fundamental e expressão religiosa: entre a liberdade, o preconceito e a sanção. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 299-308.

FACHIN, Melina Girardi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. *Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis*. São Paulo: Almedina, 2022. 668 p.

FERNANDES, Nathalia Vince Esgalha. *A discriminação contra religiões afro-brasileiras: um debate entre intolerância e racismo religioso no Estado brasileiro*. Revista Calundu, v. 5, n. 2, p. 55-64, Jul-Dez, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistacalundu/article/download/41406/32116/120993>. Acesso em: 23 nov. 2022.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Método, 2021. 494 p.

O LIVRO da história. São Paulo: Globo, 2017. 352 p.

PIOVESAN, Flávia; SILVA, Sílvio José Albuquerque e. *Combate ao racismo: desafios para fortalecer o combate à discriminação racial e à promoção da igualdade*. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. 75 p.

PORDEUS, Marcel Pereira ; VLANA, Rosemary de Abreu. *Feminismo, Desigualdade de Gênero e LGBTfobia: a interseccionalidade das minorias no Brasil*. Conhecer: debate entre o público e o privado, v. 11, n. 26, p. 113-131, 2021. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/revistaconhecer/article/view/4651/3884>. Acesso em: 23 nov. 2022.

SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de preconceito e de discriminação*. São Paulo: Saraiva, 2013. 238 p.

SCARANO, Renan Costa Valle et al. *Direitos humanos e diversidade*. Porto Alegre: SAGAH, 2018. 208 p.



9.

DIREITOS HUMANOS DO CONSUMIDOR: UM OLHAR ESPECIAL PARA A PROTEÇÃO JURÍDICA DO VULNERÁVEL UNIVERSAL

Josinaldo Leal de Oliveira

Advogado. Professor da Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Pós-Doutor em Direito – UNIME (ITÁLIA); Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais – UNESA; Especialista em Direito Civil e Direito do Consumidor e Especialista em Docência do Ensino Superior.

I. INTRODUÇÃO

A vulnerabilidade é uma marca essencial do consumidor, sendo um elemento substancial do seu reconhecimento no mercado de consumo. É justamente a partir desse reconhecimento que constatamos que em um cenário mundial os consumidores historicamente foram vítimas de abusos, uns mais que outros, a depender dos sistemas jurídicos em análise, mas, indiscutivelmente, a proteção sempre foi uma necessidade.

O desenvolvimento do Direito do Consumidor é objeto de frequentes discussões acadêmicas e legislativas, desencadeando constantemente uma movimentação visando aprimorar os mecanismos de proteção, com atualização legislativa e, principalmente, com a releitura de institutos, vi-

sando acompanhar a velocidade e o dinamismo das relações sociais consumeristas. Logo, novas abordagens da temática do consumo precisam implementadas, de modo a manter crescente a sistemática protetiva do consumidor, não apenas pela característica geral de proteção de um sujeito de direito especial, mas sim pela perspectiva do reconhecimento de uma vulnerabilidade universal.

O objetivo deste texto é analisar, por meio da história recente dos movimentos sociais que lutam pela proteção dos vulneráveis no mercado de consumo, a construção do direito à efetiva proteção do consumidor como um direito humano. O que se questiona é se a proteção do consumidor com a consagração dos seus direitos pode ser reconhecida como direitos humanos, passando a ser destinatária de uma atual global de maximização da tutela jurídica de um sujeito estruturalmente vulnerável.

Por certo, antes mesmo do direito do consumidor ser posicionando em uma perspectiva fundamental, de origem, constitucional, é preciso reconhecer que ele ocupa uma posição transversal, na vertente dos direitos humanos, porquanto inato a pessoa humana, na medida em que todas as pessoas são consumidoras em algum momento da sua existência. Pois bem, aqui, neste escrito, analiso, ainda que brevemente, uma perspectiva do direito do consumidor sob o olhar dos direitos humanos.

I. A VULNERABILIDADE UNIVERSAL DO CONSUMIDOR

A vulnerabilidade é o princípio justificador de uma atuação tutelar e protetiva de um sujeito de direito específico.

Enfrentando esse tema, Ricardo Luís Lorenzetti bem demonstra a essência do ideal de igualdade que deve nortear o reconhecimento da vulnerabilidade, pois essa teria um campo normativo especial em relação à outra, que teria uma tutela geral. Adverte o referido doutrinador que:

A noção de igualdade é genérica e nem sempre requer normas protetoras, já que o Direito trata de eliminar somente algumas das desigualdades existentes. A vulnerabilidade, pelo contrário, é específica, e demanda proteção. (Tradução nossa)

Percebe-se que a vulnerabilidade, como elemento caracterizador do consumidor, decorre de um ideal de isonomia, que no direito brasileiro tem origem constitucional da máxima de que “os desiguais devem ser tratados desigualmente, na proporção de suas desigualdades, a fim de que se obtenha a igualdade desejada”. Considerando que essa característica não é única do direito brasileiro e que os consumidores, em uma perspectiva global, como regra, estão vulneráveis, se torna necessária uma reflexão sobre a integração do conceito de vulnerabilidade, de modo a analisar o seu efetivo significado no ambiente de consumo.

É certo que a definição de vulnerabilidade ultrapassa as fronteiras entre público e privado, posicionando-se, também, de forma transversal, impondo o reconhecimento da sua identificação de forma universal. É preciso observar que a vulnerabilidade essencial surge na pessoa, mantém-se no cidadão e se potencializa no consumidor, daí a necessária percepção de que a vulnerabilidade do consumidor é univer-

sal, ultrapassa sistemas jurídicos e integra uma projeção de reconhecimento também de direitos humanos.

III. O DIREITO DO CONSUMIDOR E O DIREITO DA INTEGRAÇÃO: UMA ANÁLISE DOS MICROSISTEMAS DE CONSUMO VOLTADOS AO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DO CONSUMIDOR

Sem dúvida, o Direito da Integração possui relevante atuação e imperiosa necessidade para o segmento do Direito do Consumidor para uma perspectiva dos direitos humanos. A temática do consumo tem sido uma realidade mundial, face ao desaparecimento das fronteiras quando se trata de consumir produtos e serviços. Os tradicionais modelos de relações comerciais já foram superados a tempos, de forma que hoje as relações jurídicas de consumo se consubstanciam de uma forma massificada, em que muitas vezes o consumidor sequer se reporta diretamente ao fornecedor, face às intermediações constantes e crescentes e, também, em decorrência da expansão do comércio eletrônico.

Pode-se afirmar, sem qualquer tipo de dúvida, que vivemos na era digital, das relações virtualizadas. A internet viabilizou um novo modelo comportamental nas sociedades. Luis Carlos Cancellier de Olivo bem aponta: “De outro lado, não há dúvidas de que os processos informáticos, e em especial a Internet, constituem o principal paradigma dessa nova sociedade” (OLIVO, 2003, p.319).

O Direito do Consumidor, em tempos atuais, se apresenta como ramo do direito que interessa a sistemas jurídicos diversos. A regulação desse direito ganhou dimensão inter-

nacional, provocando nos operadores do direito a necessidade de contarem com uma regulação protetiva mais ampla, com dimensões internacionais. O fato é que o fenômeno da globalização internacionalizou a problemática do consumo, mas os Estados, em sua maioria, ainda não implementaram política legislativa voltada a tutela do consumidor internacional.

A doutrina especializada em direito do consumidor já aponta a extrema necessidade de tutelar o consumidor no âmbito internacional. Tutela essa que deve existir no campo material e processual, no propósito de conceder a efetiva proteção do consumidor. As diretrizes típicas do Direito Internacional Privado não se apresentam como suficientes para a regulação e proteção dessa espécie de consumidor. Em verdade, desde o início da década de 70 do século passado que os especialistas apontam a necessidade de uma proteção do consumidor no âmbito internacional. Vale destacar que a União Europeia promoveu relevante tratamento normativo em relação ao direito do consumidor no campo comunitário. Porém, fora desse eixo, a realidade é muito diferente, em especial no campo interamericano.

O que se busca efetivamente com a integração jurídica no âmbito do direito do consumidor é suprir uma lacuna normativa na seara das relações internacionais envolvendo a temática do consumo, de forma a enfrentar alguns dos principais problemas percebidos no campo das transações internacionais: deficiência da informação, a massificação do consumo, a segurança dos produtos e serviços e a reparação de danos. De fato, o que se percebe é uma vulnerabilidade dos consumidores no âmbito das relações de consumo in-

ternacionais, posto que a sistemática jurídica atual evidência nítida ineficiência protetiva. A integralização entre os Estados viabilizaria a efetivação da proteção e defesa dos consumidores no âmbito internacional, permitindo, inclusive, um aperfeiçoamento da estrutura normativa interna e uma valorização do processo de conscientização para o consumo.

IV. EXPERIÊNCIAS DE INTEGRAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A defesa do consumidor no âmbito internacional ganhou destaque com as diretrizes instituídas pela Comunidade Europeia. Nesse particular, é relevante traçar um breve esboço histórico da proteção dos consumidores nesse ambiente. Por certo, a defesa dos consumidores nessa integração de países apresenta marcos expressivos que merecem destaque no presente trabalho, porquanto guardam pertinência com o tema ora estudado.

Como cediço, a Comunidade Europeia foi constituída a partir do Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, que embora não apresentasse qualquer registro específico em relação a defesa e proteção dos consumidores, surgiu em um contexto de transformações protetivas em relação a defesa dos consumidores nos principais países do continente europeu. Marcelo Gomes Sodré, bem consolida a questão da defesa do consumidor nesse cenário europeu:

Na verdade, a proteção dos consumidores teve um crescimento gradual e constante nas discussões internas da comunidade, na exata medida em que, nacional e internacionalmente, come-

çou a ficar clara a fragilidade dos consumidores face aos grandes conglomerados econômicos que nasciam no pós-guerra. Podemos verificar, assim, que lentamente foi sendo construído um direito europeu comunitário de proteção dos consumidores. (SODRÉ, 2009, p.131)

A constatação da necessidade de políticas e posturas voltadas para o campo de proteção e defesa do consumidor foi o primeiro passo para a adoção de medidas no campo da referida Comunidade em relação à defesa do consumidor. O que se percebe é que com os tratados do “Ato Único Europeu”, o “Tratado da União Europeia de 1992” e o “Tratado de Amsterdã, de 1997” ela iniciou processos para o estabelecimento de regras de defesa do consumidor em uma abordagem geral.

Na linha do pensamento jurídico mundial, o sistema jurídico dos países da América do Sul não se afasta do foco protetivo do consumidor, de forma que vem adotando há tempos políticas de defesa desse segmento. Cumpre de logo destacar o tratamento jurídico concedido no âmbito do Direito do Consumidor na Argentina. A complexidade das relações jurídicas, implementadas pelo progresso técnico-científico fizeram com que o direito argentino passasse a dedicar atenção à temática do consumo. Gabriel Stiglitz, citado por Dante D. Rusconi aponta que:

“el correcto desenvolvimiento de las economías nacionales sobre la base de mercados libres, competitivos y abiertos, exige como recaudo complementario, pero condicionante, la vigencia de un efectivo sistema político-jurídico de

protección de los consumidores, que garantisse a éstos la concreta y real oportunidad de situarse en un punto de equilibrio con los proveedores de bienes y servicios, en las relaciones de consumo” (RUSCONI, 2009, p.4).

Cabe de logo ressaltar que os países da América Latina, no início da década de 90, com um atraso de aproximadamente duas décadas em relação aos países desenvolvidos, adotaram o tratamento de legislar de forma geral sobre a temática de consumo, ganhando destaque o México, que teve sua primeira legislação de consumo editada em 1975, a Bolívia que até então não possui uma legislação específica sobre consumo, pendendo de tramitação de projeto de lei, muito embora exista forte movimento civil em defesa dos consumidores. Na Colômbia, Equador, Venezuela e Peru, o tratamento legal em relação à defesa do consumidor é também integrativo entre a Constituição e lei específica.

E por fim, dos países objeto de pesquisa, o Uruguai também não teve no seu texto constitucional uma regulação específica sobre a temática da proteção e defesa dos consumidores, reservando o tratamento normativo apenas á “Ley de Relaciones de Consumo nº 17.189” de 7 de setembro de 1999. Assim, se verifica uma atenção dos sistemas jurídicos quanto a temática da proteção do consumidor, o que reforça a necessidade de um tratamento global, com o reconhecimento da defesa do consumidor como uma abordagem a luz dos direitos humanos.

V. DIREITOS HUMANOS DO CONSUMIDOR

É preciso destacar que os direitos humanos são mais amplos e efetivos do que os direitos fundamentais, que são integrados aos textos constitucionais pelo homem, ao passo que os direitos humanos decorrem do direito natural. Por outro lado, os denominados direitos humanos fundamentais têm como fito a proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder estatal e dos particulares, implementando o aperfeiçoamento das condições de vida com o desenvolvimento da pessoa. Se verificarmos esse referencial à luz do direito do consumidor, é fácil perceber a necessidade de reconhecermos a defesa da sociedade como algo inato ao homem, na medida em os atos de consumo integram a essência de quem vive em sociedade.

A problemática do consumo na sociedade possui registros antigos, muito embora o campo protetivo traga registros mais recentes. Os atos de consumo são inerentes ao homem e como tal, faz parte do registro histórico do surgimento da sociedade. Vivemos para consumir, daí se afirmar: vivemos pelo consumo e para o consumo! Von Hippel, citado por Newton De Lucca, com propriedade asseverou que: “embora a defesa do consumidor tenha uma ‘longa história’, só relativamente há pouco tempo ter-se-á tornado uma exigência geral de política legislativa.” (HIPPEL apud DE LUCCA, 2003, p.46).

As questões envolvendo consumo possuem origem no próprio comércio de bens e mercadorias, inicialmente com a prática do escambo para posteriormente evoluir para as

alienações envolvendo moedas. Diversos autores consuméristas declinam que a preocupação com o consumo é muito antiga na sociedade, fazendo por vezes referência de passagens em textos religiosos, associando-os a questão do consumo. É bem verdade que as preocupações com a temática do consumo ganham uma conotação muito forte de justo, verdadeiro, correto, dentre outras verificações que são facilmente associadas a implementos religiosos. Tais traços são fortes até nos tempos atuais, posto que a principiologia da norma protetiva guarda muita correlação com as diretrizes declinadas por Ulpiano, ao definir o direito como ideário de moral e, principalmente, de justiça.

Por certo, limitar a aplicação dos direitos do consumidor aos direitos fundamentais, acaba por restringir demasiadamente sua proteção, pois limita a sua abrangência a mecanismos jurídicos positivados e reconhecidos, em regra, constitucionalmente. Os direitos do consumidor integram um direito social que é difuso, o que exige uma maximização da sua proteção, em caráter universal, humano!

Destaque-se, assim, que os atos de consumo são inerentes às pessoas, de modo que a sua proteção é condição humana. Portanto, se em um cenário jurídico regulado encontramos a proteção do consumidor enquanto direito fundamental, é certo que ali reside um direito humano consolidado, que perpassa pelo reconhecimento de um mínimo existencial de consumo, uma esfera mínima protetiva que deve ser assegurada a todos os indivíduos.

É preciso ressaltar, inclusive, que na máxima da proteção da dignidade da pessoa humana, os direitos humanos impõem uma atenção à dignidade do consumidor. Com múltiplas dimensões, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser relevante para todos os ramos do direito, pois não se destina apenas ao indivíduo ser humano, mas à coletividade de pessoas, sem restrições injustificadas. A essência do princípio está na consagração da pessoa humana, da sua integridade física, psíquica e existencial. A ideia de dignidade humana do consumidor ultrapassa o contorno da vida, como expressão extrema da proteção humana. O princípio permite alcance amplo ao assegurar ao indivíduo e, portanto, ao consumidor, além da vida, uma vida digna. Pondera Ana Paula de Barcellos que “o efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna” (2002, p. 304).

Discorrendo sobre o referido princípio, o insigne Luís Roberto Barroso lhe atribui carga moral, detentor de um núcleo elementar correspondente a um mínimo existencial destinado ao ser humano, do qual são titulares todas as pessoas e, conseqüentemente, os consumidores. Assevera o referido doutrinador que:

‘o desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar’.
(BARROSO, 2001, p.31).

A dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional, encontra-se no ordenamento jurídico com uma carga teleológica expressiva, de força normativa com eficácia imperativa em todas as relações jurídicas, seja no âmbito público ou privado. Será por vezes a dignidade da pessoa humana o viés da balança quando exista algum conflito principiológico. Bem pondera Paloma Santana Modesto ao afirmar que: “O princípio da dignidade da pessoa humana serve, assim, como ponto de partida para a tarefa de interpretar, integrar e aplicar o ordenamento jurídico, em razão de sua preeminência axiológica e correspondente função integradora do sistema” (MODESTO, 2002, p. 402).

Há muito, o princípio da dignidade da pessoa humana deixou de ser expressão apenas da atuação do direito público, como máxima da representação de um Estado Democrático de Direito, passando a ter regência expressiva e obrigatória no campo das relações privadas, na atuação entre particulares, principalmente nas relações de consumo. E qual a razão e a necessidade de obter o reconhecimento dos direitos dos consumidores como direitos humanos? Sem dúvida, potencializar a sua proteção em âmbito global, na medida em que, por exemplo, a ONU pode até não interferir diretamente nos Estados, mas tem outras formas de atuar a fim de assegurar a ordem e o respeito aos direitos humanos. Além, disso, os direitos dos consumidores reconhecidos como direitos humanos, passam a ser temática frequente também em tratados e convenções internacionais, o que potencializa a proteção global desse sujeito portador de uma vulnerabilidade universal.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas essas breves considerações, percebe-se facilmente que estamos diante de uma nova perspectiva de análise dos direitos dos consumidores. No atual contexto, em que a problemática do consumo ganha cada vez mais projeção global, se exige uma releitura da origem do estudo dos direitos dos consumidores além do reconhecimento de um direito fundamental, mas sim sob a perspectiva dos direitos humanos.

O tema aqui proposto, evidentemente, permite ampla discussão e aprofundamento no campo do direito constitucional e do direito internacional público e privado. Contudo, o corte foi realizado a respeito da necessidade constante de uma integração do direito de proteção ao consumidor, por uma matriz ampla e universal, o reconhecimento da vulnerabilidade desse sujeito especial, o consumidor. O momento crescente da pandemia serviu, certamente, para demonstrar a complexidade das relações de consumo e o seu efeito nas relações globais de consumo, exigindo uma potencialização nos mecanismos de proteção ao consumidor, mas sem fechar os olhos para o rumo da atividade econômica.

Devemos voltar os olhos para a maximização da proteção do consumidor e, sem dúvida, esse olhar não pode se desprender do reconhecimento da proteção do consumidor como temática de direitos humanos. O que se verifica é a necessidade de ampliar as ferramentas e intervenções, em perspectiva mundial, de proteção do consumidor, reconhecendo a vulnerabilidade universal do sujeito de direito em questão.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos no Novo Direito Constitucional Brasileiro, Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2001.

DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

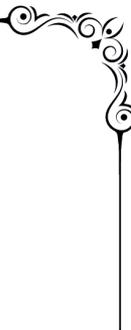
LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Segunda edición actualizada. Santa Fé - AR: Rubinzal-Culzoni, 2009.

MODESTO, Paloma Santana. **A eficácia dos direitos fundamentais das relações jurídicas privadas**, in **Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado**. Salvador, 2002.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. In: WOLKMER, Antonio Carlos. LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. Os “novos” direitos enquanto direitos públicos virtuais na sociedade da informação. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

RUSCONI, Dante. **Manual de derecho del consumidor**. 1ª ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A Construção do direito do consumidor – Um estudo sobre as origens das leis principiológica de defesa do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.



10.

DIREITOS HUMANOS, FOME, ÉTICA, RACISMO E PRECONCEITO

Kiyoshi Harada

Jurista e professor. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário.

Sumário: 1. Introdução. 2. A cada quatro segundos morre uma pessoa de fome. 3. Qual a causa da fome mundial? 4. O racismo e o preconceito. 5. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

Há 75 anos a Assembléia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 21717 (III), de 10 de dezembro de 1948, adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, dentre outros valores, essa Declaração Universal proclama como princípios fundamentais que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, sem distinção de raça, cor, língua,

religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, de origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou qualquer outra condição.

Esses princípios foram praticamente incorporados nas Constituições dos países democráticos que se seguiram.

No Brasil os direitos e garantias fundamentais estão enumerados no art. 5º da Constituição de 1988, um dos dispositivos mais longos da Carta Magna.

Contudo, a realidade é bem outra. A desigualdade socioeconômica impera no mundo inteiro, bem como o racismo e o preconceito.

II. A CADA QUATRO SEGUNDOS MORRE UMA PESSOA DE FOME

O mundo é composto de 7,753 bilhões de habitantes sendo que um bilhão de pessoas passam fome, ou seja, cerca de 13% da população mundial.

Os dez países mais pobres estão situados no Continente Africano. São eles em ordem decrescente de pobreza: Níger, República Centro-Africana, Chade, Sudão do Sul, Burundi, Mali, Eritreia, Burkina Faso, Serra Leoa e Moçambique [1].

No Brasil cerca de 50 milhões vivem na linha de pobreza sendo que 43,5% estão concentrados no Nordeste.

Do total de 212,6 milhões de brasileiros, 33 milhões passam fome.

Aqui e lá fora, a sociedade vive indiferente às pessoas que morrem de fome: uma pessoa a cada quatro segundos. Aceitam esse fato com a maior naturalidade como se fosse algo inevitável. É a generalização do “maktub” árabe.

O que os Estados Unidos gastam em perfumaria, seguido da China e do Japão seriam suficientes para acabar com a fome mundial.

Somente o que o empresário Musk pretendeu gastar com a compra do *Twitter* por U\$ 44 bilhões daria para acabar com a fome no mundo seis vezes.

III. QUAL A CAUSA DA FOME MUNDIAL?

Apesar de organismos mundiais, como a FAO dar combate à fome, os resultados obtidos são insignificantes ante a morte de uma pessoa a cada quatro segundos, como decorrência da fome.

Os países comprometidos com a FAO pouco têm feito, mesmo porque os seus nacionais igualmente passam fome.

No Brasil a Emenda Constitucional nº 31 de 14-12-2000 instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza formada com recursos provenientes da elevação de 0,08% da CPMF, então, vigente.

De lá para cá tudo piorou e não mais se fala nesse Fundo que não saiu do papel a não ser para aumentar a pressão tributária.

A causa disso tudo é a falta de empatia entre as pessoas que, por sua vez, resulta da falta de ética.

A Ética é a ciência que cuida da investigação dos princípios que motivam, disciplinam e orientam o comportamento humano refletindo a essência das normas, dos valores e das prescrições presentes em qualquer ambiente social [2]. É a parte da Filosofia voltada para estudar as ações e os comportamentos humanos, a filosofia moral. Ética e Moral se distinguem, pois enquanto a Ética é compreendida de maneira universal, a Moral está sempre ligada a fatores sociais e culturais que influenciam os comportamentos. Daí porque a Moral varia no tempo e no espaço. A Ética vem da palavra grega “ethos” e quer dizer “**modo de ser**”, e a Moral vem do latim “mores” e quer dizer “**costumes**”.

Para alcançar os objetivos proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de início referido, é preciso muita ética: no ato de legislar, no ato de executar e no ato de julgar.

A falta de ética impera nas três esferas de poder, bem como na sociedade em geral porque as pessoas estão tomadas por um materialismo sem fim.

Todas as ações das pessoas, com raríssimas exceções, são voltadas para beneficiar a si próprio, ainda que em prejuízo de outrem. É o individualismo, o egoísmo. Eventual benefício à sociedade não passa de um mero efeito colateral.

Agir sem ética corresponde à ação do aventureiro, que ao contrário do trabalhador que age com ética, elege como norte “o colher sem plantar árvores”.

O individualismo constrói abismos que separam alguns poucos que vivem como nababos, de uma multidão de famintos que vivem abaixo da linha da miséria, enquanto o coletivismo constrói pontes que ligam as pessoas e estas à natureza, aumentando a empatia entre as pessoas, redundando em uma solidariedade, que é um dos fundamentos da moderna sociedade.

O egoísmo é algo que está arraigado na nossa sociedade, desde os tempos do Império. Difícil reverter a cultura do individualismo que conduz às práticas não conformadas com a ética.

IV. O RACISMO E O PRECONCEITO

O racismo consiste na ideia de que integrantes de determinada etnia são os mais habilidosos e competentes assumindo uma posição de superioridade em relação ao grupo pertencente à outra etnia. Ele, de regra, desperta paixões, violências e causa prejuízos a outrem.

O preconceito, por sua vez, outra coisa não é senão a adoção de ideias preconcebidas, julgar atos e pessoas sem conhecimento de causa. É o mesmo que fazer afirmações infundadas. Por si só, o preconceito não prejudica as pessoas, como acontece com o racismo.

A causa do racismo e do preconceito é a falta de ética que não pode ser extirpada por meio de discursos inflamados, por escritos, ou por meio de disposições normativas.

No Brasil temos a Lei nº 7.716/89 que define os crimes de preconceito, raça ou de cor punindo o infrator com pena de reclusão de 2 a 5 anos. Posteriormente, a Lei nº 9.459/97 procedeu a equiparação da discriminação ao crime de racismo.

Acabou o racismo e o preconceito? Não!

Mais do que as aulas a respeito, escritos e monografias sobre o racismo e o preconceito, o dia a dia dos acontecimentos está mostrando a realidade nua e crua.

Uma pesquisa encomendada pela ONU em 1950 a um grupo de intelectuais brasileiros e norte-americanos sobre a Democracia Racial no Brasil revela que o subgrupo de pesquisadores liderados pelos então jovens intelectuais, Fernando Henrique Cardoso, Florestan Fernandes e Octavio Ianni, chegou à conclusão de que o racismo brasileiro era velado e o preconceito bastante arraigado.

De lá para cá nada mudou, apesar de toda a barulheira que se faz em torno das vítimas de racismo e de preconceito amparadas pela justiça, porque o racismo e preconceito são de natureza estrutural. Não raras vezes, encontramos nos mais enfáticos combatentes do racismo e do preconceito exemplos expressivos de comportamentos que revelam o sentimento de racismo e de preconceito.

Difícil, senão impossível transpor essa barreira do individualismo, do egoísmo que atuam à margem da ética, afastando a empatia entre as pessoas que deveria existir na sociedade dita solidária.

Um exemplo de preconceito racial ilustra bem o que estou falando. Certa noite, na sala de professores, referi-me a um docente negro. Houve imediata reação em coro. Todos me advertiram que eu deveria referir-me a uma pessoa de cor.

Isso prova que todos aqueles professores reunidos em minha volta nutrem preconceito contra o negro. No entender deles o “negro” expressa algo ruim e, por isso, usam de um eufemismo para não pronunciar a palavra que lhes causa desconforto.

Outro exemplo que bem ilustra o que estamos falando. São as expressões “a coisa está ficando preta”, “deu uma de preto”, “parece coisa de índio” etc. Essas expressões que comprovam quão racista e preconceituosa é a nossa sociedade. Uma agência de empregos publicou recentemente um anúncio indicando o perfil de um empregado preferido: “ser homem branco com idade entre 25 a 35 anos.” Esse anúncio gerou críticas exacerbadas pela mídia sensacionalista. Outro episódio bastante difundido: um homem negro foi brutalmente assassinado por seguranças do Hipermercado Carrefour, mais em função da cor de sua pele.

O racismo no Brasil é praticado de forma velada, porque sua exteriorização em público gera crime passível de prisão.

V. CONCLUSÃO

Enquanto não se reverter o quadro reinante na nossa sociedade, caracterizado pelo egoísmo, individualismo e materialismo exacerbado, que espantam a empatia entre as pessoas que fundamenta a Ética, os desníveis socioeco-

nômicos continuarão crescendo, bem como o racismo e os preconceitos persistirão nos sentimentos das pessoas. Não há lei capaz de remover esses sentimentos que vêm desde o Brasil Império.

[1] Mundoeducacao.uol.com.br/curiosidades/10-paises-mais-pobres-do-mundo.htm, acesso em 2010-2022.

[2] Cf nosso *Ética e direito*, in *Ética nos institutos jurídicos*, vol. III, obra coletiva, organizador Antonio Francisco Costa, Salvador: Página e Editora, 2020, p. 220.

REFERÊNCIAS

Constituição Federal de 1988;

HARADA, Kiyoshi. Ética e direito, *in* Ética nos Institutos Jurídicos, obra coletiva. Organização de Antonio Francisco Costa. Salvador, Ed. Pagia, Vol. III, 2020.

Mundoeducacao.uol.com.br/curiosidades/10-paises-mais-pobres-do-mundo.htm, acesso em 20-10-2022.



11.

O ADVOGADO E A VISÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS.

Mario Paiva

Advogado no Brasil e em Portugal. Foi diretor da Associação dos Advogados Trabalhistas do Estado do Pará, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal e diretor Jurídico da Associação dos Diplomados pela Escola Superior de Guerra do Pará.

I. INTRODUÇÃO

Advocacia, para mim, sempre foi, sem dúvida alguma, a profissão mais desafiadora e imprevisível de todas as áreas do direito pois que traz consigo uma alma de liberdade na atuação e intransigência no que diz respeito a defesa dos direitos do cidadão porém, como todas as profissões, vem sofrendo severas mutações que transformam, no meu sentir, quase que totalmente o modo de pensar, agir e laborar; e isso exige cada vez uma constante e, digamos, diária modificação de costumes e parâmetros de atuação, sob pena de o advogado ser alijado do mercado de trabalho.

Além do fato geral relatado acima nos encontramos em um total e absoluto descontrole em relação a proliferação de Faculdades de Direito e formação de bacharéis em direito

que a Ordem dos Advogados ainda tentou e conseguiu reduzir o número de advogados através do chamado “Exame de Ordem”, seleção de proficiência para o exercício da atividade que tem altos níveis de reprovação. Segundo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil:

O Brasil é o país com a maior proporção de advogados por habitante do mundo. Ao todo cerca de 1,3 milhão de advogados exercem regularmente a profissão entre 212,7 milhões de pessoas (IBGE). Proporcionalmente, há um advogado para 164 brasileiros residentes no país. Uma das razões para o enorme número de advogados no Brasil é a abertura indiscriminada de cursos de direito pelo país. Se o número de inscritos na OAB é surpreendentemente grande, aquele referente aos estudantes de direito é estarrecedor. Existem, hoje, no país, cerca de 1,8 mil cursos jurídicos no país e, atualmente, segundo dados do próprio órgão, são mais de 700 mil alunos matriculados. (i)

Como se já não bastassem os desafios profissionais, número de faculdade e profissionais ainda tivemos que contar com uma pandemia de proporções sanitárias nunca antes vista e que teve reflexos duríssimos nos colegas que relatam situações de extrema necessidade chegando ao ponto de pleitear cestas básicas e auxílios pífios provenientes da boa vontade dos Conselhos Seccionais que colocaram a disposição dos colegas humilhantes R\$ 100,00 (cem reais) por três meses como foi o caso da Seccional de Mato Grosso sem, obviamente, retirar ou desmerecer o gesto nobre da entidade de classe (ii).

Existem ainda notícias mais penosas e degradantes quando nos deparamos com colegas que estão em situação de rua como a da advogada Dr. Rosana da Silva (iii), de 54 anos, que senta-se em um banquinho de plástico em um cruzamento da zona sul de São Paulo e levanta uma placa de papelão com um anúncio: "Faxina. Sete horas. R\$ 60."; ou como o advogado paulista Valmir Goslawski, 50 anos, que diz que, apesar de pós-graduado, está sem emprego: "infelizmente esse advogado empurra uma carroça dignamente para sobreviver" (iv). E ainda por motivos de transtornos mentais como observa o Ministério Público da Bahia que detectou que, de 2012 a 2020, naquele Estado, três a cada dez afastamentos de advogados foram por transtornos mentais ou comportamentais, como a depressão e a ansiedade (v).

