



Volume 27

2022

## **Presidente Prudente/SP**

**ISSN 1516-8158**

### **CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado  
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi  
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

#### **REVISTA INTERTEMAS**

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva  
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento  
Periodicidade semestral

#### **EDITORES**

Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)  
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

#### **COMISSÃO EDITORIAL**

André Simões Chacon Bruno (USP)  
Alessandra Cristina Furlan (UEL)  
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)  
Dennys Garcia Xavier (UFU)  
Daniela Braga Paiano (UEL)  
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)  
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)  
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)  
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)  
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)  
Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)

#### **EQUIPE TÉCNICA**

Delaine de Oliveira (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

#### **Versão eletrônica**

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

#### **Indexadores e Diretórios**

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

#### **Permuta/Exchange/Échange**

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

#### **Contato**

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: [nepe@toledoprudente.edu.br](mailto:nepe@toledoprudente.edu.br)

Intertemas: Revista da Toledo, v. 27 – 2022

Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2022. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5  
ISSN 1516-8158

<b>A NECROPOLÍTICA NO BRASIL: UM REFLEXO DA CRISE DA DEMOCRACIA BRASILEIRA EM TEMPOS DE COVID-10.....</b>	<b>05</b>
RIBEIRO, Deborah Francisco SOUZA, Luis Fernando Garcia BREGA FILHO, Vladimir	
<b>ANALISIS DEL PROCESO HISTÓRICO Y DE GLOBALIZACION DE CHINA.....</b>	<b>22</b>
GOYENECHÉ, Fredi Eduardo	
<b>O DIREITO À FILIAÇÃO, À IDENTIDADE GENÉTICA E À BUSCA PELA ANCESTRALIDADE A PARTIR DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.750/SP.....</b>	<b>56</b>
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima TEIXEIRA, Geovanny Cavalcanti	
<b>EL ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO Y SU ACTUAL PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ.....</b>	<b>69</b>
LEÓN, Aníbal Quiroga	
<b>ACERCA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ANÁLISIS CONSTITUCIONAL, INTERDISCIPLINAR, CONTEMPORÁNEO.....</b>	<b>85</b>
MANRIQUE, Jorge Isaac Torres	
<b>REALIZAÇÃO DO TESTE DE ALCOOLEMIA E A VEDAÇÃO A AUTOINCRIMINAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO POLICIAL DE TRÂNSITO.....</b>	<b>101</b>
PRAZERES, Paulo Joviniano Alvares Dos PRAZERES, Karla Luzia Alvares Dos	
<b>LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL: UNA MANIFESTACIÓN LEGÍTIMA DEL DERECHO PENAL CULPABILISTA Y DEL DERECHO PENAL DE ACTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.....</b>	<b>123</b>
RUÍZ, Armando Noriega BLANCO, Milton Pereira SALAS, Fernando Luna	
<b>REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL E DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>140</b>
GONDIM, Laís Maria Belchior MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota	
<b>LA IMPORTANCIA DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA PARA LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL MEDIO AMBIENTE .....</b>	<b>159</b>
DIAS, Handel Martins SARTI, Lia MOITA, Gabriella Guimarães	
<b>FACÇÕES CRIMINOSAS: A PROVENIÊNCIA DO SENTIMENTO DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO À APLICAÇÃO PRIVADA DA PENA EM ÂMBITO NACIONAL.....</b>	<b>180</b>
CUNHA, Jordy Abraão da BEZERRA, Tiago José de Souza Lima	

**LAS FAMILIAS DEL SIGLO XXI: LOS FACTORES QUE INTERVIENE EN LA CRISIS DE LA LEGISLACIÓN CIVIL COLOMBIANA EN MATERIA DE FAMILIA.....202**

GALINDO, Doris Ortega

HERNÁNDEZ, Paula Andrea Cortina

## **NOTA AO LEITOR**

A 27ª Edição da Revista Intertemas mais uma vez se propõe a apresentar temáticas de relevância jurídica nacional e internacional.

Convidamos cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, levando ao conhecimento de todos o melhor da nossa pesquisa científica.

Desejamos uma ótima leitura.

Cordialmente,

Carla Roberta Ferreira Destro

Editora da Revista Intertemas

## **A NECROPOLÍTICA NO BRASIL: UM REFLEXO DA CRISE DA DEMOCRACIA BRASILEIRA EM TEMPOS DE COVID-10**

RIBEIRO, Deborah Francisco <sup>1</sup>  
SOUZA, Luis Fernando Garcia <sup>2</sup>  
BREGA FILHO, Vladimir <sup>3</sup>

**RESUMO:** A presente pesquisa discorre sobre a eficácia dos direitos fundamentais e da democracia no Brasil, a partir da análise do conceito e da ocorrência da necropolítica no período da pandemia do Covid-19. Achille Mbembe criou o conceito da necropolítica para explicar um fenômeno estatal de mortificação de camadas vulneráveis da sociedade, as quais são consideradas descartáveis. Assim, diante da conduta e da atuação inadequadas do Estado brasileiro na gestão do Covid-19, houve uma ampliação das consequências da pandemia no país e, conseqüentemente, uma intensificação das mortes, evidenciando a descartabilidade dos indivíduos. Esse fenômeno foi percebido principalmente dentre os grupos mais pobres e marginalizados, acentuando as desigualdades já existentes no país, e demonstrando que o “poder viver” e o “deixar morrer” está atrelado ao poder econômico e aquisitivo da população. Por fim, essa reflexão também traz a tona a existência de uma política “antidireitos” que vem sendo adotada pelo governo brasileiro, através da qual os direitos humanos e fundamentais estão sendo amplamente desprezados, evidenciando, a ineficácia dos direitos fundamentais e também da democracia. Para a elaboração do artigo utilizou-se o método de pesquisa dedutivo.

**Palavras-chave:** Necropolítica. Covid-19. Democracia. Necropoder.

**ABSTRACT:** This research discusses the effectiveness of fundamental rights and democracy in Brazil by analyzing the concept and occurrence of necropolitics in the country during the Covid-19 pandemic. Achille Mbembe created the concept of necropolitics to explain a state phenomenon of mortification of vulnerable sectors of society, which are considered disposable. Thus, due to the inadequate conduct and performance of the Brazilian State in the management of Covid-19, there was an accentuation of the pandemic in the country and, consequently, an intensification of deaths, evidencing the disposability of individuals. This phenomenon was noticed especially among the poorest and most marginalized groups, accentuating the inequalities already existing in the country, and demonstrating that the "power to live" and the "power to die" is linked to the economic and purchasing power of the population. Finally, this reflection also brings to light the existence of an "anti-rights" policy that has been adopted by the Brazilian government, through which human and fundamental rights are being widely despised, thus evidencing the ineffectiveness of fundamental rights and also of democracy in Brazil. The deductive research method was used to prepare this article.

**Keywords:** Necropolitics. Covid-19. Democracy. Necropower.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista do programa de Iniciação Científica pela Fundação Araucária.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

<sup>3</sup> Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (1989), Mestrado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (2001), Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e Estágio de Pós Doutorado na Universidade de Lisboa (2013).

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema central os Direitos Fundamentais, promovendo um diálogo entre a eficácia das garantias fundamentais e do regime democrático, bem como suscitando uma análise da atuação do Estado brasileiro na produção de mortes da população no contexto da pandemia do Covid-19.

A Constituição Federal brasileira de 1988, conhecida também como Constituição Cidadã, tem notável preocupação com os direitos e garantias fundamentais, haja vista que a sua elaboração se deu logo após o período da ditadura militar, o qual foi marcado pela restrição de direitos. Diante disso, o poder constituinte originário, ao criar o novo texto constitucional, fez questão de logo no seu início assegurar uma série de direitos à população, bem como de impor ao Estado o dever de promover a sua concretização.

Do mesmo modo, o art. 1º da CF/88 dispõe que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, o qual deve ser garantidor do bem-estar e da justiça social, tendo como prioridade a efetivação dos direitos fundamentais. Contudo, o Brasil atual vem sofrendo com governos autoritários adeptos de uma política “antidireitos”, a qual se intensificou desde o início da eleição do presidente Jair Bolsonaro e, principalmente, durante o período da pandemia, criando um cenário altamente mortífero para seus cidadãos.

Essas atitudes estatais são totalmente contrárias à noção de Estado Democrático de Direito, e colocam em dúvida a eficácia dos direitos fundamentais no Brasil. Sendo assim, o presente artigo traz como problema de pesquisa o seguinte questionamento: os atos estatais que desrespeitam os direitos humanos, principalmente durante o contexto pandêmico, podem caracterizar a prática da necropolítica no Brasil e representar uma crise democrática?

Diante disso, o objetivo da pesquisa é demonstrar a ocorrência da necropolítica no país, a partir da análise da atuação do Estado brasileiro na produção de mortes da população no contexto da pandemia do Covid-19, para então verificar que a democracia brasileira contemporânea está em crise.

Para a realização do trabalho pesquisa utilizou-se o método dedutivo, partindo de premissas gerais sobre a necropolítica e sobre a democracia, para a premissa específica da existência de crise democrática no Brasil relacionada com a

restrição de direitos e com a produção de mortes em larga escala pelo Estado no contexto da pandemia.

Desse modo, esse artigo está dividido em três sessões, na primeira foi abordado o conceito de necropolítica, suas formas e seus motivos de incidência, na segunda analisou-se a gestão feita pelo governo brasileiro durante a pandemia do Covid-19 e a produção de um ambiente altamente mortífero para a população, e na terceira discorreu-se sobre a noção de democracia, a valorização dos direitos humanos e a incompatibilidade dessa forma de governo com a adoção da política da morte. Apresentou-se ao final as conclusões.

## **2 O CONCEITO DE NECROPOLÍTICA E SUAS OCORRÊNCIAS NO BRASIL**

O conceito de necropolítica foi criado pelo filósofo camaronês Achille Mbembe, como sendo um fenômeno social no qual existe uma “política da morte” que é aplicada às camadas marginalizadas. Desse modo, Mbembe (2018) explica que o Estado age violenta e arbitrariamente, causando a morte escancarada de determinados grupos sociais, a partir do uso ilegal de sua soberania e de sua força.

O autor se utiliza da concepção de soberania elucidada por Michael Foucault para explicar a legitimidade que o Estado possui para valorar o indivíduo e definir o seu destino, em suas palavras “a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem pode morrer” (MBEMBE, 2018, p.5).

Nesse viés, a necropolítica pode ser entendida como um conceito complementar ao conceito da biopolítica, também cunhado por Michael Foucault (p. 286), pelo qual, o filósofo explica que o Estado, fazendo uso de seu poder, adota um conjunto de práticas e técnicas que buscam exercer controle sobre os indivíduos e sobre a população, bem como buscam gerir e disciplinar a vida, tudo isso a partir de um rigoroso controle biológico humano, para então determinar quais vidas podem e dever morrer, em detrimento daquelas que merecem viver.

Foucault, inicialmente, se utiliza da teoria clássica da soberania explicando que anteriormente o soberano possuía o direito de vida e de morte, isto é, ele poderia fazer morrer e deixar viver. Igualmente:

O efeito do poder soberano sobre a vida só se exerce a partir do momento em que o soberano pode matar. Em última análise, o direito de matar é que

detém efetivamente em si a própria essência desse direito de vida e de morte: é porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida. (FOUCAULT, p. 286-287)

Contudo, na passagem do século XVII para o XVIII, com o enfraquecimento dos soberanos, também ocorre essa transformação na maneira de controle estatal, passando do “fazer morrer e deixar viver”, para um poder que gere a vida através de rígidos métodos de controle. Nesse sentido, “o conceito de biopolítica é tido, então, como as tecnologias de gestão dos corpos e da vida das populações, que se configuram através de uma integração de técnicas disciplinares, saberes médicos e práticas políticas, que se dispõem de forma sutil” (GRISOSKI; PEREIRA, 2020, p. 201).

Em suma, a biopolítica para Foucault seria uma forma de regular e controlar a sociedade através de instituições disciplinares, as quais teriam por objetivo gerir os corpos dos indivíduos até obter a sua disciplina e, por conseguinte, obter o controle de seus corpos pelo Estado. Sobre esse assunto:

Nesse viés, a compreensão dos conceitos de biopolítica e biopoder se torna importante para diagnosticar como as políticas contemporâneas se apresentam para gerir a vida ou permitir a morte. Percebe-se que Foucault segundo o que postula Mbembe (2016), formula a noção de biopoder por meio de um campo biológico de poderes em que se subjugam a vida ao poder da morte, isto é, o ser humano passa a pertencer a grupos e subgrupos, em que uns devem viver e outros devem morrer (SOUSA, 2021, p. 5-6)

Dessa forma, a semelhança entre os termos da biopolítica e da necropolítica se dá pelo fato de que ambos visam destacar formas de controle social e de atribuir valores distintos às vidas. O ponto principal do conceito de Mbembe diz respeito ao poder estatal de considerar determinada população descartável e, a partir disso, criar um cenário favorável à morte massiva desse grupo, sendo essa situação típica de um país que enfrenta uma crise sistêmica (GRISOSKI; PEREIRA, 2020, 202).

Em seu conceito Mbembe (2018, p. 16-17) também explica sobre o vínculo existente entre o estado de exceção e a relação de inimizade, os quais são a base normativa do direito de matar. Assim, há a criação fictícia de uma situação de exceção, de emergência e da figura de um inimigo, para que então seja possível promover a morte dos indivíduos de maneira aceitável perante a sociedade. Do mesmo modo, importante destacar que os alvos da necropolítica são grupos previamente definidos, em conformidade com o que Foucault define como racismo:



Esse controle pressupõe a distribuição da espécie humana em grupos, a subdivisão da população em subgrupos e o estabelecimento de uma censura biológica entre uns e outros. Isso é o que Foucault rotula com o termo (aparentemente familiar) “racismo”. [...] Com efeito, em termos foucaultianos, racismo é acima de tudo uma tecnologia destinada a permitir o exercício do biopoder, “este velho exercício de matar”. Na economia do biopoder, a função do racismo é regular a distribuição da morte e tornar possível as funções assassinas do Estado. Segundo Foucault, essa é “a condição para a aceitabilidade do fazer morrer”. (Mbembe, 2018, p. 17-18).

É nesse sentido, portanto, que se perpetua a necropolítica, como uma expressão da soberania estatal, e do uso de seu poder para ditar quem pode viver e quem deve morrer, com base no biopoder e em suas tecnologias de controle da população, bem como utilizando-se do estado de exceção e da relação de inimizade para então conseguir o aval necessário para produzir uma morte em larga escala de grupos que são marginalizados na sociedade. Ademais, resta cristalino que o corpo que é considerado “matável”, é aquele que nossa sociedade despreza, afinal, é aquele que pode ser descartado.

Assim sendo, caberia ao Estado estabelecer limites entre o direito, a violência e a morte, cuidando para que os cidadãos tivessem seus direitos fundamentais garantidos e concretizados, ao passo que, na verdade, o Estado age de maneira contrária, utilizando de seu poder para criar posições de morte, tendo como alvo determinados grupos sociais que são vulneráveis em nossa sociedade, como no caso dos negros, mulheres, indígenas, homossexuais, dentre outras minorias.

Diversos são os exemplos no que tange às formas de ocorrência da necropolítica no mundo moderno e, sobretudo no Brasil. Inicialmente, o próprio criador do conceito já cita o nazismo como um grande modelo de política de morte em massa, através das câmaras de gás e dos fornos (MBEMBE, 2018, p. 21).

Do mesmo modo, no Brasil também não faltam amostras do necropoder, podendo citar o longo período de escravidão aqui perpetuado, os 21 anos de ditadura militar, a agressiva perseguição policial vivenciada até hoje pelos negros, bem como todas as outras formas de opressão e violência praticada contra determinadas camadas sociais, motivadas por raça, gênero, classe, religião, orientação sexual, e assim por diante, sendo todos esses casos citados fortes exemplos de produção de morte em larga escala de populações vulnerabilizadas.

Nesse sentido, a jornalista Rosane Borges, em entrevista ao site Ponte Jornalismo traz explicações e exemplos acerca da prática da necropolítica em nosso país:

A necropolítica é a política da morte adaptada pelo Estado. Ela não é um episódio, não é um fenômeno que foge a uma regra. Ela é a regra. E o Achille Mbembe elabora esse conceito à luz do estado de exceção, do estado de terror, do terrorismo. Uma das inspirações dele é o Michel Foucault, com a biopolítica. Ele vai trabalhar com o conceito inicial, não contrapondo exatamente, mas dizendo: “a materialização dessa política se dá pela expressão da morte”. O Estado não é para matar ninguém, ele é para cuidar. Que a própria política não é o lugar da razão, é o lugar da desrazão. E isso vai ter um desdobramento nas sociedades contemporâneas. A gente vê hoje um Estado que adota a política da morte, o uso ilegítimo da força, o extermínio, a política de inimizade. Que se divide entre amigo e inimigo. É o que a gente vê, por exemplo, nas favelas, nas comunidades do Rio de Janeiro, nas periferias das grandes cidades brasileiras. Não há nenhum tipo de serviço de inteligência, de combate à criminalidade. O que se tem é a perseguição daquele considerado perigoso. A necropolítica reúne esses elementos, que são reflexíveis e tem desdobramentos que a gente pode perceber no nosso cotidiano, na nossa chamada política de segurança.

Ademais, outro caso de ocorrência do necropoder no Brasil tem sido percebido durante a pandemia do coronavírus, através de uma conduta estatal que atua de forma a acentuar a transmissão da doença e visa produzir a morte da população, quando, na verdade, o Estado deveria estar atuando para o sentido oposto, evitando a transmissão do Covid-19 e, conseqüentemente, diminuindo a quantidade de mortos por essa nova doença. Essa política mortífera já havia sido manifestada antes mesmo do começo da pandemia, logo após a tomada de posse e o início do mandato do Governo Bolsonaro, quando imediatamente já se viu a adoção de uma agenda contrária aos direitos humanos e de medidas que aumentam os riscos das populações já vulneráveis (HUMAN RIGHTS WATCH, 2020, online).

Desse modo, é notável que embora o mundo contemporâneo tenha passado por diversas transformações no que tange à efetivação dos direitos humanos, à limitação do poder estatal, à conquista da soberania popular através da ascensão da democracia, a qual substituiu a soberania estatal do absolutismo, dentre outros mecanismos que fizeram decair o autoritarismo e aumentar a liberdade individual, ainda há muito a ser feito para que, de fato, os direitos sejam concretizados de forma universal.

### **3 A NECROPOLÍTICA BRASILEIRA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19**

O aparecimento do vírus SARS-CoV-2, conhecido mundialmente por causar o Covid-19 ou coronavírus, foi um grande susto para o mundo, ao acarretar velozmente uma das maiores pandemias já vistas na história da humanidade: tratava-

se de uma doença nova, completamente desconhecida, com uma alta capacidade de transmissão e de letalidade. Nesse contexto, é inegável que desde o início da pandemia o Covid-19 vem sendo devastador no mundo todo, entretanto, no Brasil a realidade é de um cenário ainda mais agravado, decorrente de condições extremamente mortíferas para a sua população, que foram criadas pelo governo, o qual “executa funções que viabilizam a morte dessas vidas secundárias, consideradas descartáveis” (SOUSA, 2021, p. 6).

Nesse viés, reportagens da CNN (2021, online) revelam que em março de 2021 o Brasil tornou-se o epicentro da pandemia, bem como foi o país com maior número de mortos por Covid-19 no mundo todo, ao passo que nesse mesmo período em muitos lugares do mundo já estavam vacinando suas populações desde dezembro de 2020. Não bastasse isso, em fevereiro de 2022 o país já ultrapassava 630 mil mortos em decorrência dessa nova doença, representando um verdadeiro genocídio do povo brasileiro (PAINEL CORONAVÍRUS, 2022, online).

Diante disso, a questão é que, sem dúvidas, o Brasil criou condições que acentuaram a pandemia no Brasil, causando esse extermínio, o qual poderia ter sido evitado se desde o início da doença o país tivesse escolhido seguir o caminho da ciência, adotando os protocolos sanitários que evitam a disseminação do vírus, tais como: incentivar o isolamento/distanciamento social e o uso de máscaras e álcool gel, bem como investir na produção de vacinas. Essas são as recomendações dadas pela Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) juntamente com a Organização Mundial da Saúde (OMS):

Portanto, a coisa mais importante que as pessoas podem fazer é reduzir o risco de exposição ao vírus e se vacinar contra a COVID-19 (com todas as doses necessárias, segundo o esquema de vacinação), continuar a usar máscaras, manter a higiene das mãos, deixar os ambientes bem ventilados sempre que possível, evitar aglomerações e reduzir ao máximo o contato próximo com muitas pessoas, principalmente em espaços fechados. (online)

Entretanto, a conduta do presidente brasileiro foi exatamente contrária à esperada, de modo que o preço pago pelos brasileiros por terem eleito um presidente negacionista foi a recusa de vacinas contra a Covid-19 no momento em que a grande maioria dos países estavam em uma corrida para adquirir vacinas o mais rápido possível para suas populações. Nesse sentido, de acordo com o relatório final da CPI da pandemia (2021, pags. 204-260), torna-se evidente que o presidente recusou e/ou ignorou diversas ofertas de vacinas, feitas pelo Butantan, pela Pfizer, pela Janssen e

pela Covax Facility, atrasou as negociações e teve uma atuação totalmente inadequada ao combate da pandemia. Suas ações acabaram por piorar o cenário pandêmico no país, com o que o Presidente Bolsonaro contribuiu diretamente para o avanço da pandemia no Brasil e para a morte de milhares de brasileiros:

Como já afirmado ao longo deste Relatório, a compra de vacinas, ao lado de medidas de cunho não-farmacológico, tais como o distanciamento social e o incentivo ao uso de máscaras e álcool em gel, deveria ter tido precedência na definição da política pública de saúde adotada pelo governo brasileiro no enfrentamento da pandemia, o que, no entanto, não ocorreu e acabou favorecendo a disseminação do novo coronavírus e contribuiu para a morte de centenas de milhares de brasileiros. (RELATÓRIO FINAL DA CPI DA PANDEMIA, 2021, p. 204)

No caso da pandemia, percebe-se que o chefe do Governo Federal brasileiro relativiza a importância das vidas, a partir de um negacionismo da gravidade do coronavírus, chegando a comparar a nova doença com uma mera “gripezinha”, conforme fala do mesmo (SOUSA, 2021, p. 3-4).

Ocorre que, durante um período tão delicado como o da pandemia, no momento em que o país mais precisou de liderança e comprometimento, o Presidente da República resolveu ignorar a importância da função que ocupa e as obrigações inerentes à seu cargo, e passou a desestimular a população a seguir as medidas de contenção da pandemia e chegou, até mesmo, desencorajar e desacreditar sobre a importância e a necessidade da vacinação. Assim, com uma postura totalmente inadequada, repleto de falas polêmicas e arrogantes ao invés de se preocupar em agir para conter o Covid-19 e salvar a população, percebe-se que “Bolsonaro parece não ter a consciência do cargo que ocupa e da liturgia que deve seguir” (SOUSA, 2021, p. 12).

Nesse sentido, a partir de uma análise sociológica, é notável que os discursos do presidente sobre sua determinação em acabar com o isolamento, muitas vezes veiculados em redes sociais ou em rede nacional, exteriorizaram o que antes era um ato de necropoder camuflado, mas que agora, através dessas manifestações públicas de sua subjetividade, sua verdadeira intenção torna-se evidente (ALVES DA SILVA, 2020, p. 72). Assim, o vírus SARS-CoV-2 não só é um problema de saúde, como também é um grande problema político, de modo que a pandemia foi instrumentalizada por políticos, a fim de gerar ansiedade e insegurança na nação, distorcendo as prioridades de saúde e dando o foco à interesses e brigas políticas (SCHERF, VIANA DA SILVA, FACHIN, 2020, p. 1).

Além disso, através desse mecanismo de distração, o governo encontra-se livre para continuar sua atuação “antidireitos”, isso pois, geralmente os direitos humanos ficam ameaçados em situações de emergência – como no caso da pandemia – as quais podem ser usadas como pretexto para tais abusos, principalmente quando associado à contextos autoritários (SCHERF, VIANA DA SILVA, FACHIN, 2020, p. 4, tradução nossa).

Ademais, mais do que a produção direta da morte de determinados grupos, a necropolítica também é vista diante da postura inerte do Estado em deixar a população morrer, adotando práticas que impedem que os indivíduos tenham seus direitos básicos e fundamentais. O governo, ao retirar da nação os quesitos essenciais de sobrevivência, sobretudo, saúde, alimentos, educação e segurança, dificulta suas vidas de tal forma, a ponto de leva-los à morte.

Cria-se, portanto, um cenário de inviabilidade das vidas, no qual o Estado produz as mortes de maneira indireta, a partir da impossibilidade de viver em um local em que todas as condições são favoráveis à morte. De acordo com Mbembe (2018, p. 71), essa situação precária a que esses grupos são submetidos lhes confere o estatuto de “mortos vivos”.

Do mesmo modo, observa-se um grupo que é ainda mais afetado pelo coronavírus, e essa incidência associa-se à questões econômicas. Assim, “com relação à identificação das populações mais vulneráveis, destaca-se o avanço da Covid-19 para os bairros periféricos e comunidades carentes, em assentamentos precários, onde o contágio, o acesso à saúde e as comorbidades escancaram as desigualdades” (NAVARRO et al, 2020, p. 10).

Deve-se ressaltar que o vírus intensifica as desigualdades na medida em que, embora todas as classes sociais da população estejam vulneráveis à doença, as mais pobres acabam sendo mais atingidas, pois além de estarem mais expostas ao vírus, encontram-se totalmente dependentes da saúde pública, enquanto as classes privilegiadas podem recorrer à saúde privada, tendo mais chance de serem socorridos. Isso ocorre, porque, conforme explica Figueiredo Santos (2020, p. 2) “as condições sociais representam ‘causas fundamentais’ da saúde e da doença [...] ao determinarem o acesso a importantes recursos que podem ser usados para evitar riscos ou minimizar as consequências das doenças e ao afetarem múltiplos resultados de saúde através de diversos mecanismos”.

As condições sociais também evidenciam a desigualdade em relação à seletividade social na exposição aos riscos (FIGUEIREDO SANTOS, 2020, p. 2). Destarte, outra questão importante diz respeito a necessidade de isolamento social, em decorrência da urgência de diminuir a transmissão do vírus, e da sua inviabilidade econômica para grande parcela da população, que se vê totalmente desamparada pelo Estado nesse momento de crises sanitária e econômica. Nesse aspecto, o isolamento social e as medidas restritivas, quais sejam, interrupção de alguns serviços e do fechamento de bares, restaurantes, lanchonetes, comércio, dentre outros, acentuam a desigualdade social, haja vista que a camada mais pobre não possui condições de se afastar de seu trabalho, sem prejudicar a sua sobrevivência.

Nesse viés, caberia ao Estado adotar providências para garantir que os grupos mais carentes também pudessem realizar o isolamento sem prejudicar a sua subsistência, mas não foi o que aconteceu. Ao invés disso, o governo ofereceu um auxílio emergencial que não foi suficiente para o sustento das famílias, principalmente considerando a incidência de uma crise econômica que aumentou o custo de vida. Assim, o isolamento para essa camada da população mostrou-se inviável.

À vista disso, a questão financeira também é intimamente relacionada a valorização de determinadas vidas e da descartabilidade de outras, isto é, diante da lógica do bio e/ou do necropoder, diante do desafio de aliar a manutenção da função econômica à proteção da saúde e da vida da força de trabalho surge uma divisão entre essa população, entre os que devem viver e os que podem (ou devem) ser deixados à morte (SILVA e SILVA, 2020, p. 367). Assim, além de precisar manter seu sustento, os grupos mais carentes constituem majoritariamente a força de trabalho do país e, por consequência, representam a geração de renda, o afastamento da principal mão-de-obra de suas atividades laborais, causaria uma grande paralisação no país e acentuaria ainda mais a crise econômica. Desta feita, o Estado, dentre salvar a economia ou salvar as vidas dessa população vulnerável, opta por manter a receita, em detrimento da morte em massa das camadas marginalizadas da sociedade. Nesse sentido:

Assim, o que se vive, na prática, sobretudo nos países de economia dependente como o Brasil, é “a pandemia dos ricos e a pandemia dos pobres” , onde aqueles que têm domínio sobre os meios de produção atravessam a tempestade com menos sacrifícios e de forma mais protegida do que aqueles que vivem da venda precarizada e informal da sua força de trabalho – os pobres, para os quais a pandemia é mais um elemento em meio aos riscos e

as dores cotidianas. A divisão de classes se evidencia. (BARDI et.al, 2020, p. 501).

Assim sendo, resta claro que a gestão feita pelo governo durante a pandemia foi inadequada e causou um cenário altamente mortífero para a população, principalmente aos grupos marginalizados e vulneráveis. Isso se deu a partir de uma conduta autoritária e violadora de direitos, a qual produziu mortes dos indivíduos indiretamente, a partir da inviabilização das vidas. Assim, os direitos foram tão cerceados a ponto de criar condições em que não se é possível viver. Toda essa atuação diz respeito exatamente ao conceito de necropolítica, a qual, indubitavelmente, está sendo colocada em prática no país.

#### **4 A CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO DIANTE DA ADOÇÃO DA POLÍTICA DA MORTE**

A democracia é um regime político que surgiu na Grécia Antiga conforme uma necessidade que surgia conforme a evolução das *polis*, as cidades-estados gregas. Em um primeiro momento, faz-se necessário contextualizar o que é entendido por democracia e, para tanto, BOBBIO (2017, p. 35) infere que pode ser caracterizada “por um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”.

Neste viés, entende-se a democracia como uma forma de governo que a maioria escolhe seus governantes de modo livre através do voto, sendo que seus princípios buscam abranger a liberdade individual, a liberdade de expressão e a igualdade de direitos políticos. Assim, o político americano Abraham Lincoln proferiu no Discurso de Gettysburg (1863) que “a democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo” sendo, portanto, o oposto do autoritarismo, que segundo Paul Nash (1968), está ligado a uma realidade pela qual existe imposição de vontade sobre o outro, mediante o temor de medidas punitivas e, desta maneira, deixava a população aquém das decisões governamentais.

Todavia, alguns autores como John Stuart Mill (1991) e Hans Kelsen (2000) não compactuam com a ideia de que a democracia é o governo das majorias e, por conseguinte, deve ser tratada como um sistema de vida em que se assegure às minorias políticas a possibilidade de existência legal na vida nacional. Efetivamente,

depreende-se que a conceituação de democracia varia através do tempo, mas que seus princípios são os responsáveis pela garantia da harmonia social.

Nesse diapasão, em um Estado Democrático de Direito contemporâneo ocorre à relativização da soberania estatal, essa pela qual se entrelaçava à ideia de personalidade jurídica do Estado enquanto poder originário e exclusivo tinha de declarar e assegurar por meios próprios a positividade de seu direito e de resolver em última instância sobre a validade de todos os ordenamentos jurídicos internos (REALE, 2000, p. 157). É nesse sentido que a Constituição promulgada em 1988 assegura os direitos fundamentais, mediante o fito de trabalhar efetivamente como um Estado que visa o bem comum de seu povo.

Por conseguinte, compreende-se que o Estado deve, mediante a ação dos seus três poderes, promover a qualidade de vida mínima de seus subordinados através de ações sociais, de modo a representar os interesses populares e a efetivar garantias instituídas pela Carta Maior, sendo que sua principal atribuição é zelar pela justiça e saúde de toda a população.

No entanto, ocorre que o Brasil está vivenciando um momento pelo qual se percebe uma incompatibilidade do Estado Democrático de Direito ilustrado pela Constituição, haja vista que a realidade apresenta um caminho voltado à necropolítica, ou seja, os governantes não se mostram preocupados em garantir o direito à vida, legitimando a morte da população brasileira com discursos e atitudes que não condizem com o que a população deveria esperar do Governo.

Por este caminho, ao atravessar uma pandemia provocada por um vírus invisível que fez o mundo parar, há de se ressaltar que os governantes não agiram de modo a efetivar o direito fundamental da vida. Por isso, a democracia encontra-se em crise mediante a população, “o que mais observo é que cada vez menos gente acredita nessa forma de democracia, a democracia liberal, ao mesmo tempo em que a grande maioria continua defendendo o ideal democrático” (Castells, 2018, p. 16) justamente pela falta de atitudes e ações democráticas propostas por quem se encontra no poder.

Neste âmbito, conforme foi percebido na omissão governamental perante a crise na saúde iniciada em março de 2020, momento em que o Presidente da República desdenhou da transmissão do novo Coronavírus que já assolava o mundo, além de fazer campanha para o uso de medicamentos sem comprovação científica, resta claro que o que se espera de um país democrático não vem acontecendo no



Brasil, tendo em vista que não é aceitável considerar que apenas o fato da população ir às urnas com o fito de escolher seus governantes é o suficiente para caracterizar toda uma forma de governo. Sobre isso:

A insuficiência de uma concepção meramente procedimental da democracia é evidente quando se tem em mente apenas que a tomada de decisão se restringe ao método de aprovação pela maioria, permitindo-se supressão ou restrição de normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais e que pertencem a todos e a cada um (FERRAJOLI, 2011, p. 12).

É nesse sentido que se pode enxergar que a população brasileira perdeu a esperança na forma de governo que teria o dever de incentivar participações populares na luta por um país com mais igualdade e justo com todas suas classes sociais. Nas palavras de Neves (2016, p. 17), “a democracia que queremos se manifesta no reconhecimento e na identidade coletiva dos diferentes movimentos sociais que se espalham no mundo e na sociedade”. Contudo, com a ascensão da extrema direita no poder, toda uma luta social perdeu seus efeitos que foram arduamente conquistados, de modo a afastar a classe mais pobre do acesso a bens mínimos para uma vida digna.

Não obstante, insta salientar que os discursos propagados pelo atual governo atacam a democracia de uma forma direta, invocando o ódio de seus apoiadores pelo Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal. Exemplo claro foram as manifestações ocorridas no dia 07 de setembro de 2021, na qual o Presidente Jair Bolsonaro incentivou apoiadores a irem às ruas através de um discurso que induzia a ideia de ações radicais por parte do Chefe da República. Nesta toada os manifestantes foram para as ruas, principalmente em Brasília e São Paulo, levando faixas que pediam o impeachment do Ministro Alexandre de Moraes e do Presidente do TSE Luís Roberto Barroso, além de levarem a pauta do voto impresso e até mesmo do fechamento do STF.

Nessa senda, evidencia-se que pedidos como o voto impresso demonstram uma sociedade que vive pela ilusão de discursos baseados em falas desprovidas de comprovações e, ao analisar a história, é possível saber que discursos de ódio sempre se deram dessa mesma forma e resultaram em tragédias sociais, como a Alemanha nazista e a Ditadura Militar no Brasil, períodos em que a democracia ficou de lado e a população marginalizada ficou à margem da política e sofreu sem apoio das instituições.

Dito isso, resta evidente que tais pedidos destoam dos princípios constitucionais, sendo que se fossem executados levariam a democracia à ruína. Sendo assim é evidente que os discursos vindos da presidência põem em cheque a democracia brasileira e, ademais, percebe-se uma inversão de prioridades tendo em vista que a manifestação supracitada ocorreu em tempos que o Brasil somava mais de 580 mil mortes, segundo o Consórcio de veículos de imprensa a partir de dados das secretarias estaduais de Saúde, além do fato de que os profissionais da linha de frente clamavam pela proibição de aglomerações.

Assim, o que se vê é soma da crise democrática com um discurso negacionista capaz de negligenciar milhares de morte e, por conseguinte, o resultado é uma população desamparada por seus governantes.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir da análise teórica do conceito de necropolítica, o presente trabalho analisou o atual contexto em que o Brasil se encontra, marcado pela pandemia e pelo altíssimo índice de morte que essa causou, e demonstrou que o país se encontra em uma crise democrática, revelada pela violação estatal aos direitos fundamentais da população.

Diante de construções teóricas, constatou-se que o Estado brasileiro se utiliza de instrumentos que inviabilizam a vida da população, levando-a à morte, seja de forma direta, seja de forma indireta, a partir da restrição de direitos básicos, sem os quais a vida torna-se impossível, situações essas que em muito se assemelham àquilo que Achille Mbembe definiu como necropolítica.

Desse modo, a postura inadequada do Estado foi verificada principalmente no combate da pandemia, quando o governo seguiu caminhos completamente contrários às recomendações dadas pela Organização Mundial da Saúde, com destaque ao chefe do executivo desestimulando o isolamento social e à vacinação, o que resultou no aumento exponencial de mortes. Assim, percebeu-se um desrespeito às vidas da nação brasileira, bem como, uma política de produção de mortes. As mais de 600 mil mortes pelo Covid-19 no Brasil comprovam essa gestão totalmente ineficiente e mortífera.