Portanto, estamos vivendo uma deterioração da advocacia como afirma o advogado Diego da Rocha Cunha que testemunha que "Atualmente pensar em advogar não é mais motivo de orgulho para as pessoas, como era há tempos idos, pois a advocacia entrou em um estado de letargia incomparável nos últimos anos" (vi).

E para que consigamos não somente sobreviver, mas proporcionar uma realização plena diante das adversidades, é imprescindível que o advogado tenha uma visão universal dos direitos, vez que a mundialização e informatização da advocacia impõem ao profissional a necessidade permanente de se adaptar aos novos desafios do mercado, e, por isso, delinearemos os caminhos necessários para o seu engrandecimento.

II. DESAFIOS

A advocacia, sem dúvida alguma, não é mais a mesma e ousou dar o meu testemunho de mais de 25 (vinte e cinco) anos de atuação que, nesse período, já houve várias reformulações no mercado de trabalho quase que totais principalmente, no aspecto da informática e seu impacto nas relações processuais e no mundo jurídico como um todo. Vivenciamos, neste curto espaço de tempo, o extermínio por completo da máquina de escrever manual e elétrica, fax e tantos outros aparatos que faziam parte do cotidiano do advogado e que hoje nem sequer existem e que foram relegados a peças de museu, lembrando que aqueles saudosistas que persistiram no uso desses utensílios para elaboração de peças processuais ou o fazem por hobby ou foram simplesmente expulsos de suas respectivas atividades laborais. Portanto, o profissional do direito encontra-se obrigado a se adaptar e, necessariamente, a interagir diuturnamente com os aparatos tecnológicos colocados a sua disposição vez que hoje nem sequer poderá peticionar sem que tenha em mãos um simples certificado digital.

Acreditamos que o passo inicial e decisivo para essa transformação no que concerne ao universo jurídico nacional, foi a promulgação da Lei nº 11.419/06 que dispôs sobre a informatização do processo judicial; alterando alguns dispositivos importantes da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; dentre outras providências, e que em seu artigo primeiro permitiu o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais aplicando-se,

indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição. A partir de então demos início, no país, a uma largada sem precedentes em busca da informatização, digitalização dentre tantos outros procedimentos para viabilizar a concretização de um processo judicial totalmente digital sem qualquer necessidade de papel para nenhum ato.

A partir desta lei estamos experimentando uma realidade virtual transformada e acelerada pela implementação do Processo Judicial Eletrônico (PJe) que teve como marco temporal fixado em setembro de 2009 e iniciado pelo Conselho Nacional de Justiça com a Resolução CF-RES-2012/00202 prevendo prática dos atos processuais no âmbito do Conselho (Turma Nacional de Uniformização) e da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, nos termos da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Na esteira da informatização as relações jurídicas seguiram-se ainda a promulgação de diversas leis nas mais variadas áreas do direito como a Lei nº12.737/2012 (conhecida como Lei Carolina Dieckmann) que introduziu 03 tipos penais específicos envolvendo crimes informáticos, Decreto nº 7.962/2013 – que regulamentou o Código de Defesa do Consumidor, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico bem como a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709/2018 que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, dispondo sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa 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.

Em sendo assim e, aliado a esses fatos, os advogados que pretendem permanecer em sua profissão deverão ter um conhecimento profundo de tecnologia e não mais superficial tendo em vista a dinâmica do sistema e das leis e ainda uma visão universal de direito, pois que terá que lidar com todo tipo de questão envolvendo situações cada vez mais complexas de países e territórios diferentes com leis específicas e aplicações diversas como, por exemplo, uma compra efetuada pela internet em que o consumidor tenha adquirido um produto em um país estrangeiro onde as leis e regulamentos não são aplicáveis no Brasil e a compra tenha sido interceptada pela alfândega – ou outro problema legal qualquer que tenha afetado a efetiva entrega do produto.

Temos hoje um vasto número de atos realizados ou celebrados via meios tecnológicos como compras, sistema bancário, pix, dentre tantos outros que consequentemente aumentarão e demandarão a necessidade de profissionais que saibam resolver juridicamente e a contento problemas advindos dessas relações e, para isso, o advogado terá que se profissionalizar e entender como funciona o mecanismo burocrático e legal de diversos estados e países vez que as transações, cada vez mais se tornam transnacionais exigindo um amplo conhecimento das leis não somente do país de origem mais também de outros aos quais são praticadas as avenças comerciais.

Além disso, outras situações surgem e que, infelizmente, já permeiam o cotidiano das sociedades modernas como,

por exemplo, os crimes virtuais que vem sendo cada vez mais praticados e progressivamente afetam um sem número de indivíduos que se utilizam dos meios digitais para transações e que se veem prejudicados por uma gama variada de fraudes que vão desde a clonagem de cartões até mesmo os saques em contas, sem falar em crimes violentos como a indução ao suicídio, lesões corporais, calúnia, difamação e injúria cometidos pelas vias virtuais.

Adicione-se a esse quadro a presente realidade de que todas as searas do direito estão veiculadas a tecnologia e necessitam de um profissional especializado para acompanhar seus clientes nessa jornada que derrubou muros nacionais e tornou necessária a advocacia sem limites territoriais, obrigando o conhecimento não mais da realidade isolada de sua circunscrição e sim a de todos e de tudo o que está a sua volta no mundo virtual. Referida realidade foi e é tão impactante que nos fez refletir que deveríamos pensar em algo ainda mais arrojado e audacioso tendo em vista a realidade da sociedade jurídica que se apresenta levando este advogado a fazer crer que devemos pensar em nos aprofundar no estudo de uma cadeira específica do direito que seria o Direito Digital bem como a elaboração de princípios conceitos e normas específicas que pudessem resolver de forma mais satisfatória as questões advindas do meio virtual.

Por isso que há 20 (vinte) anos escrevi o artigo “Primeiras linhas em direito eletrônico”, no qual destaco tópicos relevante a serem estudados e debatidos pelos modernos profissionais da área jurídica como o Direito Eletrônico, o Conceito de Direito Eletrônico, o Direito da Eletrôni-

co como ramo autônomo da ciência do direito, a Natureza jurídica do Direito Eletrônico: Direito Público ou Direito Privado. E mais: a Relação do Direito Eletrônico com outros ramos do Direito: a) com o Direito Constitucional; b) com o Direito Penal; c) com os Direito Humanos; d) com a Propriedade Intelectual; e) com o Direito Civil; f) com o Direito Comercial; g) Com o Direito Administrativo; h) Com o Direito do Trabalho; i) com o Direito Tributário; j) com o Direito do Consumidor; l) com o Direito Eleitoral; m) com a Filosofia do Direito; n) com o Direito Ambiental; o) com o Direito Processual; p) com o Direito de Marcas e Patentes; q) com a Ética na advocacia. Tratados, também, os princípios norteadores; a) Princípio da existência concreta; b) Princípio da racionalidade; c) Princípio da lealdade; d) Princípio intervenção estatal; e) Princípio da Subsidiariedade.

Na verdade, a complexidade da situação advinda dos meios digitais aliada a grande maioria das leis, princípios e códigos existentes serem baseadas em relações físicas dificultam sobremaneira a composição e resolução dos conflitos da atualidade levando o profissional a se deparar com uma realidade ainda mais desafiadora que se reflete no dia a dia do advogado que não pode mais fechar os olhos para a nova geração de relações sociais que requerem cada vez mais um conhecimento atual e universal.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A palavra de ordem é **desafio**. O profissional moderno tem a sua frente o enorme desafio de se adaptar constantemente às novas realidades que se apresentam advindas da

invasão da tecnologia no direito, que está dizimando qualquer outra via que não seja a de subserviência aos meios digitais. Processo, livros, jurisprudências, sustentações orais por videoconferência, audiências virtuais atendimento à distância, enfim, quase todos os procedimentos já realizados virtualmente sobrando apenas um número diminuto de atos que ainda são realizados de forma presencial.

Portanto, aquele advogado que não seguir à risca as mudanças constantes e frenéticas simplesmente será retirado do mercado e relegado a total insignificância não podendo sequer conseguir meios de sobrevivência mínimos. Cosmopolita, versátil, bilingue, no mínimo, hábil, utilizador dos meios eletrônicos dispostos no mercado, pesquisador tenaz de doutrina e jurisprudência e idealizador de uma carreira pautada na tecnologia e direito são as qualidades indispensáveis para as pessoas que desejam ter sucesso na advocacia.

Por fim, repetimos aqui as palavras de um dos mais consagrados e citados advogados do Brasil, Heráclito Fontoura Sobral Pinto, quando afirma, categoricamente, que “*A advocacia não é profissão de covardes*”, transcrevendo a mesma como lição para aqueles que estão na labuta diária; não há desafios que o bom profissional não possa enfrentar e superar e, ainda, que se mantenha orgulhoso de seu mister tratando de conceber a advocacia de tal maneira que no dia em que seu filho pedir conselhos sobre seu destino ou futuro, considere uma honra para propor-lhe que se faça advogado. Seguidos esses ensinamentos não faltará espaço para o jurisconsulto em sua nova jornada, hoje universal, na defesa do direito, com atuação profissional universal.

NOTAS

Brasil tem 1 advogado a cada 164 habitantes; CFOAB se preocupa com qualidade dos cursos jurídicos. OAB Nacional, 2022. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/noticia/59992/brasil-tem-1-advogado-a-cada-164-habitantes-cfoab-se-preocupa-com-qualidade-dos-cursos-juridicos>> Acesso em : 10/11/2022

Advogados em situação de carência econômica devem receber cestas básicas durante a pandemia em MT. G1 MT, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2021/05/04/advogados-em-situacao-de-carencia-economica-devem-receber-cestas-basicas-durante-a-pandemia-em-mt.ghtml>. Acesso em: 10/11/2022

Fico pensando em leis enquanto limpo privadas': a advogada que virou faxineira em São Paulo, 2022. BBC NEWS, 2022. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42574032>>. Acesso em: 13/11/2022.

Advogado de terno carrega burro sem rabo pelas ruas e pede ajuda para a OAB. Amodireito, 2022. Disponível em: <<https://www.amodireito.com.br/2022/04/advogado-terno-carroca-pede-ajuda-oab.html>> Acesso em: 13/11/2022.

Ex-doutor: um a cada três advogados deixa carreira por transtornos mentais. Correio24hs, 2022. Disponível em: <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/ex-doutor-um-a-cada-tres-advogados-deixa-carreira-por-transtornos-mentais/>>. Acesso em: 13/11/2022.

CUNHA, Diego da Rocha. A deterioração da advocacia. Site Direito Público, Disponível em: <<https://direitopublico.com.br/2021/07/a-deterioracao-da-advocacia/>>. Acesso em: 13/11/2022

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. Primeiras linhas em Direito Eletrônico. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3575>. Acesso em: 22 nov. 2022.



12.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Marta Morillas Fernández

Profesora Titular de Derecho Civil – Universidad de Granada.
Directora del Plan Propio de Investigación. Vicerrectorado de
Investigación y Transferencia.

I. INTRODUCCIÓN

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) como ideal común de todos los pueblos, en los que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. La riqueza del texto se articula sobre la diversidad de contextos políticos, sociales y religiosos que conformaron los treinta derechos y libertades que se reconocen, y que seguirán siendo la raíz jurídica en la aplicación del derecho a nivel internacional y nacional.

Gracias a este documento la comunidad internacional cuenta desde 1948 con la DUDH, cuyo artículo dos proclama

la titularidad de los derechos y las libertades fundamentales sin distinción alguna “de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”; el artículo seis indica que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. El artículo siete recoge el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, mientras que en su artículo veintidós se declara el derecho de toda persona a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables para la dignidad de la persona y el desarrollo de la personalidad. También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 reafirma los principios de igualdad, de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad.

Son numerosas las Convenciones Internacionales dictadas a lo largo de estos años para impulsar el reconocimiento y aplicación de estos derechos a nivel mundial y que, sin duda, inciden de manera inherente en las personas con discapacidad. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (CNY), se configura, dentro de este marco jurídico general, como un instrumento de concreción de estos derechos. El objetivo de la Convención queda proclamado en su artículo uno al señalar que su propósito consiste en “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”; incluyendo bajo el concepto de “personas con discapacidad” a todas

“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La implantación de un régimen jurídico de la discapacidad, desde la dignidad y la igualdad, en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, y en el de su capacidad de obrar, requiere una vocación de generalidad y de armonización normativa a través de la recepción de las disposiciones de la Convención en los ordenamientos internos de los Estados, como así se deriva del artículo doce, que proclama que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La Constitución Española reconoce dichos principios: el artículo catorce declara la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; mientras que el artículo cuarenta y nueve ofrece, por su parte, cobertura a la ejecución de políticas activas de integración de discapacitados, al establecer que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención

especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo por Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A partir de ese momento la Convención pasó a formar parte del Ordenamiento jurídico español, con plena eficacia y aplicabilidad directa y con carácter vinculante. Tras la ratificación y publicación de la Convención, el legislador español había acometido la reforma de ciertos aspectos del régimen jurídico de la discapacidad, particularmente en lo relativo al tratamiento registral y a la protección patrimonial de las personas con discapacidad, y había anunciado una reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación para su adaptación a las previsiones de la CNY.

El legislador, por lo tanto, se hacía ya entonces eco de la necesidad de adaptar el régimen legal, sustantivo y procesal, de la incapacidad a los requerimientos de la Convención, y de acometer las reformas legislativas necesarias para llevar a cabo tal adaptación. La más significativa, en este sentido, es la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que modificó numerosas leyes para adecuarlas a la CNY. Es la Disposición adicional séptima de dicha ley la que insta al Gobierno para que, en el plazo de un año, remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación de la normativa del Ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de

las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley debía establecer las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma de decisiones de las personas con discapacidad que la precisen. En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial, respecto a la Ley 26/2011, informó de la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico a los postulados de la Convención, persistiendo en la necesidad de garantizar que la modificación de la capacidad de obrar de las personas que no estuviesen en condiciones de gestionar por sí solas sus intereses fuese la estrictamente necesaria para su adecuada protección y cumpliese los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido. Insistiendo, además, en la obligación de garantizar el respeto a los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad y, en particular, en que las medidas de apoyo en la toma de decisiones y las medidas de protección establecidas en su beneficio se articulasen tomando en consideración sus deseos y preferencias. En este tiempo se ha ido produciendo en la normativa española una progresiva adaptación a los principios de la CNY, entre otros: el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGPD); la reforma del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; o la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV), modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en

relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones.

II. FUNDAMENTOS DE LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

Una vez situado el tema en sus parámetros generales conviene ahora comentar una de las mayores reformas legislativas que se ha producido en el Derecho español, y que se encuentra vinculada al respeto de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad. Su base es la consecución efectiva del principio de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica y la eliminación de todo tipo de discriminación por razón de discapacidad, así como el respeto a la dignidad de estas personas, principios que tienen su encaje constitucional en los artículos 14 y 10 de la CE, respectivamente; y a los que se añaden, también como elementos inspiradores de la reforma los señalados anteriormente de la Convención, el respeto a la tutela de los derechos y libertades fundamentales y a la libre voluntad de las personas con discapacidad. La finalidad no es otra que considerarlos como verdaderos sujetos, titulares de derechos y obligaciones, y por tanto, como sujetos aptos para ostentar la capacidad jurídica, lo que no es sino consecuencia ineludible del reconocimiento de la personalidad jurídica y de su libre desarrollo en condiciones de igualdad y conforme a la dignidad inherente a todas las personas.

Para alcanzar semejante objetivo la Ley 8/ 2021, de 2 de junio, modifica la Ley del Notariado, el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley del Registro Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, y el Código de Comercio. Siendo la modificación al Código Civil la más extensa y de mayor calado pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal.

En este ámbito, una de las cuestiones que mayor confusión ha suscitado en nuestro ordenamiento, ha sido el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, entendida como el reconocimiento por el Derecho de la existencia y esencia de la persona y de su aptitud para ser sujeto, activo y pasivo, de relaciones jurídicas, así como el de la capacidad de obrar. Siguiendo los preceptos de la CNY, el legislador español ha tendido a la unificación bajo un mismo concepto de dos rasgos de la personalidad jurídica que hasta ahora han estado bien diferenciados: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, entendida esta última como la aptitud, no ya para ser titular de relaciones jurídicas, de derechos y obligaciones, sino para el ejercicio de dichos derechos y obligaciones, y, por tanto, para realizar actos y negocios jurídicos con plena eficacia. Esta es la línea a la que la Ley se refiere en múltiples ocasiones, al ejercicio de la capacidad jurídica mediante las medidas de apoyo, que no es otra que la capacidad de

obrar. En algunos casos necesitará de apoyo para tomar sus propias decisiones, respetando su voluntad y deseos, y, en otras, necesitará dotar de eficacia a dichos actos a través de un representante, por no poder autogobernarse por sí misma. Para ello, el nuevo sistema abandona la declaración judicial de la incapacidad y de la modificación judicial de la capacidad, incompatible con el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica –y de obrar– de las personas con discapacidad, desapareciendo los términos “incapaz” e “incapacitación” del acervo jurídico. La incapacidad, entendida como ausencia de la capacidad jurídica y de obrar, solo se concibe respecto de los menores de edad, y por consiguiente, la institución tutelar únicamente se contempla con relación a los menores no emancipados en situación de desamparo y a los menores no emancipados no sujetos a la patria potestad. Coherentemente, desaparece la figura de la patria potestad prorrogada y la rehabilitación de la patria potestad.

Respecto a estas consideraciones el Preámbulo de la Ley insiste en que no se trata, de un mero cambio de terminología sobre la incapacidad sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado

sus derechos y la posibilidad de su ejercicio. La reforma normativa impulsada por esta Ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social.

El juicio sobre la capacidad persiste, pero no para la declaración judicial de la modificación de la capacidad, sino para, en función de su resultado, y en atención a las circunstancias concurrentes, establecer el régimen de guarda legal adecuado y las medidas de apoyo precisas para asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, así como las medidas de salvaguardia adecuadas y proporcionadas para garantizar el funcionamiento regular de las medidas de apoyo; es decir, lo que desde la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha dado en llamar “la confección del traje a medida para la persona con discapacidad”. Así lo señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de septiembre de 2021 al aclarar que “una sentencia judicial que establezca apoyos no lo puede hacer ya en la perspectiva paternalista o médico-asistencial de velar por la persona afectada y promover su desarrollo, sino que debe partir de la capacidad natural y del proyecto vital ya existente (o de su falta) y respetar la libertad mientras responda a una voluntad bien conformada y no perjudique a tercero”.

Se prioriza, por tanto, el autogobierno, la autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, y su voluntad, deseos y preferencias. A la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que

puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autotutela. Fuera de ellas conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que pasa a ser una institución jurídica de apoyo sin investidura judicial formal, fuera de los casos en los que se requiera la sustitución y representación de la persona con discapacidad.

La guarda de hecho deja de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea, tal y como se recoge en el Preámbulo de la Ley. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 26 de septiembre de 2022, en cuanto a la preferencia de la guarda de hecho, al establecer que “ la

guarda de hecho en conclusión que, a diferencia de la curatela representativa solicitada para una significativa pluralidad de actos, es plenamente proporcionada a las circunstancias del caso y conforme con los principios de libertad, autonomía y respeto a los propios derechos de la personalidad que constituyen la finalidad perseguida por la nueva legislación”.

La reforma se centra en una modificación prácticamente integral de la curatela como el sistema de guarda legal adecuado para los casos en los que no exista otra medida de apoyo suficiente y adecuada para la persona con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial, tal y como se manifiesta en el Preámbulo de la Ley. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas.

Destacable y referente es la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021, puesto que fue la primera en aplicar el régimen el nuevo régimen de provisión de apoyos. La persona afectada en este caso padece síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad. Esa patología le condicionaba para el cuidado correcto de su salud y su higiene, así como de la higiene del inmueble en el que reside, con riesgo evidente para la salubridad general y en concreto, la de sus vecinos de edificio. El Ministerio Fiscal presentó una demanda de determinación de la capacidad y

constitución de apoyos y salvaguardas para garantizarle el ejercicio de sus derechos. Solicitó que se determinara con precisión la extensión de los medios de apoyo más idóneos, en concreto, los actos para los que precisaría de apoyo y en qué consistirían, respetando al máximo su autonomía. El afectado se opuso expresamente a la provisión de apoyos. Adujo que no padecía ninguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que justificara la declaración de que carecía de capacidad para regir su persona y administrar sus bienes.

Se estimó en parte la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, en cuanto que modificó su capacidad y acordó el nombramiento de la Comunidad Autónoma como tutora del demandado y autorizó que pudiera entrar periódicamente en su domicilio para tareas de limpieza. El recurso de apelación fue desestimado. Durante la tramitación del recurso de casación se promulgó la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El pleno de la Sala de lo Civil estimó en parte el recurso de casación, fundamentalmente, a efectos de adaptar el pronunciamiento a la regulación resultante de la mencionada Ley 8/2021.

Tras esta exposición del nuevo régimen legal y de su aplicación transitoria, la Sala entra a resolver el caso objeto de litigio, afirmando que de la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: a) es aplicable

a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; b) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»; c) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; d) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y e) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. El Tribunal Supremo establece cuáles son las pautas para juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, sobre la base de que el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar «la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica» y atender «en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias»

III. CONSIDERACIONES FINALES

Tal y como se puso de manifiesto al comenzar este trabajo, la reforma normativa en el Ordenamiento jurídico es-

pañol ha impulsado y trabajado todos estos años, por el reconocimiento de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad. Para ello ha introducido un cambio de paradigma en la legislación, adaptándose a la CNY, y fomentando el derecho a la igualdad, a la no discriminación y al reconocimiento de su personalidad jurídica. Los principales ejes de la reforma, para conseguir los objetivos propuestos se asientan en los siguientes parámetros: a) desaparición de la incapacidad y de la tutela como institución limitativa de la capacidad de personas afectadas por alguna discapacidad; b) fomento del sistema de la guarda de hecho; c) curatela asistencial y representativa, sólo en casos limitados en que, por las circunstancias concurrentes, sea preciso articular medidas sustitutivas de carácter representativo, y solo en la medida y con el alcance que fuere preciso; d) la promoción de la autonomía y la voluntad de las personas afectadas por discapacidades, y la promoción de su autogobierno; y e) el establecimiento de un sistema de apoyos y de asistencia a la persona con discapacidad adecuado a la discapacidad que le afecta que le permita desenvolverse en condiciones de igualdad con las demás personas en todos los aspectos de la vida, basado en la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

BIBLIOGRAFÍA

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, en *Diario La Ley*, nº10021, Sección Dosier, 2022. Wolters Kluwer.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, En *Diario La Ley* nº 9961, Sección Tribuna. LA LEY 12161/2021.

GARCIA RUBIO, M.^a P., “La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles”, en “*El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*” Wolters Kluwers, 2021.

GÓMEZ- LINACERO CORRALIZA, A. “Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad”, en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, LA LEY 494/2022.

UREÑA CARAZO, B. “El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista”, en LA LEY Derecho de familia, Nº 33, Sección A Fondo, Primer trimestre de 2022, Wolters Kluwer.

VELA TORRES, P.J “Primera sentencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la nueva Ley de apoyo a personas con discapacidad”, *Diario La Ley*, Nº 9962, Sección Comentarios de jurisprudencia, 29 de Noviembre de 2021, Wolters Kluwer.



13.

**ENTORNO AL CONCEPTO DEL DERECHO CIVIL.
LA PERSONA COMO VALOR PERMANENTE. SU
«HUMANIZACIÓN»**

Miguel Ángel Moreno Navarrete

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad
de Granada (España).

Dice GIL RODRÍGUEZ —parafraseando a GARRIGUES (1967, p. 435)— que el Derecho civil tiene: «Un pasado lógico y armonioso, un presente confuso y un porvenir bastante incierto» (1989, p. 319).

Afirmaba CASTÁN que es difícil dar un concepto técnico de Derecho civil, ello porque ni desde el punto de vista etimológico (*civitas*=ciudad), ni desde el punto de vista de la significación vulgar, no nos da una idea clara y definida, pero siguiendo al mismo autor, lo que es significativo es que dicho concepto —como en realidad todo lo concerniente a lo jurídico— es una entidad de elaboración histórica (1954, p. 409; JORDANO BAREA, 1962, pp. 717 ss.). En el mismo sentido, DE CASTRO, dice que «para llegar al concepto del Derecho civil no es posible, y menos útil, una definición de tipo abstracto o descriptivo» (1984, p. 116). No se trata de una construcción racional o científica creada por el hom-

bre, sino que ha sido víctima de su propio devenir histórico o, como dice ALBALADEJO, «no constituye una unidad lógica, sino histórica» (1996, p. 41).

En este sentido, como dice MEDINA DE LEMUS: «El Derecho civil puede ser entendido como un archivo de siglos donde han ido a parar las experiencias, saberes, y creencias de una comunidad» (2000, p. 22).

Pero existe también otra vía para conceptuar el Derecho civil: la dogmática; aunque cierto es que siempre se ha optado por seguir el cauce histórico: evolutivo, circunstancial y aproximado; a pesar de que la vía dogmática ofrece la posibilidad de hallar un concepto absoluto, suprahistórico y universal (DÍEZ-PICAZO, 1959, pp. 601-603; JORDANO BAREA, 1962, pp. 717-720; GIL RODRÍGUEZ, 1989, p. 318).

Es habitual en la Doctrina decir que el concepto de Derecho civil no se puede determinar a priori, sino que resultará de lo que en cada momento histórico aparezca calificado como tal. De esta forma, el Derecho civil no tiene carácter dogmático y apriorístico, sino un carácter puramente histórico y positivo (JORDANO BAREA, 1962, pp. 717).

El Derecho civil es una categoría histórica formada por circunstancias de muy diversa índole, y dicha historicidad, según DE LOS MOZOS, hay que considerarla como expresión de una «continuidad», que comienza en el Derecho romano y que se manifiesta en la conservación de la tradición romanística, no solamente por el contenido de sus normas jurídicas, sino también por una actitud uniforme en

la manera de afrontar los problemas jurídicos. De esa forma, —continúa el mismo autor— «su verdadera formación como disciplina deriva del fenómeno concreto de la recepción que constituye en la Edad Media, el capítulo fundamental de aquella continuidad y que se va a desenvolver, a partir de entonces, mediante el Derecho común»; —continúa el autor— «su verdadera formación como disciplina deriva del fenómeno concreto de la recepción que constituye en la Edad Media, el capítulo fundamental de aquella continuidad y que se va a desenvolver, a partir de entonces, mediante el Derecho común» (1977, p. 50-51).

Decía DE CASTRO que el momento histórico y las ideas políticas condicionan el concepto de Derecho civil, debiéndose uno quedar con los caracteres que le han impregnado el momento histórico olvidando las ideologías partidistas (1984, p. 115).

Por su parte, DÍEZ-PICAZO afirma que cuando se trata de dar un concepto de Derecho civil, la dificultad viene determinada no solo por el objeto propio de la investigación, sino porque, además, el Derecho civil está en íntima relación con la política, la sociedad y la economía en que se desarrolla el Derecho en cada momento histórico (1959, pp. 595-596).

«Nosotros entendemos —afirman DIEZ-PICAZO y GULLÓN— que lo que hoy llamamos Derecho civil no es otra cosa que una manera o una forma, históricamente condicionada, de estudiar una parte o un sector del ordenamiento jurídico, de tal modo que tanto el criterio lógico para aislar dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico esta

parte o este sector y llamarlo Derecho civil, como el criterio o los criterios para analizarlo y exponerlo se encuentran en función de la línea de la evolución histórica del pensamiento jurídico de nuestra civilización» (1998, p. 31).

En efecto, es común denominador de nuestro derecho patrio la formación histórica de los conceptos e instituciones jurídicas a las que el Derecho civil como rama del Derecho no ha sido ajena, por este motivo se hace necesario el estudio de su concepción histórica (vid. supra) para así poder entender como el Derecho civil ha llegado a ser lo que es y entender su futuro como algo predecible.

Afirma DE BUEN que existe, con relación al Derecho civil, una causa importante de oscuridad cual es el modo de cómo se ha formado ya que, frente a otras ramas jurídicas las cuales surgen por la analogía de ciertas instituciones y una necesidad de estudio unitario, el Derecho civil «se ha elaborado a la inversa, no es un producto de asimilación sino un resto de desasimilación». Por ello su contenido no consiste en un conjunto de instituciones agrupadas en torno a ciertos principios, sino todas aquellas instituciones no incluidas en las nuevas disciplinas desgajadas con vida propia (1921, p. 161).

Por otra parte, HERNÁNDEZ GIL pone de manifiesto que, al tratarse el Derecho civil de un Derecho positivo, se enlaza directamente con la organización política y está íntimamente ligado al proceso de formación de la ciencia del derecho (1943, p. 385).

Más modernamente, GIL RODRÍGUEZ, sostiene igualmente que el Derecho civil, como Derecho positivo,

por la singularidad de la materia acotada, cual es, la persona, y, en función es ésta, la familia y el patrimonio, a la que le otorga preeminencia y perdurabilidad, «no puede por menos de acusarse el presente devenir histórico» (1989, p. 318).

Por el contrario, sostiene JORDANO BAREA, el «valor permanente», apriorístico, del Derecho civil por estar inmediatamente fundado en el Derecho natural cristiano, pues —siguiendo a DE CASTRO— el Derecho civil está en constante e inmediata dependencia con el Derecho natural. Por tanto —continúa JORDANO BAREA— «la permanencia y perenne vitalidad del *ius civile* está asegurada porque, más allá de todas las valoraciones y concreciones históricas que cada pueblo y cada época representan y tratan de imponer, existe un Derecho con general y universal validez para todos los hombres, todos los pueblos y todas las épocas». El Derecho civil es connatural a la propia existencia humana. Es, por excelencia, el Derecho de los principios de Derecho natural (1962, p. 719 ss.).

A nuestro entender, la explicación podría encontrarse al buscar el origen propio del Derecho civil. Así, individuo y sociedad son los elementos esenciales para el nacimiento del Derecho en general y del Derecho civil en particular, y éste es necesario, y su necesidad es consecuencia directa de la vida social, pues, donde existe una sociedad, allí hay derecho «*ubi societas ibi ius*» según la regla de origen medieval.

Ha sido siempre una constante de nuestro pensamiento que el Derecho civil se constituye o nace cuando acaece el conflicto, porque el derecho nace del hecho «*ex facto ius*

oritur» (BÁRTOLO, *Comentaria ad Codicem* 3.9.1, núm. 4, vol. VII, cap. 112). E incluso que acotada la vía pacífica de resolución de los conflictos, la decisión final de los mismos también es creadora de derecho «*ex sententia fit ius*» (AZÓN, *Brocarda*, rúb. 26, fol. 75). Pero frente a las particularidades de la sentencia, la cual otorga derechos singulares a las partes, el Derecho civil como tal se establece en general «*iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*» (ULPIANO, *Digesto* 1.3.8), para todos, sin distinción o con igualdad ante la ley.

En efecto, el Derecho civil nace de la necesidad de resolución de los conflictos intersubjetivos cuyo último fin es la paz social, pero, en ocasiones, el hombre con anterioridad al conflicto puede compelerse a pasar por lo que él mismo dispone tanto por sí, como en conveniencia con otro, en este caso, también el Derecho civil nace, pero no es un Derecho general sino particular inter-partes de quién consiente la sumisión al mismo. Y, del mismo modo, el hombre puede estar en la creencia de que lo que hace reiteradamente se debe hacer así, porque de esta forma actúa su Comunidad. En consecuencia, el origen del derecho puede ser: la necesidad de resolver el conflicto, el consentimiento y la costumbre «*omne ius aut consensus fecit aut necitas constituit aut firmavit consuetudo*» (MODESTINO, *Digesto* 1.3.40). De esta forma, el Derecho privado como instrumento para la ordenación y pacificación de las relaciones privadas tiene su origen, al igual que el derecho en general, en la Ley, la costumbre y, en exclusiva frente al Derecho público, en el consentimiento.