No contexto da pandemia, a população viveu uma crise sanitária, juntamente com uma crise econômica, o que aniquilou os seus direitos fundamentais, bem como acentuou as desigualdades sociais.

Diante dessa análise, imperioso considerar que sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito não cabe ao governo uma política como essa que vem sendo adotada. Diferentemente do que vem sendo visto, o Estado brasileiro tem como obrigação buscar garantir o bem-estar e a justiça social, e efetivar os direitos fundamentais. Percebe-se, portanto, uma crise na democracia brasileira, através de um governo antidireitos que atua contrariamente ao estabelecido pela Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

BARDI, G., BEZERRA, W., MONZELI, G., PAN, L., BRAGA, I., & MACEDO, M. (2020). Pandemia, desigualdade social e necropolítica no Brasil: reflexões a partir da terapia ocupacional social/Pandemic, social inequality and necropolitics in Brazil: reflections from social occupational therapy. *Revista Interinstitucional Brasileira de Terapia Ocupacional - REVISBRATO*, 4(3), 496--508. doi:<https://doi.org/10.47222/2526-3544.rbto34402>. Acesso em: 22 fev. 2022.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de: de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. Título original: *Il futuro della democrazia: una difesa delle regole del gioco*.

CASTELLS, Manuel. 2018. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar.

CORONAVÍRUS BRASIL. **Painel coronavírus**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 15 fev. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia 2: teoría de la democracia*. Traducción de: Perfecto Andrade Ibañes et al. Madrid: Trotta, 2011. Título original: *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia 2: teoria della democrazia*.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: Curso no Collège de France. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 3-378.

GLOBO POLÍTICA. **CPI da Covid: Governo Bolsonaro recusou 11 vezes ofertas para compras de vacina**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/octavio-guedes/post/2021/04/27/cpi-da-covid-governo-bolsonaro-recusou-11-vezes-ofertas-para-compras-de-vacina.ghtml>. Acesso em: 25 set. 2021.

GLOBO POLÍTICA. **Sobe para 14 o número de vezes que governo Bolsonaro deixou vacinas contra Covid para lá**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/octavio-guedes/post/2021/05/13/sobe-para-14->

numeros-de-vezes-que-governo-bolsonaro-deixou-vacinas-para-la.shtml. Acesso em: 25 set. 2021.

GRISOSKI, Daniela Cecilia; PEREIRA, Bruno César. Da biopolítica à necropolítica: notas sobre as formas de controles sociais contemporâneas. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, v. 20, n. 224, p. 199-208, out./2020. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/48710>. Acesso em: 1 set. 2021.

HUMAN RIGHTS WATCH (2020). “**Brasil: eventos de 2019**”. Disponível em: World Report 2020: Brasil | Human Rights Watch (hrw.org). Acesso em: 20 fev. 2022.

KELSEN, Hans. 2000. **A democracia**. Rio de Janeiro. Ed. Martins Fontes. 308 p.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. 1. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018. p. 5-71.

MILL, J. S. 1991. **Sobre a liberdade**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 320 p.

NASH, P. Autoridade e liberdade na educação: uma introdução à filosofia da educação. Rio de Janeiro - RJ: Bloch, 1968.

NAVARRO, Joel Hirtz do Nascimento; *et al.* Necropolítica da pandemia pela Covid-19 no Brasil: quem pode morrer? Quem está morrendo? Quem já nasceu para ser deixado morrer? **SciELO**. 2020. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/901>. Acesso em: 17 nov. 2021.

NEVES, A. V. Ameaças à democracia hoje: desafios contemporâneos. In: NEVES, A. V. Democracia e Participação Social: desafios contemporâneos. Campinas: Papel Social, 2016.

OPAS/OMS. **Folha informativa sobre o COVID-19**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 29 nov. 2021.

PONTE JORNALISMO. **O que é necropolítica e como se aplica à segurança pública no Brasil**. Disponível em: <https://ponte.org/o-que-e-necropolitica-e-como-se-aplica-a-seguranca-publica-no-brasil/>. Acesso em: 26 set. 2021.

REALE, Miguel. Teoria do direito e do Estado. 5ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2000.

SANTOS, José A. Figueiredo. Covid-19, causas fundamentais, classe social e território. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, 2020, e00280112. DOI: 10.1590/1981-7746-sol00280

SCHERF, Erick da Luz; VIANA DA SILVA, Marcos Vinicius; FACHIN, Janaina S. A gestão (ou falta dela) do COVID-19 no Brasil: implicações para os direitos humanos e a saúde pública, [The management (or lack thereof) of COVID-19 in Brazil: implications for human rights and public health]. *International Journal of Human Rights in Healthcare*, Vol. 14 No. 2, pp. 158-174. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/IJHRH-09-2020-0085>. Acesso em 01 fev. 2022.

SENADO FEDERAL. **Relatório final da CPI da Pandemia**. Disponível em: [https://senadofederal-my.sharepoint.com/personal/cpipandemia\\_arquivos\\_senado\\_leg\\_br/\\_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final%2FRelatorio%5FFinal%5Faprovado%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5FI](https://senadofederal-my.sharepoint.com/personal/cpipandemia_arquivos_senado_leg_br/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final%2FRelatorio%5FFinal%5Faprovado%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5FI). Acesso em: 8 dez. 2021.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini; LIMA, Renata Mantovani de. Uma análise da proteção dos direitos humanos pela constituição brasileira após a emenda constitucional n. 45/2004: o caso TPI. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v. 1, p. 127-147, 2012.

SILVA, Carlos Matheus Alves da. COVID-19 E NECROPOLÍTICA NA CONJUNTURA BRASILEIRA. **Boletim de Conjuntura (BOCA)**, Boa Vista, v. 2, n. 6, p. 70-85, mai 2020. ISSN 2675-1488. Disponível em: <<https://revista.ufr.br/boca/article/view/AlvesdaSilva>>. Acesso em: 20 jan. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.5281/zenodo.3841651>.

SILVA, Eliane Alves da; SILVA, Marcelo Martins da. O brasil frente à pandemia de covid-19: da bio à necropolítica. **Confluências**, Niterói, v. 22, n. 2, p. 223-406, dez./2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/issue/view/2234/484>. Acesso em: 1 abr. 2021.

SOUSA, Cinthya Raquel de Moura. A pandemia da covid-19 e a necropolítica à brasileira. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 13, n. 1, p. 1-27, jan./2021. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/issue/view/446>. Acesso em: 30 mar. 2021.

## **ANALISIS DEL PROCESO HISTÓRICO Y DE GLOBALIZACION DE CHINA**

### **ANALYSIS OF THE HISTORICAL AND GLOBALIZATION PROCESS OF CHINA**

GOYENECHÉ, Fredi Eduardo <sup>4</sup>

*Haz que los adversarios vean como extraordinario lo que es ordinario para ti; haz que vean como ordinario lo que es extraordinario para ti.*

SUN TZU

**RESUMEN:** El presente artículo de investigación se ocupa desde un enfoque cualitativo con revisión bibliográfica, en describir y analizar el proceso histórico y de globalización de la República Popular China, con el fin de identificar su desarrollo y evolución en el mundo de hoy contemporáneo.

**PALABRAS CLAVES:** Globalización. Economía. Derecho. Comercio. Desarrollo.

**ABSTRACT:** This research article deals from a qualitative approach with bibliographic review, in describing and analyzing the historical and globalization process of the People's Republic of China, in order to identify its development and evolution in today's contemporary world.

**KEYWORDS:** Globalization. Economy. Law. Trade. Development.

## **1 INTRODUCCION**

La globalización en la línea de investigaciones que se ha realizado para este caso del ensayo, se orienta hacia el término como simple palabra y por supuesto al concepto, que se refiere a la idea que forma el intelecto y que se le ha dado en base a la forma de relacionarla en las diferentes dimensiones a las que se refieren los tratadistas en sus respectivas concepciones, que de hecho son múltiples.

Así, el operar del mundo, entendido como el desenvolvimiento secuencial de los conglomerados sociales y sus manifestaciones hacia la innovación, la tecnología, la economía, la política, lo social, la invención y la costumbre, involucra

---

<sup>4</sup> Economista, especializado en Planeación del desarrollo, especialista en Gestión pública, Magister en Desarrollo social, estudios de doctorado en Desarrollo social. Docente investigador de la Universidad Libre sede Cartagena, Fundador y director del Centro de observación del delito, COSED. <https://orcid.org/0000-0001-9200-0742> E-mail: [fredigoyeneche@gmail.com](mailto:fredigoyeneche@gmail.com)

patrones, hechos históricos, sucesos, a los cuales la historia misma, como sucesión de hechos, no puede dejarlos de escribir

En efecto, todas aquellas manifestaciones sociales, y las que aún acontecen, que portan impacto al conocimiento de cualquier civilización, han fundado, de cualquier manera, unos procesos históricos de unificación a nivel global en varios campos, que, por supuesto, ha llevado al planeta hacia un espacio común interrelacionado, en otras palabras, ha convertido al mundo en un espacio globalizante, pero aun, con un significativo grado de heterogeneidad, de diversidad, ya que las sociedades no cambian esencialmente, se adaptan pero conservando esencialmente su patrón original en la mayoría de los casos.

Desde luego, el proceso de mostrar al mundo esas interconexiones, la serie de evoluciones que han acontecido desde la antigüedad, de un lado y de esta última década, de otro lado, han generado un sinnúmero de aproximaciones a lo que encierra el concepto de globalización, algunos poco distantes del otro, pero que presentan un denominador común que concluye en que el concepto de globalización debe entenderse como el acrecentamiento de las interconexiones entre asentamientos humanos, naciones, en la consecución de la aldea global. Bajo estas perspectivas se tratarán en este ensayo espacios de investigación como son aproximaciones al concepto de globalización, la china milenaria y China y la globalización.

No se pretende entrar a discernir sobre la textura literaria de los diferentes conceptos, ni mucho menos tratar de controvertirlos, pues como ensayo argumentativo más bien busca alimentar la idea con lo que cada tratadista expone y liarla a la esencia de la temática en sus tres espacios de investigación,

Existen, por supuesto, tratadistas en materia de globalización que han entrelazado los términos globalización y modernidad, tal vez desde la miope visión neoliberal, ya que en esencia cierta lo uno no conlleva a lo otro, porque simplemente, las aldeas no poseen estados homogéneos de desarrollo y competitividad, en consideración Hannerz<sup>5</sup> (1998) afirma:

Me incomoda también, en cierto modo, el uso más bien prodigioso que se ha hecho del término globalización para describir cualquier proceso o relación que de alguna forma atraviesa los límites de un Estado. Es evidente que la mayoría de estos procesos y relaciones no se extienden a lo largo y ancho del mundo. El término

---

<sup>5</sup> Ulf Hannerz, es un antropólogo sueco. Actualmente es profesor emérito de antropología social en la Universidad de Estocolmo.

transnacional es en cierto modo más humilde y a menudo más adecuado para fenómenos que pueden tener una escala y distribuciones variables, incluso cuando tienen como característica común el que no ocurran dentro de un Estado (p, 20)

Sin embargo, no se puede dejar de lado la presencia y manifestación de una diversidad cultural existente en el mundo, como conglomerados sociales se presentan, luego es evidente la diferencia entre culturas, ya que cada una de ellas encarna la manifestación o particularidad de un conglomerado social, lo que en particular demuestra queda cierto no existe, en el estricto sentido de la palabra, cultura superior, o en su defecto, cultura inferior, lo real es la existencia de culturas heterogéneas. Al respecto, como comenta Beals<sup>6</sup>, (como se citó en Estrada et al., 2008):

El etnocentrismo extremo siempre será una forma de proteger los asentamientos humanos de influencias externas, no se puede generalizar que los americanos y los alemanes sean culturas superiores de correcto pensar frente a las culturas etnocéntricas, pues no dejan de ser sentimientos pocos receptivos frente a otras culturas (p, 17)

Ahondemos todavía un poco más, al Referirnos entonces, con exactitud y precisión a lo que hoy se tiene como termino y concepto de globalización, sería extirpar de la historia, de un solo tajo, todos aquellos desenvolvimientos que acontecieron, sería derrumbar la base social secuencial que se han mostrado a través de la historia. Por consiguiente, si bien globalización es un término nuevo acuñado bajo las pretensiones de los países desarrollados, no somete su aceptación por encima de los sucesos históricos en los cuales se han plasmado excelentes aportes, invenciones, innovaciones y costumbres, por tanto, globalización como espacio global no debe invalidar aquellos significantes hechos históricos que hoy se atribuyen a la contemporaneidad.

Partimos de un interesante aporte de Antonio Martin – Cabello (2013):

El proceso de la globalización es quizá uno de los fenómenos más estudiados en la actualidad por las Ciencias Sociales. Su estudio ha partido de todas las disciplinas desde perspectivas teóricas y metodológicas diferentes. Pocos términos han conocido una difusión mayor en todos los ámbitos del conocimiento y de la vida que el de globalización. Si en los años 80 del siglo pasado el concepto de moda fue el de posmodernidad, a partir de los 90 tomó el relevo el de globalización (Kellner, 2002). Aunque suele considerarse que el profesor de la Escuela de Negocios de Harvard Theodore Levitt, en su artículo “La globalización de los mercados” (1983), acuñó el término, este puede rastrearse más atrás (Hamilton, 2009). Sin

---

<sup>6</sup> Alan R. Beals es un profesor jubilado de la Universidad de California, Riverside. Actualmente está tratando de organizar sus diversos materiales de investigación.



embargo, resulta claro que su popularización puede situarse en los años noventa del siglo XX (p. 8)

Desde otra visión, como sostiene la institución reina del sistema capitalista, el eje precursor de la internacionalización de los préstamos, de la deuda, de las operaciones financieras transnacionales, el de la ayuda global bajo condiciones prestatarias entre socios del sistema el FMI (como se cita en Gómez<sup>7</sup> 2004):

[...] la globalización económica es un proceso histórico, el resultado de la innovación humana y el progreso tecnológico. Se refiere a la creciente integración de las economías de todo el mundo, especialmente a través del comercio y los flujos financieros. En algunos casos este término hace alusión al desplazamiento de personas (mano de obra) y la transferencia de conocimientos (tecnología) a través de las fronteras internacionales. La globalización abarca además aspectos culturales, políticos y ambientales (Gomez Chiñas, 2004)

Precisando al respecto, Kosellec<sup>8</sup> (como se citó en Fazio 2011) nos aporta su apreciación al sostener: “hasta los ochenta, la globalización no era más que una simple palabra, todavía no se había convertido en un concepto, porque la noción aún no comportaba un contexto específico de experiencia ni de significado”. (p,12)

De otro lado, sumando a conceptos de globalización, James H. Mittelman<sup>9</sup> y Rodolfo Cerdas<sup>10</sup> (como se citó en Morales 2000)

La globalización es una fusión de procesos transnacionales y estructuras domésticas que permiten que la economía, la política, la cultura y la ideología de un país penetre en otro. La globalización es inducida por el mercado, no es un proceso guiado por la política..... Se refiere a la globalización como “el acelerado proceso de cambio que, a nivel mundial, se ha venido desarrollando en todos los ámbitos del quehacer humano, pero muy particularmente en lo referente a lo militar, lo económico, el comercio, las finanzas, la información, la ciencia, la tecnología, el arte y la cultura (p, 8)

Ahora bien, la transculturización, como fenómeno de asimilación de culturas entre sí, originando otra de nueva identidad, ha sido un efecto globalizante que se ha dado en algunos aspectos a raíz del choque de culturas, lo que ha logrado generar nuevos patrones de comportamiento, sin embargo, no se ha perdido en total

---

<sup>7</sup> \* Profesor-Investigador del Departamento de Economía de la UAM-Azcapotzalco

<sup>8</sup> Reinhart Koselleck fue uno de los más importantes historiadores alemanes del siglo XX

<sup>9</sup> James Howard Mittelman es un erudito y autor estadounidense. Nacido en Marinette, Wisconsin, pasó gran parte de su vida temprana en Cleveland, Ohio. Es un economista político conocido por sus análisis de la globalización y el desarrollo.

<sup>10</sup> Dr. Rodolfo Cerdas Cruz fue un académico, abogado, filósofo, comentarista y político costarricense. Dirigente de izquierda y diputado en el período 1978-1982. Escribió hasta su muerte la columna Ojo crítico en La Nación.

la cultura aborígen, la cual se ha transformado en algunos matices. Como lo determina Carlos Moneta (1996:):

Supone que no es de sentido tender hacia la idea que globalización se inscribe a lo económico olvidando la política, la cultura y el aspecto social, debe entenderse entonces como una abertura de manifestaciones culturales tradicionales hacia otras modernas que han asimilado la transferencia. (P, 45)

En el mismo sentido, hablando de internacionalización Bodemer (1998:):” La globalización no es un fenómeno nuevo, sino la continuación e intensificación de las transacciones transversales que hasta ahora habían sido consideradas dentro de la categoría de internacionalización” (p, 6)

Apreciaciones de Marshall McLuhan<sup>11</sup> (1961) ha señalado con respecto a la interconexidad:

Como una mayor interconexión entre regiones y economías (es decir, si eliminamos la parte global) podemos hablar de un proceso que nos llevaría desde los contactos entre los primeros asentamientos humanos y el nacimiento del comercio entre pueblos y tribus hasta el actual sistema capitalista y el comercio a escala mundial (p, 35)

Robertson<sup>12</sup> (como se citó en Preyer 2015): “La globalización como concepto se refiere tanto a la compresión del mundo, como a la intensificación de la conciencia del mundo como totalidad” (p, 65)

En otro enfoque, a partir de la revolución tecnológica; Toffler, A.<sup>13</sup> (1980): Aborda el concepto de globalización a partir de la revolución tecnológica como un tercer evento importante en la historia de la humanidad, por cambiar la forma en que el individuo procura su subsistencia en el planeta, evidentemente cada una de las olas identificadas por el autor representan una gran transformación de la forma de abordar las relaciones sociales del hombre, en la tarea de producir, distribuir y consumir para su subsistencia (p, 106)

De manera general, hablar de cambios, es hablar de globalización, de mundialización, por consiguiente, los cambios, en cualquier dimensión o campo, se han originado desde ha mucho tiempo, por lo que muchos tratadistas sostienen que

---

<sup>11</sup> Herbert Marshall McLuhan, filósofo, crítico y profesor canadiense

<sup>12</sup> Roland Robertson es un sociólogo y teórico de la globalización. Es conferencista en la Universidad de Aberdeen en Escocia, Reino Unido. Anteriormente, era profesor de sociología en la Universidad de Pittsburgh, y fue Presidente de la Asociación para la Sociología de Religión en el año 1988

<sup>13</sup> Alvin Toffler fue un escritor sociólogo y futurista o futurólogo estadounidense, doctorado en Letras, Leyes y Ciencia.

la globalización como interconexión no es un proceso nuevo, sino que viene desde tiempos remotos, Así puntualiza Antonio Martín-Cabello<sup>14</sup> (2013):

En primer lugar, algunos autores retraen el origen de la globalización hasta los albores de la civilización. Partiendo de la idea de que la globalización es una “conectividad compleja” (Tomlinson, 1999), una de las definiciones de globalización con límites más imprecisos, se pueden rastrear sus orígenes hace miles de años. Uno de los teóricos actuales más prolíficos sobre la globalización, Jan Nederveen Pieterse<sup>15</sup> (2012), sitúa sus inicios en el 2000 o 3000 a.C. (p, 8)

Algunos tratadistas han sostenido que la globalización no tiene nacimiento en estos últimos años, si bien el término como emblema del capitalismo industrial se señorea, es de notar que la evolución de la humanidad data de muchos siglos atrás. Entonces hablar de la globalización en tiempos remotos; Fanjul<sup>16</sup> (2021) nos señala:

La globalización no es un fenómeno reciente, específico de los tiempos actuales. Ha sido un rasgo de la evolución de la humanidad desde la antigüedad, aunque su evolución ha conocido fuertes fluctuaciones a lo largo del tiempo (p, 25)

La globalización, desde otra visión más integral involucra varios aspectos asegurando la capacidad de conexión, Concepto. De (2021) atestigua:

La globalización es un complejo proceso económico, social, político, tecnológico y cultural a escala planetaria, que se caracteriza por una cada vez mayor conexión, comunicación e interdependencia entre las naciones que componen el mundo, llevando consigo una serie de cambios y tendencias que tienden a la vez a la pluralidad y a cierta paradójica homogeneización (p, 19)

Por todo ello, cabe entonces determinar, con fundamento en los citados aportes, que la globalización como palabra referida a la procura de interconexión existió desde ha mucho tiempo, pero como concepto solo se asoma a partir de 1980 que se detallan en expresiones de eruditos del tema, lo que precisa el hecho de

---

<sup>14</sup> Profesor de Sociología. Se licenció (1999) y doctoró (2004) en Sociología en la Universidad Pontificia de Salamanca y posee un Máster en Gestión de Recursos Humanos en la Universidad San Pablo-CEU (2001).

<sup>15</sup> Jan Nederveen Pieterse es un erudito nacido en Holanda cuyo trabajo se centra en economía política global, estudios de desarrollo y estudios culturales. Actualmente se desempeña como Profesor Distinguido Duncan y Suzanne Mellichamp de Estudios Globales y Sociología en la Universidad de California

<sup>16</sup> Socio de Iberglobal Consultoría de Internacionalización. Profesor del Máster de Relaciones Internacionales en la Universidad CEU San Pablo.

entender como globalización, todos aquellos impactos de épocas remotas que han incursionado y alimentado, de una u otra forma la llamada modernidad. Sobre ello Vadell (2020) nos aporta:

El 'movimiento' neoliberal contemporáneo, a partir de la década de 1980, provoca un cambio desigual en la balanza de fuerzas entre las clases sociales (trabajadores/empresarios) en el interior de los países desarrollados y en los países en desarrollo. El programa de liberalización financiera estimulado por los gobiernos de Ronald Reagan en los EEUU y Margaret Thatcher en Gran Bretaña fueron los catalizadores de procesos cada vez más dinámicos de movilidad geográfica del capital en su forma productiva (especialmente hacia Asia y esencialmente a China) o financiera, centralizados en el polo financiero de Wall Street y en el papel renovado del dólar. De esta manera, la globalización neoliberal estimula este proceso expansivo con algunas características novedosas y específicas que se aceleran con los avances tecnológicos en las comunicaciones y transportes (p, 29)

Ante esa realidad del programa de liberalización financiera como movilidad geográfica del capital, pero también de mercancías o bienes y servicios se entra en la aplicabilidad de términos que si bien no guardan sinonimia han sido diferenciadas por Beck<sup>17</sup> (como se citó en Fuentes Gantenbein De Semrau 2010) quien analiza los términos globalismo, globalidad y globalización:

Por globalismo entiendo la concepción según la cual el mercado mundial desaloja o sustituye el quehacer político; es decir, la ideología del dominio del mercado mundial o la ideología del liberalismo. Esta procede de manera monocausal y economicista y reduce la pluridimensionalidad de la globalización a una sola dimensión, la económica ....

La globalidad es una condición impostergable de la actividad humana de las postrimerías de este siglo....

La globalización significa los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios (p, 10, 11) (Fuentes Gantenbein de Semrau & Tesis doctoral, 2010)

La globalización en tiempos más cercanos de la historia toma otra connotación atendiendo a la liberación de fronteras a merced del mercado como fenómeno del comercio internacional; Flores (2016) comenta:

La globalización bajo la influencia de la vertiente económica nace con el comercio internacional y se fue expandiendo hasta producir la movilidad de los factores de producción en el mundo, redimensionando la distribución geopolítica de los factores de producción en el mundo (p, 19)

---

<sup>17</sup> Ulrich Beck fue un sociólogo alemán, profesor de la Universidad de Múnich y de la London School of Economics. Estudió aspectos como la modernización, los problemas ecológicos, la individualización y la globalización.

No se debe descartar que el actual significado de globalización, hablando de los años 90, ha sido a merced del trabajo fusionado del accionar de las interrelaciones de los Estados y por ende del mercado internacional, que atendió al innegable momento transcendental por el que pasaba, como siempre sucede, el proceso de expansión del capitalismo como sistema. Entonces la globalización en esos términos es una readaptación del capitalismo. Guttal, Shalmali<sup>18</sup> (2007) nos agrega:

El término “globalización” se utiliza para describir una variedad de cambios económicos, culturales, sociales y políticos que han dado forma al mundo en los últimos 50 años, desde la muy celebrada revolución de la tecnología de la información a la disminución de las fronteras nacionales y geo-políticas en la cada vez mayor circulación transnacional de bienes, servicios y capitales. (p, 32).

En cuanto a la expresión, Aldea Global, muy asociada al termino globalización, si bien unos la han compartido, otros, a raíz del sinnúmero de concepciones lo cual le otorga el derecho a poder opinar o generar mejores conceptos, han creado un amplio espacio de conceptualizaciones que han permitido serias y fundamentadas críticas que de una u otra manera si contribuyen para ir buscando una mejor aproximación al concepto de globalización en el amplio, suficiente y significativo espacio social, y de paso, una real acción que de conectividad e interconexión, en la visión de la aldea global demuestre su razón de ser, lo que deja mucho que decir, como así lo expone Kapuscinsky<sup>19</sup> (como se citó en Fazio 2011):

La dimensión de termino Aldea Global, conforme a la visión que tenemos del mundo en el que interactuamos, tiende a ser falsa, más bien se considera una metrópolis con sentido global por supuesto, en donde desfilan la muchedumbre solitaria que, por supuesto no se conocen. Al avance de la electrónica en nuestro entorno, más nos aleja del contacto humano. (p, 34)

Desde otra visión, la globalización no porta en si desarrollo, como tampoco suele ser una doctrina, o tal vez un instrumento, que, bajo previos principios, se aplica de manera sin lujos de detalles tal como se señala: “La globalización, según entiendo, no es ni un progreso, ni una regresión, ni una ideología, ni siquiera una política; es una etapa de la historia de la humanidad y un proceso que da una

---

<sup>18</sup> Shalmali Guttal es Directora Ejecutiva de Focus on the Global South, donde ha trabajado desde 1997. Ha trabajado en India, Estados Unidos y el sudeste asiático continental.

<sup>19</sup> Ryszard Kapuściński fue un periodista, escritor, ensayista y poeta polaco, famoso por sus narraciones sobre el continente africano

dimensión nueva a los fenómenos ya presentes” (Estefania, 2002). De otro lado como George y Wolf<sup>20</sup> sostienen que “la globalización es una maquina cuya función consiste en hacer irreversible el poder de las multinacionales, engendrando desigualdades cada vez más grandes tanto entre países como dentro de ellos”, el caso para China, como se ha comentado, ha sido a otro precio, pues la China no vivió ese periodo milenarío sin hacerse internamente competitiva.

Desde luego para todas esas apreciaciones, la prensa mundial, ha jugado un papel importante para, de cualquier manera, hacer llegar el mensaje, lo que transforma aquel impacto de aldeas aisladas en aldeas globales como ha acontecido en esta época, sin embargo, siendo China una cultura que mucho tiempo vivió recogida del mundo, de poca interrelación, muy autónoma, muy encerrada entre su propio pueblo, es para cualquier estudio un hecho interesante de tratar el momento de abrirse al mundo.

## **2 LA CHINA MILENARIA**

Con lo que se ha dicho hasta aquí, me parece un fundamento basado en suficientes soportes a cerca de las aproximaciones al concepto de globalización, se orienta entonces la temática hacia el espacio concerniente a China, específicamente antecedentes históricos, con la finalidad de puntualizar aquellos hechos históricos destacados que secuencialmente han formado parte del gran legado del gigante asiático.

Hablar de la China significa transportarnos en la historia mucho tiempo hacia sus orígenes, lo que implica un largo trabajo, basta decir, o enunciar “la China milenaria” que se confunde entre leyendas y mitos como antiquísima cultura e inmenso territorio encajado en el corazón asiático, para entender que son muchos, pero muchos años los que contienen esa historia deleitosa por el contenido fantástico que la embellece a diferencias de muchas otras culturas; sin embargo, el trabajo se orientara a puntualizar sobre hechos históricos sobresalientes de la gran China desde sus orígenes.

De cierto no existe evidencia de tanto tiempo atrás en la historia, pero las tradiciones orales entre los chinos han dado la importancia milenaria, esa fortaleza

---

<sup>20</sup> Susan Georgey Martin Wolf (2002): La globalización liberal. A favor y en contra. Editorial Anagrama. S.a. Barcelona, España.

autóctona, al no contemplar migraciones de cualquier otro punto geográfico de la tierra, y por supuesto, la certeza de ser el centro del mundo, el origen del bien y del mal y la gran tierra del dragón, que se hizo grande para competir:

El chino, a diferencia de otros pueblos, no tiene mitos ni leyendas de migraciones desde otras partes del mundo. Sus orígenes se encuentran en la región misma que habitan y los hallazgos, cada día más abundantes, señalan que China fue poblada desde épocas muy remotas, seguramente desde el pleistoceno bajo. (Botton Beja, 2008)

Considerando así el asunto, no es sencillo entender, como una cultura tan antigua, con tanto tiempo encerrada, víctima de un sinnúmero de guerras intestinas, invasiones mongólicas, que buscaban en este las riquezas del río amarillo, haya, no solo vivido, sino despertar y engrandecer aún más su historia como pueblo, como cultura, como nación, sin haber perdido si don de ser chinos de la China. Como se ha afirmado la China es milenaria; lo más antiguo del corazón asiático, Doval (2011) nos agrega:

La leyenda y la mitología sitúan el inicio de la cultura China hace unos 5.000 años, pero no se ha encontrado evidencia que demuestre tal supuesto. Para los chinos, el fundador histórico de su nación fue Huang Ti, “el Emperador Amarillo”, rey, según la tradición durante cien años (2698 – 2598 a. c.), de una de las de las muchas tribus chinas de entonces, a la que guió a la hegemonía. A partir de él se encadena una lista de dinastías que nos conduce hasta el pasado más reciente (p, 24)

Baste lo anterior para agregar que lo del nombre de “Emperador Amarillo” se debe a que su reinado tuvo su sede en las riveras del Amarillo, pues la tonalidad que toman sus aguas se origina por la cantidad de barro que arrastran en su recorrido por la meseta de Loes o Loess (como en la geografía China se conoce). Este río se tiene como la cuna de la civilización China, como el río madre en donde se forjó el imperio chino.

El gran emperador Amarillo, fundador histórico de la nación China dejó una magnífica gestión, pues para la época, procuró una serie de invenciones, establecimiento de industrias, construcciones civiles, desarrollo de la ciencia médica, sastrerías, industria naviera, la medicina tradicional China y las acciones del arte de la guerra.

Bien, pareciera por todo lo anterior que lo citado empieza a revelar que China, desde épocas remotas, adquiere su nombre de imperio con fundamento industrial, con manifestaciones de desarrollo por encima de su vecindario. Si bien se

ha detallado el concurso de la leyenda en el historial chino, de igual manera se toman acciones para evidenciar los hechos de los antecedentes históricos chinos como se revelan:

Por su parte, la leyenda nos proporciona una lista canónica de los monarcas chinos que empieza hacia el año 2852 a.c., fecha en la que da comienzo la mítica Edad de los Tres Augustos y los Cinco Emperadores. La primera dinastía de reyes, la Xia, es oscura y algunos historiadores han dudado de su existencia real hasta hace bien poco. Sobre la historicidad de la segunda, la Shang, también hubo dudas hasta que fue plenamente ratificada mediante la excavación, a partir de 1928, de su capital en Anyang, al norte de la actual provincia de Henan. Los primeros siglos de la dinastía Zhou, que reinó desde el 1027 al 1122 a.c., están mucho más documentados por escritos históricos, y, desde el 842 a.c., los acontecimientos pueden fecharse con exactitud. Pero para conocer los supuestos inicios de la civilización China solo queda recurrir al poético pero increíble relato mitológico del nacimiento de China (Doval, Breve Historia de la China Milenaria , 2011)

Cabe anticipar aquí que historiadores que la talla de Doval (2011) y del compendio de Chinopedia pormenorizan que la fabulosa Edad de los Tres Augustos (Fuxi, Shennong y Gònggong, según el Tongjian Wàiji) y los Cinco Emperadores, amarillo, Zhuangxi, Dika, Tangyao y Yushun, formaron aquellas épocas fantásticas de los llamados gobernantes legendarios mucho antes de la presencia de la dinastía Xia. Estos personajes mitológicos fundaron la antigua civilización china, fueron reflejos del florecimiento de China, y de ellos descendieron los productos generacionales, de la mezcla de esos clanes, que dieron origen a una especie de ancestro común.

Como se detalla, el transcurso histórico del acontecer del pueblo chino no demuestra una unidad, es precisamente, según cuenta un documento de Eugenio Anguiano (agosto de 2008), que durante el reinado de la dinastía Han imperó la desunión con la existencia de tres dinastías que hacían de reino; reino Wei 220-265, reino Shu Han 221-263, y reino Wu 222-280, los cuales libraron incesantes guerras entre sí, hasta la llegada del restablecimiento del imperio bajo la Dinastía Sui 581-617.

Ahora se comprende el por qué al tener ante nuestros ojos el proceso histórico de la China antigua, se ve muy extenso, pues muchos textos han engrosado esa fantástica y milenaria historia de una china que vivió de dinastías en dinastías, de guerras en guerras, de periodos de desunión que mucho la afectaron, tal como se refiere el mismo Mao en su libro “La revolución China y el partido comunista”:

Han desencadenado numerosas guerras de agresión contra China, como por ejemplo la Guerra del Opio desatada en 1840 por Inglaterra, la guerra lanzada en 1857 por las fuerzas aliadas anglo-francesas, a Guerra Chino-



Francesa de 1884, la Guerra Chino-Japonesa de 1894 y la guerra emprendida en 1900 por las fuerzas aliadas de las Ocho Potencias.

Pero también buenos tiempos y buenos periodos de unificación de todos los reinos, de todas las divisiones, de todas las posiciones antagónica, lo que dio pie a la consolidación del gran imperio, de la unidad en procura del desarrollo, de la competitividad en busca de mejores niveles de vida para los chinos: Botton Beja (2008) nos relata al respecto

Como ya se ha mencionado, en 221 a.C., el rey Zheng de Qin había realizado la conquista del resto de China y por primera vez había unificado todos los reinos. Esto marcó el inicio del Imperio Chino, cuya existencia se perpetuará hasta nuestro siglo. Si bien es cierto que en muchas épocas de su historia China volvió a fragmentarse, y que en otras la unión no fue más que una ilusión, también es innegable que la unidad fue siempre el ideal implícito y explícito en todos los tiempos, y también la meta de cada uno de los hombres fuertes en su lucha por el poder (p, 101)

Por supuesto que la historia China resalta el llamado proceso dinástico que encarna la originalidad de su cultura, como ya se ha dicho, debido a su autóctono y fantástico origen envuelto en leyendas y mitos que engrandecen su tradición, logrando agregar a la historia sucesos tan especiales que aún se muestran en la sociedad, basta decir una de las sociedades más aferradas a sus tradiciones familiares, hecho este que ha influido en la conservación, respeto y permanencia de sus patrones culturales, en la sociedad China. Bajo esta visión, como patrón de conducta, ha sido la sólida base para la construcción del nacionalismo chino, precisamente fue ello lo que sirvió de escudo a las invasiones sufridas. Hoy se puede decir que China vive un nacionalismo como pensamiento imperioso que la mantiene unida y con fuertes impulsos a su desarrollo integral.

Un recuento de las dinastías chinas que se sucedieron, las cuales, por supuesto, de una u otra manera dejaron su huella indeleble en la historia se tiene:

DINASTÍAS DEL PERIODO ANTIGUO: Período Arcaico: 3000-2100 a. C., Dinastía Xia: 2070-1600 a. C., Dinastía Shang: 1600-1046 a. C., Dinastía Zhou: 1045-256 a. C.

DINASTIAS DEL PERÍODO IMPERIAL: Dinastía Qin: 221-206 a. C., Dinastía Han: 206 aC-220 Dc, Seis dinastías y 16 reinos: 220-589 AD, Tres reinos: 220-280, Dinastía Jin: 265-420, Dinastías del sur y del norte: 420-589, Dinastía Sui: 581-618, Dinastía Tang: 618-907, 5 dinastías, 10 reinos: 907-960 Dinastía Liao: 907-1125, Dinastía Song 960-1279 Dinastía Jin: 1115-1234, Dinastía Yuan 1271-1368, Dinastía Ming: 1368-1644, Dinastía Qing: 1644-1911 (Ruiz, 2021)

Esto nos lleva a caer en la cuenta de que la interacción histórica de la sucesión de dinastías deja un aporte que da a entender lo esencial de la formación del chino, es precisamente esa fijación que ha hecho de la China no solo un imperio, sino una cultura muy autóctona, muy hecha a sus principios morales, pues no en vano se alimentaron de los mensajes de Laotse y Confucio, quienes registraron periodos importantes en la formación filosófica de la gran China, al igual que el pensamiento político:

El sistema político chino tradicional arranca desde alrededor del año 200 a. de c. y va hasta principios del siglo XX. En términos formales del llamado “ciclo dinástico”, tal sistema se consolida y afina durante la dinastía Han, 206 a.de c. – 220 d.c., aunque sus raíces se encuentran siglos atrás, en particular durante la época de “Primavera y Otoño”. (Anguiano, 2011) .