El origen del Derecho civil es invariable en cualquier sistema de Derecho y momento histórico, porque, —dice JORDANO BAREA— «donde quiera que exista la persona en su genuina dimensión social y se reconozca como imperativo categórico su auténtico puesto y significado jurídico en cuanto tal, habrá Derecho civil». Por tanto, según esta doctrina, el Derecho civil tiene un carácter apriorístico y dogmático que gira en torno a la persona y su comportamiento en la sociedad (1962, pp. 721-722).

En cuanto al concepto propiamente dicho, la doctrina tradicionalmente ha distinguido entre fórmulas descriptivas y sintéticas para dar un concepto de Derecho civil.

Respecto a las fórmulas sintéticas, CASTÁN sistematiza la cuestión, concretando que son aquellas que en torno al concepto de Derecho civil consideran a este como una reunión del Derecho privado y el Derecho de familia.

Entre éstas, están aquellas que consideran al Derecho civil como Derecho privado o como Derecho privado general. Según GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ el Derecho civil es «el conjunto de principios, conformes con el espíritu del Derecho natural, que establece las relaciones de los ciudadanos entre sí, en cuanto concierne a sus personas y sus bienes» (1862, p. 77).

La identificación del Derecho civil con el Derecho privado general es producto —advierte MARTÍNEZ DE AGUIRRE— por un lado, del proceso de privatización experimentado por el Derecho civil a lo largo de su historia; y por otro, «por la sucesiva disgregación de materias que

en su día estaban encuadradas bajo la disciplina común del Derecho privado»; de ahí que el Derecho civil «no es sino ese Derecho privado no cualificado por ninguna otra matización conceptual» (1991, pp. 16-17).

DE CASTRO se aparta de las clasificaciones pues para este autor no es posible una definición de tipo abstracto o descriptivo, lo que realmente interesa es «tener una idea de Derecho civil que sirva de guía y orientación al jurista, que indique la función y el fin que le compete en la organización del Estado» (1984, p. 116).

Según FERRARA el Derecho civil es «el conjunto de las normas que disciplinan las relaciones de los individuos o entes jurídicos, considerados como iguales, tanto en la esfera personal como en la del patrimonio» (1921, p. 153).

Dice DE BUEN que la materia civilística y las normas jurídicas civiles, incluso en los Códigos de carácter más individualista, su contenido no es siempre Derecho privado, en gran número de casos su naturaleza es dudosa y en otros se ha de calificar sin vacilaciones que es Derecho público. Para ello se fundamenta en los propios conceptos históricos de Derecho privado y Derecho civil afirmando que es de una relativa modernidad el enlace de ambos conceptos, ya que, en Roma, tenían significación distinta (*ius privatum–ius civile*), por ello se impone –continúa el autor– una revisión del concepto que considera al Derecho civil como una rama del Derecho privado. Se pregunta este autor si es posible admitir que la doctrina de la norma jurídica es Derecho privado o la organización de guarda de los menores e

incapacitados. Incluso llega más allá y cuestiona la naturaleza privada de las regulaciones de la familia y la propiedad de las que afirma la tendencia cada día más acentuada a reconocerlas como Derecho público (1921, pp. 161-162).

Pero a pesar de estas consideraciones, la doctrina mayoritaria considera el Derecho civil como Derecho privado general frente a otras ramas de Derecho privado separadas del mismo. Según LANGE es «el Derecho privado no especializado», «el Derecho de la vida diaria» (citado por LACRUZ BERDEJO, 1999, p. 32). Para ALBALADEJO es «el Derecho privado general, que regula las relaciones más comunes de la convivencia humana» (1996, p. 41).

Algunos autores, como MARTÍNEZ DE AGUIRRE, lo han denominado «Derecho privado residual», debido a las disgregaciones sufridas por el Derecho civil a lo largo de su Historia y, más preocupante, las que quedan por venir. Incluso —continúa— el Derecho civil pasaría de ser el Derecho tradicional, entregado por las generaciones anteriores, a ser el Derecho viejo; en definitiva, de ser privado general a ser Derecho privado residual. De esta forma, siguiendo a CIAN, existen dos alternativas fundamentales en la conceptualización del Derecho civil: como «conjunto de normas y principios jurídicos que afectan al *civis*, con excepción de eventual dimensión de *homo aeconomicus*, o como *summa* y ciencia de los principios y de las reglas que deben valer como elementos comunes de base, como tejido conectivo, precisamente, para todos los sectores del Derecho privado» (1991, pp. 24-25; CIAN, 1989, p.4).

De entre estas dos alternativas expuestas, sostiene MARTÍNEZ DE AGUIRRE, que cabe identificar tres alternativas posibles (1991, pp. 26 ss.):

a) La consideración del Derecho civil como el Derecho propio del *civis* en sus relaciones más habituales. Es la postura de la doctrina mayoritaria. Entre otros, DE CASTRO (1984, p. 115 ss.), HERNÁNDEZ GIL (1943, p. 307 ss.), JORDANO BAREA (1963, p. 725), ALBALADEJO (1996, p. 41), DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1998, p.41 ss.).

b) La exclusión de la dimensión económica del *civis* del ámbito del Derecho civil.

c) La configuración del Derecho civil como ciencia de los principios y reglas comunes a todas las ramas del Derecho privado.

Quienes defienden la idea del Derecho civil como Derecho propio del *civis* —continúa MARTÍNEZ DE AGUIRRE— lo conciben como Derecho privado general tienden a valorarlo como «Derecho privado nuclear», no como «Derecho privado residual» (1991, p. 28).

Otros, centran el concepto de Derecho civil en torno a la idea de persona. En este sentido DE DIEGO lo conceptúa como «el conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más generales de la vida, en que el hombre se manifiesta como tal, es decir, como sujeto de derecho, de patrimonio y miembro de una familia, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del concierto social» (1959, p. 41). Para HERNÁNDEZ GIL, el Dere-

cho civil es «el Derecho privado general que tiene por objeto la regulación de la persona en su estructura orgánica, en los derechos que la corresponden como tal y en las relaciones derivadas de su integración en la familia y de ser sujeto de un patrimonio dentro de la comunidad» (1943, p. 410). Dentro de las fórmulas sintéticas, JORDANO BAREA para quién Derecho civil es «el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto la regulación de la conducta de la persona en cuanto tal, dentro de la sociedad» (1963, p. 725).

Como expone Díez-Picazo, «Al caminar hacia la privatización, el Derecho civil ha caminado hacia su verdadero objeto: la persona como ‘ser de fines’. Y este es el valor permanente del Derecho civil: la defensa de la persona como ser de fines. Con esto parece aislarse brillantemente todo el sentido interno del Derecho civil» (1959, p. 642).

A juicio de Martínez de Aguirre, el Derecho civil ha de entenderse a partir del concepto de persona, pues su sentido y finalidad son «la protección y servicio a la persona, entendida como ser humano» (1991, p. 111).

Pero, frente a esta postura mantenida por este autor y otros, se posiciona cierto sector doctrinal —como Carrasco Perera— que aboga por la consideración de la persona como presupuesto necesario del tráfico patrimonial, como sujetos del tráfico jurídico. La humanización no es un objetivo del Derecho civil en cuanto éste se acota en las relaciones de Derecho entre sujetos (1988, p. 34 ss.).

Tal planteamiento es calificado por Martínez de Aguirre como reduccionista ya que, en realidad, se re-

fiere fundamentalmente a la regulación del Código Civil, es decir, al modelo francés. La tesis de la patrimonialidad como fundamento y la persona como presupuesto no engloba todo el contenido del Derecho civil. En este sentido —continúa el autor— las personas pueden casarse, divorciarse, declaradas incapaces, etc., y su protección por el Derecho civil se extiende más allá del ámbito patrimonial, en definitiva, nos encontramos ante una progresiva «humanización» del Derecho civil (1991, p. 111 ss., y nota 138).

Buena muestra de esta teoría es la «Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea» (2010), la cual nace para reforzar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.

Pero, por otra parte, la realidad actual es que la segunda posición se abre paso, al considerarse la persona como sujeto de la relación jurídica patrimonial. Prueba de ello es la propuesta normativa de futuro sobre la robótica y su calificación en el tráfico jurídico, la cual introduce la posibilidad de dotar de personalidad jurídica a las máquinas dotadas de inteligencia artificial.

Así la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), cuando dice que se ha de «crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más comple-

jos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente».

El debate está abierto, a nuestro entender, el Derecho civil no es exclusivamente «patrimonial», sino que la persona es un valor subyacente en toda su extensión por lo que es necesaria su humanización.



14.

A PANDEMIA E SEUS DESAFIOS: A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO NA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Ricardo Tadeu Bugarin Duailibe

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Bruno Carvalho Pires Leal

Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade examinar a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão para garantir aos cidadãos o direito fundamental de acesso à justiça diante dos desafios vivenciados em decorrência da pandemia do novo coronavírus – Covid-19.

Inicialmente aborda-se o acesso à justiça enquanto direito fundamental, examinando suas principais características e sua posição constitucional. Em seguida, estudam-se as políticas implementadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão para garantia desse direito fundamental.

Para a realização deste trabalho, utiliza-se da pesquisa bibliográfica e da documentação indireta.

II. O ACESSO À JUSTIÇA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza, em seu art. 10, que “todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

Nessa mesma linha, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14.1, garante, dentre outros aspectos, o direito das pessoas em serem ouvidas publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.

Do mesmo modo, o direito à proteção judicial é garantido pelo art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, estipulando que os Estados-partes devem garantir que o acesso aos juízes e tribunais ocorra de forma simples, rápida e efetiva.

No âmbito nacional, o direito ao acesso à justiça encontra-se presente no ordenamento jurídico pátrio desde a Constituição de 1946, a qual estipulava, em seu art. 141, §4º, que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Inobstante as modificações efetuadas pela Constituição de 1967, por meio da Emenda Constitucional nº 7/1977, que condicionou o prévio acesso à jurisdição ao exaurimento das vias administrativas, a Constituição de 1988 excluiu o viés restritivo implantado pela ordem constitucional anterior, estabelecendo, em seu art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Diante do seu caráter de direito fundamental, cabe ao Poder Público adotar medidas capazes de concretizar o direito fundamental de acesso à justiça, não apenas na sua faceta formal, eliminando barreiras que impeçam o cidadão de acessar o Poder Judiciário, mas também no seu aspecto material, garantindo uma prestação jurisdicional simples, célere e efetiva.

Tecidas essas ponderações preliminares, cabe analisar a atuação do Tribunal de Justiça do Maranhão no intuito de promover o direito ao acesso à justiça durante a pandemia do novo coronavírus – Covid-19.

III. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO NA DEFESA DO ACESSO À JUSTIÇA

Terceira Corte de Justiça mais antiga do Brasil, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão recentemente completou 209 anos de existência e de esforços para implementação do acesso à justiça no Estado.

Instituição bicentenária, a Corte Maranhense, em conjunto com todo o Poder Judiciário Nacional, vem investindo

de forma constante em despesas com equipamentos de informática e eletrônicos no intuito de modernizar sua estrutura e atender as demandas do mundo contemporâneo.

A título exemplificativo, dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça apontam que a série histórica de gastos com informática apresentou tendência de crescimento entre os anos de 2009 e 2014, mantendo, desde então, certa estabilidade, com elevação de 11,86% em 2021 (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2022).

É nesse cenário que o Ministro Marco Aurélio, no prefácio da obra do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Cesa Asfor Rocha, reflete sobre a adaptação do Poder Judiciário, instituição erguida sobre o alicerce da tradição, com a velocidade vertiginosa das performances midiáticas, que acaba por expor, segundo o citado Ministro, a maior fragilidade do Poder Judiciário: a morosidade na entrega da prestação jurisdicional (ROCHA, 2007, p.7).

Com o advento da pandemia do novo coronavírus – Covid-19, o processo de modernização do Poder Judiciário foi, de certa forma, acelerado. Isso porque, por meio da Resolução nº. 313/2020, foi instituído o regime de Plantão Extraordinário no intuito de prevenir o contágio, uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários e garantir o acesso à justiça (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2020).

Dentre as medidas adotadas, destaca-se a suspensão de prazos processuais e do atendimento presencial de partes, advogados e interessados, o qual deveria ser realizado remotamente pelos meios tecnológicos disponíveis, bem como

estabelecida a faculdade aos Tribunais para disciplinar o trabalho remoto de magistrados, servidores e colaboradores para realização de expedientes internos, como elaboração de decisões, sentenças, minutas, sessões virtuais e atividades administrativas (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2020).

Inicialmente previsto para vigorar até 30/04/2020, o regime de Plantão Extraordinário foi sucessivamente estendido, por meio das Resoluções nº. 314, 317 e 318, todas de 2020, bem como ampliada a possibilidade de utilização dos meios remotos para outros atos processuais, tais como realização de audiências por videoconferência, perícias por meio eletrônico.

No âmbito do Poder Judiciário do Estado do Maranhão, a Portaria-Conjunta nº. 14/2020, expedida em 23/03/2020, veio a estabelecer medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo coronavírus, instituindo o regime de Plantão Extraordinário, na esteira das determinações do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, 2020).

O trabalho remoto, no Maranhão, foi mantido, ainda que parcialmente, até abril de 2022, quando então foi expedida a Portaria-GP nº. 215/2022, que disciplinou o retorno das atividades presenciais, sendo este de 70% até 1º de abril de 2022 e de 100% a partir dessa data (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, 2022).

Inobstante o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Maranhão já permitisse, antes mesmo do advento da pandemia, a realização de sessões virtuais de julgamento, em consonância com o disposto nos seus arts. 341 e seguintes,

o cenário de interrupção das atividades presenciais exigia atuação da Corte Maranhense para permitir a realização das sessões de julgamento que até então eram necessariamente realizadas de forma presencial, diante da possibilidade de sustentação oral dos advogados das partes litigantes.

No intuito de remover essa barreira, a Corte Maranhense editou a Resolução nº. 22/2020 regulamentando a realização de sessões de julgamento por videoconferência no âmbito do Tribunal de Justiça do Maranhão (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, 2020).

Dentre outras medidas adotadas para promover o célebre acesso à justiça, deve-se mencionar o Provimento nº. 13/2020, que determinou tratamento prioritário aos feitos criminais de pessoas presas, nos casos discriminados no art. 4º da Resolução-CNJ nº. 313/2020 e no art. 7º da Portaria Conjunta TJMA nº. 14/2020.

Do ponto vista formal, o acesso à justiça também foi garantido no âmbito das serventias extrajudiciais a partir do Provimento nº. 21/2020, no qual se determinou que os serviços de notas e de registros do Estado do Maranhão continuariam sendo prestados durante o período da pandemia, cabendo aos delegatários titulares, interinos ou interventores disciplinarem o seu funcionamento, com a estrita observância da legislação sanitária e laboral aplicável.

Ainda sob o aspecto formal, o Provimento nº. 53/2020, por sua vez, autorizou e regulamentou o atendimento remoto de advogados, procuradores, defensores públicos, membros do Ministério Público e da Polícia Judiciária, bem

como das partes no exercício do seu *Jus Postulandi*, no período da pandemia.

Ao lado das medidas administrativas adotadas para garantir o seu pleno funcionamento durante a pandemia, deve-se registrar que a Corte Maranhense figura dentre as mais produtivas do País, de acordo com o relatório anualmente elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça.

I. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações efetuadas, observa-se que o acesso à justiça é reconhecido, nacional e internacionalmente, como um direito fundamental ao homem, cabendo ao Poder Público adotar as medidas necessárias para efetivá-lo e, em contrapartida, evitar condutas que possam vir a vilipendí-lo.

Nesse cenário, a pandemia do novo coronavírus – Covid-19 proporcionou enormes desafios ao Poder Judiciário nacional, diante da necessidade de uma rápida adaptação ao contexto vivenciado, de modo a proporcionar a manutenção de suas atividades e, por conseguinte, a garantia do acesso à justiça aos cidadãos.

Com base nos elementos estudados, pode-se concluir que o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão atuou de maneira rápida e eficaz no intuito de resguardar o acesso formal e material à justiça diante dos desafios submetidos pela pandemia do coronavírus – Covid-19, adotando todas as medidas indispensáveis à manutenção do seu funcionamento e ao resguardo desse direito fundamental e indispensável ao homem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em números 2022. Disponível em: [justica-em-numeros-2022.pdf](#) (cnj.jus.br). Acesso em: 13 nov. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 313/2020. **Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial**. Disponível em: Resolução n.º 313 (cnj.jus.br) Acesso em: 13 de nov. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Portaria-Conjunta n.º. 14/2020**. Dispõe sobre medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo Coronavírus (COVID-19). Disponível em: [portaria_conjunta_142020_23032020_1225.pdf](#) (tjma.jus.br). Acesso em: 13 nov de 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Portaria-GP n.º. 215/2022**. Dispõe sobre o retorno das atividades presenciais no Poder Judiciário do Estado do Maranhão. Disponível em: [portaria_2152022_18_03_2022_19_17_56.pdf](#) (tjma.jus.br). Acesso em: 13 nov. de 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Provimento n.º. 53/2020**. Autoriza e regulamenta o atendimento remoto de advogados, procuradores, defensores públicos, membros do Ministério Público e da Polícia Judiciária, bem como das partes no exercício do seu Jus Postulandi, no período da pandemia de Covid-19. Disponível em: [1a6a-12fccf590d96e9a5744731908bf4.pdf](#) (tjma.jus.br). Acesso em: 13 nov. de 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Provimento n.º. 21/2020**. Dispõe sobre o funcionamento das serventias extrajudiciais do Estado do Maranhão durante o período da crise sanitária ocasionada pela pandemia da COVID-19. Disponível em: [untitled_06052020_1505.pdf](#) (tjma.jus.br). Acesso em: 13 nov. de 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Provimento n.º. 13/2020**. Dispõe sobre a normatização de atos procedimentais que devem ser praticados nos feitos criminais em tramitação nas unidades judiciárias da Justiça de Primeiro Grau do Estado do Maranhão, durante o período do Plantão Extraordinário, instituído pela Resolução n.º.

313/2020 do Conselho Nacional de Justiça, em decorrência do avanço da doença infecciosa denominada internacionalmente de Covid-19, reconhecida pandemia pela Organização Mundial de Saúde – OMS. Disponível em: [VisualizarMateriaPDF.mtw](#) (tjma.jus.br). Acesso em: 13 nov. de 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Resolução nº. 22/2020**. Permite o uso de videoconferência para realização das sessões de julgamento no âmbito do Tribunal de Justiça do Maranhão, em face da excepcionalidade gerada pela pandemia provocada pelo novo Coronavírus (COVID-19). Disponível em: [resoluo_gp_222020_publicada_13042020_1646.pdf](#) (tjma.jus.br). Acesso em: 13 nov. de 2022.



15.

POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Rita Agra

Secretária-Geral da Rede Internacional de Excelência Jurídica. Sócia colaboradora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT.

I. INTRODUÇÃO

A Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) foi um marco na história da humanidade na busca da garantia dos direitos humanos de todos os povos introduzindo uma concepção universal e indivisível desses direitos e serviu para a construção de Constituições de diversos Estados que primam pela democracia buscando assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos seres humanos.

Apesar de todos os esforços para que os direitos humanos sejam garantidos e respeitados, ainda nos deparamos com diversos tipos de violação desses direitos. Entre eles, o trabalho escravo, exploração infantil, ausência de julgamento justo, violência doméstica, preservação do meio ambiente e ausência de liberdade de expressão.

O reconhecimento dos direitos humanos através de convenções e documentos oficiais é importante, mas por si só não garante que eles sejam efetivos. Daí a necessidade de os Estados atuarem para o desenvolvimento e a implementação de ações preventivas visando evitar ameaças ou violações a esses direitos.

As instituições públicas são fundamentais para assegurar a promoção de condições de vida humana mais digna através de uma real efetivação dos direitos humanos, assim como é fundamental uma atuação vigilante da sociedade como forma de contribuir para a sua própria proteção. Quando estas instituições são enfraquecidas poderá ocorrer um prejuízo à garantia dos direitos humanos na sociedade, principalmente quando se tratar de um Estado em que existe grande desigualdade econômica e social.

O Estado é o agente produtor e regulador das políticas públicas, que devem ser criadas também sob a perspectiva de direitos humanos abrangendo todos os níveis territoriais do governo de forma coordenada, mas mantendo a descentralização das ações permitindo um melhor aproveitamento e buscando a disseminação dessas políticas como forma de incentivar a cultura de direitos humanos.

II. DESENVOLVIMENTO

Políticas públicas, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, se tratam de “metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger” (i) e têm como principal

objetivo racionalizar as ações governamentais, onde devem ser levadas em consideração características como eficiência, economia, efetividade, oportunidade e produtividade permitindo que o Estado utilize os seus recursos da melhor forma possível.

A II Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada na cidade de Viena em junho de 1993 teve como um dos elementos centrais da Declaração e do Programa de Ação da Convenção a necessidade de estabelecer programas de políticas públicas de direitos humanos, como consta nos seus itens 69 e 71, conforme abaixo:

69. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos recomenda vivamente que seja criado, no âmbito das Nações Unidas, um programa completo para ajudar os Estados na tarefa da construção e do reforço das estruturas nacionais adequadas que tenham um impacto direto na observância generalizada dos Direitos Humanos e na manutenção do Estado de Direito. [...]. O programa deverá colocar à disposição dos Estados o apoio para a realização de planos de ação com vista à promoção e à proteção dos Direitos Humanos.
(...)

71. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos recomenda que cada Estado pondere a oportunidade da elaboração de um plano de ação nacional que identifique os passos através dos quais esse Estado poderia melhorar a promoção e a proteção dos Direitos Humanos.

No Brasil as políticas públicas vêm adquirindo importância a partir da Constituição Federal de 1988 que é a ma-

triz normativa do seu sistema jurídico, em que se reconhece a importância da dignidade da pessoa humana, necessidade de ter uma sociedade justa e proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos. Essas políticas incluem o campo dos direitos humanos mostrando que é preciso ações estatais efetivas para a concretização de uma melhor qualidade de vida das pessoas, tanto individualmente como coletivamente, tendo como objetivo o respeito, a proteção e a reparação dos direitos considerados naturais do ser humano.

É através das políticas públicas que o Estado terá interação com a sociedade e que permitirá conhecer as demandas sociais, que é fundamental para a busca de soluções de forma eficiente e eficaz seguindo o ciclo de identificação do problema, o levantamento de possíveis alternativas para solucionar o problema e verificação de qual dessas alternativas é a mais viável para ser implementada levando em consideração os recursos disponíveis e, por fim, fazer uma avaliação do resultado para medir a efetividade observando se há necessidade de melhorias. O desenvolvimento de políticas públicas é uma tarefa contínua e é de suma importância que tenha a participação da sociedade.

Como nos ensina a professora Maria Paula Dallari Bucci:

As políticas públicas funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses. Segundo uma definição estipulativa: toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular. Os elementos das políticas pú-

blicas são o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios alocados para a realização das metas e, finalmente, os processos de sua realização. (ii)

Temos no Brasil a entidade denominada Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH) que atua há 40 anos em defesa dos direitos humanos. É um composto de mais de quatrocentas entidades, grupos e coletivos de luta pelos direitos humanos, tem uma atuação autônoma, independente e suprapartidária e é representada pela sociedade civil. Não tem fins lucrativos e trata-se de um importante mecanismo para políticas públicas que devem obedecer aos princípios da universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, como foi sugerido na Convenção de Direitos Humanos de Viena de 1993.

A comunidade internacional vem valorizando os direitos humanos nas últimas décadas, onde vários países, entre eles o Brasil, fazem parte dos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos que são um conjunto de normas, órgãos e mecanismos internacionais incluindo convenções e tratados. Temos os sistemas regionais de proteção, que são o Interamericano, o Europeu e o Africano; e um sistema universal representado pelas Nações Unidas.

Vale salientar que o Brasil ratificou diversos tratados e convenções internacionais que deve respeitar e promover e que também servem de espelho para estruturação e supervisão de suas políticas públicas na seara dos direitos humanos, tendo a DUDH como a principal referência, onde enumera

um conjunto de direitos para que todo cidadão possa desfrutar de uma vida digna e com liberdade.

Atualmente, o principal programa de direitos humanos no Brasil é o Programa Nacional de Direitos Humanos-3 (PNDH-3) que representa um dos principais incentivos e referência na construção de políticas norteadoras da questão dos direitos humanos. O PNDH-3 não tem força de lei servindo apenas para orientar as ações governamentais e tem como principal função tutelar os direitos humanos como requer um Estado democrático.

O Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) é uma recomendação da Convenção Mundial realizada em Viena em 1993 onde os Estados se comprometeram com a promoção da proteção das pessoas desamparadas e excluídas, que deve contar com a participação da sociedade civil, assim como a busca de um judiciário mais eficiente permitindo maior acesso a todos os cidadãos. O PNDH deve ter objetivos bem definidos e precisos com maior destaque aos direitos civis, como o direito de ir e vir, direito a liberdade de expressão e direito de propriedade. O Programa também deve enfatizar os direitos sociais como educação, saúde, emprego, moradia, lazer, transporte e segurança.

As políticas públicas para proteção e promoção dos direitos humanos no Brasil de acordo com o PNDH-3 são pautadas nas seguintes diretrizes: interação democrática entre o Estado e a sociedade civil; desenvolvimento e direitos humanos; universalização dos direitos em contexto de desigualdades; segurança pública, acesso à justiça e combate à

violência; educação e cultura em direitos humanos; direito à memória e à verdade.

O governo brasileiro, em fevereiro de 2021, através do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, publicou a Portaria nº 457 objetivando a instituição de um grupo de trabalho para rever as diretrizes da sua Política Nacional de Direitos Humanos, que foi muito criticado pela ausência de representantes da sociedade civil.

I. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana é o principal fundamento dos direitos humanos, o que significa que todos devem ter direito à saúde, saneamento básico, emprego, educação, acesso à justiça, moradia, integridade física, entre outros.

A garantia dos direitos humanos não é possível apenas por meio das leis que asseguram a proteção da pessoa humana através de obrigações jurídicas dos Estados. É também necessária a criação de ações por meio de políticas públicas para a tutela e promoção desses direitos que devem ser desenvolvidas e monitoradas de forma contínua, onde é fundamental a participação da sociedade civil no processo de produção da defesa dos seus direitos individuais e coletivos.

O Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), recomendado pela Convenção Mundial de Direitos Humanos realizada em Viena em 1993, serve como referencial para implantação de ações governamentais em defesa e proteção dos direitos dos cidadãos. O Brasil possui três

versões de PNDH e, atualmente, encontra-se em discussão uma quarta edição.

O governo brasileiro ainda carece de efetividade de suas políticas públicas voltadas para os direitos humanos tendo muito que avançar para enfrentar os variados desafios como forma de assegurar uma vida digna a todos os seus cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BERWIG, Aldemir. **Direito Administrativo**. Editora Unijuí. Rio Grande do Sul, 2019.

BRASIL. MNDH – **Movimento Nacional de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://mndhbrasil.org>>. Acesso em: 08 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 7.037 de 21 de dezembro de 2009**. Disponível em: <>. Acesso em: 12 jul. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 457 de 10 de fevereiro de 2021**. Disponível em: <>. Acesso em: 12 jul. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos**. Caderno Pólis 2, 2001. Disponível em: <www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/441/POLIS_direitos_humnos_politicas_publicas.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 jul. 2022.

DELGADO, Ana Luiza de Medeiros; GATTO, Carmen Isabel; REIS, Maria Stela; ALVES, Pedro Assumpção. **Gestão de Políticas Públicas de Direitos Humanos – Coletânea**. ENAP. Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2551/1/Livro_Gestao%20de%20Politicas%20Publicas%20de%20Direitos%20Humanos%20_Coletanea.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2022

VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLAC, Domitille. **Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção**. 2011. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16031669.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2022.

VIENA. **Declaração e Programa de Ação em Viena**. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. 1993. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%ancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2022.

NOTAS:

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. DIREITO ADMINISTRATIVO, 2022. p.947.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. Caderno Pólis 2, 2001. p.13.

BRASIL. Decreto nº 7.037 de 211 de dezembro de 2009. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm>

16.

**O REGISTRO CIVIL DE CRIANÇAS CONCEBIDAS
POR INSEMINAÇÃO CASEIRA NAS FAMÍLIAS
HOMOALETIVAS**

Valquíria de Carvalho Azevedo

Bióloga e advogada. Pós-graduada em Biologia de Ambientes Inundáveis, Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável e Direito do Estado. Doutoranda em Direito.

Geovana Castro da Costa

Bacharel em Direito. Pós-graduada do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu de Proteção Nacional e Internação dos Direitos Humanos (CEAF/MPMT). Assistente Jurídica da 2ª Promotoria de Justiça Cível de Barra do Garças/Mato Grosso.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo a análise dos aspectos jurídicos e seus reflexos no registro civil e, como se estabelecem os efeitos diante da ausência de documentos que regulamentam o procedimento da prática de inseminação caseira ou doméstica, com gameta de doador. Trata-se de pesquisa teórica que contribuirá para a reflexão ética em torno da manipulação doméstica dos gametas reprodutivos, bem como para compreensão da constituição de projetos parentais não convencionais, a partir dos comandos jurídicos em vigor. Aborda também, o registro de nascimento dos bebês frutos de reprodução artificial, a documentação

necessária a ser demonstrada na presença do Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais, conforme determina o provimento do Conselho Nacional de Justiça. Conclui-se que existe lacuna legislativa e as normas deontológicas regulamentadoras do Conselho Federal de Medicina são insuficientes.

PALAVRAS-CHAVE: Inseminação caseira; Multiparentalidade; Homossexualidade; Direito de Família.

I. INTRODUÇÃO

Atualmente existem diferentes formas de constituição dos projetos parentais gestacionais, sendo o procedimento de inseminação doméstica ou caseira mais um fruto dessa plataforma, para aquelas famílias que não desejam ou não podem arcar com os custos da reprodução artificial feita no ambiente hospitalar.

A inseminação dita caseira, nada mais é do que a introdução, pela própria pessoa interessada, de material genético de um doador conhecido, com a intenção de gestar.

No Brasil não há regra que proíba a prática, mas por ser recente, carece de regulamentação jurídica. De todo modo, a cobrança pelo material genético é vetada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), o que traz sérias implicações nas questões legais e éticas, tanto para o doador como para receptora e também ao nascido.

Dentre as críticas expressas pela comunidade médica e jurídica, além do risco para saúde da mulher, há risco de discordâncias e litígios entre os envolvidos.

Os riscos biológicos derivam do fato de o sêmen bruto ser manipulado sem nenhum tipo de processamento e a inoculação no útero tem implicações médicas que podem trazer certo perigo no campo infeccioso, caso não sejam tomadas as devidas cautelas quanto à realização de exames rastreadores de infecções sexualmente transmissíveis.

A comunidade médica sustenta que o risco é maior do que em relações sexuais sem camisinha porque pode haver contaminação também durante a manipulação da seringa utilizada para a inseminação artificial. Além disso, se a inserção do sêmen é feita diretamente no útero e não na vagina, razão pela qual é passível de ocorrerem reações anafiláticas (alérgicas).

A reprodução doméstica tem as suas implicações relacionadas à saúde e à conformação da filiação da prole almejada. Tal situação tem origem no caro custo da reprodução assistida, tornando-se uma via alternativa para casais homossexuais, especialmente aqueles formados por mulheres biológicas, que podem gestar, mas não sem um doador.

O artigo tem natureza bibliográfica apenas, constituindo-se como um estudo eminentemente teórico, pautado em artigos nacionais, resoluções e legislações, promovendo reflexão demarcatória dos limites para a sua execução.