Al llegar aquí tenemos que reconocer que el sistema político como tal, no nace perfeccionado, como debe ser, de hecho, es producto de un sin número de cambios, de estrategias, de innovaciones tanto en la política como en la cultura y por supuesto, para el caso de China, de la exigencia en la confianza hacia los líderes políticos, que, entre otras cosas, es un principio muy positivo en la historia de la China, como al respecto se afirma:

La historia registrada de China se remonta a más de 3.200 años y puede dividirse en cuatro períodos principales: (1) antigüedad, desde el principio hasta el final del siglo III a. C.; (2) período medio, desde el siglo II a. C. hasta el siglo X d. C.; (3) período moderno temprano, desde el siglo X hasta el XVIII; y (4) China moderna, desde finales del siglo XVIII hasta el presente. 5 A lo largo de la antigüedad, China fue gobernada por una élite de guerreros que controlaban la tierra y recaudaban tributos de sus súbditos. (Tejeda Canobbio, 2013)

Si algo se debe tratar, es lo referente al mercado, ya que la China milenaria también hizo su contribución como centralidad mundial adquirida, pues eso ha sido China a través de la historia, por lo que el mundo se ha nutrido de tantos aportes que sin duda han dejado bien plantada la antigua cultura, como también a los forjadores de otras revoluciones industriales acontecidas en el planeta en donde sus invenciones han impulsado grandes emprendimientos:

El primer gran circuito mercantil mundial fue el impuesto por el Imperio Árabe entre los siglos VIII y XIII. China y el Indostán adquieren su centralidad mundial entre los siglos XV y XIX, es decir cinco siglos. La gran China inventó el reloj (siglo VII a.c.), el papel (siglo I), la brújula (siglo IX), la pólvora (siglo IX), la imprenta (1041-1048). Dibujó y conoció América siglos antes que Colón. Los chinos equiparon las primeras fábricas para la Revolución Industrial de Inglaterra (Serrano, 2020).

Algo más hay que añadir, con pasos cuidadosos, procurando mantener el hilo primordial del proceso chino, por lo que se hace necesario anexar a la secuencia de hechos, personajes como Sun Yat-sen<sup>21</sup>, personaje interesante en el proceso chino, precursor de la revolución, el portaestandarte de los demócratas revolucionarios chinos, sus aportes se constituyeron en soportes claves para el engrandecimiento de la cultura política, pues al él se le debe el establecimiento de los llamado tres principios del pueblo:

Los tres principios del pueblo se basaban en tres conceptos fundamentalmente: La nación (minzu), el derecho civil (minquan) y el bienestar (minsheng). Para Sun Yat estos principios se tornaban la base ideológica para salvar el país, aumentar la competitividad política y económica de china en el contexto internacional, así como para perpetuar la nación China eternamente (Universidad autónoma de Barcelona. Tesis doctoral, 2014).

De hecho, Sun con el principio de la nación buscaba formar en el ciudadano chino la importancia de él clan y de la familia, elementos suficientes para conformar un nacionalismo poderoso; con el principio del derecho civil buscaba una mejor participación democrática del pueblo como poder del pueblo, un gobierno para el pueblo y un beneficio para el pueblo, bases que Sun extrajo de las ideas de Abraham Lincoln “*Government of the people, for the people, by the people*” y con el principio del bienestar perseguía un mejor nivel de vida, una mejor equidad todo ello en la búsqueda de un desarrollo potencial democrático.

Sun Yat- Sen dejó mucho que admirar en la sociedad China, pues la historia, de hecho, después de aquella revolución de Xinhai, la cual comandó, logró fundar el Kuomintang también conocido como Partido Nacionalista Chino, que al paso del tiempo se constituyó en su organización revolucionaria que luego enfrentaría, a la salida de los japoneses de China, en conflictos internos, con Chiang Kai Shek, acérrimo enemigo de la causa comunista, quien después de un tiempo de lucha decide abandonar el campo al no por no contener el avance del ejército comunista, esta situación conlleva a que Chiang Kai Shek con el partido nacionalista y el residuo de las tropas, buscaran establecerse en Taiwán, hecho este que benefició las ambiciones de EEUU hacia a China:

---

<sup>21</sup> Nombre en escritura China que en *Pinyin* (Sistema de transcripción fonética de la escritura China al alfabeto latino) se escribe Sun Zhongshan.

El Kuomintang con apoyo económico estadounidense, estableció en 1949 su gobierno en Taipéi, reclamando sus derechos sobre toda China y gobernando con rigor de manera represiva, sin permitir procesos democráticos hasta la recuperación del territorio continental. Así, el Kuomintang se convirtió en el llamado “terror blanco” de la isla. La República de China, quedó pues, establecida en Taiwán, mientras que la República Popular China ocupaba el territorio continental. El territorio bajo dominio del Kuomintang perteneció a la ONU hasta 1977 (La guía, 2008).

Aquí conviene detenerse un momento a fin de dar a conocer la importancia suprema del personaje de Mao en el proceso acontecido en la gran China. Mucho tiempo transcurrió bajo su liderazgo, baluarte en la consolidación del proceso, pues al finalizar la Primera Guerra Mundial Mao hace parte importante del conocido “Movimiento del Cuatro de Mayo” de 1919 que buscaba como conducir a China a ser un país competitivo, moderno, y por supuesto que se defendiera del capitalismo de occidente, misión que estableció a la naciente China bajo líneas comunistas con unas políticas tipo feudal heredadas de tiempo atrás que por supuesto ya se tornaban anacrónicas a lo que se pretendía hacer de China. El mismo Mao escribe, al referirse a la antigua sociedad feudal:

Las principales características del sistema económico y político de la era feudal de China son las siguientes:

- 1) Predominio de la economía natural.
- 2) La clase dominante feudal - terratenientes, nobleza y emperador.
- 3) No sólo los terratenientes, la nobleza y la familia imperial vivían de la explotación de los campesinos por medio del arriendo de la tierra y el pago de impuestos y tributos.
- 4) El aparato del Poder que protegía este sistema de explotación feudal era el Estado feudal de la clase terrateniente. (Tse - Tung, 1939).

Agregando a lo anterior, la antigua sociedad feudal descansaba sobre una forma despiadada de explotación consecuente hacia el campesino de manos de los terratenientes, lo que hacía de la forma de vivir del campesinado una indigna situación de esclavos que por lógica no fue soportada y concluyó en una serie de alzas, de rebeliones de levantamientos en procura de la reivindicación del campesinado, que en un buen número se presentaron al correr de las secuenciales dinastías; el mismo Mao describe en su libro lo siguiente:

La despiadada explotación económica y opresión política de los campesinos por la clase terrateniente, los forzó a alzarse en numerosas rebeliones contra la dominación de ésta. Hubo centenares de levantamientos, grandes y pequeños; todos ellos fueron acciones de rebeldía de los campesinos, guerras revolucionarias campesinas, por ejemplo, los levantamientos de

Chen Sheng y Wu Kuang y de Siang Yu y Liu Pang, en la dinastía Chin; los de Sinshi, Pinglin, Chimei, Tungma y Juangchin, en la dinastía Jan; los de Li Mi y de Tou Chien-te, en la dinastía Sui; los de Wang Sien-chi y Juang Chao, en la dinastía Tang; los de Sung Chiang y de Fang La, en la dinastía Sung; el de Chu Yuan-chang, en la dinastía Yuan; el de Li Tsi-cheng, en la dinastía Ming, y el del Reino Celestial Taiping, en la dinastía Ching.

Pero antes de seguir adelante consideremos la responsabilidad y el sentido de pertenencia que aún bajo todas esas situaciones tradiciones feudales anacrónicas, Mao se encamina a conducir China hacia el sendero productivo, periodo este de mucha agitación política, que trajo consecuencias adversas en la que la larga lucha de Mao por restablecer su China bajo la bandera del comunismo empieza a mostrar un ligero cambio en cuanto a la relación Campesino –Terrateniente, pero una intensa lucha por los impactos de la misma.

Muchas acciones partidistas del mandato de Mao trajeron duros efectos, lo que terminó en una serie de catástrofes, como la “revolucion cultural”, extenso tema del proceso en la historia, que trajo una mortandad a consecuencia del desborde de ideas, por las cuales acontecen entonces dos episodios endicho proceso; el Gran Salto Adelante” (1958-1961) y la “Gran Revolución Proletaria” (1966-1976). En lo que respecta al primero, Mao pretendía la industrialización de China, por encima de la empresa feudal con la finalidad de ponerla al nivel de Occidente, y por supuesto mantener una sociedad comunista. Mao fracasó estrepitosamente. Se presentó entonces la hambruna y nada se pudo hacer. Ese periodo nefasto del Gran Salto Adelante, así como la hambruna, llevaron a Mao Tse-tung a retirarse de manera tajante en la toma de decisiones dentro del Partido Comunista y el gobierno, hecho este que lo direccionó a entregar altos encargos de manejo hacia compromisos futuros en manos de Liu Shaoqi y Deng Xiaoping.

Mao ocupa parte esencial de la historia de China, una de sus arengas en pro del partido comunista aun sondea como bandera en el universo chino:

El pueblo, y sólo el pueblo, es la fuerza motriz que hace la historia mundial.”  
“Es necesario enseñar a cada camarada a amar a las masas populares y escucharlas atentamente; a identificarse con las masas dondequiera que se encuentre y, en lugar de situarse por encima, sumergirse en ellas; a despertar a las masas y elevar su conciencia política de acuerdo con su nivel del momento, y ayudarlas, ciñéndose al principio de plena voluntariedad, a organizarse gradualmente y a desplegar paso a paso todas las luchas necesarias que permitan las condiciones internas y externas en un tiempo y lugar determinados (Mendoza, China el socialismo y la "línea de masas", 2014)

Desde luego, el patriótico trabajo de Den Xiaoping desde una cuna socialista, desde un imperio de China roja, China de Mao, tenía que encontrar tropiezos en los celos enfermizos de los místicos fundamentalistas, de cierto, ante tanta pobreza generada no había razón para relacionarla con una visión socialista, la pragmática posición de Deng puso de manifiesto el caprichoso lema sembrado por aquella Revolución Cultural de los años 60 en defensa de un dogmatismo muy ligero que apuntaba “es mejor ser pobres bajo el socialismo, que ricos bajo el capitalismo”: anacrónica frase que destemplería el proceso de cambio que se gestaba, a la cual Deng hizo frente concientizando a fondo que el socialismo no es producto de la pobreza ni viceversa:

El líder Deng Xiaoping, cuando hizo la justificación del cambio de rumbo que significaba la “Reforma Económica”, entre otras cosas señaló que “la pobreza no es socialismo”, por lo que decidió atraer inversiones extranjeras en las denominadas “zonas especiales”, ubicadas en la costa sureste, imponiendo la condición de que se crearan empresas mixtas donde el Estado (nacional o de provincias) tuviera el 51 % de las acciones y que las empresas extranjeras transfirieran tecnologías; se cambió el régimen agrario de colectivización comunal por un sistema mixto de cooperativas y explotaciones privadas familiares e individuales y, como la tierra en China es propiedad del Estado, este la da en concesión; la distribución de bienes y servicios se produciría en el “mercado socialista”; la economía se desarrollaría en el marco de una planificación estatal quinquenal (característica de gran importancia) (Tesis 11, 2021)

### 3 CHINA Y LA GLOBALIZACION

Sostiene Guardia B., A. (2004) “Se le atribuye a Napoleón la frase: China es un gigante dormido. Cuando despierte moverá el mundo. No cabe duda que China, después de poco más de veinte años de sostenido y fuerte crecimiento salió de su letargo”, sin lugar a dudas esas palabras de Napoleón, pronunciadas hace un buen tiempo, encajan en todo este proceso de la China que titánicamente viene ejecutando al cruzar, históricamente, caminos de intensa luchas y reformas reconociendo personajes que lideraron dicho proceso:

Desde que en 1978 Deng Xiaoping iniciara las reformas de apertura de la economía china, con el apoyo determinante del gobierno, se implantó una política de internacionalización de las empresas bajo el lema "Go Global" (走向世界) que ha llevado a la economía china a realizar el "Gran Salto Económico" hacia un segundo nivel de desarrollo empresarial, pasando de ser una economía planificada, a una economía de mercado y, posteriormente, a una superpotencia económica tras tres décadas de reformas (Parra Perez, 2016)

Se ha dicho que el termino globalización es muy nuevo con relación a la esencia de apertura que encierra y fue creado por las potencias capitalistas en la búsqueda de abrir sus mercados y por supuesto adquirir más ganancias, este proceso en China se fue dando bajo condiciones muy duras si se atiende a la concepción estricta y corta visión del fanatismo hacia la categoría de socialistas. Ello nos muestra un largo periodo que la historia anuncia que se inicia con la era de Deng Xiaoping.

A la muerte de Mao, es precisamente en Deng Xiaoping en quien recae el compromiso de sacar el imperio hacia adelante, se empieza una era de lucha firme y decidida para alcanzar un "socialismo con características chinas", por lo que se impulsaron una serie de reformas en busca de la modernización industrial y la apertura de China hacia el mundo comercial. Para ello Deng se aferra a las siguientes estrategias tal como lo afirma (Fanjul, 2018). “En primer lugar, la liberalización del sistema económico. La segunda gran línea de acción de la reforma como es la apertura al exterior”

Antes de seguir adelante conviene saber que, en efecto, esto para Deng no fue asunto fácil, pues había un grupo de presión; la llamada “Banda de los cuatro” quienes habían planteado su principio: “es preferible un socialismo y un comunismo de la pobreza que un capitalismo de la riqueza” ya que no veían con buenos ojos, o tal vez la miopía comunista y de color rojo, solo veían un alto peligro el programa de Deng con el cual, según la banda, China perdía su esencia de comunista, su esencia de color rojo ya que la llamada estrategia puesta en marcha por Deng no solo rompía aquella autonomía pregonada por Mao, sino que entregaría a China en manos del capitalismo. De cierto ese principio anacrónico originó un estancamiento, a lo cual Deng en un discurso rompió definitivamente:

El primer punto que hemos sacado en claro es la necesidad de persistir en el socialismo y, para tal efecto, liberarse antes que nada de la pobreza y del atraso, desarrollar con gran energía las fuerzas productivas y, de este modo, hacer valer las características del socialismo como sistema superior al capitalista. A fin de llegar a esto, es necesario trasladar el centro de gravedad de nuestro trabajo en su conjunto a las cuatro modernizaciones y tomar éstas como meta de nuestra lucha para los próximos decenios. Debemos persistir en el socialismo, pero para construir un socialismo superior al capitalismo, es necesario, ante todo, librarse de la pobreza (AA.VV., 1984b: 232-233)

Por supuesto Deng, ante estas situaciones, y conociendo a fondo la estructura China era partidario de la apertura, del comercio mundial, por tanto, sostenía “el socialismo y la economía de mercado no son incompatibles”, dando a

entender que China sin perder su color podía generar una economía socialista de mercado, ello ha indicado que China nunca ha perdido su razón de ser como China, por tanto, es un régimen chino a la China con el objetivo de conquistar el desarrollo, sin perder de lleno el olfato hacia el capitalismo global y la economía de mercado

La ruptura con un pensamiento anquilosado y dogmático permitió emancipar la mente y abrir paso a una experimentación enriquecedora que con su gradualismo facilitó la conformación progresiva de un modelo a la postre híbrido y complejo como manifestación del nuevo tiempo. La expresión “un gato, blanco o negro, es bueno con tal que cace ratones”, popularizada por Deng ya a inicios de los años sesenta y ahora de nuevo recuperada, abundaba en un pragmatismo orientado a elevar la producción sin importar la etiqueta ideológica del método utilizado (Rios, El largo rastro de Deng Xiaoping. El país Internacional, 2018)

Desde luego y de manera firme Deng, a nombre de una China unida y sólida, sin desconfianza alguna, pedía contundentemente no cerrar el avance y la competitividad hacia el mercado del mundo, al mercado global, pues de esta manera, sostenía Deng, los chinos podemos ver claramente el real color del gato, pero para ello se necesita emancipar la mente y eliminar el anquilosamiento ideológico tal como el mismo lo exaltó en su discurso en donde se refirió al compromiso de Independizar la forma de pensar, mirar la realidad y el entorno comercial y caminar unidos bajo una sola bandera del cual se citan apartes:

Cuando hablamos de emancipar la mente, poner en juego la inteligencia, actuar en función de la realidad y mirar unidos hacia adelante, debemos hacer hincapié, ante todo, en el primer concepto. Sólo con la mente emancipada podremos proceder, guiándonos acertadamente por el marxismo-leninismo y el pensamiento de Mao Zedong, a resolver los problemas legados por el pasado y la serie de nuevos problemas que surjan, a reformar con acierto lo que en las relaciones de producción y en la superestructura no se ajusta a las fuerzas productivas en rápido desarrollo y, de acuerdo con las condiciones reales de nuestro país, a definir el camino, la orientación, los métodos y las medidas específicos para llevar a cabo las cuatro modernizaciones.... (Manos fuera de China, 2017)

De igual forma, el pensamiento de Deng y su gran apreciación sobre la política globalizadora, atendiendo a la competencia de oferta y demanda, mostraba de manera pragmática que no le está vedado al socialismo, por ninguna razón, esos métodos aplicados al capitalismo, lo que indica que dentro del socialismo se puede con alto sentido de responsabilidad y pertenencia competir dentro de la globalización capitalista aprovechándola al máximo:

La planificación y las fuerzas del mercado no son la diferencia esencial entre el socialismo y el capitalismo, porque también se planifica bajo el capitalismo;



la economía de mercado también tiene lugar bajo el socialismo. No debemos temer adoptar los avanzados métodos de gestión [empresaria] que se aplican en los países capitalistas- [...]. La esencia misma del socialismo es la liberación y el desarrollo de los sistemas productivos. [...] El socialismo y la economía de mercado no son incompatibles. [...] Deberíamos preocuparnos por el desviacionismo de derecha, pero sobre todo por el de izquierda. (Den Xiaoping, 2021)

Con ello llegamos a mostrar la firme y férrea acción gubernamental de Deng Xiaoping, pues no solo sacó a china del anquilosamiento del feudalismo de Mao, sino que permitió que la gran China maoísta abriera sus puertas al mercado exterior, se volviera competitiva, ocupara un lugar digno como producto de tantas luchas y empezara la gran China a despertar como gigante asiático:

Deng Xiaoping ha sido llamado “el arquitecto de la reforma y apertura de China” por sus minuciosos esfuerzos en liderar la transformación moderna del país, iniciada desde finales de los años setenta. Sin Deng Xiaoping, China probablemente no habría salido de esa enorme y pesada caja ideológica en la que estaba encerrada con mano de hierro”, afirma Gao. La sabiduría política de Deng Xiaoping ha logrado la actual estabilidad y prosperidad de Hong Kong. Por otra parte, sus planes de modernización han convertido a China en la segunda economía del mundo (China, 2020)

El invaluable aporte de Deng a la gran lucha China marcó el inicio de china en la globalización que corresponde al periodo 1980 – 1990. Entrar de lleno China en un ambiente de globalización trazado por el eje capitalista del mundo, no es nada fácil, sin embargo, en una entrevista acaecida 31 de mayo de 2012 a Daniel Méndez, director de ZaiChina, el sitio más grande de noticias en español sobre China, parece un presagio, pues en la actualidad China es parte del mercado mundial:

El reto del país es pasar del “made in China” al “inventado en China”, “de la fábrica del mundo al mercado del mundo”. Ha llegado el momento en el que el país debería abandonar un desarrollo basado en las exportaciones baratas por un mayor consumo interno y un salto en el valor añadido que ofrecen sus empresas.

Esa apreciación de Daniel Méndez se refería al cambio sustanciosos, no solo de producir como la maquila a bajo costo, razón suficiente para que muchos países del eje capitalista en procura de ganar más, vieran en China su valiosa maquila a bajo costo, sino convertirse competitivamente, en el promotor esencial competitivo de mercado del mundo con sus propios productos y tecnología.

Mucha agua corrió bajo el puente para que China llegara a la posición que hoy por hoy tiene a efecto de la lucha y el coraje de su gente y por supuesto, el don de sabiduría para manejar la administración de la gran China al estilo chino, para

los chinos, por ello, es China esa solida república popular que ha llegado armada, con armas de largo alcance, a una globalización que los patriarcas del capitalismo económico quisieron consolidar para ellos a merced de la sumisión de las pequeñas aldeas según la rápida visión del antropofágico sistema:

Podemos definir entonces la Globalización al estilo chino como el modelo expansionista o imperialista que ha venido desarrollando China en el mundo, caracterizada principalmente por el no uso de violencia, y la implementación de tres estrategias básicas: diplomacia, tamaño poblacional y crecimiento económico (Centro de Pensamiento Global - CEPEG, 2016).

Todo este avance propiciado por Deng ha llevado a China al podio que hoy le corresponde y comparte en el gran mercado global no solo la visión comercial de la globalización, sino, sus características demográficas, industriales y competitivas que conllevaron el despertar del gigante al salir de una economía rural completamente cerrada en sí misma, a las puertas de dicho mercado:

La primera es la talla del país con más de 1 300 millones de habitantes; China se convierte en un imperio demográfico.

La segunda diferencia se encuentra en la historia del imperio chino y más recientemente a partir de 1978, cuando China realizó una triple mutación que va a marcar una profunda diferencia con sus antecesores en el proceso de desarrollo... Así, China llevaría a cabo tres transiciones simultáneas del Estado todo poderoso al de mercado como monarca, de la agricultura a la industria y del mercado local al internacional. (Nieto, 2005).

Desde luego, no fue en corto tiempo la travesía de la gran China, sus líderes, cada uno en sus líneas, dejaron su estela que conjuntamente al correr del tiempo constituyeron la base primordial de lo que hoy es China como parte de la globalización, a la que supo de manera tajante aprovecharla palmo a palmo permitiéndose así entrar entre los grandes en la toma de decisiones en el mercado mundial.

Acontecida la muerte de Zhou Enlai baluarte político del partido comunista, muy leal a Mao, Deng centró sus aspiraciones y su atención en la victoria del partido comunista y al restablecimiento inmediato de la economía China, asolada por las muchas guerras, y por la decadencia ideológica de la llamada “Revolución cultural de Mao”, razones de fondo que demostraron el arduo trabajo para la implantación, implementación y ejecución de las “Cuatro modernizaciones. A la muerte de Mao, Deng Xiaoping ocupó el liderazgo y control del partido comunista al correr el año de 1978, y en el mes de diciembre durante la realización del Tercer Pleno

del 11º Comité Central, el líder Xiaoping comunicó la puesta en marcha de las denominadas “Cuatro Modernizaciones”<sup>22</sup>, lo que inicia indefectiblemente cambios con sustanciales reformas, que conllevaban hacia "socialismo con características chinas”, como así lo consideraba el líder. Las Cuatro Modernizaciones como lo señala se resumen:

**AGRICULTURA:** Hasta 1978 la agricultura se había basado en la colectivización. Deng puso en marcha dos reformas para un aumento en la productividad: la extensión de las parcelas privadas y el trabajo de tierras.

**INDUSTRIA:** Abandona la autosuficiencia económica y la desconfianza extranjera. Abre distintas zonas a favor de aumentar las industrias. Se les permitió incentivos a los trabajadores, y la libre elección del trabajo. Se terminó parcialmente la fijación de precios por parte del estado. Se concedió más libertad para fijar salario, contratar y despedir los trabajadores. Se permitió la creación de empresas privadas.

**DEFENSA NACIONAL:** Fueron reintroducidos los grados militares, la milicia perdió su independencia y fue reducida a una reserva utilizada en caso de guerra. Aumentó el ejército.

**CIENCIA Y TECNOLOGÍA:** Aportó dinero a escuelas de calidad, los mejores estudiantes fueron enviados a las mejores universidades en el extranjero para aprender su cultura y progreso. Todo esto se hizo para mejorar su educación y así la ciencia y tecnología.

Las gestiones de Deng China que se constituyen en el inicio de la tercera etapa del proceso chino hacia la globalización como apertura de mercado nos, ha señalado un espinoso trabajo poco igual a país o países alguno, y digo poco igual, puesto que China empezó a salir de encierro ideológico de poca monta cuando trató, y en efecto lo hizo, abrirse al mundo de manera competitiva en la búsqueda del gran mercado, lo que constituyó la mayor revolución económica de la historia; todo ello de manera secuencial así se presentó:

Con la llegada al poder de Xi Jinping se ha abierto una nueva etapa en la historia de la República Popular China. Es la cuarta etapa. La primera, de consolidación del nuevo régimen, duró de 1949 a 1966. La segunda, hasta 1976, fue la de la Revolución Cultural. La tercera ha sido la etapa de la reforma, que duró hasta la llegada al poder de Xi Jinping, en 2012. Con Xi se abrió una nueva etapa, caracterizada por tres elementos fundamentales: Una política exterior más asertiva, una involución en la política interna y un cambio en el modelo productivo en el que una economía basada en las inversiones y las exportaciones está dando paso a otra basada en el consumo, los servicios y la innovación... es el gran salto tecnológico... contradiciendo las teorías que señalan que las economías con sistemas políticos autoritarios se enfrentan a serias dificultades para la innovación. (Fanjul, China 40 años de la mayor revolución económica de la historia, 2018)

---

<sup>22</sup> Las “Cuatro Modernizaciones” fue originalmente un programa de modernización propuesto por Zhou Enlai en 1964.

Hablar de China en la globalización suena, además de heroica y firme lucha, un espacio digno de merecer desde sus muestras en aquella china milenaria que se fue forjando entre mitos y leyendas, entre fundamentos filosóficos que cultivaron grandes valores humanos en la sociedad China, grandes principios que hicieron de los chinos el centro del mundo y sus sólidos progresos en el siglo XX, así lo señala Nieto (2005)

En términos del crecimiento económico chino, Izraelewicz indica que la producción de China es hoy 10 veces superior a la producción alcanzada en 1978, y actualmente se ubica en el sexto rango entre las grandes potencias mundiales. La producción por habitante se ha multiplicado por siete. De hecho, jamás en la historia económica se había visto un país tan poblado con 1 300 millones de habitantes con un crecimiento acelerado del orden de ocho a nueve por ciento anual durante un periodo de aproximadamente 25 años. Tampoco se había observado, según Izraelewicz, que un país se hubiera apoyado en el resto del mundo para ampliar sus mercados, tecnologías y capitales

A toda esta secuencia de hechos históricos, como parte de la temática, aún existen expresión descoloridas de frente al comunismo, dando a entender que el comunismo es sinonimia de pobreza absoluta, de atraso total; sin entender el fondo superlativo que encierra la palabra comunismo; de cierto todo ello ha sido producto de la guerra de desinformación, de miedo, de terror frente a un término que trasciende a nuestras generaciones y muchas otras:

El concepto de sociedad comunista, elaborado por Marx, sería una sociedad donde previamente el capitalismo haya desarrollado las fuerzas productivas y la globalización de la economía a un nivel tal que, por un lado, sea ínfima la necesidad de trabajo humano y, por otro lado, los estados nacionales hayan desaparecido o hayan sido subsumidos por el sistema económico mundial. Está claro entonces que el comunismo, así concebido, no ha existido nunca y que estamos lejos aún de llegar a las condiciones objetivas de desarrollo que lo permitan, aunque la realidad indique que se evoluciona hacia ellas.

Lo que ha existido hasta ahora es una etapa de transición entre el capitalismo y el comunismo, iniciada con la revolución soviética en Rusia en 1917, que podría concluir en el sistema económico social comunista, en un tiempo indeterminado, pero seguramente muy largo comparado con la vida del ser humano. Es a lo que llamamos “etapa socialista” (Tesis 11, 2021).

De lo anterior se desprende que esa serie de procesos asumidos por los líderes chinos despertaron el gran imperio que hoy asume digna y meritoria posición en el panorama mundial de la globalización levantándose de aquella sumisión y de una ruralidad feudal colonial que golpeaba muy fuerte al campesinado, que creó las

más altas desigualdades: a raíz de ello; Bregolat<sup>23</sup> (como se citó en Romero Cervantes Fuentes 2011)

La introversión de China bajo la dinastía imperial desembocó con su derrota en la Guerra del Opio y un siglo de sumisión colonial [...] Tras su culminación con el ingreso en la OMC [de la política de Deng Xiaoping], la Gran Muralla ha sido simbólicamente derribada, o convertida en atracción turística (p, 91).

No estaría por demás reconocer otro logro, en el afán competitivo ante el mercado mundial, como lo fueron las gestiones de China para entrar en la Organización Mundial del Comercio – OMC, logro este que la ubica en el listado de competidores habilitados para entrar en el intercambio global del mercado y desde allí, hace veinte años China continúa floreciendo en la globalización.:

Se cumple en 2021 el vigésimo aniversario del ingreso de China en la Organización Mundial del Comercio (OMC). En aquel “lejano” día se especulaba con que tal hecho podría suponer el golpe final a la singularidad china, es decir, a su proyecto de conformar un sistema económico genuino y diferenciado del liberal hegemónico tras el final de la Guerra Fría con consecuencias también en lo político. Pero no pasó. Al contrario, el ingreso en la OMC no solo supuso un salto de gigante para la economía china y su inserción internacional (Mavroidis y Sapir, 2021), sino también una reafirmación de su modelo de economía mixta, eclecticismo ideológico e hibridismo sistémico que sustentan su “socialismo con peculiaridades chinas” (Rios, 2021)

Ahondemos todavía un poco más, y es precisamente las negociaciones que la China competitiva que dentro del marco operativo de la globalización ha hecho con la Unión Europea – UE, y por supuesto su incorporación en otros acuerdos con la finalidad de consolidar su apertura, de competir con un mayor horizonte:

La conclusión de las negociaciones sobre el acuerdo global de inversiones entre China y la UE abrió el camino hacia la adhesión china al Acuerdo Integral y Progresivo para la Asociación Transpacífico (CPTPP, siglas en inglés), firmado en 2018 por 11 países de la región Asia Pacífico. (Ibíd.).

Cabe anticipar aquí que China, como potencia comercial en la globalización, empieza a posesionarse como líder en la búsqueda de la multilateralidad; en varias cumbres su presencia y su liderazgo se encaminan hacia un mundo más equitativo, más solidario, competencias más leales lejos de la antropofagia del capitalismo salvaje:

---

<sup>23</sup> Eugenio Bregolat Obiols es un diplomático español, ex embajador de España en China con concurrencia también en Mongolia. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona

Ante el interrogante sobre las políticas de Biden, China mantiene su firme compromiso con el multilateralismo. Cuatro años atrás, el Presidente Xi Jinping resaltó en Davos la necesidad de persistir en él y defender la autoridad y la eficacia del sistema multilateral. En la Cumbre Extraordinaria de Líderes del G20 sobre COVID-19 en 2020, Xi llamó de nuevo a la comunidad internacional a reforzar la cooperación global con confianza, coordinación y solidaridad. En este mundo globalizado, nunca hemos sido tan interdependientes y compartido tantos intereses comunes, dijo. El multilateralismo es la alternativa a la pandemia. Muchos países se han incorporado al COVAX, facilitando los ensayos clínicos de vacunas y habilitando canales verdes para los insumos médicos (Ibíd.)

Prosiguiendo con el tema, la revista “Global Económico Prospecto” del Banco de Reconstrucción y Fomento BIRF/ Banco Mundial, de enero de 2021 trae reconocimientos hacia china en medio de una pandemia que azotó el mercado mundial, sin embargo, pronostica muy buenos resultados para China:

Perspectivas regionales. La pandemia ha cobrado costes sustanciales en todas las regiones del Mercado Emergente y Economía en Desarrollo - EMDE. Aunque se espera que todas las regiones crezcan este año, el ritmo de la recuperación varía considerablemente, con una mayor debilidad en países que tienen brotes más grandes o una mayor exposición a los efectos de contagio globales a través del turismo y las exportaciones de productos básicos industriales. Se prevé que la región de Asia oriental y el Pacífico muestre notable fortaleza en 2021 debido a un sólido repunte en China, mientras que se prevé que la actividad más débil en el Medio Oriente y África del Norte y Regiones de África subsahariana.

Sumado a ello es necesario aclarar que, en la actualidad, dentro de esta globalización, China es el soporte comercial de la Unión Europea – UE, máxime en esta pandemia, en lo que respecta a materiales médicos y hospitalarios, lo que detalla el comportamiento eficiente de China en la globalización:

La pandemia y el bloqueo del canal de Suez han tensionado las cadenas de suministro. La primavera pasada, los ciudadanos europeos descubrieron que la UE era muy dependiente de terceros países en suministros médicos. Especialmente de China, que representa el 22% de todas las importaciones de la UE. Y ahora, una interrupción de seis días en el Canal de Suez puede tener consecuencias que pueden durar meses (Sanchez Alonso, 2021).

Posicionada China dentro de la globalización, el Fondo Monetario Internacional – FMI, ha venido desde el año 2021 pronosticando muy buenos resultados de China en la globalización, esa competitividad y sentido de pertenencia frente al mercado global no ha sido cosa fácil para la gran China, ello fue producto de medidas de fondo que sacara su competitividad al mercado global, del cual a estas alturas en una de las naciones que presenta, más solides en sus operaciones mercantiles consolidándola como una verdadera potencia comercial:

El Fondo Monetario Internacional mejoró el martes (13.10.2020) su pronóstico para las economías de América Latina y el Caribe en 2020, aunque advirtió de "profundas recesiones" en algunos países muy golpeados por la pandemia de COVID-19. China será la única gran economía del mundo que crezca este año, con una expansión estimada del 1,9%, a la que se sumará un crecimiento del 8,2% en 2021, indicó el organismo en su informe de Perspectivas Económicas Globales.

Podemos ahora percatarnos del producto que generaron aquellas luchas de los grandes líderes, el constante deseo de ser una economía competitiva que hicieron de China, dentro de la globalización, una nación a la cual los ojos comerciales del mundo están sobre ella como una eficiente y eficaz abastecedora:

Está previsto que China se convierta en la única gran economía del mundo que obtenga un crecimiento positivo a lo largo del año. El gigante asiático es la única gran economía que se mantendrá en territorio positivo, impulsado por su eficaz gestión de la crisis del coronavirus (Santirso, 2021).

Desde luego ante el empuje competitivo de China se deja ver la agonía de recuperar el poder que hoy sufre los EEUU a causa de graves problemas internos que lo están llevando a una crisis económica, han debilitado su arrogancia en la unilateralidad y entra, en este gobierno de Biden, a considerar la multilateralidad

El intento estadounidense de recuperar dominio mundial es la principal característica del imperialismo del siglo XXI. Washington pretende retomar esa primacía frente a las adversidades generadas por la globalización y la multipolaridad. Confronta con el surgimiento de un gran rival y con la insubordinación de sus viejos aliados.

La primera potencia ha perdido autoridad y capacidad de intervención. Busca contrarrestar la diseminación del poder mundial y la sistemática erosión de su liderazgo. En las últimas décadas ensayó varios cursos infructuosos para revertir su declive y continúa tanteando esa resurrección (Kats, 2021).

De otro lado, las sedes diplomáticas de la república popular China con asiento en Colombia informa a través de su embajadora el positivo comportamiento de la economía China ante el mundo globalizado. La diligencia del Partido Comunista Chino – PCCH ha sido de altura, se recuerda desde los inicios de Mao, aun con alguna falla, que más tarde fueron corregidas por la acción del Deng Xiaoping, con el pleno respaldo del PCCH que llega a cumplir, no solo sus cien años, sino arribó a ello con una fuerte dosis de reinención a raíz del titánico triunfo al enfrentar con gallardía y coraje disciplinado los ataques del COVID-19 y la inquebrantable esperanza de dominar a beneficio de china y del mundo la tecnología, lo que muestra de cierto esa capacidad de rearme, pues a pesar del golpe de la pandemia China y su PCCH alcanzaron un PIB excelente:

El Buró Nacional de Estadísticas (BNE) publicó ayer datos sobre la economía nacional de China en 2020, con un PIB que superó el umbral de los 100 billones de yuanes, lo que es una gran noticia que ha llamado mucho la atención dentro y fuera del país.