A pesquisa se justifica na necessidade de trazer para a esfera jurídica a consolidação de uma situação de fato que já tem acontecido, para resguardar o direito de mães, pais e crianças, nas múltiplas configurações familiares atuais.

II. DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA POPULAÇÃO HOMOAfetiva

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o direito fundamental ao planejamento familiar, consagrando-o no seu art. 226, § 7º fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana insculpido no art. 1º, III da CF. Pode-se concluir que o planejamento familiar foi posto pelo constituinte no patamar de necessidade humana básica, essencial.

O planejamento familiar também está presente na legislação infraconstitucional brasileira. Aduz o art. 1.565, § 2º, do Código Civil que o planejamento familiar é de livre decisão do casal – não é necessariamente formado por um homem e uma mulher – competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Já a Lei 9.263/96, que regula diretamente o art. 226, §7º da Constituição Federal, trata do planejamento familiar em si, conceituando-o, atribuindo competências, arrolando seus diversos meios de aumento e limitação da prole, vedações, sanções penais e administrativas.

Destacam-se, também, as Resoluções editadas pelo CFM, em especial a Resolução nº 1.957/10, que adotou as técnicas de reprodução assistida para solucionar os casos de infertilidade humana, considerada como um problema de implicações médicas e psicológicas, superável diante dos avanços da ciência, sempre atentos à ética.

O Código de Ética Médica e as resoluções CFM, estão sendo os responsáveis por regular a conduta dos profissionais que atuam na área de conhecimento da reprodução humana assistida. Contudo, o vínculo jurídico estabelecido pela gestação/nascimento das crianças com suas mães e pais é tratado pelo direito.

O Código Civil, assim, tem como premissa que o vínculo da filiação se estabelece em relação àqueles que planejaram constituir família por técnicas de reprodução assistida.

Sabe-se que é dever de o Estado assegurar o livre exercício do planejamento familiar que consiste em um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole como um direito de todo cidadão, incluindo a assistência à concepção e contracepção; o atendimento pré-natal; a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; garantido o acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

No Brasil, a jurisprudência da Corte Superior, firmada na defesa de direitos fundamentais de interesse da população LGBTQIA+ reconhece e qualifica como entidade familiar a união estável homoafetiva e, assim sendo, os filhos havidos

de uniões homoafetivas têm o direito de serem reconhecida a sua dupla maternidade ou paternidade, em relação aos genitores biológicos ou não, nos termos da lei civil.

II. A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A Resolução do CFM nº 2.294/2021 adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico.

Demandado, o Poder Judiciário se utiliza das normas éticas para fundamentar suas decisões justamente pela falta de legislação sobre a matéria, tendo em vista que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, segundo o art. 2º do Código Civil, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

O grande problema que emerge é que a utilização de técnicas de reprodução assistida, no âmbito hospitalar tem um custo alto, que muitas das vezes não pode ser suportado pelas famílias homoafetivas. É preciso lembrar que essa população é tradicionalmente excluída do acesso ao trabalho bem remunerado ou à participação ativa na economia.

A reprodução caseira auxilia casais héteros ou homoafetivos, a diferença é que uma criança havida por inseminação caseira, filha de um casal hétero, não encontrará maiores problemas para fazer constar o nome de seu pai socioafetivo no assento de nascimento, já que basta que o homem se

apresente como pai e reconheça a paternidade, independentemente da comprovação de vínculo biológico.

A situação se mostra mais delicada quando se trata de casais homoafetivos. As técnicas de inseminação caseira têm sido amplamente utilizadas pela população lésbica, contudo, ao comparecerem aos cartórios para formalizar o registro do nascimento da criança, com o nome de ambas as mães, sem o nome do pai, pode ser que o registro seja negado ou que conste tão somente o nome da mãe que gestou.

O mesmo não acontece com quem faz o procedimento hospitalar, que já recebe os documentos necessários para proceder com o registro dessa maneira.

Por isso, a restrição da legalização da concepção artificial apenas em meio hospitalar acaba por tolher de outros casais, que não podem custear o procedimento, o direito de planejamento familiar e de estruturação da própria família, já que o registro civil tem amplos efeitos na vida das crianças, afetando questões atinentes à guarda, alimentos, sucessão, previdência, convivência comunitária, dentre outros.

III. REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO

É notório que a inseminação caseira, que vem crescendo impulsionada pela crise econômica e talvez pelas redes sociais. Nesse procedimento, busca-se um doador de sêmen, que faz a coleta do esperma e o material genético é colocado em uma seringa e injetado no corpo pela mulher que deseja engravidar.

Segundo o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IB-DFAM), a justiça tem sido demandada nos últimos tempos; tribunais em várias partes do Brasil divulgaram decisões sobre o registro de bebês nascidos por meio da inseminação feita em casa, sem relação sexual.

O Brasil não possui normas específicas que a regulamentam as técnicas de reprodução assistida, mas tão somente existem normas deontológicas elaboradas pelo CFM, regulando algumas situações e, assim, possibilitam o registro de nascimento de crianças nascidas por estes métodos. Como sabido a certidão de nascimento tem suma importância para o ser humano, sendo esse o mais importante e primeiro ato registral da pessoa para adquirir sua cidadania, para assim poder exercer seus direitos de forma plena e acessar os benefícios sociais que o Estado oferece.

É por meio da certidão de nascimento que se dá a certeza da existência da pessoa natural, cujo documento é um instrumento pelo qual se obtém o registro do nome, qualidade do direito da personalidade. É sabido que a tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida, cuja filiação desta forma pode ser socioafetiva, biológica e registral, na qual a filiação registral pode ou não coincidir com a biológica.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inseminação caseira, também chamada de inseminação doméstica, como método de concepção cresce no Brasil,

o que leva ao surgimento de novas modalidades de filiações e a necessidade dos registros desses filhos que são gerados por meio não convencional de reprodução.

Compreender como e porque esse procedimento não convencional vem ocorrendo – e qual é o impacto disso no ordenamento jurídico e suas complicações que englobam desde as questões de registros, filiações e possíveis efeitos sucessórios até os riscos à saúde e dignidade humana – é algo que se faz necessário e urgente.

E inegável que a prática de inseminação caseira ocorre em todo o país, principalmente por casais formados por mulheres como decorrência lógica do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e, o ordenamento jurídico não mais deve admitir discriminações às famílias formadas por pessoas do mesmo sexo.

O artigo buscou discutir a Lei 9.263/96, Lei de Planejamento Familiar brasileira, bem como o ordenamento jurídico pátrio que carece de normais que preencham as diversas interrogações que pairam entre doutrinadores, magistrados e pensadores do direito.

A lei fixa a obrigação e responsabilidade do Estado na prestação de informações, ações e serviços relacionados ao direito fundamental de planejamento familiar, constitucionalmente assegurado pelo art. 226, §7º, através do Sistema Único de Saúde (SUS).

O que se percebe e que novas formas de constituição familiar vêm mudando com o passar do tempo; o Direito,

enquanto garantidor da norma, também precisa se adequar a essas mudanças, estendendo a tutela jurídica a todos, pelo princípio da busca da felicidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICA

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada nº 23, de 27 de maio de 2011.

ALMEIDA, R. B.; RODRIGUES JÚNIOR, W. E. Direito Civil - Famílias - 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. BAUMAN, Z. Amor líquido, sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2004.

AIANO, Daniela Braga. O direito de filiação nas famílias contemporâneas. 2016. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de Direito Civil, vol. 6. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. civilistica.com || a. 11. n. 1. 2022

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, Direito e Reprodução Humana Assistida. Revista da Faculdade de Direito – Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP, ano 2, n. 2. São Paulo: FAAP, 2006. BARBOZA. Heloisa Helena. Reprodução Assistida: questões em aberto. In: CASSETTARI, Christiano (Coord.).

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 2015.

BRASIL. LEI Nº 9.263, DE 12 DE JANEIRO DE 1996 Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 28 de abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

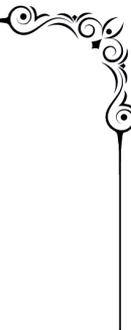
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1044922/SP. Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010.

VELOSO apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro Volume 6 - direito de família*. 18ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Família e Sucessões - Vol. 5*. 20ª edição. São Paulo: Atlas. 2020.

VIANNA apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Direito de Família*. Vol. V. 28ª edição, revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VIANA, Rui Geraldo Camargo de. (Orient.). *10 anos de vigência do Código Civil de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013.



17.

**DIREITO FUNDAMENTAL À INTERNET E O
ACESSO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO
GOVERNO DIGITAL**

Wanderley Geraldo de Ávila

Conselheiro Ouvidor do Tribunal de Contas do
Estado de Minas Gerais

Anderson Tiago Ferreira Santos Sampaio

Assessor de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de
Minas Gerais

I. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a necessidade de se considerar o acesso à internet como direito fundamental, sobretudo a partir do avanço da digitalização no Brasil e seus reflexos na prestação dos serviços públicos. A questão que se busca responder é se o acesso à internet como direito fundamental contribuiria para a fruição de outros direitos fundamentais a serem implementados pelo Governo Digital?

Encontra-se no Brasil verdadeira discrepância no que se refere ao acesso à internet e ao nível de letramento digital do usuário. Tal fato é constatado pelo relatório *E-Government*

Survey 2022 (ONU, 2022) acerca do Governo Digital e do Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br (2020).

Ademais, expressiva parcela da população não tem acesso à internet, desconhece seu uso ou não consegue interagir com o novo modelo de governo prestador de serviços por meio de plataforma digital. Nessa parcela populacional excluída, encontram-se os mais pobres, aqueles das regiões rurais e isoladas e os idosos.

Nessa toada que a ONU (ONU, 2021) reconheceu como direito fundamental o acesso à internet; enquanto no Brasil, apesar de importantes textos infraconstitucionais, entre eles a Lei 14.129, de 29 de março de 2021, que dispõe sobre o Governo Digital, encontra-se pendente de aprovação a Proposta de Emenda à Constituição, PEC nº 47/2021, que almeja incluir o acesso à internet como um dos incisos do art. 5º.

A pesquisa é de cunho qualitativo, realizada por meio da análise bibliográfica e documental. Buscou-se leituras clássicas do Direito Internacional e Constitucional, bem como relatórios de organismos internacionais ou nacionais, como a ONU e o CGI.br.

II. DESENVOLVIMENTO

Os direitos fundamentais são conceituados, em linhas gerais, como aqueles que possam dar concretude à liberdade e à dignidade da pessoa humana (BONAVIDES, 2006).

Ao longo dos últimos dois séculos, desde a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Ci-

dadão de 1789 a implementação tem se dado de forma gradual, o que fez alguns doutrinadores afirmar se tratar de direitos de primeira, segunda ou terceira geração. Liberdade, igualdade e fraternidade, conforme o ideário revolucionário francês.

Não se olvide da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, (ONU, 2017), que após a guerra se fez necessária fortalecer o que se entendia como o núcleo mínimo de proteção à vida humana.

No entanto, autores mais recentes afirmam que o mais adequado seria classificar esse elastecimento do rol de direitos fundamentais como dimensões (SARLET, 2012), ao revés de gerações, pois não são estanques as gerações de direitos e estão em constante processo de evolução.

Questiona-se se a internet ou a paz seriam a quarta ou quinta dimensão do Direito, discussão irrelevante para o objetivo deste trabalho. Importa realmente reconhecer as transformações vivenciadas pela humanidade nos últimos 50 anos provocadas pela tecnologia, permeando as nossas relações sociais no atual mundo digital.

Essas transformações sociais ocasionaram a migração de inúmeros serviços públicos para plataformas digitais, como portais de internet ou aplicações de dispositivos móveis, deixando de fora os cidadãos desconectados da internet.

A partir dos anos 2000, o direito à internet passa a ocupar posição de relevo na comunidade internacional, a começar pela Estônia que o reconhece como direito fundamental

(THE ECONOMIST, 2013). A Finlândia, em 2010, legaliza o direito à internet de alta velocidade. A Organização para a Segurança e Cooperação na Europa – OSCE, em 2011, declara que o acesso à internet é um direito fundamental e deve ser respeitado enquanto direito à liberdade de expressão (OSCE, 2011). Após a Primavera Árabe, em 2012, a ONU propõe reconhecer a internet como essencial para garantia dos direitos humanos.

Em 2021, a ONU reconhece o acesso universal à internet como direito humano (ONU, 2021, 23) e se compromete a “conectar os 3,8 bilhões de pessoas restantes (...) até 2030, notadamente aqueles que mais frequentemente ficam para trás, incluindo mulheres, juntamente com indígenas e idosos”.

Nessa esteira, o Brasil, por meio da PEC 47/2021, visa acrescentar ao artigo 5º da CR/88 o inciso “LXXIX – é assegurado a todos o direito à inclusão digital, devendo o poder público promover políticas que visem ampliar o acesso à internet em todo o território nacional, na forma da lei”. Tal acréscimo coloca o Brasil alinhado à comunidade internacional ao reconhecer o direito à inclusão digital como direito fundamental.

A PEC nº 47/2021, aprovada por unanimidade no Senado, aguarda designação de relator na Câmara dos Deputados. Justificou-se a PEC assim: “em um mundo cada vez mais conectado, o exercício da cidadania e a concretização de direitos sociais como educação, saúde e trabalho dependem da inclusão digital”.

Portanto, o objetivo é ampliar o acesso à internet em todo o território nacional, sobretudo porque o Governo Digital, na dinâmica atual de transformação digital, necessita universalizar o acesso à internet, não só por sê-lo um direito em si, mas também por ser o meio de fruição de tantos outros direitos disponibilizados aos cidadãos por meio das plataformas digitais, como o direito à justiça, educação, saúde, etc.

Nesse ponto, encontra-se o maior desafio do Brasil, universalizar o acesso à internet em um país de dimensões continentais e muito desigual socioeconomicamente.

O Portal do Governo (Gov.br) é a maior prova da transição em que está passando os serviços públicos. Muitos serviços não podem ainda ser fornecidos digitalmente. No entanto, a pandemia no período de 2020-2022 mostrou o quanto a necessidade foi capaz de acelerar este processo transformador.

Cita-se como exemplo o serviço de saúde, o qual passou por enorme transformação no período, sendo possível a telemedicina e a teleconsulta. A educação também não ficou a margem deste processo, com as aulas sendo realizadas por meio de plataformas digitais. A educação e a saúde chegaram aos lares daqueles que possuíam acesso à internet e letramento digital suficiente para usufruir do serviço público prestado.

Porém, representativa parcela da população não teve a mesma sorte, porque a desigualdade econômico-social impediu que os mais pobres, os idosos e aqueles habitantes das regiões rurais e isoladas pudessem continuar fruindo do

serviço de saúde, realizado por telemedicina; ou mesmo da educação à distância. Apesar desta constatada deficiência, o art. 14 da Lei do Governo Digital estabelece que o amplo acesso aos serviços deve incluir a população “de baixa renda ou residente em áreas rurais e isoladas”.

Cidadãos que durante o período de normalidade poderiam, mesmo que com dificuldade, usufruir dos relevantes serviços públicos mencionados, foram alijados durante a pandemia devido ao isolamento social imposto pelo Covid-19.

A Lei Federal nº 14.172/2020 destinou R\$ 3,5 bilhões do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust), aos Estados e Municípios para investimento no acesso à internet para alunos e professores da rede pública de ensino e beneficiários de programas sociais, matriculados em escolas de comunidades indígenas e quilombolas, bem como professores de todas as etapas da educação básica. Apesar de inicialmente vetado pelo Presidente da República, o Congresso derrubou o veto.

No exercício de 2019, o Fust destinou à universalização dos serviços de telecomunicações apenas R\$ 9,9 mil, na Ação Orçamentária – 20ZE, sem qualquer execução orçamentária nos anos seguintes. Sendo assim, não foi possível comprovar se a vultosa autorização orçamentária cumpria seu papel.

A Lei do Governo Digital, art. 50, prevê que o “acesso e a conexão para o uso de serviços públicos poderão ser garantidos total ou parcialmente pelo governo”, tudo isso com o fito de promover a universalização de acesso aos serviços públicos digitais.

O CGI.br demonstrou em estudo durante a pandemia em 2021 que mais de 70% da população tem problemas de acesso à internet, seja por baixo letramento digital, seja por conexão de baixa qualidade ou mesmo pela total impossibilidade de acesso. A privação dessa parcela da sociedade implica também na não fruição das possibilidades de educação à distância, sobretudo nas zonas rurais e isoladas, ou mesmo, naquelas áreas que os serviços de saúde não conseguem chegar ou que não são possíveis os atendimentos sem prejuízo de longos deslocamentos, *v.g.*, regiões de floresta ou zonas rurais.

A Carta Mundial pelo Direito à Cidade (FSM, 2005) mostra as importantes mudanças ocorridas após a urbanização acelerada, a necessidade de minorar as desigualdades sociais, sobretudo no que se refere à vida nas grandes metrópoles e a importância da participação popular na escolha e concepção de políticas públicas.

Segundo dados do CGI.br, entre os anos de 2019 e 2020, no auge da pandemia, quando a educação se deu à distância e os serviços de saúde estavam sobrecarregados, 19% da população brasileira não tinha acesso à internet. Em dados atuais, 40 milhões de brasileiros foram privados desses serviços públicos de modo digital durante a pandemia.

Foram mais afetadas as camadas mais carentes da população que não puderam sequer solicitar, por falta de acesso à internet ou de letramento digital, os auxílios financeiros, concedidos pelo Governo Federal por meio do aplicativo da CAIXA.

Esse impacto repercutiu inclusive no ambiente laboral, pois o teletrabalho durante a pandemia só era possível àquelas que possuíam internet em casa, ou mesmo computadores, enquanto os outros restaram ameaçados com o desemprego.

Não se pode esquecer que acesso à internet não significa acesso de qualidade. Em matéria jornalística (ESTADÃO, 2021), 25% da população eram de subconectados, 20% desconectados, 26% de parcialmente conectados e apenas 29% plenamente conectados.

Nas classes mais baixas o acesso à internet se dá quase que em sua totalidade por meio de dispositivos móveis por não possuírem computadores em casa. O meio social é relevante, pois no campo, 79% fazem uso por meio de dispositivo móvel, exclusivamente. Quanto à classe social, as classes D e E, 85% do acesso é exclusivamente por aparelhos móveis, enquanto a classe A, este número cai drasticamente para 11%. (AGÊNCIA BRASIL, 2020a). Quanto aos idosos (acima de 60 anos), apenas 19% usam internet ativamente, enquanto o restante não faz uso da rede (AGÊNCIA BRASIL, 2020b).

Demonstra-se, com dados, que dois direitos fundamentais de inquestionável relevância tiveram sua fruição mitigada ou mesmo impedida em alguns casos em face da ausência estatal de prover acesso universal à internet a população.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo partiu do questionamento de se tratar o acesso à internet como direito fundamental. Conclui-se de forma positiva a premissa, sobretudo por ser inclusive meio de acesso a outros direitos fundamentais amplamente consagrados, como o direito a saúde e a educação.

A desigualdade do acesso à internet no Brasil será o grande desafio da implementação desse novel direito fundamental, sobretudo se analisarmos a dimensão geográfica do país, a discrepância de estruturas físicas para o fornecimento de acesso de qualidade em todo o território nacional, além das diferenças no letramento digital para a fruição dos serviços ofertados pelo Governo Digital.

Portanto, a resposta à pergunta inicial é positiva; o direito fundamental à internet é um desafio que deverá ser objeto de políticas públicas de infraestrutura, de educação digital e de apoio àqueles que ainda se encontram alheios ao processo evolutivo da sociedade moderna digitalizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. **Brasil tem 134 milhões de usuários de internet, aponta pesquisa.** Por Jonas Valente, publicado em 26 mai.2020, às 16:59. Brasília, 2020a. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/brasil-tem-134-milhoes-de-usuarios-de-internet-aponta-pesquisa>. Acesso em 13 nov. 2022.

AGÊNCIA BRASIL. **Pesquisa mostra exclusão de idosos do mundo digital e da escrita.** Por Bruno Bocchini, publicado em 26 ago.2020, às 22:48. São Paulo, 2020b. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-08/pesquisa-mostra-exclusao-de-idosos-do-mundo-digital-e-da-escrita>. Acesso em 13 nov. 2022.

AGÊNCIA BRASIL. **Brasil tem 152 milhões de pessoas com acesso à internet.** Por Lucas Pordeus León, publicado em 23 ago.2021, às 11:48. Brasília, 2021. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-08/brasil-tem-152-milhoes-de-pessoas-com-acesso-internet>. Acesso em 13 nov. 2022.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021.** Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14129.htm. Acesso em 13 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.172, de 10 de junho de 2021.** Dispõe sobre a garantia de acesso à internet, com fins educacionais, a alunos e professores da educação básica pública. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14172.htm. Acesso em 13 nov. 2022.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC Domicílios 2019** [livro eletrônico] = Survey on the use of information and communication technologies in Brazilian households: ICT Households 2019. São Paulo: CGI.br, 2020.

CONGRESSO NACIONAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 47/2021.** Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pec-47-2021>. Acesso em 29/10/2022.

ESTADÃO. **Desigualdade Digital**. 2021. Disponível em <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/notas-e-informacoes,desigualdade-digital,70003843936>. Acesso em 13 nov. 2022.

Informação e Coordenação do Ponto BR. -- 1. ed. -- São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020.

LA DÉCLARATION DES DROIT DE L'HOMME ET DU CITOYEN. 20 à 26ago.1789. Disponível em: <https://www.elysee.fr/la-presidence/la-declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen>. Acesso em 12 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **E-Government Survey 2022**. United Nations: New York, 2022. Disponível em <https://desapublications.un.org/sites/default/files/publications/2022-09/Web%20version%20E-Government%202022.pdf>. Acesso em 13 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Our Common Agenda – Report of the Secretary-General**. United Nations: New York, 2017. Disponível em https://www.un.org/en/content/common-agenda-report/assets/pdf/Common_Agenda_Report_English.pdf. Acesso em 06/11/2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Universal Declaration of Human Rights**. United Nations: New York, 2017. Disponível em <https://unric.org/pt/wp-content/uploads/sites/9/2019/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos.pdf>. Acesso em 12 nov. 2022.

ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE. **The Office of the Representative on Freedom of the Media Freedom of Expression on the Internet**. Disponível em: <http://www.osce.org/fom/80723>. Acesso em 06/11/2022.

SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 45-57.

THE ECONOMIST. The Economist explains. **How did Estonia become a leader in technology? By ditching legacy technology and betting on education**. Disponível em: <https://www.economist.com/blogs/economist-explains/2013/07/economist-explains-21>. Acesso em 06/11/2022 escrito em 31 de julho de 2013.

V FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. **Carta Mundial pelo Direito à Cidade.** Disponível em <https://www.suelourbano.org/wp-content/uploads/2017/08/Carta-Mundial-pelo-Direito-%C3%A0-Cidade.pdf>. Acesso em 13 nov. 2022.

MENSAGEM FINAL

DIREITOS HUMANOS E A ÉTICA DO FUTURO

A coletânea, em seu 10º volume, faz parte do conjunto de publicações que membros de Tribunais e operadores do campo jurídico produzem em cada evento. Contém apontamentos progressistas, renovadores, a partir da premissa que o jurista é quem pensa o novo; é aquele que vê o que não está escrito e escreve o que deveria ser compreendido por tantos quantos precisam aplicar a lei com inteligência e utilidade.

O Arquipélago da Madeira, entre Portugal e a costa da África, foi escolhido para ser a sede do 19º Encontro. É o intermédio entre o berço africano da civilização e o antigo império português, fundamental em desbravar parte do mundo a partir de magníficas incursões marítimas. Trata-se de um simpósio bem localizado geograficamente, ponto propício para arejar os pensamentos e refletir sobre os direitos humanos enquanto compromisso ético com as gerações vindouras.

A reunião de estudiosos e a seleção de textos valorizam o Direito enquanto ciência jurídica, humana e social – o que é substancialmente distinto da burocracia irracional, de procedimentos automatizados, repetitivos, sem o crivo da

lógica e da intelectualidade. Os que marcaram presença nos debates, e tantos quantos trouxeram apontamentos de singular valia, auxiliam na compreensão do tema central em pauta: os 75 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Reúnem-se em Funchal, cidade fundada em 1510, conhecedores da história, dessa longa travessia dos séculos; pessoas cultas, probas, diligentes no presente porque percebem o impacto das suas ações no futuro da humanidade.

O núcleo do evento e do livro está associado ao pensar na descendência da espécie, na perenidade de valores sem os quais há iminente risco de uma catástrofe irreversível de extensão planetária. Jogar luz nesse palco é fazer o contraponto à desinformação. Em ambiente de cegueira holística, diz-se que direitos humanos são direitos de bandoleiros. O vocabulário popular adotou um trocadilho que é repetido pelos brancos, obtusos e não raros asnos de gabinete que bradam a vil lenda: “direitos humanos para humanos direitos”. O obscurantismo é de tal ordem que, a ser levado a cabo, o Estado estaria autorizado a negar assistência à maternidade, o amparo à infância e o acesso ao ensino àqueles que os filósofos de botequim julgassem não serem dignos de estarem no nosso meio.

Para os de encéfalo raquítico, os direitos à nacionalidade, a constituir família, à não escravidão – e até o direito à vida – seriam exclusividade de pessoas eleitas nessas rodas de festins. Os direitos humanos ficariam, nesse naipe, reduzidos a uma parcela selecionada por quem não sabe o que é direito, não possui visão coletiva e só percebe a circunferência do globo terrestre na dimensão do próprio umbigo.

No avesso desse despropósito, que se traga um exemplo que reúne simplicidade e grandeza: a aparentemente humilde atitude do povo do Japão, que retira o próprio lixo deixando o espaço limpo para os que chegam depois. O que parece ser um diminuto gesto é essencialmente uma forma de viver com consciência e sabedoria. O comando intuitivo está em pensar no outro.

Companhias aéreas estimulam essa prática, na medida em que cada passageiro é convidado a contribuir com o asseio. Levar em conta que o lugar será ocupado pelo próximo pouco a pouco se afirma no mundo como uma questão ética: é a paulatina substituição da esperteza pela inteligência; é a íntima satisfação de, naturalmente, fazer o bem sem a egoística comodidade de somente distinguir a si.

O ano de 2023 marca a terceira celebração jubilar, três ciclos de 25 anos da Carta da Humanidade. É propício, é benfazejo, que se traga à reflexão aqui, para que se alastre ali e se espraie acolá, o papel de cada um e de todos sobre o que isso representa na efetividade da cidadania hoje e na preservação da espécie em perspectiva temporal distante.

Tales de Mileto, seis séculos antes de Cristo, preocupou-se com as variáveis que refletiam nas colheitas de alimentos; Pitágoras preocupou-se com o funcionamento dos seres vivos dos mundos animal e vegetal e, nessa quadra, traçou planos matemáticos de preservação. Sócrates e Platão apresentaram os esboços da virtude para que os governos não esticassem ao extremo as cordas do desatino. A humanidade seria o que é sem esses precedentes? Chegaríamos neste

século se em remotas eras ninguém se preocupasse com os passageiros do amanhã?

A Carta Magna de 1215, na Inglaterra, tirou dos reis o caráter de divindade. Se os monarcas na sequência mantivessem as práticas absolutas e impiedosas – e se assim se repetisse em toda a Terra –, estaríamos aqui para falar de história?

Se o Código de Direito Canônico da Idade Média – o primeiro código escrito – não fixasse, pelo menos perante a Igreja, a ideia de direitos e obrigações, talvez os povos não sobrevivessem por absoluta falta de noção de deveres e limites.

E assim, com mais ou com menos acertos, em algum momento houve alguém a pensar nas condições que então pareciam essenciais para a salvaguarda da vida; houve alguém que, do seu modo, fez algum gesto que impediu que todas as pessoas e todos os povos aceitassem como naturais a destruição pela barbárie.

E o documento das Nações Unidas faz parte desse empenho. Os seus subscritores não mais estão fisicamente entre nós, mas tiveram o compromisso moral de desenhar fronteiras entre o que é humano e o que é execrável; e os seus comandos são evocados quando aflora o desatino.

Por evidente, a desigualdade, a miséria, a fragilidade das democracias e o horror das guerras persistem como os raios na atmosfera nos começos de verão. De certa forma isso faz parte do dualismo do universo. Empédocles, o célebre criador da Teoria dos Quatro Elementos – terra, água, ar e fogo – disse que *o amor e o ódio são as forças naturais e contrárias*

que animam continuamente o universo, respondendo por todos os fenômenos físicos e humanos.

Mas seguramente seria pior não houvesse baliza. A ética levou os humanistas a traçarem um mapa, um roteiro, um caminho. Dentro dele, somos humanos e solidários; fora dele, na trilha marginal, está o perigo, que pode ser amanhã com a eclosão de um conflito atômico; que pode acontecer em 100 ou 200 anos com a falta de subsistência para uma maioria de indigentes carentes de tudo. Na constância do acesso às riquezas a grupos restritos, com o aumento das desigualdades entre pessoas e classes, a única espécie dotada de inteligência enveredaria, nesse caso, para paulatino extermínio. É uma nova leitura da Teoria de Darwin: a seleção natural seria substituída pela seleção social.

Então, a Declaração de Direitos tem o componente moral de respeito com os passageiros que embarcarão na vida quando deixarmos vago o lugar de passagem que nos foi destinado. A toda gente de boa vontade cabe agora uma parcela de esforço para mais amor na balança, reduzindo o peso do ódio. Mas saibamos que sempre haverá corações que são apenas músculos, assim como neurônios que rendem impulsos nervosos e interligam células nos cérebros de pouco uso, sem a capacidade de produzirem qualquer sinal de conectividade humana.

Então esse encontro de intelectos vem a calhar para que mais e mais personalidades percebam o que são os direitos humanos, o porquê de serem proclamados e para o quê se destinam.

Na magistratura, na administração pública, na advocacia, nas ciências em geral e na sociedade deve-se considerar o outro, o que está agora na rua da frente, ou o que estará no planeta daqui a 750 mil anos – o que se estima de raia para a preservação da espécie, isso a depender da qualidade da terra, da água e do clima para a produção de alimentos, do controle das armas de extermínio em massa, de prováveis pandemias, da redução do degelo nos polos e da incógnita sobre a movimentação de placas tectônicas e do nível de poluição dos oceanos. E como principal variável, obviamente, o comprometimento ético dos passageiros da vida.

Funchal – Ilha da Madeira, janeiro de 2023.

Léo da Silva Alves

Presidente da Rede Internacional de Excelência Jurídica



A Rede Internacional de Excelência Jurídica é um agrupamento de profissionais unidos pela ética, pela ciência e pelos princípios gerais do Direito. Teve início com o Seminário Internacional de Direito Administrativo realizado em Coimbra em 1998, evoluiu para a integração de juristas brasileiros com doutrinadores de Portugal, Espanha, Itália, Grécia, Colômbia e Argentina, ampliando-se, depois, para espaços em países da África e Ásia.

Dos seus trabalhos surgiram produtos aproveitados no aperfeiçoamento das instituições públicas na área administrativa-governamental, no magistério, na magistratura e na advocacia especializada. Ademais, são 25 anos realizando a conexão de pessoas que têm a ciência jurídica como ferramenta de utilidade social, de valorização da dignidade humana e de celebração de valores fundamentais à causa da humanidade.



O ano de 2023 marca os 75 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com instigações que continuam atuais. Por isso, o XIX Encontro Internacional de Juristas, realizado em Funchal / Ilha da Madeira, optou por esse debate, reunindo operadores do direito de vários países em discussões sobre a efetiva aplicação da Carta da Humanidade. Espera-se que os tribunais, a administração pública e a advocacia se esmerem em agir dentro desse círculo, para além da pregação dos valores humanos no magistério jurídico e no ambiente da cidadania.

Desafios dos Direitos Humanos

- Pobreza e desigualdades globais
- Discriminação
- Conflitos armados
- Violência urbana
- Impunidade
- Déficits democráticos
- Instituições fracas
- Fragilidade de políticas públicas