Este es un logro duramente obtenido. Como todos ustedes han presenciado, en 2020, bajo el fuerte liderazgo del Comité Central del Partido Comunista de China (PCCh) nucleado en torno al camarada Xi Jinping, todo el país se solidarizó como una sola persona e hizo arduos esfuerzos (Embajada de la republica popular China en la republica de Colombia., 2021)

Baste lo anterior para agregar noticias que medios informativos chino para el mundo de habla hispana comunica sobre datos del Buró Nacional de estadística – NBE, fuente oficial, los datos emanados del NBE son muy alentadores no solo para la economía China, sino para el pueblo chino ya que el PIB per cápita alcanzó niveles alarmantes en comparación con el entorno mundial, lo que augura un 2021 muy alentador:

El PIB del país registró un incremento interanual del 2,3 por ciento para situarse en 101,5986 billones de yuanes el año pasado, y se espera que China sea la única economía importante que reporte un crecimiento en 2020, año fuertemente afectado por la pandemia de COVID-19, de acuerdo con el BNE.

El éxito, alcanzado gracias al trabajo duro, marca un nuevo hito económico para la economía china, después de que el PIB per cápita del país superara los 10.000 dólares en 2019 por primera vez en la historia.

Estos éxitos muestran que las fuerzas económica, científica e integral de China han dado otro gran paso", sostuvo Ning Jizhe, director del BNE (Xinua español, 2021)

Es de reconocer como en efecto se ha hecho, que el crecimiento economico de china no solo ha interesado a la propia China, sino que ese crecimiento economico vertiginoso está ayudando a que la economía global se esté recuperando, se entiende que las libres fuerzas del mercado interaccionan entre unos y otros países en la diligencia de vender, pero también de comprar hacia a ello ha conducido ese crecimiento producto de muchas luchas de tiempos idos:

El producto interno bruto anual superó el record de los cien mil millones, alcanzando los 101,6 billones de yuanes, un aumento del 2,3 % con respecto al año anterior a precios comparables... El informe económico oficial de China para 2020 publicado el 18 fue evaluado por muchos medios extranjeros. Esto es importante para el mundo. Bloomberg dijo que el crecimiento de China está ayudando a que la economía global se recupere (El inesperado crecimiento de la economía china está ayudando a la recuperación mundial, 2021)

Bien, pareciera por todo lo anterior que, el mundo y los países hegemónicos están, aunque a regañadientes, visualizando el crecimiento economico



globalizado de China, para el caso de los EEUU, que bien ya entienden que su socio mayoritario no es Japón sino China, muestra como China en la globalización ha seguido ganando terreno como exportador, como importador, como miembro de alianzas comerciales, de cierto se vaticinan muy buenos resultados de mantenerse en esa eficiente y eficaz competitividad, al respecto una encuesta nos detalla:

Más líderes de opinión estadounidenses consideran a China el socio más importante de Estados Unidos en Asia dadas su relación comercial que los que optan por otros países, de acuerdo con un sondeo del Ministerio de Relaciones Exteriores japonés.

Casi cuatro de cada cinco encuestados que consideraron a China como el socio más importante, citaron factores económicos, el 56 por ciento de los cuales se refirieron como razón a los lazos comerciales y el 23 por ciento, a la fortaleza económica china (China considerada principal socio comercial de EE. UU. en Asia, según sondeo, 2021).

Ha quedado claro que, en el marco de la competitividad bajo la globalización, el surgir de China ha llegado a niveles tan impresionantes que no es EEUU aquel socio en materia comercial con la Unión Europea – UE; sino China, esta titánica labor iniciada con todo el esfuerzo y la dedicación han ido dando frutos a la gran China hasta el punto que en 2020 los lazos comerciales de la UE con China se estrecharon contundentemente a raíz de la pandemia

Mientras que la relación comercial entre el bloque de 27 países y China atraviesa por un buen momento, la que sostiene con Estados Unidos parece haberse deteriorado en 2020, de acuerdo con las cifras de intercambio publicadas este lunes 15 de febrero por Eurostat.

La Unión Europea estrechó lazos comerciales con China en 2020, en medio de la pandemia del Covid-19, que dejó a este país como uno de los pocos con crecimiento económico durante el año (Blandon Ramirez, 2021).

El proceso de globalización bajo la visión de las libres fuerzas del mercado ha generado competencias, no solo en la puja por el dominio en las rutas marítimas para el desplazamiento comercial, sino a nivel mundial entre las potencias de RPC y los EEUU, que han focalizado la región Indo – Pacífico en el centro de las controversias como así lo considera Serbin (2021):

La disputa estratégica entre la RPC y EE.UU. a escala global ha dado lugar a dos procesos en el ámbito regional. Por un lado, ha convertido a la región del Indo-Pacífico en el epicentro mundial de tensiones y de potenciales conflictos. Washington —bajo la nueva Administración del presidente Biden— ha reformulado su política hacia Asia a través de un nuevo impulso

al FOIP<sup>24</sup>, de la reactivación del QUAD<sup>25</sup> y de una estrategia más agresiva que busca restaurar los vínculos con sus aliados para enfrentar a China

Estar en las líneas de configuración del Banco Mundial, la República Popular de China, ya no causa extrañeza ni mucho menos, pero si un reconocimiento hacia un país de corte socialista con matices Marxista- Leninista que se ha superado de manera extraordinaria dejando de lado a potencias reconocidas como el Reino Unido y los EEUU. Al respecto Skobalski<sup>26</sup> (2020) nos ilustra:

China experimentó una sorprendente velocidad de cambio. Según el Banco Mundial, duplicó su Producto Interno Bruto (PIB) en nueve años, lo volvió a duplicar en los posteriores nueve años y mejoró esa marca en los siguientes nueve años. Según la misma fuente, el Reino Unido, en el apogeo de la Revolución Industrial, tardó sesenta años para duplicar su PIB, mientras que Estados Unidos invirtió cincuenta años en obtener el mismo resultado en el siglo XIX.

Ante ese avance de China dentro de la globalización y a merced de esa, ella es una potencia con suficientes medios de defensa no se ha visto entrar en predomios de manera unilateral, no en vano las bases filosóficas del pueblo chino de parte de Confucio, Laot- Tse, además de las enseñanzas budistas que se allegaron, han dejado unos principios de coexistencia pacífica, la multipolaridad como así lo precisa Kavalski<sup>27</sup>, (como se citó en Rocha<sup>28</sup> 2020)

Por otro lado, China mantiene como prioridades los principios doctrinales de su política exterior basados en sus cinco principios de coexistencia pacífica y en conceptos como la multipolaridad, la “democratización de las relaciones internacionales” y la doctrina del desarrollo pacífico. Los principios de la política exterior de China se relacionan con la no intervención en los asuntos de otros países, la no confrontación con terceros, la defensa de la soberanía y la salvaguarda irrestricta de su integridad territorial (p, 21)

Si de algo impulsó a la gran china a liderar a estas alturas el mercado globalizado, no fue otra cosa que el minucioso y experimentado manejo en la época en que la pandemia azotó al mundo, pues mientras unos se veían ante la cruel realidad de la impotencia ante el maligno virus, la gran china no solo lo supero, sino que, mediante acciones rápidas y efectivas evitó la repetición de esa plaga acción esta que impulsó al gran dragón

<sup>24</sup> “Indo-Pacífico libre y abierto” (FOIP, por sus siglas en inglés).

<sup>25</sup> Diálogo Cuadrilátero de Seguridad (QUAD, por sus siglas en inglés)

<sup>26</sup> Sergio Daniel Skobalski. Universidad de la defensa nacional.

<sup>27</sup> Emilian Kavalski Director del Instituto Global de Estudios de las Rutas de la Seda y Profesor de la Cátedra Li Dak Sum en Relaciones y Estudios Internacionales China-Eurasia, Universidad de Nottingham

<sup>28</sup> El Colegio de México, Centro de Estudios de Asia y África, México. Doctor en Relaciones Internacionales e Integración Europea por la Universidad Autónoma de Barcelona. ORCID: 0000-0002-7295-9056

como potencia comercial pasando de aquel “Made in China” a las puertas de un proveedor mundial con todas las características que la globalización llevó a China bien lo afirma Delage (2007) :

La globalización es la clave del crecimiento chino que, a su vez, ha transformado la relación entre China y el sistema internacional. Todos nos hemos vuelto más dependientes de la República Popular, en un grado que sólo recientemente hemos empezado a asimilar.

Tratar de enumerar los escritos que versan sobre el desarrollo económico de China, de los cuales cada uno tiene un estilo de interpretación. tal vez se entre en una serie de divagaciones, sin embargo, en el común denominador de esos escritos se aprecia lo que de verdad quieren hacer de China a partir de la fundación de la Republica Popular, así nos lo señala Anguiano (2011):

La historia del desarrollo económico de China se presta a muchas interpretaciones, no solamente en cuanto a su explicación y sus consecuencias, sino también por su efecto – demostración sobre el resto del mundo. Lo más significativo del liderazgo chino, el de las reformas y el que le precedió, es su visión de largo plazo sobre lo que querían y quieren hacer de China, una vez que se fundó la República popular (p, 47)

En definitiva, se hace meritorio el reconocer como China sin quebrantar lo esencial de su sistema hoy compartida entre las hegemónicas potencias capitalistas el don de ser competitiva y productiva, pues ello fue la lucha de sus líderes que siempre defendieron sus principios constitutivos su digna nación así lo señala Skobalski (2020)

Desde la perspectiva de Deng Xiaoping: “Si China se occidentalizara completamente y adoptara el capitalismo, sería una modernización imposible [...] La modernización de China solo se puede lograr con el socialismo, no con el capitalismo ...”.<sup>29</sup> Como es bien sabido, la estrategia de Deng Xiaoping se basó en una fórmula amplia conocida como “cuatro más cuatro”, i. e., las cuatro modernizaciones: agricultura, industria, tecnología y defensa, más los cuatro principios: el camino socialista, la dictadura del proletariado, la dirección del Partido y el pensamiento de Marx-Lenin-Mao Zedong, formulado por él mismo ante el Comité Central del Partido Comunista Chino.

Ha quedado clara entonces aquella idea de Deng que no importaba el color del gato, ya que lo que se pretendía era una visión capitalista sin salir de la esencia socialista y principios comunistas, porque el capitalismo, a merced de la

---

<sup>29</sup> E. BREGOLAT, 2011, pp. 289-290.

globalización, concebía la jefatura China, restringía la autonomía de la política China tal como así lo manifiesta Gómez (2004); “la globalización restringe la independencia de la política nacional y limita la eficacia de los instrumentos de política tradicionales, tanto en el plano macroeconómico como en el de la política laboral y social”.

A estas alturas Xi Jinping, adelantado presidente en compañía del gigante Partido Comunista Chino – PCCH, ya legitimado al cumplir sus cien años, habla a nombre del esfuerzo conjunto empujado por un nacionalismo poderoso aprendido de las lecciones de la historia por tiempos de desgracia, les recordó a los chinos en la histórica plaza de Tiananmén:

El pueblo chino se ha levantado y su ascenso, después de más de un siglo de subdesarrollo e innovaciones es irreversible.....El tiempo en el que el pueblo chino podía ser pisoteado, en el que sufría y era oprimido ha terminado para siempre...El pueblo chino no permitirá nunca que fuerzas extranjeras le intimiden y le opriman, Quien lo haga corre el riesgo de ser aniquilado ante una gran muralla de acero edificada por 1400 millones de chinos (...) El gran renacimiento de la nación China ha entrado en un proceso histórico irreversible (Fuentes, 2021)

Sobre el fundamento argumentativo que soporta el ensayo se colige sustancial y concreta ilustración a cerca de las aproximaciones al concepto de globalización, al conocimiento de la china milenaria, su milenario proceso histórico, y por ultimo China en la globalización que constituyen la temática, con la finalidad de fabricar un consolidado aporte a los estudiosos y amantes a la cultura y manifestaciones de aquella China milenaria que sin dejar de ser China, por el poder nacionalista formado en sus generaciones logra alcanzar, en su despertar su logro como potencia comercial competitiva en el tinglado de la globalización en todas sus expresiones.

## BIBLIOGRAFIA

- Anguiano, E. (2011). *El estudio de China desde cuatro enfoques: historico, politico, internacionalista y economico*. CIDE Mexico - Toluca
- Bodemer, Klaus (1998); *La globalización. Un concepto y sus problemas*. Nueva sociedad Publicación académica de la Fundación Friedrich-Ebert. Buenos Aires
- Botton Beja, F. (2008). *China: su historia y cultura hasta 1800*. Mexico, D.F.: El colegio de Mexico. Centro de estudios de Asia y Africa.

- Blandón Ramírez, D. (2021). China desplazó a EEUU como el principal socio comercial de la UE. *France 24*
- CEPEG, V. d. (2016). *Globalización al estilo chino*. Universidad Cooperativa de Colombia.
- China, O. d. (2020). *20 años después, el legado de Deng Xiaoping edifica China*.
- CRI. (2021). El inesperado crecimiento de la economía China está ayudando a la recuperación mundial. *CGTM en español*
- Delage, F. (2007). *De Deng Xiaoping a Hu Jintao. Treinta años de reformas en China*. Barcelona, España
- Den Xiaoping*. (2021). frases
- Doval, G. (2011). *Breve Historia de la China Milenaria*. Nowtilus, S.L. Madrid.
- Embajada de la república popular China en Colombia. (2021). <http://co.china-embassy.org/27/06/2021>
- Estefania, J. (2002). *Hij@ ¿Que es la globalización?* Madrid, España.: Santillana Edición es generales, S.L.
- Estrada Jiménez, Juan Manuel, González Gómez, Andrea y Pérez Monsalve, Yudy Marcela (2008) *La globalización y su impacto en la cultura y valores organizacionales*. Fundación universitaria María Cano. Medellín, Colombia
- Fanjul, E. (2018). *China 40 años de la mejor revolución económica de la historia*. Asia - pacífico
- Fanjul, Enrique (2020); *¿Qué es la globalización?* Escuela de Comercio exterior.
- Fazio Vengoa, Hugo (2011); *La globalización: ¿un concepto elusivo?* Departamento de historia, Universidad de los Andes. Colombia Fuentes Gantenbein de Semrau, R.E. (2010), Tesis doctoral, U. A. de Barcelona
- Fuentes, F. (2021). *Jinping por el centenario del partido comunista*. La tercera PM
- Gómez Chiñas, C. (2004). *La globalización y sus complicaciones en la política económica*. FMI
- Guardia B., A. (2004). China en la globalización. *Estudios Internacionales*, 37(146), p. 59-80. doi:10.5354/0719-3769.2011.14543
- Guttal Shalmali (2007) *Globalización: desarrollo en la práctica*, Vol. 17 No. 4,5
- Hannerz, Ulf (1998); *Conexiones transnacionales*. Ediciones catedra, S.A. Madrid
- Kats, C. (2021). *La recuperación fallida de los estados unidos*.
- La guía. (2008). *El Kuomintang*. <https://www.laguia2000.com/12/06/2021>
- Manos fuera de China. (2017). *Manos fuera de China*. <http://manosfueradechina.blogspot.com/19/06/2021>
- Marshall McLuhan (1989) *La aldea global*. <https://monoskop.org/5/06/2021>
- Martin Cabello, Antonio (2013); *Sobre los orígenes del proceso de globalización*. Departamento de ciencias sociales, Universidad Rey Juan Carlos. España. <https://www.redalyc.org/2/06/2021>
- Mendoza, C. (2014). *China el socialismo y la "línea de masas"*. <http://www.iade.org.ar/19/06/2021>
- Mendoza, C. (2021). *¿Qué es China? Tesis 11*. <https://www.tesis11.org.ar/6/06/2021>

- Moneta Carlos, J (1996); Los procesos de globalización, reflexiones sobre su concepción y efectos sobre la evolución del sistema mundial. <https://core.ac.uk/download/8/06/2021>
- Morales A, Fernando (2000); Globalización: conceptos, características. *Revista Educación*, 24 (1); 7- 12.
- Nieto, N. (2005). Erik Izraelewics, cuando china cambia el mundo. *Política y Cultura*.
- Parra Pérez, Á. (2016). Triangulación empresarial: España - China - América Latina. Tesis doctoral. Universidad de Barcelona.
- Raffino María, Estela. (2020) De: Argentina. Para: Concepto. De. Disponible en: <https://concepto.de/investigar/>. Última edición: 12 de septiembre de 2020. Consultado: 29 de junio de 2021.
- Rios, X. (2021). *China y la globalización ¿un paso adelante, dos pasos atrás?* <https://politica-china.org/> 19/06/2021
- Rios, X. (2018). El largo rastro de Deng Xiaoping. *El país Internacional*.
- Rocha Pino, M. (2020). La proyección de la iniciativa Cinturón y Ruta de la seda en la Unión Europea (2014 - 2019), implicaciones económicas y normativas. Obtenido de <https://www.revistas.una.ac.cr/>
- Ruiz, G. (2021). *Las dinastías de China*. <https://sobrehistoria.com/>
- Sanchez Alonso, A. (2021). *Europa repiensa la globalización*. <https://es.euronews.com/> 18/06/2021
- Santirso, J. (2021). <https://elpais.com/> 20/06/2021
- Serrano, J. C. (2020). *China, la potencia hegemónica del siglo XXI*. <https://www.alainet.org/> 20/06/2021
- Serbin, A. (2016): "América Latina y el Caribe frente a los desafíos de un nuevo entorno global: el impacto de la nueva bipolaridad China-Estados Unidos y los mega-acuerdos", en PASTRANA BUELVAS, E. y JOST, S. (eds.): *Incidencias regionales y globales de la Alianza del Pacífico*, México D. F., Fundación Konrad Adenauer-GEDISA-Editorial Javeriana, pp. 25-69.
- Skobalski, S. (2020). Las relaciones internacionales de la República Popular China a partir de "Reforma y apertura". Universidad de la defensa nacional Obtenido de <https://fe.undef.edu.ar/>
- Tejeda Canobbio, E. (2013). *El gradualismo económico en China de 1980 a 2010*. <http://www.scielo.org.mx/> 23/05/2021
- Tse - Tung, M. (1939). *La revolución China y el partido comunista chino*. <https://webs.ucm.es/> 18/06/2021
- Toffler Alvin (1980) *La tercera ola*. Plaza y Janes, Colombia
- Universidad autónoma de Barcelona. Tesis doctoral. (2014).
- Vadell, Javier (2020); China en los intersticios de la crisis del multilateralismo y la globalización neoliberal: la franja y la ruta en Europa y el caso italiano. Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais, Brasil.
- Victoria Florea, María (2019), La globalización como fenómeno político y social. *Revista científica electrónica de ciencias humanas*.

Xinhua. (2021). China considerada principal socio comercial de EE. UU. en Asia, según sondeo.

## O DIREITO À FILIAÇÃO, À IDENTIDADE GENÉTICA E À BUSCA PELA ANCESTRALIDADE A PARTIR DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.750/SP

BEZERRA, Tiago José de Souza Lima <sup>30</sup>

TEIXEIRA, Geovanny Cavalcanti <sup>31</sup>

**RESUMO:** Esse trabalho trata sobre uma análise entre o reconhecimento de paternidade e a busca da ancestralidade através de uma correlação com o Recurso Especial nº 1.632.750/SP. Nesse contexto, serão abordadas questões referentes aos aspectos do direito à filiação e sua aplicação de acordo com o Recurso Especial em análise, além de levantar o ponto de debate sobre a coisa julgada. O estudo do tema é importante porque possibilita uma análise profunda sobre os casos concretos diante da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. A problemática da pesquisa se configura em volta do seguinte questionamento: há um conflito entre a busca pelo direito à filiação, enquanto direito da personalidade, e o respeito à coisa julgada nas ações que rediscutem a paternidade, em meio a presunções? Diante das dificuldades encontradas, objetiva-se investigar os aspectos teóricos do direito à filiação e examinar as soluções judiciais para as aparentes antinomias no REsp nº 1.632.750/SP. Serão utilizadas abordagens indutiva e hipotético-dedutiva, por meio do procedimento monográfico, classificando-se a pesquisa como aplicada, explicativa, bibliográfica, documental, estudo de caso e qualitativa. Por fim, conclui-se que o tema é polêmico e os tribunais necessitam de um olhar cuidadoso sobre as transformações da sociedade, da tecnologia e das famílias.

**Palavras-chave:** Direito das Famílias. Direitos da personalidade. Recurso Especial. Coisa julgada. *Post mortem*.

**ABSTRACT:** This paper presents an analysis between the recognition of paternity and the search for ancestry by means of a correlation with Special Appeal 1,632,750/SP of the Superior Court of Justice. In this context, issues relating to aspects of the right to parentage and its application in accordance with the Special Appeal under analysis will be addressed in addition to the discussion about *res judicata*. The study of the subject is relevant because it allows a deep analysis of cases according to higher courts' firm jurisprudence. The research issue consists of the following question: is there a conflict between the pursuit of the right to parentage (as a personality right) and the respect for *res judicata* in lawsuits that review paternity amidst assumption? Given the issues encountered, this paper aims to investigate the theoretical aspects of the right to parentage and examine judicial solutions for the apparent antinomies in Special Appeal 1,632,750/SP. Inductive and hypothetical-deductive approaches will be used through monographic procedure, classifying the research as applied, explanatory, bibliographical, documental, case study and qualitative. Lastly, it is concluded that this

---

<sup>30</sup> Mestre em Direito Constitucional (UFRN). Especialista em Direito Digital e Compliance (Instituto Damásio de Direito). Bacharel em Direito (UFRN). Advogado licenciado (OAB/RN 17.198). Professor substituto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Assessor jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

<sup>31</sup> Bacharelando do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Técnico em Têxtil pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte. Bolsista de Apoio Técnico da Biblioteca Setorial do CERES-UFRN.



subject is controversial and courts need a careful look at the changes of society, technology and families.

**Keywords:** Family Law. Personality rights. Special Appeal. *Res judicata*. *Post mortem*.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito das Famílias é um dos principais e mais dinâmicos ramos do Direito Civil. Diariamente, os tribunais deparam-se com situações fáticas inéditas, extraordinárias e complexas que fogem à exegese das normas jurídicas atualmente positivadas, resultando no esforço extra do julgador para conciliar o direito positivo com as transformações da sociedade, apresentando, assim, uma resolução eficiente e justa dentro dos limites da legalidade e da justiça.

Este artigo abordará o direito à filiação, à identidade genética e à busca pela ancestralidade, enquanto direitos da personalidade, e sua relação com o respeito pela coisa julgada nas ações de reconhecimento de paternidade, a partir de um estudo de caso da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Justifica-se a pesquisa diante da importância e das consequências jurídicas do direito à filiação, à identidade genética e à busca pela ancestralidade, demonstrando a necessidade de se buscar meios efetivos para reconhecer a paternidade, ainda que posteriormente à morte do investigado em ações judiciais.

Objetiva-se, então, compreender como se concretizam esses direitos da personalidade pelos tribunais, que se deparam com situações complexas que evidenciam o conflito de normas, especialmente princípios, e a necessidade de se adaptar o direito às transformações da realidade.

Quanto à metodologia, serão utilizadas as abordagens indutiva e hipotético-dedutiva. O método monográfico prevalecerá em relação aos procedimentos, e a pesquisa será classificada como aplicada, explicativa, bibliográfica, documental, estudo de caso e qualitativa.

O artigo será seccionado da seguinte forma: no primeiro tópico será tratado sobre o direito a filiação e à ancestralidade. Por fim, o último tópico tratará sobre esses direitos na prática a partir do estudo de caso da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

## 2 NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE O DIREITO À FILIAÇÃO, À IDENTIDADE GENÉTICA E À BUSCA PELA ANCESTRALIDADE

O Direito é uma ferramenta social, estando interligado as ciências sociais, de modo que se a sociedade muda, seu regimento também se modificará. O Direito das Famílias sofreu inúmeras mudanças ao longo do tempo, e questões como as de paternidade se viram cada vez mais debatidas e indagadas ao longo do processo de formação das ciências jurídicas.

O Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916 instituiu através do seu art. 363, o reconhecimento de paternidade de filhos ilegítimos naturais, de modo a basear-se em pressupostos, sendo eles:

- I - Se o tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai.
- II - Se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela.
- III - Se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente. (BRASIL, 1916).

Baseado nos pressupostos já relatados, bem como no artigo que trata sobre o reconhecimento de paternidade, são perceptíveis as modificações que beneficiaram o Direito das Famílias e que se adentrou na concepção do direito ao reconhecimento de filiação, sendo necessária para contornar as realidades sociais em que não se poderia assegurar tal direito fundamental: a filiação.

De acordo com Barbosa (2002), o direito à identidade genética é a requisito necessária para que a filiação seja comprovada efetivamente, salvo disposições em que se trata de um filho reconhecido por critério sócio-afetivo. Existe uma corrente da jurisprudencial dos tribunais brasileiros, segundo a qual a determinação da paternidade pode ser presumida através da “verdade” biológica. Entretanto, segundo uma vertente deontológica levantada pelo Conselho Federal de Medicina, em sua resolução nº 1.358/92, na esteira de entendimento de alguns países, a doação de material genético colocaria abaixo tal corrente de pensamento, pois a identidade do doador não deve ser revelada e, para esses casos, não poderiam ser aplicadas as ideias de paternidades defendidas segundo os tratamentos hoje utilizados no ordenamento vigente (BARBOSA, 2002, p.1).

Segundo Barbosa (2002), os tratamentos doutrinários e legislativos no Brasil levantam a existência de três critérios para seu estabelecimento:

a) o critério jurídico, previsto no Código Civil, sendo a paternidade presumida nos casos ali previstos, independente da existência ou não de correspondência com a realidade; b) o critério biológico, hoje predominante como antes mencionado, pelo qual prevalece o vínculo biológico e c) o critério sócio-afetivo, fundamentado nos princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, segundo o qual o pai deve ser aquele que representa tal função, mesmo que não haja o vínculo de sangue.

Deste modo a paternidade pode ser vista como um status jurídico, biológico e socioafetivo, não delimitando sua responsabilidade a uma única esfera da vida dos sujeitos que participam dessa ação, ou seja, transmite e transpassa as entrelinhas estreitas daqueles campos e se transformam numa construção conjunta e social, dando origem, assim, às ideias inerentes à filiação e seu reconhecimento.

A filiação se constrói como uma base sólida do Direito das Famílias, de modo que, “Por ser uma construção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito a considera como um fenômeno socioafetivo, incluindo a de origem biológica, que antes detinha a exclusividade” (LÔBO, 2011, p. 216), sendo definida por Lôbo (2011, p. 216) como: “[...] conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata em seu artigo 227 sobre o dever conjunto da família, sociedade e Estado de garantir os direitos fundamentais básicos das crianças e adolescentes, como a convivência familiar e comunitária e, em especial, no § 6º sobre a garantia de igualdade relativa à filiação, vedando qualquer forma de discriminação (BRASIL, 1988).

Madaleno (2018) levanta, em relação ao dispositivo supracitado, a devida importância que o referido tem no processo de reconhecimento do direito à filiação no Brasil, uma vez que a Carta Magna passa a construir uma igualdade dos filhos em suas mais diferentes formulações, de modo que vem a quebrar com os paradigmas construídos pela história legislativa em função da discriminação filial.

O direito à filiação deriva do reconhecimento filial. Entretanto, o conhecimento às origens genéticas só pode ser constatado por meio de busca ancestral ou teste genético de DNA, que possibilita o mapeamento dos genes e a determinação da sua linha familiar. Segundo Rigo e Sartori (2017), “O reconhecimento da filiação pode ser declarado de forma voluntária ou judicial”. Desta forma, caso o

reconhecimento seja de origem judicial, pode ser feito através de exame de DNA ou nos parâmetros assegurados pelo artigo 232 do Código Civil, que discorre em seu texto: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame” (BRASIL, 2002). Isso significa que há uma presunção relativa de paternidade diante da recusa do investigado em se submeter ao exame, em conformidade com a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, que expressa: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade” (BRASIL, 2004).

Maria Berenice Dias (2021, p. 203) faz uma crítica severa ao fato de ainda haver presunções de paternidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois isso seria fruto de uma história marcada pelo tratamento discriminatório entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, em que “A família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de **família legítima**” (DIAS, 2021, p. 204).

Segundo Cândido (2010), o direito à intimidade e o direito à ascendência genética são espécies de direitos de personalidade garantidos pelo ordenamento jurídico como fundamentais para todos os cidadãos. Deste modo, saber sobre a paternidade, qual se trata do conhecimento em relação ao pai, ou a maternidade, quando se trata em relação à mãe, nada mais é do que assegurar um direito constitucional ao sujeito de direito, assegurando, assim, a dignidade humana. Nesse sentido,

Ademais, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana, inculpada como motor de propulsão da nova ordem jurídica (art. 1º, III, CR), impõe uma nova visão da filiação, uma vez que confere a todos o direito à vida digna, iniciada, por evidente, pela inserção no ambiente familiar. Assim, tornou-se inadmissível qualquer vedação ou restrição aos direitos fundamentais do cidadão, ressaltado o caráter absoluto da dignidade do homem.

Deflui, então, que a tutela da dignidade humana exige mecanismos eficientes, dentre eles o reconhecimento do amplo e irrestrito direito investigatório de paternidade (assim como o negatório), de forma eficaz, liberto de qualquer restrição ou limites, possibilitando o atendimento da determinação constitucional. (FARIAS, 2008, p. 69)

A dignidade humana se trata como um princípio absoluto, podendo, por ora, se comportar como regra, segundo Bianchi (2020). Desta forma, pode-se entender que a dignidade humana é inviolável e merece toda a atenção necessária. Atrelado a isso, pode-se concluir que, apesar de se tratar a dignidade como um princípio absoluto, ela, em alguns momentos, ainda é levada à prova, como o exemplo

do Recurso Especial nº 1.632.750-SP, que vem discorrer sobre a origem genética e o processo de reconhecimento de paternidade *post mortem*.

A Lei nº 14.138/21 acrescenta o § 2º ao art. 2º-A da Lei nº 8.560/92, o qual permite, nas ações de investigação de paternidade em que o suposto pai seja falecido ou não haja notícias do seu paradeiro, autorização judicial para que se proceda ao exame de DNA “[...] em parentes consanguíneos, preferindo-se os de grau mais próximo aos mais distantes, importando a recusa em presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório” (BRASIL, 2021). A partir dessas alterações legislativas, a presunção da paternidade se dará não só ante a recusa do réu, mas também dos seus parentes submetidos ao teste.

Esse estado de paternidade induz a um ato utilizado para que haja a declaração à filiação extramatrimonial, que possibilita a relação de parentesco atribuindo a essa relação os efeitos jurídicos plausíveis em lei, segundo Soares (2015).

A presente instituição dos direitos, no caso de reconhecimento de paternidade, implica na aplicação do artigo 1.610 do Código Civil, que traz a seguinte passagem: “O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento” (BRASIL, 2002). Deste modo, pode-se perceber que o reconhecimento devidamente realizado na jurisprudência brasileira não pode ser revogado nem mesmo segundo o ato *post mortem*, ou seja, não podendo perder sua validade em função de testamento deixado escrito sobre a parte interessada.

As questões tratadas no âmbito do Direito das Famílias são de extrema importância prática para a solução de conflitos judiciais no atual ordenamento jurídico. Apesar de se tratar de um direito conciso, entretanto, mutável, requer um olhar atento, factual e dinâmico, o que faz com que, muitas vezes, o jurista tenha que utilizar não só do próprio ordenamento, mas também da interpretação sistemática e da leitura social e humana da aplicação desses conhecimentos, aplicados à ciência social do Direito. Chaui (2000, p. 321) elenca esse conhecimento baseado na adequação, como uma das grandes correntes de concepção científica:

**A concepção construtivista** – iniciada em nosso século – considera a ciência uma construção de modelos explicativos para a realidade e não uma representação da própria realidade. O cientista combina dois procedimentos – um vindo do racionalismo, outro vindo do empirismo – e a eles acrescenta um terceiro, vindo da ideia de conhecimento aproximativo e corrigível.

Pode-se, então, entender que, como o Direito é uma Ciência Social e a sociedade está sempre em processo de constante modificação, pois é mutável, sua análise e a aplicabilidade dos direitos que se comportam como regras ou princípios, requer um demasiado estudo sob um olhar atento às transformações da sociedade.

Funda-se, então, uma ideia de que o direito à informação é inerente a qualquer ser humano e pode ser integrado às suas origens ancestrais e históricas, garantindo, assim, o direito ao conhecimento como sujeito de direito e à sua própria personalidade, corroborando para o desenvolvimento psíquico, emocional e intrapessoal (GOLDHAR, 2021). Esse direito à informação se aplica a qualquer pessoa do núcleo familiar e ancestral, tais como avós, avôs, pais, mães e consanguíneos.

Destarte, pode-se constatar que o Direito das Famílias está em constante mudança, uma vez que a sociedade se modifica rapidamente e constrói um laço conectivo das relações humanas e sociais, e que modificar as regras e princípios que tangem valores, muitas vezes conservadores, ao direito, é possibilitar uma nova abertura à resolução dos conflitos jurídicos, decididos por meio de ponderações e diferentes métodos interpretativos, tendo como base a legitimação das realidades sociais e fáticas de cada indivíduo perante o ordenamento jurídico.

### **3 A DINÂMICA ENTRE A COISA JULGADA MATERIAL E O RECONHECIMENTO DO DIREITO À FILIAÇÃO**

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu provimento ao Recurso Especial nº 1.632.750-SP e fixou o entendimento a respeito da possibilidade de

[...] afastamento da coisa julgada material formada em ação investigatória de paternidade cujo resultado foi negativo, na hipótese em que a parte interessada produz prova indiciária acerca de possível ocorrência de fraude no exame de DNA inicialmente realizado. (BRASIL, 2017)

O voto vencedor, prolatado pela Ministra Nancy Andrighi e seguido pelos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze, fundamenta sua tese em três elementos significativos dos direitos da personalidade e indissociáveis da dignidade humana, quais sejam os direitos à filiação, à identidade genética e à busca da ancestralidade (BRASIL, 2017).

Justifica-se a necessidade de intervenção do Estado na busca pela promoção e salvaguarda desses direitos diante de sua relevância para a formação de aspectos psicológicos, sociais e estruturais do ser, podendo, inclusive, haver a reabertura de discussões já encerradas em processos transitados em julgado ante a existência concreta de indícios de fraude na prova (exame de DNA) que foi decisiva para julgamentos anteriormente finalizados (BRASIL, 2017). É o que se estuda no caso em questão.

Lôbo (2019) define os direitos da personalidade como aqueles “[...] não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade [...] concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito civil”. Os direitos da personalidade são, segundo o autor, “[...] espécies do gênero direitos fundamentais” (LÔBO, 2019), resultantes de um processo de constitucionalização dos direitos fundamentais (LÔBO, 2019).

Miranda (2012, p. 255) destaca que “O direito de personalidade, os direitos, as pretensões e ações que dele se irradiam são irrenunciáveis, inalienáveis, irrestringíveis”. Desse modo, ao se observar as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 27, verifica-se que “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça” (BRASIL, 1990).

A análise do REsp nº 1.632.750-SP evidencia a problemática das antinomias jurídicas, principalmente quando o objeto dessas trata do conflito entre regras e princípios de alta carga valorativa. Verifica-se o aparente choque entre: normas referentes à segurança jurídica dos processos judiciais, na medida em que, segundo o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a **coisa julgada**” (BRASIL, 1988); e normas constitucionais sobre a família e a convivência familiar, o que implica, conseqüentemente, nos direitos à filiação, à identidade genética e à busca da ancestralidade.

Souza (2016, p. 724) define a coisa julgada, de modo didático, como “[...] aquele julgamento definitivo, cujas conclusões não serão abaladas por outro julgamento similar no mesmo processo”. Em outras palavras, “[...] é conhecida como a qualidade que torna a sentença imutável (coisa julgada formal) ou a imutabilidade de seus efeitos matrizes (coisa julgada material)” (SOUZA, 2016, p. 726).

Destaca-se que a Constituição Federal de 1988 consagrou a família como a base da sociedade, obrigando o Estado a lhe assegurar proteção especial (artigos 226 e 227, CF), além de resguardar aos filhos, independentemente se foram havidos ou não do casamento ou por adoção, o direito à filiação, abrangida, nesse dispositivo, pela igualdade de direitos e qualificações, e pela vedação a designações discriminatórias (art. 227, § 6º, CF) (BRASIL, 1988). Esse texto normativo foi reproduzido integralmente no artigo 1.596 do Código Civil e no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Como proferido pela Ministra Nancy Andrichi no julgamento em análise, “Não se pode permitir, em qualquer hipótese e sob qualquer fundamento, que uma pessoa, já ao final de sua vida, diga ‘se eu soubesse que ele era o meu pai, talvez a minha vida teria sido diferente...’” (BRASIL, 2017).

A negação ao direito à filiação configura grave violação à personalidade e, portanto, à dignidade humana, privando o sujeito de ter acesso a vários outros direitos que dependem daquele reconhecimento, a exemplo do direito a alimentos (art. 1.694, CC), ao nome (art. 16, CC) e à herança (art. 1.784, CC). Assim, “Tratando-se de direitos de personalidade [...], que são absolutos, quem causa (portanto, ainda sem culpa) fato ofensivo (fato ilícito) ao direito, de que se trata, responde por ofensa” (MIRANDA, 2012, p. 57). Miranda (2012, p. 127 – 128) compreende que:

A personalidade é possibilidade de ser sujeito de direito e de deveres, de pretensões, obrigações, ações e exceções. Não se pode atribuir algo, ativa ou passivamente, sem se saber “a quem”. Daí toda personalidade ter de distinguir-se das outras e precisar disso (interesse). Ser e parecer quem é constitui, pois, bem da vida; e o sistema jurídico faz irradiar-se da personalidade o direito à identidade pessoal, uma de cujas manifestações é o direito ao nome (“nome” está, aqui, no sentido largo: prenome + cognome, ou nome patronímico, ou sobrenome). Há outras manifestações de tal direito, com quase igual relevância (identificação dactiloscópica, fotográfica, teleóptica).

É por essa razão que o Superior Tribunal de Justiça aplicou a tese da coisa julgada *secundum eventum probationis* no caso em análise, diante da supremacia e do status personalíssimo do reconhecimento à filiação, à identidade genética e à busca pela ancestralidade como elementos da dignidade humana. Deve-se, em vista disso, considerar “[...] o perfil das ações relativas à filiação no novo ambiente jurídico brasileiro: absoluta, imprescritível, intransigível, plena e de interesse público” (FARIAS, 2008, p. 69). Portanto,



Não é crível, nem aceitável, que se admita a aplicação das regras tradicionais do CPC [...] nas ações filiatórias. É que não se pode acobertar com o manto da coisa julgada ações nas quais não foram exauridos todos os meios de prova, inclusive científicos (como o DNA), seja por falta de condições das partes interessadas, por incúria dos advogados, por inércia do Estado-juiz. Em outras palavras, não faz coisa julgada material a decisão judicial em ações filiatórias nas quais não se produziu a pesquisa genética adequada, seja por que motivo for.

[...]

Em suma-síntese, não é possível a formação da coisa julgada material (que pressupõe um estado de certeza absoluta) havendo negligência probatória — seja das partes, do juiz ou do Ministério Público. (FARIAS, 2008, p. 75)

O julgamento do REsp nº 1.632.750-SP demonstra, na prática, o afastamento da coisa julgada material nas ações que tratam do direito à filiação quando houver vícios e fraudes na produção de provas (no caso, na realização do exame de DNA). Nessas situações, deve-se aplicar a coisa julgada *secundum eventum probationis*, ante a “[...] significativa evolução tecnológica aliada ao sério questionamento sobre a técnica a qual se submeteu o primeiro exame [...]” (BRASIL, 2017), de modo que “[...] a coisa julgada se forma a depender do resultado da produção probatória, identicamente ao que se tem nas ações coletivas” (FARIAS, 2008, p. 78).

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos resultados encontrados nas discussões da pesquisa, foi possível verificar que, em situações práticas, a tutela da filiação, da identidade genética e da busca pela ancestralidade, enquanto direitos absolutos da personalidade, é posta em confronto com regras e princípios constitucionais que resguardam a segurança jurídica no curso de um processo judicial, prevalecendo, então, aqueles direitos sobre a coisa julgada material, o que enseja, a priori, a flexibilização ou o afastamento dessa pelos tribunais perante a existência de provas irrefutáveis de fraude em exames de DNA realizados em processos encerrados e que foram decisivos para a anterior negativa do reconhecimento da paternidade. Esse foi o problema enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.632.750-SP, objeto de estudo que norteou o presente artigo.

O Direito das Famílias se depara com questões tão complexas e anômalas para o direito positivo, que cabe aos tribunais fixarem entendimentos harmoniosos que acompanhem as transformações da sociedade, principalmente sob

a influência da evolução da tecnologia disponível para a produção de provas (no caso em estudo, a evolução do exame de DNA). Foi o que aconteceu no julgamento do Recurso Especial nº 1.632.750-SP, pelo Superior Tribunal de Justiça, que aplicou a tese da coisa julgada *secundum eventum probationis* em um caso relativo ao direito de filiação, à identidade genética e à busca pela ancestralidade, diante das fraudes e vícios graves que permearam, em 1993, a realização de um exame de DNA concludente para a resolução da ação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à identidade genética. In: **Família e cidadania: O Novo Código Civil ea vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. 2002. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/208.pdf](https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/208.pdf). Acesso em: 13 dez. 2021.

BIANCHI, Beatriz Homem de Mello. **Princípio do sigilo do doador do material genético versus princípios do conhecimento da origem genética**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2020, p. 107. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/23200>. Acesso em: 13. Dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm) . Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 11 dez. 2021

BRASIL. **Lei nº 14.138, de 16 de abril de 2021**. Acrescenta § 2º ao art. 2º-A da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, para permitir, em sede de ação de investigação de paternidade, a realização do exame de pareamento do código

genético (DNA) em parentes do suposto pai, nos casos em que específica. Brasília, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14138.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14138.htm). Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.632.750-SP**. Relator: Min. Moura Ribeiro. Relatora p/ acórdão: Min.<sup>a</sup> Nancy Andrighi, 24 out. 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+1632750&b=ACOR&p=false&l=10&i=7&operador=e&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+1632750&b=ACOR&p=false&l=10&i=7&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO). Acesso em: 17 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 301**. Segunda Seção, Brasília, 18 out. 2004. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>. Acesso em: 11 dez. 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Efetividade dos princípios fundamentais de família para reconhecimento da paternidade socioafetiva**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Minas Gerais, 2013. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/conteudo/dissertacoes/31473e5bcc22efc0c323fe3ed711d8da.pdf>. Acesso em: 13. Dez. 2021.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. O direito ao conhecimento da origem genética e as técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga. **Revista Opinião Jurídica**, v. 8, n. 12, 2010. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/835>. Acesso em: 13 dez. 2021.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Os efeitos jurídicos da busca da ancestralidade na relação avoenga: uma análise a partir do princípio da fraternidade. PEREIRA, Tânia da Silva *et al.* (coord.). **Avosidade**: relação jurídica entre avós e netos. Enfoque multidisciplinar. Indaiatuba: Foco, 2021. *E-book*.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte especial, tomo VII. Direito de personalidade. Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte geral, tomo I. Introdução, pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RIGO, Luci Teresinha; SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Exame de DNA: Um avanço científico para garantir a efetivação do princípio da dignidade humana. **Revista Perspectiva**, v. 41, n. 154, jun. 2017. Disponível em: [https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/154\\_619.pdf](https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/154_619.pdf). Acesso em: 11 dez. 2021.

SOARES, Ana Paula Paixão. O reconhecimento de paternidade na legislação brasileira vigente. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://anapaulapaixao.jusbrasil.com.br/artigos/214674021/o-reconhecimento-de-paternidade-na-legislacao-brasileira-vigente>. Acesso em: 15 dez. 2021.

SOUZA, Gelson Amaro de. Coisa julgada e o momento de sua configuração. *In*:

DIDIER JR., Fredie (coord.). **Procedimento comum**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

## **EL ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO Y SU ACTUAL PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ**

LEÓN, Aníbal Quiroga<sup>32</sup>

### **INTRODUCCIÓN**

Poder determinar, dentro de la llamada Constitución Económica que contiene nuestra Carta Política, el significado y alcances -en una primera aproximación- el determinante rol subsidiario del Estado en la iniciativa económica para ser de suma importancia.

Fracasados en el pasado en una economía estatista y con empresas de propiedad estatal actuantes en el mercado, fue una constatación dolorosa para nuestra patria y nuestro pueblo en los principios de los '90 del Siglo pasado, arrastrados por una hiperinflación, por índices de pobreza escandalosos y por un atraso nacional en casi todos los niveles de la sociedad y del Estado.

El Estado, administrado por los gobiernos de turno (de izquierda, de centro y de derecha) fue y es un mal administrador y un pésimo empresario. Y lo tiene que ser porque la estructura estatal y su funcionamiento burocrático están en las antípodas de las reglas, leyes y dinámica de una economía de mercado. No se puede producir en abundancia por decreto. No se puede producir con calidad por reglamento. Y no se puede fijar los precios competitivos por leyes. Eso trae, como ya está más que visto y probado, fracaso y la inevitable inflación, que solo atrasará más a la economía y a las grandes mayorías. Y, de paso, dejará menos ganancias al estado por la vía impositiva con lo cual la caja fiscal se verá seriamente afectada. Ganancia cero.

---

<sup>32</sup>Profesor Principal, Abogado y Magíster en Investigación Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú; doctorando por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en actual proceso de convalidación por la Universidad de Cuyo (Mendoza). Profesor en las Facultades de derecho de la Universidad de Ciencias Aplicadas y en la Universidad de Lima, en el Perú. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima y ex Presidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la república. Ex asesor de diversas Comisiones del Congreso de la República, de los Ministerios de Justicia y de defensa. Ex miembro de la Comisión Especial para el Diferendo Perú-Chile en la Corte de Justicia Internacional de La Haya. Miembro de la Asociación Peruana de derecho Constitucional, la Asociación Argentina de derecho Constitucional, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, la Asociación Mundial de derecho procesal y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Autor de diversos libros, ensayos y artículos en materia de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría del Proceso y Arbitraje. Abogado en ejercicio.

Ya se sabe que del atraso y la pobreza no surge la riqueza, ni el superávit para que el presupuesto estatal pueda cubrir sus necesidades básicas y, además, para atacar con alguna eficiencia los aspectos fundamentales de la infraestructura, la educación, la salud y la seguridad, por citar solo los más importantes.

La pobreza solo trae más pobreza y mayores necesidades. Nunca la riqueza podrá emerger de la pobreza y del atraso.

¿Qué es entonces lo que hace progresar a una nación?

El auge de sus empresas, la iniciativa privada, la inversión de grandes capitales, la eficiencia en la producción, la calidad de los bienes y servicios, la competitividad y los precios atractivos en el mercado producto del delicado equilibrio que provee la ley de la oferta y la demanda. Y está claro que el Estado, administrado por el gobierno de turno (sea del sino que fuere) no está calificado ni apto para intervenir en el mercado con un mínimo de eficiencia. Por lo tanto, no debe intervenir.

Por eso la Constitución, con sabiduría, reconduce el esfuerzo del Estado a un rol subsidiario y contralor. Solo allí donde la iniciativa privada no se presente, por los distintos factores que el mercado impone, el Estado debe aparecer como un protagonista económico. En los demás casos, debe ejercer con plena autoridad, fortaleza y eficacia como un robusto contralor de la participación de los agentes en el mercado, la empresa, la industria, la producción y la calidad de los bienes y servicios que ese mismo mercado nacional ofrezca a la ciudadanía.

Y, a mayor velocidad en la circulación comercial (mayores ventas), mayores ganancias para su mayor producción, inversión e inyección de dinero en la economía; y, además, mayor recaudación estatal por la vía impositiva. Ganancia de todos.

Esto es lo que trata de diseñar la Constitución económica de nuestra Carta Fundamental en el apartado del rol subsidiario del Estado en la economía. Y eso es lo que hoy tratamos de explicar someramente en el presente trabajo.

## **LA CONSTITUCIÓN**

La constitución es la norma fundamental dentro de nuestro ordenamiento jurídico que obliga imperativamente a todos a través de la llamada fuerza vinculante bilateral. Es también el máximo marco político en la estructuración del Estado de Derecho constitucional. Esta contiene normas que no pueden ser contradichas ni desnaturalizadas por ninguna otra norma del sistema legislativo, ni por ningún otro

organismo constitucional dentro del Estado. Ello, está estrechamente vinculado con el Principio de Constitucionalidad del Ordenamiento Jurídico.

Así, la Constitución establece la forma como se va a organizar el Estado, sus principales órganos, su conformación y funciones. Asimismo, en el texto constitucional están contenidos el procedimiento y las atribuciones generales que tienen los órganos del Estado para dictar las leyes y las otras normas del sistema legislativo.

De igual manera, podemos decir que la Constitución además de vértice supremo de todo ordenamiento jurídico, es, y por sobre ello, en adición a ser la Constitución una norma jurídica, *lex superior* o *higher law*, en un sentido formal, antes que nada, una norma política continente de principios, valores y postulados fundamentales para la organización política, social, cultural y económica de la nación; elementos que por su propia naturaleza, realidad y finalidad habrán de tener una vigencia históricamente dinámica, cambiante con el desarrollo del país y con el paso del tiempo. (Quiroga León, 2012)

Es así como la Constitución de 1993, en su parte económica comprende los Arts. 58° a 59°, siendo que en el Título III, Capítulo I, contempla los principios que servirán como guía y límites para el desarrollo económico del país.

## **ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO**

Diversos autores han elaborado extensa literatura respecto a este modelo económico, entre ellos, Ernesto Álvarez Miranda (2014, pp.256-269), quien señala que este concepto fue concebido durante la República de Weimar, en la Alemania posterior a la Primera Guerra Mundial. El citado autor, en su artículo “*El modelo económico de la Constitución Peruana*”, aborda la concepción desde la perspectiva clásica, citando a Alfred Müller-Armack, quien la define como “*aquel modelo en el que la economía funciona de acuerdo con las reglas del mercado, pero complementada con garantías sociales*”, afirmando a su vez que el núcleo de la misma radica en la combinación del principio de libertad de mercado con el principio de equidad social.

En la obra de Álvarez, también se sostiene que la Economía Social de Mercado se ve influenciada por el aporte académico de diversas escuelas económicas (como la de Friburgo), así como la doctrina social de la Iglesia Católica, la cual determina que el orden social (cuyo objeto capital es el hombre, es decir, el ser

sociable) debe alzarse en base al fundamento del derecho natural y de la revelación divina, lo cual lleva a concluir al autor que *la economía social de mercado se rige bajo la lógica de tanto mercado como sea posible y tanta intervención estatal como sea necesaria.*

Con relación al significado de economía social de mercado, coincidimos con Kresalja y Ochoa (2016, pp. 59-60) al señalar que *“economía social de mercado”* no tiene un contenido definido y preciso, como hemos podido corroborar con las diversas descripciones que se dan sobre el tema. Para los referidos autores, este concepto *“nos hace entender que las reglas de la economía deben regirse fundamentalmente por los mecanismos que proporciona el mercado, pero también que el Estado tiene deberes ineludibles que cumplir. Así, debe hacer posible la concreción del derecho de los individuos y sus asociaciones a participar en la vida económica, propiciar un sistema competitivo, en el cual los actores tengan en sus manos las decisiones fundamentales, penalizando los abusos de las prácticas restrictivas, para beneficio en primer lugar de los consumidores, pero también de los agentes económicos y del propio sistema.”*

Podemos señalar que la economía social de mercado es un modelo rector que supone un equilibrio entre la libertad económica, la actividad privada, la defensa de la competencia y el rol del Estado en su intervención o participación en la economía con normas y medidas que garanticen que el sistema económico funcione adecuadamente en beneficio de la sociedad. Lo que significa la existencia de complementariedad entre ambos actores.

## LA CONSTITUCIÓN DE 1979

La Constitución para la República del Perú, dada por la Asamblea Constituyente de 1978, fue aprobada el 12 de julio de 1979 y entró en vigencia el 28 de julio de 1980, al inicio del gobierno del presidente Fernando Belaúnde Terry. Así, Ernesto Blume (1997, p.32), sostiene que la Carta de 1979 fue la que inauguró un tratamiento sistemático, coherente, ordenado, orgánico y armónico del sistema económico peruano.

Podemos señalar que la configuración de un régimen económico fundamentado en la **economía social de mercado** en nuestra Carta Constitucional tiene su antecedente inmediato en la Constitución de 1979, que comprendía el Título



III de la misma y constaba de ocho (VIII) capítulos, los cuales estaban distribuidos de la siguiente forma:

*CAPITULO I.- Principios generales (Arts. 110 al 117)*  
*CAPITULO II.- De los recursos naturales (118 al 123)*  
*CAPITULO III.- De la propiedad (Arts. 124 al 129)*  
*CAPITULO IV.- De la empresa (Arts. 130 al 137)*  
*CAPITULO V.- De la Hacienda Pública (Arts. 138 al 147)*  
*CAPITULO VI.- De la moneda y la banca (Arts. 148 al 155)*  
*CAPITULO VII.- Del régimen agrario (Arts. 156 al 160)*  
*CAPITULO VIII.- De las Comunidades Campesinas y Nativas (Arts. 161 al 163)*

El régimen económico, tal como expresaba el Art. 110º del Capítulo I, del Título III, establecía que “(...) *se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza (...)*”. Así mismo, el concepto de economía social de mercado se aprecia en el Art. 115º del texto de la referida Constitución, donde se contemplaba la libertad de la iniciativa privada y el rol de supervisor del Estado para dicha actividad, así como se reconoce su labor impulsora.

Art. 115º. -  
La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de Mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.

Respecto a la Constitución de 1979 y para el tema que nos compete, es también importante destacar el Art. 113º. En este, podemos resaltar que el Estado contemplaba la posibilidad de ejercer actividad empresarial de manera libre, en tanto no se contemplan más requerimientos, en comparación con la Constitución vigente.

Art. 113º.-  
El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.

## **LA CONSTITUCIÓN DE 1993**

La actual Constitución Política del Perú, redactada por el “Congreso Constituyente Democrático” de 1992 instalado luego del Golpe de Estado dado desde la propia presidencia de la República por Alberto Fujimori Fujimori, fue promulgada el 29 de diciembre de 1993 y entró en vigor el 1 de enero de 1994. En esta Constitución, a la fecha vigente, el régimen económico del Perú se encuentra plasmado en el Título

III de la Constitución Política del Perú, comprendiendo este un total de seis (VI) capítulos los cuales se distribuyen de la siguiente forma:

CAPITULO I.-Principios generales  
CAPITULO II.-Del ambiente y los recursos naturales  
CAPITULO III.- De la propiedad  
CAPITULO IV.- Del régimen tributario y presupuestal  
CAPITULO V.- De la moneda y la banca  
CAPITULO VI.- Del régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas

La sección económica de la Constitución es de lo más logrado en el texto, según comenta Domingo García Belaunde (2014, pp. 211-229), esta introdujo un modelo económico decididamente liberal con atisbos sociales. Sin embargo, agrega que el avance y bienestar económico del país no fue gracias a la Constitución, considera además que el crecimiento económico no tiene relación con las Constituciones, pues estas son únicamente un simple marco de referencia.

Para Quispe Correa (2007, p. 144-155) la Constitución de 1993 adoptó la misión especial de introducir una economía de mercado más amplia con mínima intervención estatal. Señala, además, que estas nuevas adiciones reforzaron la garantía estatal para la libertad de empresa, la libre competencia, la lucha contra el abuso de las posiciones dominantes y la garantía de que el contrato no podía ser alterado por Ley o cualquier otro tipo de disposición legal.

La Constitución vigente reconoce el modelo económico de la **Economía Social de Mercado**, que como hemos visto previamente se encontraba ya reconocido por el régimen económico de la Constitución de 1979, en su Art. 115°. Antecedentes previos de este concepto en Perú pueden hallarse a lo largo de nuestra historia colonial y republicana, aunque únicamente referidos a temas de hacienda u otras autoridades encargadas de las actividades financieras o tributarias del país. Sin embargo, las ya mencionadas Constituciones de 1979 y 1993, han sido las únicas que han dado un tratamiento sistemático al régimen económico aplicado en nuestro sistema constitucional.

Ahora bien, en la actual Carta Fundamental, el concepto de economía social de mercado está señalado expresamente en su propia literalidad, conforme puede verse del Art. 58°, en el cual, vemos que se reiteran los conceptos de que la iniciativa privada es libre y se destaca el rol orientador y promotor del Estado. En ese sentido, para Chanamé Orbe (2015), “la economía de mercado, no es otra cosa que la regulación de la oferta y la demanda, donde los bienes circularán económicamente

mientras haya quien consuma un producto y quien lo produzca y entre ambos fijen un precio” (p. 601). Asimismo, considera que el Estado interviene en las relaciones económicas de los privados no para suprimir sino con la finalidad de asegurar que la economía de mercado funcione adecuadamente.

Art. 58º.- La iniciativa privada es libre

Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Para el Tribunal Constitucional, el concepto economía social de mercado comprende que el derecho a libertad de empresa, junto con los derechos a libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. (STC Exp. N.º 03116-2009-PA/TC F.J. 7)

Adicionalmente, en otra sentencia, dicho Tribunal refiere que cuando el Art. 58º de la Constitución señala que la iniciativa privada es libre y que se ejerce en una economía social de mercado, está sentando las bases de principios axiológicos que fundamentan el orden público económico de la Constitución y que garantizan que éste se desenvuelva en forma integrada y racional. (STC Exp. N.º 0005-2005-CC/TC F.J. 35)

Por último, la opinión de este órgano constitucional es que la economía social de mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos, es aquel que propicia la concertación libre entre oferta y demanda. En la economía social de mercado al estado le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva. (STC Exp. 0048-2004-PI/TC F.J 12)

Ahora bien, después de haber identificado que el régimen económico a nivel constitucional se fundamenta en una “economía social de mercado” y tal como hemos señalado en otra oportunidad, dentro de una economía social de mercado, el Estado tiene reservado un rol fundamentalmente subsidiario frente a los agentes económicos y sobre todo, un rol regulador o arbitral entre las diversas fuerzas del mercado, a fin de evitar innecesarias distorsiones provenientes de los cárteles, monopolios, abusos de posición de dominio o falta de idoneidad en el servicio que

brindado al consumidor, es decir, al eslabón final de la cadena de producción que, al mismo tiempo, es la raíz y la razón de ser de la economía de mercado (Quiroga León, 2015). En razón a ello, nos centraremos en el Rol Subsidiario que desempeña el Estado conforme lo previsto por el Art. 60 de la Constitución.

## EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

En la Constitución de 1993 se incorporó el Principio de Subsidiariedad. Así, Consideramos que el Rol Subsidiario del Estado, es uno de los aspectos más importantes dentro de la Constitución Económica, toda vez que representa la más marcada diferencia entre nuestro actual sistema con el régimen económico de la Constitución de 1979, pese a que ambas teóricamente se rigen bajo una Economía Social de Mercado. Tal es la importancia de este aspecto del régimen económico, que se encuentra plasmado expresamente en la Constitución, específicamente en el segundo párrafo del Art. 60º

Artículo 60.- Pluralismo Económico. -

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. (resaltado agregado)

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

En la Constitución de 1993, en comparación con la Constitución de 1979, efectivamente podemos notar una versión más limitada o cautelosa del Rol empresarial del Estado en la economía con tendencia a la privatización, ya que mientras que en la Constitución de 1979 el Estado era el protagonista en la economía, fomentaba y destacaba su rol empresarial para promover la economía del país y cabía incluso la posibilidad de que este pudiese reservar por ley, para sí mismo, actividades productivas o de servicios <sup>(33)</sup>; en la Constitución vigente se limita la actividad empresarial del Estado, para dar paso de manera más amplia a la actividad empresarial privada, siendo que el Estado se consolida como un vigilante activo de la labor económica privada.

---

<sup>(33)</sup> Constitución de 1979, Artículo 114.- Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reservas de dichas actividades en favor de los peruanos.

Ante el evidente fracaso y mal manejo de muchas de las empresas dirigidas por el propio Estado (creadas con precedencia a la Carta de 1993), cuyas consecuencias negativas, se percibían en la sociedad, este cambio constitucional - consideramos- era necesario. Ahondando en ello, Kresalja (2015 p. 88) resalta que bajo la concepción de que el Estado es el más capacitado para decidir qué es lo más conveniente para el beneficio colectivo, las graves ineficiencias de las numerosas empresas públicas que generaban alrededor del 20% del PBI, afectaron el desarrollo de la economía y contribuyeron a una grave crisis política y económica. Aunado a ello, se vio distorsionada y afectada la competencia económica, la aparición de controles financieros y monetarios, también en el ámbito de los precios, que resultaron en un empobrecimiento general.

Lo previamente señalado, no quiere decir que, ante la mala experiencia precedente, el Estado en la actualidad no realice actividad empresarial, ni mucho menos, sino que esta intervención debe ceñirse a los supuestos recogidos por la Constitución de 1993 y dentro del marco de establecido por las normas específicas expedidas en materia de la actividad empresarial del Estado que fueron surgiendo a partir de los cambios efectuados en la Constitución de 1993, como el Decreto Supremo N° 088-2001-PCM, el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, el Decreto Legislativo N° 1031 – Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, etc.

En ese sentido, mencionamos que conforme lo informado por el Ministerio de Economía y Finanzas, al 31 de diciembre de 2018 existían 157 empresas del Estado, de las cuales se encontraban operativas 118, no operativas 19 y en proceso de liquidación 20 (2018). Entre los rubros de negocio, se encuentran empresas de finanzas, saneamiento, generadoras y distribuidoras eléctricas, hidrocarburos, transporte e infraestructura, etc.

Por nombrar algunas de las empresas creadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1993 señalamos a: i) Agrobanco, creada el 20 de diciembre de 2001 por Ley 27603 ii) Fondo Mivivienda, creada en 1998, mediante la Ley N° 26912 iii) Fábrica de Armas y Municiones del Ejército S.A.C. – FAME, creada en 2009 por la Ley N° 29314.

Siendo que muchas otras fueron creadas con anterioridad a la Carta vigente como, el Banco de la Nación, creado en 1966; Servicios Postales del Perú S.A. – Serpost - Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A - Seal, Electrocentro - Empresa

Regional de Servicio Público de Electricidad del Centro, Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. – CORPAC, entre otras.

Así el Art. 60º en su segundo párrafo, contempla uno de los principios que inspiran el régimen económico de la actual Constitución el **Principio de Subsidiariedad**. Acorde a este artículo, existen tres supuestos o condiciones para que -el Estado pueda realizar actividad empresarial i) Autorización por ley expresa (aprobada por Ley del Congreso de la República) ii) el carácter de subsidiariedad de la actividad que realizará el Estado y iii) que la finalidad de dicha actividad o la razón de ser, sea el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

### **¿QUÉ SE ENTIENDE POR ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO?**

En este punto, es importante destacar y dilucidar, desde el punto de vista de una adecuada interpretación constitucional (Quiroga León, 2005), “Rol Subsidiario del Estado” o la subsidiariedad del Estado dentro del marco de lo establecido por el segundo párrafo del Art. 60º de la Constitución de 1993. En principio, la subsidiariedad contemplada de modo expreso en el referido artículo, hace referencia a cuánta participación tiene el Estado en el ámbito socio-económico del país, restringiendo su participación a cuando sea estrictamente necesaria, sin que ello implique dejar de regular las relaciones entre particulares, buscando un entorno adecuado para la libre competencia. Así, va a intervenir solo ante deficiencias o falta de servicios o empresas en determinados sectores y rubros. Su participación será orientada principalmente a servicios públicos y sociales, salud, educación y otros que como señalamos no se encuentren cubiertos por el ámbito privado.

Lo señalado por el primer párrafo del Art. 3 del D.S Nº 034-2001-PCM nos ilustra más al respecto, al reiterar la prohibición de la actividad empresarial del Estado, bajo cualquier forma, en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas sea suficiente para satisfacer la demanda existente. Añade que dicha circunstancia se presume, salvo demostración en contrario y que tal condición de suficiencia se verifica o cumple en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí.

Así también lo consideran García Toma y García Izaguirre (2018, p. 556), quienes señalan que la subsidiariedad a la que se refiere el Art. 60 es lo que relaciona al Estado con los agentes económicos privados, autorizando excepcionalmente la

participación del Estado en el mercado, solo cuando los particulares mostraran ausencia en el ámbito de producir o efectuar un servicio público determinado o ante las imperfecciones de los agentes económicos privados, y en aras del bien común.

Ampliando este tema, Kresalja (2015, p.107) resalta que el rol subsidiario del Estado en materia empresarial constituye también un mecanismo de control para que los recursos públicos se destinen a satisfacer necesidades que no pueden ser atendidas por el mercado o lo hagan en forma incompleta. En adición a ello, destaca que la intervención subsidiaria permite que la ineficiencia en la actividad empresarial del Estado se encuentre excepcionalmente justificada cuando genere beneficios en términos sociales que no pueden ser alcanzados de otra manera.

Ahora bien, para Walter Gutiérrez (2005), es importante resaltar que el Principio de Subsidiariedad protege el espacio de libertad económica de la persona que todo sistema de economía social de mercado exige, lo cual no significa que el Estado no estará presente con la finalidad de corregir las situaciones de desigualdad o asimetría que se pueden presentar en el mercado, o que este debe actuar menos aún, o que no deba actuar. Implica tan solo que su actuación es distinta, puesto que no se dará no como actor o competidor de los particulares, sino que su papel implica proteger el interés de los agentes en el mercado; ser el creador y garante del orden público.

Po lo tanto, la subsidiariedad a que se refiere el Art. 60 supone que, como regla general, el Estado está impedido de realizar actividad empresarial, en tanto se presume que la iniciativa privada es capaz de atender las necesidades de la sociedad. Sin embargo, cuando se comprobare que ello no sucede, o de plano no existe intervención empresarial privada, el Estado estará facultado (previa creación por ley) para suplir aquella carencia.

### **¿QUÉ SE ENTIENDE POR “ALTO INTERÉS NACIONAL PÚBLICO” O “MANIFIESTA CONVENIENCIA”?**

“Alto interés nacional público” o “manifiesta conveniencia” son conceptos amplios de textura abierta, sin una definición exacta, unívoca o de contexto único, pues dependerá de las condiciones y factores por los que se esté considerando crear una nueva empresa de titularidad del Estado y en definitiva, quienes decidirán si se cumple con este requisito de alto interés nacional o conveniencia, serán los propios

parlamentarios en el debate que pudieran generar, antes de aprobar la ley de creación, requerida por la Constitución. Siendo que podemos guiarnos de que, en suma, toda decisión debe ser orientada al bien común económico y social.

Este requisito de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional:

requiere una evaluación que únicamente puede ser adoptada por el Congreso mediante un debate no solo político sino también técnico, sobre el que las fuerzas políticas ahí representadas deberán opinar, más aún cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados que solo tienen aplicación en casos excepcionales. Es indudable que para ello deberá tomar en cuenta tanto el impacto que tal decisión tenga en los mercados, como factores relativos al diseño de políticas públicas y estratégicas de mediano y largo plazo, en las cuales el factor internacional debería estar presente, y tal decisión deberá ser siempre específica, pues no será posible extender la autorización a actividades similares por aplicación analógica (KRESALJA, 2015, p.109).

Por su parte, Walter Gutiérrez Camacho (2005, p.838) apunta que la regla del interés general o el bien común contemplada en la Constitución, permite saber cuándo y hasta donde ha de intervenir el Estado en materia económica. Sin embargo, esta regla no puede ser un atajo para facilitar o habilitar todo tipo de intervenciones; precisamente con este propósito la Constitución estableció parámetros a tales intervenciones.

Por otra parte, el Art. 3º del Decreto Legislativo N° 1031 - Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, nos resalta tres condiciones importantes sobre la actividad empresarial del Estado. Además de reiterar que esta debe ser desarrollada en forma subsidiaria y previamente autorizada por Ley del Congreso de la República, agrega también que: **i) debe ser sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional** ii) que es aplicable a cualquier sector económico y iii) que ello no implica una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada.

## **EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD PARA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En principio, cabe recordar que el Tribunal Constitucional, es el ente encargado de la interpretación de los postulados constitucionales; expresamente el Art. 201º de la Constitución determina que es el “Órgano de Control de la Constitución”.



Con relación al “Principio de subsidiariedad económica del Estado” o “Cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía” (recogido por el Art. 60° de la Constitución) el Órgano Colegiado señaló que este implica:

- i) Un límite a la actividad estatal, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado.
- ii) Reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica su función de regulación y protección (STC Exp. 7339-2006-PA/TC F.J. 8).

Posteriormente, en otra sentencia, el Tribunal Constitucional identificó que la subsidiariedad a la que se refiere el Art. 60°, es de tipo horizontal. Esta subsidiariedad supone que la relación existente entre el Estado y la ciudadanía se desarrolle en el marco del respeto a la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduciéndose la intervención pública a lo esencial. Añade, además, que esto no implica que el estado sea ajeno a cualquier acto privado que tenga incidencia en la sociedad, sino que en estos casos, el Estado deberá tomar las medidas pertinentes tendientes a la protección, seguridad y defensa de los derechos de la sociedad (STC 2210-2007-PA/TC F.J. 16, 17).

Adicionalmente, consideramos importante resaltar lo acotado en los fundamentos 20 y 21 de la STC EXP. N° 0008-2003-AI/TC, donde el máximo intérprete de la Constitución indicó que **el principio de subsidiariedad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado; por el contrario, se orienta a valorarlo**, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre público y privado.

En ese mismo sentido, el TC considera que el principio de subsidiariedad:

no se funda en una concepción "opositiva" de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión "integradora" y "consensual" del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso que gradualmente desciende desde el individuo hasta el Estado a través de las formaciones sociales intermedias (STC EXP. N° 0008-2003-AI/TC F.J. 21).

De lo previamente expuesto, podemos concluir que, para el Tribunal Constitucional, dentro de la relación económica existente entre el Estado y los

ciudadanos, entre público y privado, el Principio de Subsidiariedad implica que la actuación del Estado se limita a lo esencial dando lugar a que la iniciativa privada sea protagonista de la actividad económica. La actuación activa empresarial del Estado, se concretizará únicamente en el supuesto en que la sociedad y el mercado no hayan podido cubrir los servicios o necesidades esenciales, o ante la deficiencia de estos. Además, si bien la participación en materia económica del Estado, se reduce o limita, debe entenderse que adquiere una participación relevante como protector, supervisor y regulador del mercado.

Para concluir, destacamos que, si bien el Estado se encuentra restringido en su participación directa en la economía por el Principio de Subsidiariedad, conforme nos ilustra Walter Gutiérrez (pp. 838-839), las actividades que el Estado está facultado para realizar en este ámbito, pueden ser: i) Proteger los derechos y libertades económicas de las personas. ii) Crear y mantener un marco institucional y jurídico que facilite el funcionamiento del mercado y la generación de riqueza. iii) Garantizar la seguridad necesaria para que los particulares puedan trabajar, realizar sus transacciones, y concretar sus iniciativas económicas.

## BIBLIOGRAFÍA

AGROBANCO. (s.f.). *Historia*. <https://www.agrobanco.com.pe/nosotros/>

ÁLVAREZ MIRANDA, E. (2014). El modelo económico de la constitución peruana. *IUS ET VERITAS*, 24(48), 256-269. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11921>

BLUME FORTINI, E. (1997). La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia. *THEMIS Revista de Derechok*, (36), 29-37. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11717>

CHANAMÉ ORBE, R. (2015). *La Constitución Comentada*. (9ª ed., Vol.1). Editora y Distribuidora Ediciones Legales.

CHANAMÉ ORBE, R. (2015). *La Constitución Comentada*. Ediciones Legales.

FÁBRICA de Armas y Municiones del Ejército S.A.C. (s.f.). *¿Qué hacemos?* Ministerio de Defensa. <https://www.famesac.com/>

FONDO MIVIVIENDA. (s.f.). *Marco Legal*. Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. <https://www.mivivienda.com.pe/PortalWEB/fondo-MIVIVIENDA/pagina.aspx?idpage=3>

FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO. (s.f.). *Nuestra Organización*. Ministerio de Economía y Finanzas. <https://www.fonafe.gob.pe/>

GARCÍA BELAUNDE, D. (2014). La Constitución Peruana de 1993: Sobreviviendo pese a todo pronóstico. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (18), 211-229.

GARCÍA TOMA, V. y García Izaguirre, J. (2018). *Diccionario de Derecho Constitucional*. Pacífico Editores.

GUTIÉRREZ CAMACHO, W. (2005). Artículo 58: Iniciativa privada y economía social de mercado en W. Gutiérrez Editor (Ed.), *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*. (1ª ed., Vol. 1). Gaceta Jurídica.

KRESALJA, B. (2015). *¿Estado o Mercado? El Principio de Subsidiariedad en la Constitución Peruana*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

KRESALJA, B. y Ochoa, C. (2016). *Derecho Constitucional Económico – Colección lo Esencial del Derecho 8*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (2018). Informe S/N. [https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta\\_public/2018/empresas\\_estado2018\\_tomo2.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_public/2018/empresas_estado2018_tomo2.pdf)-Presidencia de la República. (2008, 23 de junio). Decreto Legislativo N.º 1031 - Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado. Recuperado de <https://www.mef.gob.pe/es/por-instrumento/decreto-legislativo/6558-decreto-legislativo-n-1031/file>.

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. (2001, 17 de julio). Decreto Supremo N.º 088-2001-PCM. Recuperado de [https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/26-08-04\(8\)/Normas\\_relacionadas/DS\\_088-2001.pdf](https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/26-08-04(8)/Normas_relacionadas/DS_088-2001.pdf)

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. (2001, 6 de abril). Decreto Supremo N.º 034-2001-PCM. Recuperado de [https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/26-08-04\(8\)/Normas\\_relacionadas/DS\\_034-2001.pdf](https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/26-08-04(8)/Normas_relacionadas/DS_034-2001.pdf)

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. (2001, 7 de abril). Decreto Supremo N.º 034-2001-PCM. SPIJ. Recuperado de Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ ([minjus.gob.pe](http://minjus.gob.pe))

QUIROGA LEÓN, A. (2012). *Constitucional Biblioteca Manual del Litigante*. Ediciones Caballero Bustamante.

QUIROGA LEÓN, A. (2005). La Interpretación Constitucional, Interpretación Constitucional, Tomo II. Libro colectivo coordinado por E. Ferrer MG. Ed. Porrúa.

QUIROGA LEÓN, A. (2015). Yo te multo, Yo Tampoco. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/anibalquiroya-derechoprocesal/2015/04/21/yo-te-multo-yo-tampoco/>

QUISPE CORREA, A. (2007). *La Constitución Económica*. (2ª ed.). MaxiGraphica Impresores.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. (1 de abril de 2005). Exp. N° 0048-2004-PI/TC (Lima). Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. (2005, 18 de noviembre). Exp. N.º 0005-2005-CC/TC (Lima). Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00005-2005-CC.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2003, 11 de noviembre). Sentencia Exp. N° 0008-2003-AI/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2007, 13 de abril). Sentencia Exp. N.º 7339-2006-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07339-2006-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2008, 21 de octubre). Sentencia Exp. N.º 02210-2007-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02210-2007-AA.pdf>

## ACERCA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ANÁLISIS CONSTITUCIONAL, INTERDISCIPLINAR, CONTEMPORÁNEO

MANRIQUE, Jorge Isaac Torres<sup>34</sup>

**Resumen:** Resulta innegable que las poblaciones indígenas no registran tradicionalmente la debida atención no solamente normativa por las sociedades de los diversos Estados. Lo señalado no se condice con la especial calidad y urgencia que precisan y ostentan las mismas respectivamente. Así también, los pueblos indígenas no necesariamente registran el reconocimiento de sus principios generales, desde un punto de vista acorde a los nuevos tiempos, así como, tampoco desde el prisma interdisciplinar. En la presente entrega, el autor asume tal compromiso, contribuyendo a la concientización y debate, a la vez de desarrollar sus diversos alcances y extremos que dicha temática comporta, para concluir en señeras reflexiones en las correspondientes conclusiones y sugerencias.

**Palabras clave:** Pueblos indígenas. Principios generales. Derecho contemporáneo. Interdisciplinariedad.

### I. INTRODUCCIÓN

Los pueblos indígenas constituyen la comunidad más importante y trascendente de las sociedades, puesto, que se constituyen en la raíz, origen, razón, explicación, antecedente y fundamento de las mismas.

En ese sentido, en la presente entrega se desarrolla la quintaesencia de los pueblos indígenas, esto es, los principios generales de los mismos. Ello, con un

---

<sup>34</sup> □ Consultor jurídico. Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, por la UNFV (Lima). Presidente de la Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Director de la Biblioteca: "Recientes y próximos escenarios de los Ordenamientos Jurídicos", publicada por Ediciones Olejnik (Chile). Director Académico de la Revista Dogmática Penal latinoamericana (Perú). Diamont Ambassador of the Organization of World Ambassadors (Argentina). Miembro del Comité Editorial de la EDUCS- Editora da Universidade de Caxias do Sul (Brasil). Miembro del Consejo Académico del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores, adscrito a la Universidad de Santo Tomás de Oriente y Medio Día (Nicaragua). Pesquisador Internacional del Grupo de Responsabilidade Civil e Processo Ambiental de la Escola Superior Dom Helder Câmara (Brasil). Colaborador Extranjero del Grupo de Investigação de Investigação Metamorfose Jurídica y Colaborador do projeto de pesquisa Constitucionalismo e Meio Ambiente: Sustentabilidade, Direitos Fundamentais e o Socioambientalismo na Sociedade Consumocentrista; ambos vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caixas de Sul (Brasil). Miembro de la International Association of Constitutional Law- IACL (Serbia). Autor y coautor de diversos libros y tratados en Derecho Constitucional, Penal, Administrativo. CoDirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia. CoDirector de los Tratados: Lavado de Activos, Litigación Oral Estratégica, Derecho Probatorio, entre otros. kimblellmen@outlook.com; <http://lattes.cnpq.br/0707774284068716>.

marco diferenciador que son los enfoques legal, constitucional, actual e interdisciplinar.

## **II. QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR PUEBLOS INDÍGENAS**

Los Pueblos Indígenas u Originarios son aquellos que descienden de las poblaciones que habitaban en un país o región geográfica antes de la Época Colonial o del establecimiento de las actuales fronteras, que se reconocen como Pueblos Indígenas y conservan todas o parte de las propias formas o instituciones sociales, culturales, económicas y políticas.<sup>35</sup>

## **III. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS NO ABRAZAN UNA NATURALEZA PÉTREA**

Comúnmente se acepta sin admitir prueba en contrario, que los principios de los ordenamientos jurídicos, en razón de su naturaleza de otorgar seguridad jurídica, devienen en invariables, insustituibles, inobservables, irremplazables. No obstante, ello resulta ser lejos de lo que realmente obedece a sentido y objeto de actuación. Sobre todo, si lo vemos desde el balcón de una trepitante sociedad y desarrollo contemporáneos.

En ese sentido, contrariamente es de verse, que el tiempo modifica los principios fundamentales igual que cambia las reglas del derecho. Los principios deben necesariamente cambiar porque no constituyen de ningún modo categorías lógicas, sino que son la concentración de las reglas materiales, y las reglas cambian con las relaciones. Creer en la inmutabilidad de los principios acredita falta de sentimiento crítico para el estudio de la historia.<sup>36</sup>

Ello en razón a que, los principios generales de los pueblos indígenas se subordinan y tienen que sintonizar con lo contemplado por los principios generales del derecho.

---

<sup>35</sup> CAMERO BERRÍOS, Pilar e GONZALES ICAZA, Isabel. *Los pueblos indígenas y sus derechos. Serie: derechos de los pueblos indígenas en el Perú*. En línea: recuperado en fecha 31/07/22 de [https://www.dar.org.pe/wp-content/uploads/2018/06/Cartilla-1-Derechos-de-los-pueblos-indigenas-aprobada-14\\_05\\_18\\_R.pdf](https://www.dar.org.pe/wp-content/uploads/2018/06/Cartilla-1-Derechos-de-los-pueblos-indigenas-aprobada-14_05_18_R.pdf). Lima, 2018, p. 16

<sup>36</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan F. *La formación del proceso civil peruano*. Palestra editores. Lima. 2004, p. 292.

Así, no se conoce perfectamente un arte si no se conocen sus principios —como afirma Baldo degli Ubaldi en su *Comentaria in digestum vetus: etiam quia non perfectae novit artem quia non movit principia artis* (1, 1, 1)—. Los principios generales, bien sea encontrados o formulados de acuerdo con una u otra perspectiva, con una u otra orientación, están en la base del sistema jurídico como parte fundante, *potissima*, que explica y orienta lo que sigue, como un sello característico de un sistema en devenir histórico moldeado por y para los hombres (*hominum causa*), mejorado cotidianamente por obra de los juristas. Se trata de un sistema en desarrollo, cuyos momentos de fijación a lo largo del tiempo marcan el paso de una época y, sobre la base de lo anterior, impulsan el siguiente paso hacia nuevos momentos de fijación, de estabilización del derecho mediante la armonización jurídica. Esto es posible con el vehículo de los principios, guiado por los juristas.<sup>37</sup>

Consecuentemente, si se desconoce los principios generales de los pueblos indígenas, y *a fortiori*, los principios contemporáneos (adecuados de conformidad por lo menos a lo estatuido por el Estado Constitucional de Derecho imperante), no se podrá conocer ni entender la naturaleza y diversas aristas de los pueblos indígenas.

Luego, es justo dejar en claro, que en la formación y desarrollo del derecho, los principios generales del mismo (y por ende, los principios generales de los pueblos indígenas), siempre se han desenvuelto y se desenvolverán, en el marco de una encomiable naturaleza directriz, edificadora, garante, de salvaguarda y de modificación, avance. Los principios generales y derechos fundamentales de un sistema jurídico, no corresponden a un tema acabado, terminado, cerrado.

En ese orden de pensamiento, los principios generales tienen que necesariamente evolucionar, adaptarse al tiempo y a nuevos escenarios; a efectos de sintonizar edificantemente con las nuevas circunstancias que, así como el mismo tiempo, inexorablemente se presentan y se presentarán; y lo propio los principios generales de los pueblos indígenas.

Consecuentemente, tenemos que es incorrecto, por decir lo menos, afirmar lo que no pocos colegas consideran como dogma, esto es: el que los principios

---

<sup>37</sup> CHAMIE, José Félix. Notas sobre algunos principios generales del derecho: Una reflexión a partir de principios generales y su influencia en las obligaciones en la experiencia jurídica colombiana. En línea: recuperado en fecha 31/07/22 de <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n80/a06n80.pdf>, Lima, 2018, p. 224.

generales del derecho (y de manera correlativa, los principios generales de los pueblos indígenas), son y tienen que ser inmutables, invariables en el tiempo.

Dicho error, se puede rebatir con una basilar como contundente reflexión: si el tiempo y la realidad pasa, cambia y avanza inconteniblemente, ilógicamente sería sostener que el Derecho no tenga que entonarse con el tiempo y con las vicisitudes que arrastra o presenta. De otro modo, él devendría no solamente en anacrónico, inútil, sino también, tremendamente perjudicial.

Además, tenemos que los conceptos jurídicos son conceptos relativos, solo tienen sentido dentro de un 'sistema' y en un momento histórico determinado. Así, si tomamos como punto de referencia al 'contrato' en cuanto concepto universal, caeremos en la cuenta fácilmente que no es lo mismo el 'contrato' en el *Common Law que el Civil Law*, ni ahora que en el Derecho Romano Clásico<sup>38</sup> y cuando una institución humana creada por el hombre para el servicio del hombre, comienza a escribir su nombre con letras de molde, cuando una institución humana cristaliza, se abstrae de la historia que le dé origen y pretende ser un valor universal, entonces hay algo que se quiebra y que se pierde: nuestra capacidad de inventiva y de respuesta frente a situaciones nuevas.<sup>39</sup>

#### IV. FUNDAMENTO DEL DERECHO INDÍGENA

Debe ser entendido como la Principialística del Derecho Mayor Constitucional, parte de conceptos de Derecho Propio o Mayor de usos y costumbres que cambian según el pueblo aborigen; la lectura adquirió importancia con la Constitución, pero al mismo tiempo su análisis e interpretación como actividad cognoscitiva que refiere Comanducci, resulta compleja, sobre todo cuando en el proceso se incluye el derecho nacional u ordinario frente a la Constitución, relación triangular de donde surgen temas contradictorios, vacíos, penumbras sistémicas, etc. Por eso la necesidad de revisar los referentes de estudio y hacer lecturas diferentes desde la principialística y la axiología constitucional, teniendo como base la diferencia cultural indoamericana, y el Derecho Propio o Mayor como sistema normativo

---

<sup>38</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. La autonomía privada: notas para la relectura del título de los contratos en el código civil español. En: *Instituciones de Derecho Privado- Contratación contemporánea*. Tomo I. Editorial Temis y Palestra Editores. Bogotá. 2000, p. 191.

<sup>39</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando. La transformación del derecho de propiedad. En: *El Derecho*. N° 33. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 1978, p. 104.



aborigen reconocido constitucionalmente y de especial protección por los instrumentos internacionales jurídicos, dueños al tiempo de inusitada riqueza ancestral y milenaria.<sup>40</sup>

## **V. PRINCIPIOS INDÍGENAS EN SU QUINTA ESENCIA**

Los llamados usos y costumbres indígenas, o bien, los sistemas normativos indígenas, constituyen parte del campo jurídico y como tales deben ser entendidos como un derecho propio. Este derecho propio o derecho indígena es producto de la transformación histórica de los indígenas, sus comunidades y pueblos, en su relación con el Estado mexicano, en el cual están inmersos y en el que han participado de manera subalterna. Se parte entonces del hecho de que los pueblos indígenas no son ajenos a los dictados del Estado y a la presencia de éste en sus regiones, que ha penetrado a través de la reforma agraria, la justicia y el municipio. Sin embargo, estas instituciones estatales han sido recurridas y retomadas por los indígenas y sus comunidades, hasta darles un uso propio de acuerdo con sus necesidades, circunstancias y marcos culturales. Todo esto hace pensar que los pueblos indígenas han mantenido una íntima relación con el Estado, aunque para éste se encuentren invisibilizados por el principio de la construcción de una Nación unificada.<sup>41</sup>

## **VI. ÁMBITO DE SU APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

En razón a su calidad de representantes originarios, anteriores, propios y principales de los pueblos indígenas de las sociedades del orbe, consideramos que los principios generales de los pueblos indígenas resultan ser de aplicación en la totalidad de pueblos.

---

<sup>40</sup> BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique. *Principios y valores del Derecho indígena Constitucional colombiano*. En línea: recuperado en fecha 31/07/22 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/734/570>. Valle del Cauca, 2012, p. 114.

<sup>41</sup> CRUZ RUEDA, Elisa. *Principios generales del derecho indígena*. En línea: recuperado en fecha 31/07/22 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3640/4.pdf>. Ciudad de México, 2008, p. 29.

En dicho orden de inteligencia, una cultura que vive de espaldas a sus orígenes, identidad y pertenencia, condena no solamente a sus pueblos indígenas a la indiferencia, desconocimiento y vulneración, sino, además, hacia su propia desaparición.

## **VII. NECESIDAD DE INCORPORACIÓN DE NUEVOS PRINCIPIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Los tiempos actuales se tornan cada vez más cambiantes, el desarrollo de las nuevas tecnologías es sistemático y protagónico, el cambio de actitud hacia la vida, la prevalencia de nuevos valores y estándares de comportamientos, entre otros, ocasiona que algunos principios caigan de desuso, postergación, olvido, y a su vez, inicie la vigencia de nuevos principios jurídicos, nuevos sistemas jurídicos, en procura del obligado *aggiornamento* con la nueva realidad, política, económica y social, basilarmente.

A mayor abundamiento, las normas jurídicas indígenas deben ser entendidas en su propio contexto histórico y cultural de subalternidad frente al Estado y la sociedad mexicana, que el derecho positivo mexicano puede ayudar a una comprensión de ese derecho indígena, pero que éste, por sus antecedentes, tiene características propias.<sup>42</sup>

En ese orden de inteligencia, sostenemos que ello es perfectamente aplicable a las poblaciones indígenas del orbe, en tanto, que los mismos no tienen ni deben ser ajenos a los cambios y transformaciones contemporáneos en todo orden. Más aun, en una manera desventajosa, desigual, postergada, indiferente, indolente.

## **VIII. PRINCIPIOS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

### **8.1. Principios Preeminentes**

#### **8.1.1. Los pueblos indígenas como fin superior**

---

<sup>42</sup> CRUZ RUEDA, Elisa. *Ob. Cit.* P. 36.

A través del presente principio se busca rescatar a las poblaciones indígenas, tanto de su cuasi ostracismo como postergación. Entonces, las mismas tienen que considerarse como tema de primera prioridad, en las políticas públicas respectivas.

### **8.1.2. A la Identidad**

Seguidamente, resulta pertinente traer a colación que una sociedad sin pasado con el cual identificarse, va sin rumbo en su caminar. Por ello, la observancia de la identificación, pertenencia, a través del principio de identidad de la sociedad en su conjunto, esto es, no solamente de los integrantes de las poblaciones indígenas.

### **8.1.3. A la igualdad**

El presente principio garantiza el trato carente de distinciones entre las personas ciudadanas, rurales e indígenas. Empero, la igualdad no implicará en extremo alguno que se tenga que asumir de manera rígida, textual, sino más bien, que se tendrá que tratar como iguales a los iguales y desigual a los desiguales. Ello, en tanto que de no ser así se incurriría en injusticia.

Los pueblos indígenas no pueden ser la excepción, en tanto que de manera evidente no se encuentran en igualdad de condiciones con las comunidades ciudadanas y rurales.

### **8.1.4. A la no discriminación**

El presente principio sostiene que no se debe desconocer, postergar, limitar, entre otros, los iguales derechos, deberes y oportunidades de las personas. Con mayor razón si se trata de integrantes de pueblos indígenas.

## **8.2. Principios Comunitarios**

### **8.2.1. De comuninalidad**

Esta concepción, que incluye instituciones, procedimientos y autoridades para aplicarla y hacerla eficaz, también se aplica al derecho indígena. El derecho indígena tiene particularidades como las ya apuntadas, pero también, se puede encontrar una visión del mundo expresada en la forma de regular los asuntos públicos y privados, que se encamina a la protección de la costumbre comunitaria –con arraigo histórico y étnico-cultural–, y a la reproducción y continuidad de la comunidad. De esta manera, el derecho indígena se define como un conjunto de normas jurídicas (que establecen derechos y obligaciones), cuya observancia y aplicación está garantizada por un poder público. Tal poder público –fundado en el principio de la comunalidad– se ejerce a través de un cuerpo institucionalizado de autoridades –que muchas veces forman parte del Estado mexicano– designadas por la comunidad, sobre las cuales delega facultades de decisión, resolución y ejecución, para lo cual existen procedimientos.<sup>43</sup>

Hablar de la comunalidad como fundamento de los principios generales del derecho idealiza la conducta humana en sociedad, pero este hecho también se da en el caso de los principios generales del derecho del Estado. Sin embargo, esto no significa soslayar el estudio de las desigualdades o dar cuenta de las contradicciones o conflictos al interior de un sistema.<sup>44</sup>

### **8.2.2. Jurisdicción indígena**

Los límites territoriales que separan las tierras ocupadas por comunidades distintas, aunque pertenecientes a un mismo pueblo indígena, dan relativa independencia y control de los recursos económicos, humanos y naturales, y representan también el espacio físico del campo jurídico. De ahí que lo agrario y lo municipal sean dos aspectos que, por lo menos en el caso de Oaxaca, explican el sentido de la justicia y el alcance de la jurisdicción indígena.<sup>45</sup>

No obstante, pese al afán que el Estado tiene de influir y de controlar las maneras de hacer justicia en las comunidades, las autoridades indígenas han encontrado las formas de poner límites a esa injerencia, con mayor o menor éxito, lo

---

<sup>43</sup> VALDIVIA DOUNCE, María Teresa. En torno al sistema jurídico indígena. En *Anales de Antropología*, Núm. 35. México Distrito Federal. 2001, pp. 68-69.

<sup>44</sup> CRUZ RUEDA, Elisa. *Cit.* P. 44.

<sup>45</sup> CRUZ RUEDA, Elisa. *Cit.* P. 47.

que les ha permitido reformular y transformar su propio derecho, que finalmente responde a la cultura de la cual provienen.<sup>46</sup>

### **8.3. Principios constitucionales indígenas**

#### **8.3.1. Autonomía territorial**

Constituye postulado esencial, que por naturaleza es razón de ser de Estado y para la defensa de los contenidos jurídicos materiales, no se reduce a una simple y amañada interpretación del texto constitucional, precisamente porque la autonomía de territorios indígenas por el espectro principal, constituye uno de los pilares, por no decir, el cimiento del Estado social y democrático de derecho a los que debemos solidaridad que dejó de ser un imperativo ético, para convertirse en norma constitucional que vincula a todas las personas que integran la comunidad; en este sentido al constituirse en principio de rango constitucional, le debemos solidaridad, compromiso real y efectivo del Estado frente a la injusticia social, de donde se colige que por naturaleza la autonomía territorial aborígen es la columna dorsal de los pueblos y requiere de la fuerza teleológica del valor por su profundidad y sensibilidad, debido a las profundas complejidades, contradicciones del largo y tenebroso devenir histórico, hasta el extremo de constituirse en el objeto del conflicto armado interno.<sup>47</sup>

#### **8.3.2. Deber de protección**

Principio que comporta gran responsabilidad y debe concretarse en acciones positivas para proteger a los pueblos como los más vulnerables, sobre todo ahora en vía de extinción, y sobre los organismos internacionales como la ONU han llamado la atención. No protegerles, no solo desarmoniza el tamiz del tramado constitucional aborígen, sino que son el mismo Estado, y la sociedad quienes

---

<sup>46</sup> HUBER, Rudolf, MARTÍNEZ, Juan Carlos, LACHENAL, Cécile y otro; Coordinadores. *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. En línea: recuperado en fecha 31/07/22 de [https://www.kas.de/documents/252038/253252/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_14932\\_1.pdf/ba369d2e-112d-3d7e-2d12-dc5a6600b4b1?version=1.0&t=1539662967382](https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_14932_1.pdf/ba369d2e-112d-3d7e-2d12-dc5a6600b4b1?version=1.0&t=1539662967382). Berlín, 2008, p. 47.

<sup>47</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. T-533, Sep. 23 de 1992. M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz, Benavides, J.

desconocen las exigencias de la inspiración filosófica del Estado Social de Derecho, la dignidad de los pueblos y la solidaridad como pregonaron en su tiempo.<sup>48</sup>

### **8.3.3. Deber de reconocimiento**

El mismo guarda relación con la imposición al Estado no solo el deber de proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, sino que previo a la protección, deben administrativa y políticamente ser reconocidos de manera real y efectiva, trascendiendo lo formal, hipotético, teórico y nominal; pues no se aborda la protección si previamente no se reconoce, siendo muchos los Resguardos que luchan por su reconocimiento y esperan, una vez alcanzado el propósito, que el Estado los incluya en las políticas públicas de protección acorde con las lógicas de un Estado de Bienestar debido a que son sujetos de especial protección constitucional.<sup>49</sup>

### **8.3.4. Protección como obligación del Estado y de las personas**

Consiste en la obligación del Estado y de todas las personas de Colombia de proteger a las minorías étnicas como riqueza cultural y natural de la nación, y que si bien no menciona de manera directa los pueblos originarios, se colige, y así lo han reconocido internacionalmente, que los pueblos indígenas se consideran riquezas culturales del mundo.<sup>50</sup>

### **8.3.5. Oficialidad de lenguas y dialectos de los grupos étnicos**

El mismo comporta, que por encima de esta fuente principal constitucional aborígen, se encuentra hipotéticamente un sistema de categorías axiológicas, tanto desde su cultura propia, como desde el referente de la cultura ordinaria, contexto sobre el cual tanto las autoridades indígenas como el juez constitucional edifican juicios de interpretación, argumentación y ponderación para la decisión práctica judicial, principios que hacen parte de la dogmática constitucional, y otros se encuentran parcial y contradictoriamente en la parte orgánica constitucional, principios de contenido filosófico que orientan la organización estatal y que, se

---

<sup>48</sup> BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique. *Ob. Cit.* Pp. 103- 104.

<sup>49</sup> BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique. *Cit.* P. 104.

<sup>50</sup> BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique. *Cit.* P. 104.

definen como relaciones básicas entre autoridades y ciudadanos, lo segundo, o sea la parte orgánica, regula la organización institucional y territorial.<sup>51</sup>

### **8.3.6. La naturaleza como supra- valor constitucional**

El cual obedece más a una reflexión teórica, que a una propuesta del deber ser del verdadero sentido del derecho indígena –Derecho Propio o Mayor–, ya que no son pocos los juristas, desde los confines de la interpretación de la ciencia del Derecho, que argumentan la naturaleza como objeto o bien material, desconociendo hasta las mismas categorías axiológicas de la humanidad, producto del desarrollo de la cultura económica de transformar a su capricho e interés individual el mundo natural, contraviniendo el sentido de la madre naturaleza de unidad, equilibrio y armonía de la vida que en sus confines y misterios de relación consigo mismo, el otro y la Pachamama, como discurso aborígen, contrario al pensamiento de democracias liberales, que hasta no hace poco, en la concepción materialista, se consideró objeto de transformación. La realidad del nuevo Estado transita en diferente sentido a los derechos constitucionales, por lógicas macroeconómicas del neoliberalismo que distorsionan el paradigma del Estado Social y democrático de Derecho de los principios de dignidad, trabajo y prevalencia del interés general, resquebrajando profundamente el tejido fuerte de las relaciones aborígenes y propiciando la extinción indígena, por el rompimiento de relaciones armónicas del diálogo comunitario debido a la hegemonía de ciertos discursos jurídicos como el comercial, mercantil, industrial, etc., propios de democracias liberales, direccionados y abroquelados en la carrera desahogada e insaciable de la apetencia que produce las lógicas del capital, olvidando nuestra débil y miserable condición humana, generando una profunda insensibilidad incontrolable hacia la madre naturaleza, que ni sufriendo los estragos del calentamiento global nos hace reflexionar de que los aborígenes por su condición, son verdaderos guardianes de la selva, suficiente para cambiar los fines individualistas de la voracidad material que termina en la muerte y el egoísmo, distanciándonos del imperativo categórico del bien.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. C- 251, abril 11 de 2002 M. P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>52</sup> BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique. *Cit.* Pp. 105- 106.

### **8.3.7. La naturaleza como principio fundacional de la Constitución**

Es preciso dejar constancia, que más por su interés que por la misma naturaleza, el hombre le da varios sentidos, de acuerdo con su forma de vivir, algunos la consideran bien jurídico material o tangible, objeto de diferentes formas de propiedad, otros como los aborígenes, a quien le dispensa todo para vivir más allá de la idea de transformar, es el encuentro de sí mismo, con el otro y la Pachamama en diálogo permanente y constructivo hacia la cosmovisión; en este sentido y como nunca antes algunas Constituciones latinoamericanas como la República del Ecuador le dan trascendencia a la Naturaleza, misma que para ellos representa todo, de su lectura se colige que toda la estructura dogmática constitucional se impregna de disposiciones referidas a la naturaleza. Esta propuesta es la visión del derecho sincrético y del propio para el auténtico proceso de reconciliación y diálogo intercultural en medio de la diferencia, es al tiempo motivo y razón para la refundación fundamental, desde la prevalencia y conservación de la naturaleza sobre la estructura individualista de los Estados con democracias liberales.<sup>53</sup>

### **8.4. Principios de Protección a Naciones y Pueblos Indígena Originarios en Situación de Alta Vulnerabilidad**

Al respecto, tenemos que el Art. 3., de la Ley boliviana N° 450 del mismo nombre, establece como tales para su aplicación:

#### **8.4.1. Precaución**

Orientado al desarrollo de políticas específicas, preventivas y de cautela, para garantizar en todo momento los sistemas de vida de las naciones y pueblos indígena originarios en situación de alta vulnerabilidad, cuya sobrevivencia física y cultural esté extremadamente amenazada.

#### **8.4.2. Protección**

---

<sup>53</sup> BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique. *Cit.* P. 107.



Encaminado a la adopción de un marco específico de protección especial, en todos los niveles del Estado Plurinacional, para resguardar los sistemas de vida de las naciones y pueblos indígenas originarios en situación de alta vulnerabilidad, cuya sobrevivencia física y cultural esté extremadamente amenazada.

#### **8.4.3. Regeneración**

Orientado como la garantía del Estado, para la reproducción de los sistemas de vida de las naciones y pueblos indígena originarios en situación de alta vulnerabilidad, cuya sobrevivencia física y cultural esté extremadamente amenazada.

#### **8.4.4. Libre determinación**

En virtud de la cual, las naciones y pueblos indígena originarios en situación de alta vulnerabilidad, cuya sobrevivencia física y cultural esté extremadamente amenazada, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural, en el marco del Estado Plurinacional. La libre determinación debe interpretarse de manera diferenciada.

#### **8.4.5. Favorabilidad**

Entendida como la aplicación preferente de la norma más favorable para condicionar y dirigir cualquier actuación estatal que se vaya a realizar de manera concreta con las naciones y pueblos indígena originarios en situación de alta vulnerabilidad, cuya sobrevivencia física y cultural este extremadamente amenazada.

#### **8.4.6. Diversidad cultural**

La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional. Se sustenta en el reconocimiento y respeto de los diferentes sistemas de vida de las naciones y pueblos indígena originarios, y expresa la identidad histórica de su cultura, que la mantiene y la proyecta para sus futuras generaciones.

#### **8.4.7. Enfoque diferencial**

Entendido como la aplicación de políticas para la atención de necesidades y situaciones de alta vulnerabilidad de las naciones y pueblos indígena originarios o segmentos de ellos.

## **IX. ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR**

### **Antropología jurídica**

Proveniente de la Antropología Social, resulta de la aplicación de la metodología y la teoría de la antropología y, especialmente de sus técnicas de investigación más desarrolladas: el trabajo sobre el terreno, el estudio de casos y la comparación, a procesos e instituciones sociales (en tanto objetos de conocimiento científico) propios de las ciencias jurídicas o del derecho: formas de gobierno, maneras de solucionar las controversias al interior de las comunidades, normas sobre relaciones de propiedad o de familia, etc. Algunos trabajos dentro de esta perspectiva se interesan por describir los sistemas jurídicos no formales (indígenas o tradicionales) y por contrastarlos con las normas formales (nacionales o legisladas), dando origen a abundante literatura sobre lo que se denomina genéricamente derecho consuetudinario o costumbre jurídica.<sup>54</sup>

## **X. CONCLUSIONES**

Urgente como impostergable y *aggiornamento* de los principios generales de los pueblos indígenas, con las sociedades actuales, contemporáneas.

Lamentable protagonismo del reconocimiento heterogéneo como tradicional de no pocos principios que abrazan dicha temática.

Desconocimiento de la materialización o efectivización por la observancia de los principios generales de los pueblos indígenas, en los términos y extremos que hemos postulado y desarrollado.

---

<sup>54</sup> ITURRALDE G., Diego A. *Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas*. En línea: recuperado en fecha 31/07/22 de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08062-1.pdf>. San José de Costa Rica, 2005, pp. 44- 45.

Marcado desinterés por la materialización de la efectivización de los principios generales de los pueblos indígenas.

Igualmente, resulta imprescindible la concepción de los pueblos indígenas desde una mirada del Estado Constitucional de Derecho imperante y desde un enfoque interdisciplinar.

## **XI. SUGERENCIAS**

Urgente incorporación de los principios desarrollados en los ordenamientos jurídicos del orbe, tanto en sede legal como constitucional.

Capacitación a los diversos actores de la administración de justicia y funcionarios públicos, en temas de principios jurídicos y naturaleza de los pueblos indígenas.

Concientización y difusión de los principios generales de los pueblos indígenas, desde las ópticas planteadas y desarrolladas en el presente trabajo.

Inclusión de los principios generales de los pueblos indígenas como asignatura de materia de estudio en los diversos niveles educativos. Ello desde un punto de vista no solamente normativo y constitucional, sino, además, interdisciplinar.

Impostergable dación de urgentes políticas públicas destinadas a materializar la efectivización de los principios generales de los pueblos indígenas.

## **XII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique. *Principios y valores del Derecho indígena Constitucional colombiano*. En línea: recuperado en fecha 31/07/22 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/734/570>. Valle del Cauca, 2012.

CAMERO BERRÍOS, Pilar e GONZALES ICAZA, Isabel. *Los pueblos indígenas y sus derechos. Serie: derechos de los pueblos indígenas en el Perú*. En línea: recuperado en fecha 31/07/22 de [https://www.dar.org.pe/wp-content/uploads/2018/06/Cartilla-1-Derechos-de-los-pueblos-indigenas-aprobada-14\\_05\\_18\\_R.pdf](https://www.dar.org.pe/wp-content/uploads/2018/06/Cartilla-1-Derechos-de-los-pueblos-indigenas-aprobada-14_05_18_R.pdf). Lima, 2018.

CHAMIE, José Félix. *Notas sobre algunos principios generales del derecho: Una reflexión a partir de principios generales y su influencia en las obligaciones en la experiencia jurídica colombiana*. En línea: recuperado en fecha 31/07/22 de <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n80/a06n80.pdf>, Lima, 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. T-533, Sep. 23 de 1992. M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz, Benavides, J.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. C- 251, abril 11 de 2002 M. P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

CRUZ RUEDA, Elisa. *Principios generales del derecho indígena*. En línea: recuperado en fecha 31/07/22 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3640/4.pdf>. Ciudad de México, 2008.

DE LOS MOZOS, José Luis. La autonomía privada: notas para la relectura del título de los contratos en el código civil español. En: *Instituciones de Derecho Privado-Contratación contemporánea*. Tomo I. Editorial Temis y Palestra Editores. Bogotá. 2000.

DE TRAZEGNIES, Fernando. La transformación del derecho de propiedad. En: *El Derecho*. N° 33. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 1978.

HUBER, Rudolf, MARTÍNEZ, Juan Carlos, LACHENAL, Cécile y otro; Coordinadores. *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. En línea: recuperado en fecha 31/07/22 de [https://www.kas.de/documents/252038/253252/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_14932\\_1.pdf/ba369d2e-112d-3d7e-2d12-dc5a6600b4b1?version=1.0&t=1539662967382](https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_14932_1.pdf/ba369d2e-112d-3d7e-2d12-dc5a6600b4b1?version=1.0&t=1539662967382). Berlín, 2008.

ITURRALDE G., Diego A. *Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas*. En línea: recuperado en fecha 31/07/22 de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08062-1.pdf>. San José de Costa Rica, 2005.

MONROY GÁLVEZ, Juan F. *La formación del proceso civil peruano*. Palestra editores. Lima. 2004.

VALDIVIA DOUNCE, María Teresa. En torno al sistema jurídico indígena. En *Anales de Antropología*, Núm. 35. México Distrito Federal. 2001.

## REALIZAÇÃO DO TESTE DE ALCOOLEMIA E A VEDAÇÃO A AUTOINCRIMINAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO POLICIAL DE TRÂNSITO

PERFORMANCE OF THE ALCOHOLEMIA TEST AND THE PROHIBITION OF SELF-INCRIMINATION IN TRAFFIC POLICE INSPECTION PROCEDURES

PRAZERES, Paulo Joviniano Alvares Dos<sup>55</sup>

PRAZERES, Karla Luzia Alvares Dos<sup>56</sup>

**RESUMO:** O trabalho acadêmico em epígrafe tratou de abordar a problemática existente na obrigatoriedade de realização do teste do etilômetro em condutores que recusam se submeter sem que apresentem sinais notórios de alteração da capacidade psicomotora. Relevante frisar a falta de interpretação por parte do Estado da literalidade dos vários dispositivos legais em vigor quando da aplicação das referidas normas jurídicas. Contudo, merece destaque a conclusão pela manutenção de garantias individuais que protegem o cidadão contra eventuais abusos de sua liberdade. Assim, a embriaguez ao volante torna-se algo muito mais complexo que se espera quando da produção de provas.

**Palavras-chave:** Embriaguez. Etilômetro. Recusa. Alcoolemia, Violação, Princípio.

**ABSTRACT:** The academic paper in question dealt with the problem of the need to perform the alcohol test in drivers who refuse to submit without showing noticeable signs of altered psychomotor capacity. It is relevant to emphasize the State's lack of interpretation of the literality of the various legal provisions in force when applying those rules. However, it is worth highlighting the conclusion by maintaining individual guarantees that protect citizens against possible abuses of their freedom. Thus, drunk driving becomes much more complex than expected when taking evidence.

**Keywords:** Drunkenness. Ethylometer Refusal. Alcohol, Violation, Principle.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa abordar a problematização que existe na obrigatoriedade de realização do teste de alcoolemia quando da fiscalização da

---

<sup>55</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP; Doutorando em Ciências Contábeis e Administração pela FUCAPE Business School; Doutorando em Educação pela Universidad Autonoma de Assunção - UAA; Doutorando em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Cordoba - UNC; Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Crista – FADIC; Mestre em Ciências da Religião pela Faculdade Unida de Vitoria – FUV; Mestre em Ciências da Educação pela Universidad Del Sol - UNADES; Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de la Empresa - UDE; Tabelião e Oficial de Registro; Professor Universitário.

<sup>56</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sa – UNESA; Mestra em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Crista – FADIC; Mestranda em Direito Internacional pela Universidad Autonoma de Assunção - UAA; Tabeliã e Oficiala de Registro; Professora Universitária.

Operação Lei Seca, especificamente no Estado de Pernambuco, e sua recusa pelo condutor abordado que não deseja se submeter, recusa esta que lhe acarretará em sanções administrativas ou criminais que afrontarão de forma contundente o princípio da não produção de provas contra si mesmo.

Por meio de uma interpretação vasta dos principais dispositivos ordinários se procurará analisar amparos que permitam justificar a imposição do poder estatal nas blitz da citada operação. Em meio tantas alterações legislativas sobre a matéria, será observado a existência ou não de mérito para tal aplicabilidade.

A finalidade do trabalho é justamente esclarecer a existência ou não de conflito entre as normas previstas sobre alcoolemia e o referido princípio, observando a melhor solução para o impasse.

A metodologia utilizada será o estudo bibliográfico e a análise literal das normas que versam sobre a matéria.

Finalmente, os objetivos gerais da pesquisa é abordar a natureza dos limites impostos pela norma e suas consequências, especificadamente se estão violando garantias fundamentais inerentes ao condutor.

A embriaguez ao volante foi abordada pelo legislador pela primeira vez através da Lei nº 9.503, que instituiu em 23 de setembro de 1997, o nosso então Código de Trânsito Brasileiro (CTB), uma lei de natureza ordinária onde o legislador tratou de abordar certa preocupação com a segurança no trânsito.

Podemos destacar assim a título de curiosidade, que foi preciso transcorrer cerca de nove anos após a promulgação de nossa Constituição Federal (CF) em vigor desde 1988, para que fosse possível ainda que tardio, a elaboração dessa legislação, sem esquecer é claro que como tudo no Brasil para funcionar necessita de regra de transição a exemplo dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) referentes a CF, com o CTB não foi tão diferente, pois custou cento e vinte dias de *vacatio legis*, para entrar em vigor e produzir seus efeitos após sua publicação, fato este ocorrido na gestão do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso (FHC).

Quando se trata da conduta de embriaguez ao volante, os últimos estudos do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) apontam que dos acidentes de trânsito que ocorrem anualmente no país, o álcool ainda figura como principal vilão responsável nessa estatística, fato este que levou o poder público a tentar inibir a mistura álcool e direção de forma mais severa e rigorosa, tanto pelo número de óbitos

precoces, quanto pelo número de acidentados, que de certa maneira oneram e muito o custo com o Sistema Único de Saúde (SUS).

Nesse sentido, o álcool representa, na condição de droga lícita, um fator que reconhecidamente contribui para a elevação do número de acidentes, uma vez que, compromete cientificamente os sentidos indispensáveis dos condutores de veículos automotores, reduzindo assim, a segurança no trânsito.

Sendo assim, podemos analisar que após a criação do CTB, o legislador percebeu que para conter o avanço da violência no trânsito provocada, sobretudo pelo álcool, era preciso se adaptar a realidade social e cultural, e editou algumas normas federais que endureceram o hábito de beber e dirigir no país, tanto que o objetivo de tais dispositivos legais sobre a matéria, foi alterar aspectos do diploma principal, o CTB, a exemplo da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, editada na gestão do Presidente da República Luis Inácio o Lula da Silva, que por sua popularidade social passou a ser chamada de Lei Seca, a Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, que passou a ser apelidada pelos meios de comunicação de Nova Lei Seca e por fim a Lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014 e a mais recente, a Lei nº 13.281 de 4 de maio de 2016, ambas criadas na gestão da Presidenta Dilma Rousseff.

Destarte, a redação do CTB que versa sobre embriaguez ao volante obteve várias modificações em sua redação originária, com escopo de não deixar dúvidas de sua aplicabilidade. Sendo essas normas e outras infraconstitucionais os principais objetos de consultas do nosso trabalho.

Não se pode esquecer que a vida é o bem jurídico mais importante a ser tutelado, e nesse sentido, uma das previsões preliminares do CTB contidas em seu art 1º, § 2º, diz: “O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito”.

Cabe ressaltar ainda que o objeto deste trabalho está em analisar a recusa ao teste frente à obrigatoriedade de realização sem sinais alcoólicos. Sendo assim, o tema envolve uma ponderação polêmica de princípios jurídicos fundamentais em rota de colisão, qual seja, o da legalidade, da presunção de inocência e o da não autoincriminação.

## 2 DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ART. 165 DO CTB

Com o intuito de atribuir mais rigor para condutores que insistem em conduzir veículo sob a influência de bebida alcoólica, foram elaboradas como visto anteriormente algumas disposições que inclusive serão analisadas nesse trabalho, que chegaram a propor até tolerância zero. A intenção do legislador foi instituir penalidades para motoristas que provocassem acidentes pelo uso abusivo de álcool ao volante.

Dentre os principais artigos do CTB que tratam da matéria álcool ao volante, estão o art. 165 contido no CTB no Capítulo XV relativo à parte das infrações; os arts 276 e 277 ainda do CTB contido no Capítulo XVII relativos às medidas administrativas e o art 306 também do CTB contido no Capítulo XIX, Seção II relativos aos crimes de trânsito em espécies.

Sabemos que no direito, a conduta que afronta a lei é classificada como infração, e nesse caso em algumas situações essa infração pode ser considerada como crime ou não. Em se tratando da embriaguez ao volante por seu aspecto nocivo a vida o legislador para tutela-la tratou de cominar punição criminal quando evidente o perigo e/ou punição de caráter administrativo quando associada ou não a criminal.

No caso do art. 165 do CTB, a redação mais recente da infração que o caput do dispositivo conceitua é de natureza meramente administrativa, conforme podemos verificar *in verbis*: “Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: “ (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008).

Ora, se analisarmos a literalidade da redação concluímos que dirigir trata-se de verbo de ação, movimento, logo para caracterizar a infração é indispensável que o condutor esteja (seja flagrado) com o veículo em movimento e requer ainda sob a influencia de droga lícita (álcool) ou ilícita (entorpecente).

No entanto, não tratou a lei de regulamentar no próprio texto, os meios pelo qual essa influencia seria comprovada ou observada.

O CTB confere ao condutor das infrações administrativas, algumas “punições” como Infração, Penalidade e Medida Administrativa, ambas cumulativamente. Essas consequências no tocante ao caso específico art. 165 do CTB, representa infração gravíssima o que significa um acréscimo de sete pontos na Carteira Nacional de Habilitação do Condutor (CNH), uma penalidade de multa



agravada pela Lei nº 12.760/12 em 10X o valor base atribuída à gravíssima que de acordo com a alteração recente do valor corrigido pela Lei nº 13.281/16, correspondente a **R\$ 2.934,70** reais mais a suspensão do direito de dirigir por um ano, e para concluir a medida administrativa de recolhimento da CNH do condutor por dois dias úteis o que acarreta na sequência a retenção do veículo, pois sem sua CNH o condutor ficará impossibilitado de conduzir o referido veículo.

Como é possível verificar o legislador procurou atribuiu para essa infração específica de embriaguez ao volante, consequências bem severas e rigorosas, mais é preciso lembrar que elas precisam ao mesmo tempo, respeitar as garantias constitucionais do indivíduo.

Outra possibilidade de abrangência que o legislador garantiu com essa redação do caput do Art. 165 do CTB, propositalmente ou não, se refere a questão de se poder atribuir a infração administrativa a uma infinita possibilidades de veículos, já que o termo DIRIGIR possui uma amplitude vasta, uma vez que o texto não delimitou a especificidade do veículo ser ou não da categoria automotor. Evidente que a expressão empregada pelo legislador, foi no sentido de se tratar de veículo capaz de contrair multa (emplacado), mas deixou uma lacuna futura para quem sabe condutores de outros veículos, como por exemplo, ciclista, cavaleiro, maquinista, piloto de aeronave ou embarcação, serem atingidos pela norma.

A inovação legislativa trazida pela entrada em vigor da recente Lei nº 13.281/16, diz respeito diretamente a problematização desta pesquisa, foi à inclusão no CTB do art. 165-A, que estabelece:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277: (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)

Percebe-se que com a inclusão desse novo caput do CTB, o legislador buscou corrigir a falha que havia antes nas infrações envolvendo a o instituto da recusa, tendo em vista a dificuldade encontrada pelos agentes de trânsito em fiscalizar a embriaguez. Antes, conforme a Portaria 219 de 19 de novembro de 2014 do Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN) que tentou inovar a fiscalização do art. 165 do CTB, pois enquanto que o condutor fazia uso de seu direito de recusar para fugir da comprovação do crime do art. 306 do CTB que ainda vamos abordar, ou até mesmo das punições administrativas da própria infração, o agente teria que

analisar a alteração da capacidade psicomotora conforme a Resolução prevê art. 432/2013 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), por meios subjetivos para formar seu juízo de convencimento observando assim, aspectos do comportamento do condutor como vestes, fala, halito, outros.

Nesse âmbito, a Portaria 219 acabou padronizando o seguinte para livrar o agente de analisar os sinais subjetivos de alteração da capacidade psicomotor do condutor, aquele que recusasse seria considerado “incapaz” (presunção de embriaguez), ou seja, livraria-se do crime, mas responderia pela administrativamente pela recusa cujos efeitos seriam absurdamente equivalentes aos efeitos dos casos de constatação da referida embriaguez. Em outras palavras, o DENATRAN repassou para o condutor o ônus de provar aquilo que ele não tem obrigação de colaborar ativamente. O ditado popular “quem não deve, não teme” passou a reger lamentavelmente a citada portaria em desfavor do condutor.

Aduz que, para dar amparo legislativo aos agentes de trânsito diante da recusa pelo condutor durante a aplicabilidade da Operação Lei Seca, a referida portaria estabeleceu o código de infração específico para esses casos, conforme tabela abaixo:

Código da Infração	Desdob.	Descrição da Infração	Amparo Legal (CTB)	Infrator	Gravidade	Órgão Competente
757-9	0	Cond que se recusar a se submeter a qq dos proc prev no art. 277 do CTB	277 § 3º c/c 165	Condutor	7- Gravíss 10X	ESTADUAL/RODOV

Fonte: <http://www.denatran.gov.br./portaria219/2014>

Destarte, aquele que se recusava fazer o teste do bafômetro era notificado pelo art. 165 por infringir o disposto no art. 277, §3º do CTB, *in verbis*:

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo CONTRAN, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Para efeito de punições, o art. 165-A passou a estabelecer de forma desproporcional a mesma gravidade tanto para quem se recusa quanto para quem se submete e constata. Ora não há razoabilidade que não seja compelir o condutor a

colaborar com a produção de provas, quando se estabelece o mesmo tratamento do condutor constatado embriagado (aceitou fazer o teste) e o condutor recusado (que não aceita fazer o teste). Quem recusa, faz uso de um direito de evitar e não poderia o legislador jamais igualar a quem se submete e constata (comprova). Um exemplo disso, é que em São Paulo, o número de recusas subiu de 6,9% para 9,4% o índice de janeiro a outubro entre 2015 e 2016. Resultado o legislador se convenceu que o condutor já não estava se incomodando mais com as penalidades da recusa, e em consequência disso alterou o valor da multa conforme a Lei 13.281/16, de R\$ 1915,40 para R\$ 2.934,70, como se a solução fosse apenas mexer no bolso do brasileiro.

Tanto que antes, no código da infração de recusa criada pela Portaria 219 que é de natureza infraconstitucional, previa que o condutor seria autuado por se recusar a submeter a qualquer dos procedimentos previstos no art. 277, §3º do CTB, algo descabido, pois o condutor esta recusando a se submeter ao único procedimento disposto, o teste do etilômetro, e não a qualquer dos testes. Logo, cabe ao agente tentar comprovar a embriaguez por outros meios que não sejam apenas o etilômetro. Também, o art. 277, não está incluso no CTB na seção das infrações, assim, não havia antes previsão legal expressa nessa seção quanto a recusa pelo condutor ao teste para que se pudesse haver infração como agora passou a existir com a criação do Art. 165-A.

Anteriormente, era falha e ilegal administrativamente a notificação pela recusa e seus efeitos, pois não havia a recusa como infração tampouco não cabia para o art. 277 prever infração, uma vez que esta na seção do CTB das medidas administrativas, e o pior o condutor acabava sendo notificado de acordo com a Portaria 219 pelo art. 165 do CTB, dirigir sob a influência de álcool, por mera presunção já que deixou de haver comprovação, agora com o art. 165-A a recusa tem previsibilidade na seção do CTB das infrações, o que ainda é passível de discussão tendo vista não garantir ser ela legítima.

### **3 DA LITERALIDADE DOS ARTS. 276 e 277 DO CTB.**

A análise da literalidade dos art. 276 e 277 chama atenção quando se buscar encontrar fundamentação para tanta autuação por reusa.

Sobre o art. 276, vejamos:

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165.

Parágrafo único. O CONTRAN disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012).

Concluimos que a tolerância aplicada à embriaguez ao volante é zero, pois o texto do caput é bem objetivo e não deixa dúvida, quando emprega o termo coloca "qualquer concentração de álcool". Outrossim, o legislador observou que para o critério de prova, era indispensável que o índice fosse zero, caso contrario como já foi antes, sendo algum valor, poderá ser este distinto seus efeitos de organismo para organismo para caracterizar embriaguez.

Sendo assim, acusando qualquer índice, já estaria comprovada a infração independente se alterou ou não a capacidade psicomotora. Há um tempo, a tolerância chegou a ter um percentual, algo em torno de 0,06 dg/l, daí o questionamento que era feito seria, porque 0,06 compromete e 0,04 não prejudica a dirigibilidade? Que estudo científico vai garantir que esse valor prejudica e menor que ele, não vai? Nessa perspectiva, teria então acertado o legislador quando estipulou a alcoolemia zero, pois dessa forma o critério tornou-se objetivo e sem margem de questionamentos.

Assim sendo, se a tolerância não for zero, não haveria possibilidade do agente constatar de forma objetiva sem aferição se o condutor encontra-se ou não em tal índice estabelecido, diferente do qualquer concentração de álcool, que nesse caso, fica visível para o agente o surgimento de algum sinal que certifique a infração.

No tocante ao art. 277 do CTB, relevante seria notar um aspecto bem interessante além daqueles que já foram visto:

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito PODERÁ ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo CONTRAN, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016)

Em primeiro lugar, o principio constitucional da legalidade garante a todos os indivíduos que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de. O Principio fala na norma "LEI", sendo assim Portaria e Resolução não

pode dispor de tal exigibilidade. Portanto, analisando a redação do caput do art. 277 do CTB, fica evidente o condutor de veículo envolvido em acidente ou parado numa blitz policial PODERÁ (se fosse regra, seria deverá) ser submetido a teste que permita certificar a influência alcoólica, logo o legislador não aplicou na lei a expressão DEVERÁ, o qual significa dever, obrigação, sem consentimento, algo bem diferente do verbo poder que induz a ideia de livre vontade. Se o condutor poderá ser submetido, por que então disponibilizar apenas um meio, qual seja o etilômetro??

Cabe ressaltar, que de todos os diplomas vistos até aqui, nenhum previu explicitamente, a obrigatoriedade por parte de qualquer condutor, de realização sem consentimento, de qualquer procedimento de avaliação de alteração da capacidade psicomotora, nem tampouco, que o condutor está obrigado a colaborar ativamente com isso.

#### **4 DA INFRAÇÃO CRIMINAL DO ART. 306 DO CTB**

Falamos da infração administrativa prevista no CTB e agora chegou à vez de abordarmos a esfera penal contida no referido diploma, quando a conduta do condutor vai ser tipificada criminalmente em virtude de sua gravidade a bem jurídico penalmente tutelado.

Este trabalho de pesquisa foi desenvolvido através de uma abordagem na esfera penal justamente pelo fato do CTB prever para o caso em epígrafe, embriaguez ao volante, crime para quem pratica. Se bem que, o instituto da recusa, não adentra nessa seara, ficando restrito ao âmbito meramente administrativo.

Para sintetizar, vamos analisar o tipo penal mais recente contido no art. 306 do CTB, relativo à embriaguez ao volante, e o que sua redação estabelece:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

§2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova

testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

§3º O CONTRAN disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

Pois bem, analisando literalmente a descrição do tipo penal e suas modificações normativas, concluímos a necessidade existente em se interpretar a lei principalmente quanto às garantias individuais do cidadão.

Anteriormente o crime do caput do art. 306 do CTB alterado através da Lei nº 11.705/2008 se caracterizava toda vez que fosse comprovada concentração numérica etílica no sangue, ou seja, exigia-se prova quantitativa, para configuração e reconhecimento do delito, sem a qual não haveria como impor pena ao condutor que não se submetesse aos procedimentos.

Entretanto, com a edição da Lei nº 12.760/2012, o legislador tratou de corrigir essa lacuna e procurou imprimir uma abordagem mais rigorosa e objetiva, desengessando a redação contida no tipo, retirando o parâmetro baseado na exigência de teor numérico, para a inserção do parâmetro consentâneo (advindo do consentimento, apropriado, adequado) de natureza mais flexível, ou seja, exige-se agora, que o condutor esteja com a capacidade psicomotora alterada devido à influência alcoólica, alargando assim, o tipo penal, sendo esta a redação atualmente em vigor, que revogou os elementos normativos estabelecidos pela anterior Lei nº 11.705/2008.

Outra análise literal do tipo penal em vigor, diz respeito ao verbo introdutório do caput do art. 306 do CTB, nesse caso “conduzir”, que traz alguns requisitos para caracterizar o tipo penal, sendo que o primeiro diz respeito à exigência de perigo real, qual seja, de flagrar o condutor sob a influência de álcool guiando veículo em movimento, o outro se refere ao tipo do veículo, nesse caso automotor. Sendo assim, mesmo que o condutor esteja embriagado conduzindo numa carroça ou bicicleta, não caracterizará o delito, pois os veículos de tração animal e propulsão humana não estão enquadrados no referido caput, algo bem diferente quando se trata da literalidade da infração administrativa do art. 165 do CBT que não traz a expressão veículo nem tampouco automotor.

Outro aspecto curioso que permeia essa análise, são os verbos empregados nos arts. 165 e 306 do CTB, sendo no art. 165 “dirigir” e no art. 306 “conduzir”. Acontece que segundo o dicionário Aurélio, etimologicamente falando,

ambas as expressões significam guiar veículo. Mas, há estudiosos do trânsito que entendem haver distinções técnicas, resumida na seguinte frase ilustrativa: **“Se um condutor estiver empurrando sua moto, ele estaria conduzindo; case estivesse pilotando, ele estaria dirigindo”**. Se são sinônimos ou não, o que importa é que transmitem a mesma ideia de verbo de ação, ou seja movimento.

Igualmente pensou no caso da infração criminal que decorre também de prova constituída, nesse caso, o **art. 306** do CTB (conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência) para ser configurada, necessita do agente a comprovação do tipo penal, razão pela qual, o legislador tratou logo de estabelecer meios de provas para que o agente possa certificar a conduta, qual sejam, concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou verificação dos sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, alteração da capacidade psicomotora.

Concluindo essa abordagem, segue quadro abaixo que ilustra tudo que foi analisado:

TABELA DOS ÍNDICES DE CARACTERIZAÇÕES

<b>AUTUAÇÃO</b>	<b>EXAME DE SANGUE</b> (álcool/litro de sangue)	<b>TESTE DO ETILÔMETRO</b> (álcool/litro de ar alveolar)	<b>VERIFICAÇÃO DOS SINAIS DE CAPACIDADE PSICOMOTORA</b>
<b>INFRAÇÃO</b> (art. 165, CTB)	Qualquer Concentração (Alcoolemia Zero)	Medição, $\geq 0,05$ até $0,33$ mg/l	Obtido na forma do art. 5º da Resolução nº 432/2013 do CONTRAN: Laudo de Médico Perito através Exame Clínico ou
<b>CRIME</b> (art. 306, CTB)	Concentração $\geq 6$ dg/l	Medição $\geq 0,34$ mg/l	Constatação pelo Agente através de conjunto de sinais previsto no Anexo II.
<b>Fonte:</b> Índices previstos nos arts. 6º e 7º da Resolução nº 432 de 2013 do CONTRAN.			

## 5 DA ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA

Como já visto, o CTB é uma norma bastante complexa e repleta de imperfeições e dúvidas, entretanto, via de regra, as infrações administrativas para serem aplicadas, bastaria que fossem flagradas pelo agente, mas no caso da infração administrativa do art. 165 do CTB que versa sobre dirigir sob a tal “influência de álcool”, no que tange a produção de provas que certifique a infração, o caput do art. 277 e seu §2º, elenca que poderá ser caracterizada por **teste** (alcoolemia ou toxicologia), **exame clínico**, **perícia** ou **outro procedimento** que, por meios **técnicos ou científicos** permitam constatar, como também **imagem**, **vídeo**, **constatação de sinais** que **indiquem alteração da capacidade psicomotora** ou produção de **quaisquer outras provas em direito admitidas**, desde que estabelecidas pelo CONTRAN. Lembrando que a tolerância é zero, sendo assim, qualquer concentração caracterizada por algum dos meios de provas, já a caracteriza (parâmetro numérico).

No caso da produção de provas que certifique a culpabilidade do condutor no crime previsto no art. 306 do CTB, que seria conduzir com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, sendo a tal influencia mais uma vez o requisito, o legislador também tratou de elencar um rol meios pelos quais essa conduta poderia ser tipificada.

Na visão de Fernando Capez, ele se manifesta nesse sentido, declarando que:

A chamada Lei Seca (Lei n. 12.760/2012, incluiu no texto legal outras formas de comprovação da embriaguez (além da pericial), para compatibilizar o privilegio contra a autoincriminação (direito de não produzir prova contra si mesmo) com a necessidade de tutela do bem jurídico segurança viária. Assim, além do etilômetro (bafômetro) e do exame de sangue, constituem também meios de prova da embriaguez o exame clínico, a perícia, o vídeo, a prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos. (CAPEZ, 2015, pag. 51)

Antes porem, necessário se faz conceituar o que se entende por estado psicomotor, vindo este a caracterizar-se pela capacidade de alguém poder coordenar mentalmente seus movimentos corporais. Assim, a alteração da capacidade psicomotora, nada mais é que a perda de reflexos dos sentidos.

Relativo a este aspecto da constatação, a Lei 12.760/2012, trouxe no art. 306 do CTB os seguintes parágrafos:



§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou  
II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O CONTRAN disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Enquanto que a Lei 12.971/2013, acrescentou a toxicologia ao dispositivo, estando em vigor:

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O CONTRAN disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Enfim, entende-se que quando o legislador diz no §1º do art. 306 do CTB, as condutas, no plural, serão constatadas, está se referindo as condutas de estar sob a influência de álcool (droga lícita) ou tóxico (droga ilícita). Em seguida elenca nos dois incisos do parágrafo as duas formas de aferição (constatação) através do qual o tipo penal estará figurado, o da concentração de teor etílico ou da presença dos sinais que indiquem alteração do estado psicomotor, nota-se que foi empregado propositalmente entre as referidas formas, o conectivo “**ou**” (de alternância) ao invés do conectivo “**e**” (de adição), nesse caso, apresentando uma das formas previstas, basta.

Para averiguar a conduta de embriaguez ao volante através do inciso I, o teste de alcoolemia pelo uso do etilômetro materializa, tendo em vista se tratar de constatação metrológica, qual se já, de concentração. Já a alteração dos sinais da capacidade psicomotora previsto no Inciso II, o legislador deixou a cargo do CONTRAN regulamentar que assim fez pela Resolução nº 432/2013, como se segue:

ART. 3º A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor:

I – exame de sangue;

II – exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência;

III – teste em aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar (etilômetro);

IV – verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor.

§ 1º Além do disposto nos incisos deste artigo, também poderão ser utilizados prova testemunhal, imagem, vídeo ou qualquer outro meio de prova em direito admitido.

§ 2º Nos procedimentos de fiscalização deve-se priorizar a utilização do teste com etilômetro.

§ 3º Se o condutor apresentar sinais de alteração da capacidade psicomotora na forma do art. 5º ou haja comprovação dessa situação por meio do teste de etilômetro e houver encaminhamento do condutor para a realização do exame de sangue ou exame clínico, não será necessário aguardar o resultado desses exames para fins de autuação administrativa.

#### DOS SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA

art. 5º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora poderão ser verificados por:

I – exame clínico com laudo conclusivo e firmado por médico perito; ou

II – constatação, pelo agente da Autoridade de Trânsito, dos sinais de alteração da capacidade psicomotora nos termos do Anexo II.

§ 1º Para confirmação da alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito, deverá ser considerado não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor.

§ 2º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o inciso II deverão ser descritos no auto de infração ou em termo específico que contenha as informações mínimas indicadas no Anexo II, o qual deverá acompanhar o auto de infração.

Analisando o disposto na resolução acima, observa-se que a constatação da alteração da capacidade psicomotora descrita no art. 306 do CTB para caracterizar o tipo penal, prevista pela Lei nº 12.760/12, pode ser confirmada por pelo menos um, dos procedimentos a que for submetido o condutor, previsto em um rol de quatro possibilidades de constatação, qual sejam, o exame de sangue, que sem consentimento do condutor, incorre em lesão corporal; o exame clínico, realizado por laboratórios especializado, reservado para constatação de consumo de tóxico; teste em etilômetro, o mais popular de todos, de constatação metrológica por via aérea, cujos índices difere do estabelecido para o exame sanguíneo e, por fim, a verificação dos sinais de alteração da capacidade psicomotora, realizada pelo agente, desde que observados os critérios previstos no art. 5º da Resolução do CONTRAN 432/2013 em seu Anexo II, que estabelece os seguintes critérios mínimos abaixo:

VI. Sinais observados pelo agente fiscalizador:

a. Quanto à aparência, se o condutor apresenta: i. Sonolência; ii. Olhos vermelhos; iii. Vômito; iv. Soluços; v. Desordem nas vestes; vi. Odor de álcool no hálito.

b. Quanto à atitude, se o condutor apresenta: i. Agressividade; ii. Arrogância; iii. Exaltação; iv. Ironia; v. Falante; vi. Dispersão.

c. Quanto à orientação, se o condutor: i. sabe onde está; ii. sabe a data e a hora.

d. Quanto à memória, se o condutor: i. sabe seu endereço; ii. lembra dos atos cometidos;

e. Quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta: i. Dificuldade no equilíbrio; ii. Fala alterada.

Mister analisar ainda, que enquanto que os três primeiros procedimentos geram resultados cuja materialidade é de natureza objetiva (exame de sangue, teste de etilômetro e exame laboratorial) com expedição de prova para confirmação da alteração da capacidade psicomotora, ainda que necessitem da colaboração ativa (consentimento) do condutor, o quarto procedimento, que trata da verificação dos sinais de alteração, se feito por exame clínico com emissão de laudo por perito médico, também se enquadraria na condição materialidade de natureza objetiva, porém se verificado pelo agente de trânsito, através da observação dos critérios de aparência, atitude, orientação, memória e capacidade motora e verbal do condutor, que deverão ser considerados para efeito de validade, por um conjunto desses critérios, produzirá materialidade de natureza subjetiva, algo descartado como meio de prova para o Direito Penal por sua fragilidade de interpretações, caso não sejam subsidiadas pelo implemento de provas complementares, a exemplo de testemunha, vídeo ou foto (imagem), como previsto. O fato é que as alterações legislativas da Lei 12.760/12 alargaram os meios de prova a ser utilizados como comprovação da embriaguez no volante.

Não podemos esquecer ainda que o crime de trânsito quando configurado não exclui os efeitos da natureza administrativa prevista no CTB, e vice-versa. Em outras palavras, tais procedimentos são aplicados ao condutor **cumulativamente**, visto que uma só conduta, a exemplo da embriaguez ao volante, geram simultaneamente efeitos criminais (Crime de Trânsito) e administrativos (Infração de Trânsito), conforme disposto no art. 7º, §1º, ambos da referida Resolução 432/2013, como exposto: “§ 1º A ocorrência do crime de que trata o caput não elide a aplicação do disposto no art. 165 do CTB”.

## 6 DA RECUSA AO TESTE DO BAFÔMETRO E SEUS EFEITOS

Recentemente o instituto da recusa sofreu uma inovação legislativa com sua inserção taxativa no rol das infrações administrativas de trânsito contidas no CTB

através do art. 2º da Lei nº 13.281/2016 que entrou em vigor em novembro deste ano, que passou a prever:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277.

Seus efeitos continuam exageradamente os mesmo da constatação, algo que extrapola os limites da razoabilidade, tendo em vista que na recusa não há uma certificação materializada a exemplo da constatação de quem realiza o teste e acusa. Ora, se o Estado possui outras formas de certificar a influencia ou não de álcool no condutor, por que ficar restrito ao etilômetro, até porque no art. 3º, §2º da Resolução nº 432/2013 do CONTRAN diz que deve-se priorizar nas fiscalizações o teste de alcoolemia, o que não esgota os outros meios previstos para isso. Vejamos o trecho: “§ 2º Nos procedimentos de fiscalização deve-se priorizar a utilização do teste com etilômetro”.

Antes, o referido instituto, encontrava amparo legal no CTB conforme apontado no §3º, art. 277, do CTB, cuja redação foi incluída pela então Lei nº 11.705/08, in verbis:

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se RECUSAR a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016)

Nesse caso a recusa seria um dispositivo protetivo a disposição do condutor no intuito de protegê-lo de arbitrariedades e legalmente expresso no CTB. Quanto a obrigatoriedade de realização do teste de alcoolemia, a única normatização que prevê essa possibilidade mesmo sem consentimento alheio encontra-se no art. 11 da Resolução 432/2013 do CONTRAN, que trata das disposições morais, nesse caso apenas para as VITIMAS FATAIS de acidente de trânsito, conforme se observa:

“ Art. 11. É **obrigatória** a realização do exame de alcoolemia para as **vítimas fatais** de acidentes de trânsito.”

Para esclarecer percebe-se que quando se fala na expressão teste de alcoolemia, esta se referindo ao gênero que possui como espécies, os meios: vídeo, teste de etilômetro, imagem, testemunha, exame clínico, perícia, sinais notórios de alteração da capacidade psicomotora na aparência, entre outros.

Diante dos fatos, resta cristalino, episódio ocorrido em Porto Alegre em 2015, no qual condutor impetrou ação contra ato da Polícia Rodoviária Federal que o autuou por haver se recusado a submeter-se ao teste de alcoolemia, cujo pedido era a devolução de sua CNH o que foi aceito em primeira instância. Ao recorrer da decisão junto ao TRF-4, o DETRAN do Rio Grande do Sul, não obteve sucesso, visto que o Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, relator da 3ª Turma, entendeu que:

A negativa de um motorista para fazer teste do bafômetro não pode ser considerada prova de embriaguez. Logo, a recusa a teste do bafômetro não se equipara a prova de embriaguez. A verificação do estado de embriaguez, ao menos para cominação de penalidade administrativa, pode ser feita por outros meios de prova que não o teste do etilômetro. Ademais, a jurisprudência exige que a embriaguez seja demonstrada por outros meios de prova. (Apelação Cível 5001367-22.2015.4.04.7106/RS)

Ante o exposto, caberia a sociedade compreender, que exigir dos nossos legisladores a criação de leis extremistas, não significa alcançar a eficácia desejada, tendo em vista essa eficácia precisar estar aliada a educação.

## **7 DO PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE**

Os princípios jurídicos são verdadeiros mandamentos que devem ser seguidos e respeitados. A conquista pela humanidade dos direitos fundamentais do cidadão é resultado de um longo processo de constitucionalização, razão pela qual são inerentes a todo indivíduo e, portanto, irrenunciáveis, invioláveis, imediatos, universais e imprescritíveis.

Os princípios são considerados como garantias capazes de protegerem esses direitos adquiridos pelo indivíduo, limitando assim os excessos dos atos estatais, sobretudo quando esses abusos do Estado visam força o indivíduo a

colaborar com a materialidade de algum procedimento sem seu devido e espontâneo consentimento.

Nesse contexto, se enquadraria o princípio da não produção de provas contra si mesmo que possui uma vasta abrangência, sendo cabível em qualquer relação envolvendo o Estado e o Indivíduo, sobretudo devido à superioridade hierárquica estatal.

Com relação ao cabimento, o jurista e doutrinador Luiz Flavio Gomes afirma que “existe várias dimensões do referido princípio, entre eles, o direito ao silêncio, direito de não confessar, direito de não ceder o corpo para produção de provas, entre outros”. Interessante ressaltar a relatividade dos direitos fundamentais, o que acontece muitas vezes por razões de conflitos de normas.

Quando se trata do ordenamento jurídico, não existe nenhum dispositivo expresso invocando que ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo, sendo este um desdobramento implícito do princípio da legalidade, conforme previsto no art. 5º, inciso II, CF que expõe “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em outras palavras, garante que ninguém é proibido de fazer algo que a lei não proíba.

Expressamente, o princípio da não autoincriminação encontra amparo através de alguns Tratados Internacionais, no primeiro deles, o Decreto nº 592 de 1992, que promulgou o **Pacto Internacional sobre Direito Civil e Políticos**, do qual o Brasil adotou, prevê no seu art. 14, que toda pessoa acusada terá direito de não ser obrigada a depor contra si. Em seguida, foi a vez do Decreto nº 678 também de 1992 que estabeleceu o **Pacto de São José da Costa Rica** também passou a prever de forma expressa o princípio *nemo tenetur se detegere* no seu art. 8º.

Segundo entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2008, os princípios contidos nos tratados internacionais sobre direito humanos do qual o Brasil for membro, possuem caráter normativo supralegais, algo inclusive pacificado através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Ter status de supralegalidade, garante aos princípios não serem contrariadas por legislação ordinária. Sendo assim, o princípio da não autoincriminação vedaria a obrigatoriedade de qualquer cooperação ativa do indivíduo em procedimento incriminatório, como é o caso do teste de alcoolemia.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, “o princípio *nemo tenetur se detegere* decorreria da conjugação dos princípios da presunção de inocência e ampla

defesa, do qual afirma que o indivíduo é inocente até que se prova sua culpa, sendo perfeitamente claro que não está obrigado a produzir prova alguma contra si mesmo”.

No caso de certificação probatória da alteração da capacidade psicomotora pela influência de álcool faz-se necessário o teste de alcoolemia (não invasivo), seja por sopro (etilômetro) ou por exame de sangue (invasivo), porém é indispensável a colaboração (consentimento) do condutor, ocasião em que o princípio *nemo tenetur se detegere* resguarda o condutor através de sua característica limitadora, até porque, esses não são os únicos meios de comprovação previstas.

Assim, extrapola o legislador ordinário quando deixou a prova da infração totalmente dependente da colaboração do condutor, que não tem obrigação de colaborar ativa ou passivamente na construção de sua culpabilidade, devendo buscar alternativas probatórias que dispensem dessa participação.

No tocante a recusa ao teste, o condutor acaba sofrendo penalidades por mera presunção (suspeita) de dirigir sob a influência de álcool, negando assim, a colaborarem na verificação do consumo. Nota-se que essa presunção contraria o princípio da não autoincriminação, uma vez que impõem ao condutor, penalidades por exercer uma garantia. Deste modo, a simples recusa em realizar o teste para constatação de embriaguez não poderia de acordo com a ordem constitucional, trazer prejuízos administrativos ou criminais.

Ao contrário, havendo condições do agente em verificar a influência de álcool através da observação de sinais notórios que permitam a constatação da embriaguez, mesmo que tenha o condutor recusado realizar o teste, cabe a autuação do art. 165-A. do CTB, até porque se o agente pode comprovar a embriaguez do condutor por vários meios em direitos disponíveis, porque presumir a embriaguez pela simples recusa.

Por fim, caso o condutor se recuse a realizar o teste de alcoolemia e o agente ao analisar seus sinais não encontre alteração da capacidade psicomotora que o convença do estado embriaguez, deveria este ser liberado sem penalidades, visto estar amparado por direitos assegurados no texto constitucional.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando os fundamentos acima expostos, verifica-se que a pesquisa procurou analisar a hermenêutica constante na literalidade dos dispositivos

legais ora invocados, sobretudo, pelo legislador ordinário no tocante ao instituto da recusa e seus efeitos diante da obrigatoriedade do teste de embriaguez ao volante.

No caso em apreço, restou cristalino que por mais nobre que seja a causa da redução de acidentes no trânsito, esta não deve prosperar por uma aplicação extremista de uma norma que atropela direito fundamental de primeira geração já consagrado.

Ademais, percebeu-se que a penalidade aplicada ao condutor pela recusa diante da realização do teste, acaba se traduzindo em mero “revanchismo administrativo” por parte do Estado, criado no intuito de “castigar” todo aquele que não colabore ativamente com a produção de provas, fato observado antes da Lei nº 13.281/2016 entrar em vigor, onde se autuava o condutor que recusasse se submeter ao teste por mera **equiparação** do art. 277, §3º com o art. 165, ambos do CTB.

Contudo, a criação agora de uma infração administrativa (art. 165-A) exclusiva para a recusa advinda a partir da Lei nº 13.281/2016 em vigor, não esgota a flagrante violação de garantia já consagrada em princípio constitucional, pois errou o legislador quando estabeleceu um meio de prova que necessitasse do consentimento do indivíduo para produção de lastro probatório, conforme discussão promovida sobre o objeto em análise.

Logo, a aplicação de penalidades ao condutor que se recusa ao teste e não apresenta qualquer sinal de alteração da capacidade psicomotora, esta eivado de nulidade, tendo em vista, vilipendiar princípios que resguarda liberdades fundamentais do indivíduo contra abusos do Estado, principalmente quando se tenta instituir, ainda que de forma velada, uma mera presunção de culpa, ao invés de inocência para todo aquele que recusar-se ao teste.

Resta ainda comprovado, que não cabe ao condutor o ônus da comprovação de atestar sua não ingestão alcoólica, pelo contrario, é do Estado esse ônus, na medida que, acusa indiretamente, todo cidadão abordado na Blitz da Lei Seca, de haver em tese ingerido. Logo, a inversão “disfarçada” do ônus da prova não se legitima nesse caso, já que são raras suas aplicações e previsões legais. Não podemos esquecer que todo princípio é um dispositivo, ainda que explícito ou implícito, limitador de eventuais afrontas a direitos, funcionando como verdadeiros mandamentos que deve ser seguido quando da criação de qualquer norma.

Aduz ainda, com relação aos recentes entendimentos da Suprema Corte, que aos princípios são garantidos status supra legal no ordenamento jurídico



pátrio, logo, acima das leis ordinárias, portarias e resoluções, todos dispositivos infraconstitucionais, para tanto, o direito contra não autoincriminação é, em si, um privilegio do individuo. E nesse conflito ora apurado, deve prevalecer a preservação da garantia, mesmo que sob o argumento de tutela da segurança viária defendida pelo Estado, tendo em vista que a recusa não deve ser equiparada a prova de embriaguez presumida.

Assim, cumpre salientar, completo desacordo e razoabilidade legislativa quando da equiparação pelo legislador dos efeitos administrativos da recusa com da constatação, visto que enquanto a recusa pode ser tratada como mero risco de perigo abstrato, a constatação em si já comprova claro risco de perigo real, logo, igualar os efeitos de ambos dispositivos como se configurassem a mesma gravidade é, no mínimo, arrecadador e desproporcional.

Ante o exposto, pelo fato de existir outros meios legais de se verificar a alteração da capacidade psicomotora do motorista sem que caiba a ele, consentir ou colaborar, visto que o teste do etilômetro não é e não deve ser o único meio disponível, conluo pela manutenção na íntegra da garantia da não produção de provas contra si mesmo, pelo fato de não caber ao condutor provar ao Estado que não bebeu, numa visível inversão informal do ônus da prova, que podem inclusive acarretar em sanções penais ou administrativas, no intuito de que sejam resguardadas liberdades constitucionais. Nesse sentido a obrigatoriedade perpetrada pela autoridade coatora, nesse caso o Estado, em forçar a realização do teste do etilômetro, para todo e qualquer condutor que deixe de apresentar qualquer sinal de alteração da capacidade psicomotora, configura-se ato ilegal e “fere de morte” o principio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, III, da CRFB/88, sendo este principio constitucional base do estado Democrático de Direito.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988** (CF/1988), promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. DOU de 24.9.1997 e retificado em 25.9.1997.

BRASIL. **Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’, e a Lei no 9.294, de

15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. DOU de 20.6.2008.

BRASIL. **Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012.** Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. DOU de 21.12.2012.

BRASIL. **Lei nº 12.971, de 09 de maio de 2014.** Altera os arts. 173, 174, 175, 191, 202, 203, 292, 302, 303, 306 e 308 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, para dispor sobre sanções administrativas e crimes de trânsito. DOU de 12.5.2014.

BRASIL. **Lei nº 13.281, de 04 de maio de 2016.** Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. DOU de 5.5.2016.

BRASIL. **Resolução do CONTRAN nº 432, de 23 de janeiro de 2013.** Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

BRASIL. **Portaria do DENATRAN nº 219, de 19 de novembro de 2014.** Estabelece requisitos de segurança para transporte remunerado de cargas por motocicleta e motoneta.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Nova Lei Seca.** 2.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 2015.

CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Aspectos criminais do Código de Trânsito Brasileiro.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Marcellus Polastri. **Crimes de Trânsito - Aspectos Penais e Processuais.** 2.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

## LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL: UNA MANIFESTACIÓN LEGÍTIMA DEL DERECHO PENAL CULPABILISTA Y DEL DERECHO PENAL DE ACTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA<sup>57</sup>

RUÍZ, Armando Noriega<sup>58</sup>

BLANCO, Milton Pereira<sup>59</sup>

SALAS, Fernando Luna<sup>60</sup>

**RESUMEN:** Este artículo de carácter jurídico y de investigación, el cual se aborda desde una investigación cualitativa con revisión bibliográfica, tiene como objetivo primordial, describir y analizar a nivel jurisprudencial la relación existente entre la constitución y el derecho penal, haciendo énfasis en el derecho penal culpabilista y el derecho penal de acto.

**PALABRAS CLAVES:** Derecho penal, derecho penal culpabilista, derecho penal de acto, constitucionalización, neurociencia.

**ABSTRACT:** This article of a legal and investigative nature is developed from a perspective of qualitative research based on bibliographical review and its primary objective is to describe and analyze at the jurisprudential level the relationship between the constitution and criminal law, emphasizing guilty criminal law and the criminal law act.

---

<sup>57</sup> El presente artículo surge de la investigación denominada: "La Constitucionalización del Derecho Penal" en el marco del grupo de investigación denominado Phronesis de la Universidad Libre sede Cartagena, con el apoyo de los grupos de investigación denominados Derecho Privado, Procesal y Probatorio, así como el de Filosofía del derecho, derecho internacional y problemas jurídicos contemporáneos, ambos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena.

<sup>58</sup> Asesor jurídico, Litigante, y Docente Universitario, Especializado en derecho Penal, Especializado en Docencia Universitaria, Especializado en Derecho Procesal, Magister en Derecho Administrativo, Ex Decano Facultad Derecho Unilibre. Conjuez Sala Penal Tribunal Superior Distrito Judicial Cartagena.

<sup>59</sup> Profesor del Dpto. de Derecho Público de la Universidad de Cartagena. Abogado y Licenciado en Filosofía. Magíster en Derecho Público de la Universidad del Norte (Colombia). Estudiante del Curso de Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Palermo (Argentina). Postgraduado en Diplomacia en Cambio Climático: Negociaciones climáticas internacionales del Colegio de Biólogos del Perú. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, y en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica de Colombia. Conjuez de la Comisión de Disciplina Judicial seccional Bolívar. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9080-4947> E-mail: [mpereirab@unicartagena.edu.co](mailto:mpereirab@unicartagena.edu.co)

<sup>60</sup> Profesor investigador del Dpto. de Derecho Procesal y Probatorio de la Universidad de Cartagena y de la Universidad Libre sede Cartagena, Magíster en Derecho de la Universidad de Cartagena y Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Doctorando en Derecho, ciencias políticas y criminológicas de la Universidad de Valencia-España. Editor de la Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo, director del semillero de investigación Ciencia y Proceso y codirector del grupo de investigación Derecho Privado, Procesal y Probatorio. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal - Capítulo Bolívar. Director del Centro Internacional De Estudios Jurídicos y Políticos (CIEJP). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4574-6335> E-mail: [flunas@unicartagena.edu.co](mailto:flunas@unicartagena.edu.co)

**KEYWORDS:** Criminal law, guilty criminal law, the criminal law act, constitutionalization, neuroscience.

## INTRODUCCIÓN

La Constitucionalización del Derecho Penal implica que la Carta es el “eje gravitacional” sobre el cual descansa la política criminal y el proceso de positivización de la misma, en el sentido de que es el modelo constitucional de cada país, el que se convierte en el “faro de orientación” de la legitimidad que demanda el ejercicio de *ius puniendi* para controlar los excesos estatales que puedan presentarse y que impactan en perjuicio de los derechos fundamentales que constitucionalizados en cada uno de los contenidos de las normas rectoras y principios de cada estatuto de enjuiciamiento procesal penal o “método para juzgar” para dar el verdadero sentido y alcance respetuoso a las dimensiones de implementación del sistema judicial penal. (Corte Constitucional Sentencia C-042/18)

La constitucionalización es un paradigma en el derecho, especialmente en el derecho penal donde su normatividad y actuaciones deben estar encausadas en los valores y principios constitucionales, actividades como la interpretación e integración del derecho deben estar acordes a la carta magna pues de esta manera se respeta la dignidad humana y valores superiores. En forma concreta, el derecho penal se ha constitucionalizado de manera directa cuando algunos tipos penales desde la dogmática penal fueron reinterpretados, permitiendo que se encauzaran de acuerdo con la constitución política. A continuación, se dará mayor ilustración sobre este punto. (Mattos, 2018, p. 55)

Bajo esa perspectiva, el artículo 29 de la C.N consagró de manera expresa la garantía constitucional del Debido Proceso, así:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

**Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa**, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

La ley penal colombiana, señala:

**ARTÍCULO 1º.** *Dignidad humana.* El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana.

**ARTÍCULO 12.** *Culpabilidad.* Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

La Corte Constitucional ha sido clara en señalar que, el artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social y Democrático de Derecho, conserva el respeto del principio de HUMANIDAD, bajo la nominación de la Dignidad de la persona humana dentro de la dimensión DEMOCRÁTICA del modelo constitucional antes indicado, para traer a colación, que por encima del Orden jurídico y de la sociedad, se encuentra el individuo como ser de la especie humana; sin perjuicio de conexión del principio de LEGALIDAD, que bajo el corolario de "No hay delito sin conducta", y de que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa", ofrece serias garantías de carácter CRIMINAL, PENAL, PROCESAL Y DE EJECUCIÓN, al entenderse que con ello todo ciudadano cuenta con la certidumbre jurídica y la GARANTÍA POLÍTICA de saber no sólo al supuesto de prohibición, sino la consecuencias punitiva de su acto, sin demérito de contar con la precisión de cuál ha de ser el procedimiento al que se verá sometido y el alcance de la forma en que se ejecutara su eventual condena. En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un Derecho Penal del Acto, en oposición a un Derecho Penal del Autor, si entronizamos con empático aserto interpretativo que nos debemos en el ejercicio del derecho a castigar a un respeto del principio de CULPABILIDAD no por la forma como el presunto transgresor conduce su vida o por la mala fama que tenga en la zona, sino por lo que efectivamente se exterioriza de su comportamiento en el SISTEMA y su consecuente evidencia de judicialización.

Lo anterior implica, por una parte que, los extremos de la relación jurídico penal objeto de punición, no pueden estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su

temperamento o por sus sentimientos; de allí, el gran aforismo de que “El pensamiento no delinque”, pues no castigarnos “el alma” del infractor, ni mucho menos el fuero interno de las reales intencionalidades que se crucen por su mente, sino la materialización efectiva y realmente exteriorizada de la condición proclive o tendenciosa de sus comportamientos o conductas efectivamente concretadas en la ofensividad o nocividad social de afectación u ofensa real de un bien jurídico penal, como otro de los postulados que se acomodan en esta misma línea interpretativa y garantista de legitimación que se desarrolla desde los límites de la dimensión social del Estado Social y Democrático de Derecho que se erige bajo el postulado de NECESIDAD, SUBSIDIARIEDAD Y FRAGMENTARIEDAD del Derecho Penal.

Consecuentes a lo anterior, el objetivo constitucional vinculado al ejercicio del poder punitivo identificado será, el DERECHO PENAL DEL ACTO, el cual se encuentra expresamente señalado en la Constitución política de Colombia (inciso 2 art 29) y reza: “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”.

El presente trabajo hará un recorrido sobre la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la idea de derecho penal culpabilista en la Constitución y la adopción del derecho penal de acto. En este orden de ideas, la presente investigación es eminentemente jurídica, de tipo analítico, documental, de carácter cualitativo, que se desarrolla a nivel teórico, la cual se dividirá por razones metodológicas en dos espacios, así: una primera parte, en la que se hará referencia a la relación entre derecho penal y constitucionalización del derecho. Aquí, se tratará de abordar en términos generales, cuál es la idea de derecho penal en nuestra constitución actual. Y una segunda parte denominada: la idea de derecho penal culpabilista en la Constitución Colombiana. En este punto, que es el núcleo central del presente trabajo, se analizará la jurisprudencia constitucional, la idea de la constitución nacional frente al principio de culpabilidad en materia penal y los alcances que se surten a partir del respeto del derecho penal de acto.

## **DERECHO PENAL Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO**

En este aspecto, se hará un análisis de los alcances de la constitucionalización del derecho penal desde una perspectiva teórica, pero principalmente a partir de la óptica de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En

ese marco, es importante antes que cualquier cosa, tener presente, cuál es la idea de derecho penal desde el paradigma constitucional. Sobre tal punto, la sentencia C-042/18 expedida por la Corte Constitucional señaló que el derecho penal es la expresión del *ius puniendi* del Estado que, a través de un conjunto de normas jurídicas, establece cuales son los bienes jurídicos susceptibles de protección penal, (bienes jurídico-penales) las conductas constitutivas de delitos (garantía criminal) y aquellas penas o medidas de seguridad (garantía penal) que deben imponerse a quienes las cometen, mediante los procedimientos dispuestos (garantía procesal) para tal fin y los instrumentos jurídicos y administrativos diseñados para su ejecución (garantía de ejecución). De manera tal, que la facultad punitiva del Estado encuentra límites o linderos de respeto y legitimación misma en el modelo Constitucional al cual ha adherido el país en el que se aplica su sistema de judicialización penal; pues de dicha Constitucionalización se desprende y proyecta el contenido iusfilosófico de las instituciones sustantivas, procedimentales y de cumplimiento de la sanción, con la observancia de garantías que protegen los derechos fundamentales de las personas destinatarias del mismo y legitiman el ejercicio del poder punitivo de la estructura estatal dentro del orden constitucional.

Lo anterior significa que, en el plano Constitucional Colombiano, de acuerdo con los parámetros señalados por la Corte Constitucional se puede inferir, que nuestra idea de derecho penal se circunscribe en el radio legítimo de su ejercicio al respeto de los principios que limitan el sano ejercicio no abusivo, ni desbordado de su implementación, con elevada protección de los derechos fundamentales de las personas destinatarias del derecho penal para efectos de limitar constitucionalmente la actividad del poder punitivo del Estado. Ya que, si lo que queremos es que, un sistema judicial asuma el ejercicio del control social, este debe comportarse dentro de unos contenidos respetuosos de los derechos civiles y fundamentales del ciudadano; pues, no puede entrar en forma alguna a asumir comportamientos tan reprochables, abusivos, caprichosos o desmedidos como los que ha desplegado el propio infractor o presunto transgresor; pues, de hacerlo desautorizaría en forma absoluta la manera como procede en despliegue del principio de AUTORITAS que detenta o regenta para el mejor respeto de sus actuaciones.

De otro lado, en lo que corresponde a la constitucionalización del derecho como fenómeno GUASTINI señala que, se entiende este fenómeno, como un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento

en cuestión resulta totalmente (impregnado) por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (1997). Para GUASTINI, las condiciones para poder decir que un determinado ordenamiento jurídico está constitucionalizado, son:

A) Una Constitución rígida.
B) La garantía jurisdiccional de la Constitución.
C) La fuerza vinculante de la Constitución.
D) La (sobre interpretación) de la Constitución.
E) La aplicación directa de las normas constitucionales.
F) La interpretación conforme de las leyes.
G) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (1997).

Sobre la constitucionalización del ordenamiento jurídico en Colombia, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-1040 de 2005 señaló, que las relaciones entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico han ido evolucionando. Se trata, sin lugar a dudas de avances de primer orden en la lógica inacabada y en permanente construcción del Estado Constitucional Contemporáneo. "(...) La constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados, como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. En otras palabras, a una Constitución más rígida, corresponde un mayor efecto de (constitucionalización) de todo el ordenamiento (...)"

En ese marco, la sentencia C-038 de 1995 sobre la constitucionalización del derecho penal dijo, que tanto en materia sustantiva como procedimental, la Constitución incorporó preceptos, valores y postulados, aunque particularmente en el campo de los derechos fundamentales, -que inciden de manera significativa en el derecho penal determinado y orientando hacia sus consecuencias, como lo indicaba Hassemer. En esta sentencia, la Corte Constitucional explica que el concepto de Libertad de configuración del legislador penal está atado al momento de criminalizar o despenalizar conductas, fijando como límites el respeto a los principios, derechos y valores establecidos por la Constitución. En ese sentido, el Legislador puede y debe describir conductas en tipos penales sin que ellas estén prohibidas en forma expresa por la Constitución, cuando considere que es indispensable acudir al derecho penal.



Posteriormente, y en esa misma línea, la Corte Constitucional mediante sentencia C-645 de 2012 recordó expresamente lo expuesto en la sentencia anteriormente citada, señalando que los derechos fundamentales orientan y determinan el alcance del derecho penal. De igual forma indicó, que el legislador penal desarrolla sus funciones dentro del marco que establece la carta política, sin que ello implique que no pueda optar por caminos distintos dentro de esos parámetros previamente establecidos en la Constitución. Lo anterior, también fue reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia C-366/14 señalando expresamente, que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en material penal, en lo que respecta tanto al ámbito sustancial como procesal, resaltando que dicha facultad está sujeta a límites relacionados con el respeto de los derechos de los asociados y demás valores y principios superiores.

Ahora bien!..., recientemente la Corte Constitucional mediante sentencia C-042 de 2018 señaló que: "...La constitucionalización del derecho penal implica que la Carta es el eje principal de la política criminal y del proceso de positivización de la misma, en el sentido de que la orienta y de manera simultánea, controla los excesos estatales que puedan presentarse y que impactan en perjuicio de los derechos fundamentales. Conforme a lo expuesto, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado no es ilimitada, debido a la trascendencia constitucional de los derechos y los intereses en tensión, tanto en materia sustancial como procedimental (...)

En consecuencia, el texto superior contempla una serie de garantías que guían y controlan el ejercicio del ius puniendi del Estado con la finalidad de minimizar la afectación de los derechos fundamentales de las personas y maximizar la protección de los bienes jurídicos afectados por el delito, desde la tipificación legal de los delitos, su comprobación judicial y la ejecución de la sanción que se imponga a la conducta objeto de reproche, como respuesta a ese sentido de manifestación del principio de economía de la búsqueda de la "*mayor protección de la víctima, con la menor aflicción del sindicado*", propio de la dimensión social del principio pragmático y útil de intervención mínima del sistema judicial. Estas garantías, no están fundadas en una concepción de mérito, ya que deben observarse en todos los casos, pues pretenden que el derecho penal produzca el menor daño posible a los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en un conflicto social constante dentro del sistema.

Sobre las garantías constitucionales que encierra el derecho penal, encontramos las sustanciales, procesales y orgánicas, y las de ejecución de la sanción. En ese marco la sentencia C- 042/18 señaló que: (...) El conjunto de garantías que rodean el derecho penal está constituido por las siguientes:

- |  |
|--|
| i) Sustanciales: entre las que se encuentran los principios de legalidad o de taxatividad, de culpabilidad, de necesidad y de proporcionalidad, entre otras.   |
| ii) Procesales y orgánicas: aplicables al proceso y que aseguran los principios de contradicción, de igualdad de armas, de presunción de inocencia, de publicidad, de independencia e imparcialidad del juez, entre otras.   |
| iii) Ejecución de la sanción: las cuales deben ser observadas durante la ejecución de la pena contenida en la sentencia con la cual finalizó el proceso y se refieren a la afectación del derecho fundamental a la libertad, la especial situación de sujeción del interno frente al Estado y el respeto a la dignidad humana. |

Hasta lo aquí expuesto, es importante señalar que, entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal existe una estrecha relación, como quiera que, el Código Penal dentro de sus normas rectoras incluye importantes criterios de naturaleza constitucional (necesidad, proporcionalidad y razonabilidad) y los refiere a categorías propias de la dogmática jurídico-punitiva (la necesidad entendida a partir de las funciones preventivas de la pena). El profesor Cote-Barco afirma sobre el particular que la Constitución Política juega un importante papel como punto de referencia para el análisis crítico del sistema penal, no solamente porque de ella se derivan los bienes jurídicos susceptibles de tutela punitiva, sino también, porque los principios, consagrados como norma rectora en el Código Penal, que rigen la imposición de las penas, son desarrollo claro del texto constitucional y de la doctrina que a partir de él ha venido construyendo con sus pronunciamientos la Corte Constitucional, sobre la forma que debe adquirir el derecho penal de acuerdo con la definición del Estado colombiano que hace la carta política. (2008, p 120)

En la actualidad el Derecho Penal se entiende que debe estar perfectamente constitucionalizado, es decir, que las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales y obviamente, las que tienen que ver de forma expresa con el derecho penal, entran a jugar como parámetro de evaluación crítica de las

normas penales, al mismo tiempo que se constituyen en criterios para su interpretación y aplicación. (Cote-Barco, 2008, p 120)

La conexión entre la dogmática penal y la constitución política, puede comenzar a cimentar desde la teoría del delito a partir de tres aspectos que consideramos fundamentales para estos efectos, los cuales estarían dirigidos tanto al legislador como al juez. En primer lugar, a partir de la construcción del injusto penal, lo cual debería reflejarse en todas las disposiciones de la parte especial del Código a partir de lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución, entendiendo los tipos penales como formas de limitación de la libertad general de acción, y que por lo tanto únicamente serán legítimos desde el punto de vista constitucional mientras estén orientados a proteger un derecho constitucional fundamental de otro o disposiciones jurídicas que encarnan un valor constitucional fundamental funcional a la protección de tales derechos, lo que supone la prevalencia de un injusto objetivo determinado de manera preponderante por el desvalor de resultado. En segundo lugar, rescatando el concepto de exigibilidad de otra conducta como componente esencial del concepto normativo de culpabilidad, interpretándolo con miras a realizar el principio de la dignidad humana, lo que implicaría tomarse en serio en el escenario judicial, qué tipo de comportamientos le es legítimo a un Estado democrático exigir a sus ciudadanos teniendo en cuenta las circunstancias reales en las que actúan y las necesidades y carencias a las que el mismo Estado ha contribuido, para poder formular con validez constitucional el juicio de reproche que llevará consigo la atribución de responsabilidad penal. Y en tercer lugar, aceptar como requisitos indispensables para la imposición de la sanción penal, la orientación que en términos constitucionales imponen los principios enunciados en el artículo 3o del Código Penal colombiano, asumiendo que el juez penal dentro de sus consideraciones debería tener en cuenta siempre, la pregunta por la justificación de la sanción, en términos de su necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, más allá de la constatación formal de las categorías dogmáticas que integran la estructura del delito (Cote Barco, 2008, p 124).

Lo dicho en este aparte se resume así:

- La jurisprudencia colombiana ha reconocido de manera expresa no solo la constitucionalización del derecho sino también la constitucionalización del derecho penal.
- La ley penal colombiana reconoce lo expuesto en el artículo 29 de la C.N, a través de las normas rectoras, que incluye naturalmente la prohibición de la responsabilidad objetiva

- Las garantías constitucionales, que encierra el derecho penal son sustanciales, procesales y orgánicas, y las de ejecución de la sanción. Dentro de las garantías sustanciales encontramos la de culpabilidad,  
Con esas aclaraciones, pasaremos al segundo punto.

## **LA IDEA DE DERECHO PENAL CULPABILISTA EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA**

En este punto, el cual se desarrollará la idea central del presente trabajo, se hará referencia a la relación existente entre Culpabilidad, Derecho Penal y Constitución desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional colombiana. A partir de lo anterior se abordará la idea de derecho penal culpabilista y como ha sido la recepción constitucional del concepto de culpabilidad propio de la dogmática tradicional.

Para entrar en materia, se empezará por señalar que la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en cuanto a los alcances del derecho a la dignidad humana como elemento intrínseco para la prohibición de la responsabilidad penal objetiva, lo que de acuerdo a los postulados constitucionales, trae consigo la idea de un derecho penal de acto y no de autor.

Desde los inicios, la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional reconoció la consagración constitucional del derecho penal de acto que supone la adopción del principio de culpabilidad. En la sentencia C-239 de 1997 se dijo con claridad que el artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social y Democrático de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa". En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Lo anterior implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. Así las cosas, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente, o por la buena o mala fama que tenga. En otros términos, el derecho penal del acto supone la

adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual, sólo puede llamarse acto al hecho voluntario.

La sentencia mencionada anteriormente se refiere al análisis de derecho penal culpabilista, y expresa:

(...) Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad; es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.

No obstante, es de considerar que el aspecto subjetivo de la prohibición no se agota, en todos los casos, en las formas de culpabilidad que enumera el Código Penal (dolo, culpa y preterintención). La ilicitud de muchos hechos, no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntariamente, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión.

Esos componentes subjetivos adicionales cumplen la función de distinguir un comportamiento punible de otro que no lo es, o de diferenciar entre sí varias figuras delictivas. Carrara fue explícito en este aspecto al observar que el título de la imputación puede variar en función del aspecto subjetivo del hecho: "Y si bien el derecho no se lesiona sino con el acto físico, con toda la fórmula usada por nosotros: *variedad del derecho lesionado*, no es idéntica a esta otra: *variedad del actor físico*; porque dos actos físicos semejantes pueden estar dirigidos, por cada uno de los agentes, a violar dos derechos distintos, y por la influencia del elemento intencional sobre la esencia del delito, pueden nacer (a pesar de la identidad de actos físicos) diversos delitos, a causa de la diversidad de las intenciones del agente, que dirigió el acto físico a lesionar un derecho más bien que otro".

La ubicación dogmática de este elemento ha sido discutida en la doctrina. Hay autores que la consideran un elemento subjetivo del tipo, en tanto que para otros se trata de un elemento subjetivo de la culpabilidad. Pero, al margen de la discusión doctrinaria, lo cierto es que para graduar la culpabilidad deben tenerse en cuenta los móviles de la conducta, pero sólo cuando el legislador los ha considerado relevantes al describir el acto punible. Dichos móviles, que determinan en forma más concreta el tipo, en cuanto no desconozcan las garantías penales ni los demás derechos fundamentales, se ajustan a la Constitución, y su adopción hace parte de la órbita de competencia reservada al legislador.

Sobre la referencia a la prohibición de la responsabilidad penal objetiva, es de suma trascendencia resaltar el artículo 29 superior, que establece que no puede haber delito sin conducta, al señalar que "*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las*

*leyes preexistentes al acto que se le imputa*". La Corte Constitucional mediante sentencia C-370 de 2002<sup>61</sup> precisó lo anterior y la importancia de esta opción constitucional por un derecho penal de acto y de culpabilidad. En dicha sentencia se dijo expresamente que:

Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente

En esa misma sentencia en comento, se dejó claro que la Constitución Colombiana de 1991 excluye la responsabilidad penal objetiva, y por tanto exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Lo anterior significa, que la constitucionalización de un derecho penal culpabilista, en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Así, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba.

Sobre la idea de derecho penal culpabilista, también la Corte Constitucional señaló:

La constitucionalización de un derecho penal culpabilista suscita el siguiente interrogante: ¿qué hacer con aquellos comportamientos que son tan graves como un delito, en la medida en que afectan bienes jurídicos esenciales, y son típicos y antijurídicos, pero son realizados por personas que, por determinadas condiciones, no pudieron actuar culpablemente? Esta situación plantea difíciles interrogantes a los regímenes constitucionales fundados en la dignidad humana, pues esas personas no pueden legítimamente ser sancionadas penalmente por su conducta, ya que no actuaron con culpabilidad. Pero la sociedad debe también tomar medidas para evitar esos comportamientos que, a pesar de no ser realizados culpablemente, afectan gravemente bienes jurídicos esenciales, en la medida en que no sólo son típicos y antijurídicos, sino que, además, existe la posibilidad de que la persona pueda volver a realizarlos, en muchos casos, por las mismas razones por las que no tiene la capacidad de actuar culpablemente.

---

<sup>61</sup> Ver Sentencia C-226 de 2002

(...) Para enfrentar el anterior dilema, y como esta Corte lo explicó en reciente oportunidad, el estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva (CP art. 29). De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que, al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello, el estatuto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, *“esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)”*.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia SP10741-2017 del 24 de julio de 2017 reconoció lo expuesto en la sentencia C-370/02, en cuanto a la idea constitucional de derecho penal culpabilista.

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante sentencia C-365 de 2012 señaló que bajo este presupuesto de idea culpabilista, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. Esta sentencia en cita, reconoce la constitucionalización del derecho penal de acto, en cuanto erige un Estado Social y Democrático de Derecho, que tiene como uno de sus pilares el respeto de la dignidad humana (Art. 1º), asigna el carácter de valor fundamental a la libertad de las personas (preámbulo) en sus diversas modalidades o manifestaciones, destaca que todas las personas nacen libres (Art. 13) y que toda persona es libre (Art. 28) y preceptúa específicamente en relación con la responsabilidad penal que nadie puede ser reducido a prisión o arresto ni detenido sino por motivo previamente definido en la ley (Art. 28) y que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al “acto que se le imputa”, como también

que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente “culpable”(Art. 29)<sup>62</sup>.

Lo anterior también en consonancia con el artículo 29 inciso 2 de la Constitución Política de Colombia que hace referencia a que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa. Norma que, la Corte Constitucional mediante sentencia C 567 de 2019 explicó los alcances, reconociendo lo siguiente:

- 1) Consagra el Derecho penal de acto;
- 2) Desarrolla el principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito y;
- 3) Establece que el grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena es, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.

A pesar de todo lo anterior, concretamente en relación con el derecho penal de acto y de actor, y de acuerdo a debates jurídicos contemporáneos, resulta importante mencionar a modo de complementación lo que manifiesta Luna (2019, p. 149) en torno a las implicaciones de la neurociencia en el derecho, así:

Otro debate de la neurociencia se concentra en el problema de la voluntad y la libertad, pues para una gran parte de los neurocientíficos, estas características, atribuidas a las personas, no existen. Afirman que lo que se

---

<sup>62</sup> “En la doctrina penal se distingue entre el Derecho Penal de autor y el Derecho Penal de acto. i) En el primero, el sujeto responde por su ser, por sus condiciones psicofísicas o su personalidad, que se consideran peligrosos para la sociedad, por su supuesta inclinación natural al delito, con un criterio determinista, de modo que el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino y, por tanto, de modo fatal o inevitable. En este orden de ideas no es relevante que aquel cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas. ii) En el segundo, el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción. Esta clase de Derecho, inspirado por la filosofía liberal y fundado en la dignidad humana, ha sido acogido por los regímenes políticos democráticos y encuentra fundamento en varios preceptos de la Constitución colombiana, entre ellos el Art. 29. Por sus fundamentos filosóficos y políticos, la responsabilidad derivada de esta última concepción del Derecho Penal es necesariamente subjetiva, es decir, exige la existencia de la culpabilidad, en alguna de las modalidades previstas en la ley, en la comisión de la conducta”. (ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. (iii) El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena es, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.



conoce como voluntad es una manera de interpretar fenómenos que no son ni morales, ni jurídicos, ni psicológicos, sino problemas neuronales, ya que todo se origina en el cerebro. La voluntad es, entonces, una ilusión, una ficción y solo existen las descargas eléctricas neuronales.

A partir de esto, nos podríamos preguntar qué relevancia tiene para el derecho que la neurociencia considere o afirme que la voluntad sea una ilusión y, por ende, el libre albedrío no exista; en lugar de ello, solo hay impulsos cerebrales que nos determinan. Si esta tesis es acertada, tendríamos que reescribir casi todo el derecho penal, ya que los conceptos básicos de esta rama del derecho tienen como base la voluntariedad de la conducta. Si está, en realidad, es determinada por el cerebro, no existiría la culpa y, por lo tanto, tampoco la responsabilidad.

## CONCLUSIONES

Se puede afirmar que la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad son la esencia y razón de ser de la existencia del derecho penal. Por eso, antes que hablar de dogmática es mejor hablar de derechos humanos y de Constitución, porque son principios universales que pertenecen a todos los hombres, como la vida, la dignidad, la igualdad, la libertad, la intimidad personal y familiar, la libertad de conciencia, la libertad de cultos, la presunción de inocencia, el debido proceso. Hablar de derechos humanos, es reconocer que las normas de cultura deben ser congruentes con ellos, por cuanto son postulados de conducta, o si se quiere valoraciones que se le asignan a los comportamientos; por eso son individuales, grupales y del medio ambiente. En fin, podemos decir que los derechos humanos son las herramientas que se utilizan para dignificar al ser humano. (Salgado, 2017, p. 24)

En virtud a lo expuesto, también es posible concluir que, la Constitución, regula entre otras la potestad punitiva del Estado. Así, el derecho penal, debe estar conforme a las reglas y principios allí establecidos, no solo por la constitucionalización del derecho como fenómeno jurídico, sino también por disposición expresa de la constitución nacional, con reconocimiento de la jurisprudencia constitucional.

En el presente trabajo, se analizó la regla constitucional consagrada en el inciso 2 del art 29, de la que se concluye que se deriva expresamente la idea de derecho penal culpabilista y un derecho penal de acto que proscribe la responsabilidad objetiva en materia penal. Lo anterior, sin embargo, no es óbice para señalar que la idea de derecho penal culpabilista en el sistema colombiano no depende únicamente del derecho al debido proceso constitucional del artículo 29, puesto que la idea de derecho penal culpabilista está íntimamente ligada al principio de dignidad humana,

como una manifestación de la dimensión democrática de igualdad y participación del individuo en el sistema judicial penal, y de su respeto como especie humana en el modelo constitucional asumido por Colombia.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. El sistema de circunstancias del delito, estudio general, Universidad de Valladolid, 1981,

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J, y Ormazábal Malaree Hernán, Lecciones de Derecho Penal Volumen II, Editorial Trotta 1999.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2000). *Ley 599 de 2000*.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1995). Sentencia C-038 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1997). Sentencia C-239 de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2002). Sentencia C-370 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2002). Sentencia C-226 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2005). Sentencia C-1040 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2012). Sentencia C-645 de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2012). Sentencia C-365 de 2012

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2014). Sentencia C-366 de 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2018). Sentencia C-042 de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2019). Sentencia C 567 de 2019.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2017). Sentencia de fecha 24 de julio de 2017. Radicación SP10741.

COTE BARCO Gustavo, Complicidad, responsabilidad penal de directivos empresariales y violaciones de Derechos Humanos cometidas por grupos armados ilegales: lecciones del Derecho Penal Internacional para Colombia , Vniversitas: Vol. 68 Núm. 138 (2019)

COTE BARCO Gustavo, Constitucionalización del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena. Vniversitas. ucls. Bogotá (Colombia) N° 116: 119-151, julio-diciembre de 2008

COBO DEL ROSAL, M. Vives Antón, -T.S., Derecho penal parte general, Universidad de Valencia 1984

DEL RÍO GONZALEZ, E. ., & Luna Salas, F. . (2021). El indicio: un problema epistemológico. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 13(26), 153–189. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.26-2021-3619>

LUNA SALAS F. (2019). Técnicas neurocientíficas como medio de prueba pericial. *Revista Prolegómenos*, 22(44), pp. 143-154. DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.4160>

MATTOS ARÉVALO, Ángel. (2018). Implicaciones de la constitucionalización del derecho penal en la dogmática penal colombiana: aplicable al tipo penal de falsedad en documento público. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 10(19), 48–66. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.19-2018-2143>

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 5o edición, TECFOTO S.I., Barcelona, Julio de 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco, García Arán, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, Séptima edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, *Manual de derecho penal parte general-parte especial*, sexta edición, Ediciones doctrina y ley Ltda., 2003.

REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Obras completas. Volumen III*. Bogotá, Temis, 1998  
Rodríguez Collao, Luis, “Los principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal”, *Revista de derechos fundamentales*, Universidad Viña del Mar No. 8, 2012.

SALGADO GONZÁLEZ, A. (2017). Constitución y derechos humanos. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 9(18), 21–30. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.18-2017-2051>

## REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL E DIREITOS HUMANOS

### VENEZUELAN REFUGEES IN BRAZIL AND HUMAN RIGHTS

### REFUGIADOS VENEZOLANOS EN BRASIL Y DERECHOS HUMANOS

GONDIM, Laís Maria Belchior<sup>63</sup>  
MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota<sup>64</sup>

**RESUMO:** O refúgio tem grande importância global e é crescente na atualidade, como é o caso dos venezuelanos no Brasil. Tal artigo objetiva analisar a questão desses indivíduos no Brasil considerando os direitos humanos, de forma qualitativa e utilizando-se do método indutivo, através da análise de artigos, documentos internacionais, notícias e ordenamento jurídico brasileiro. Qual a relação dos direitos humanos os refugiados venezuelanos no Brasil? Quais são os aparatos de direitos humanos destinados à proteção dos refugiados? Como o ordenamento jurídico brasileiro aborda essa questão? Verifica-se que a situação dos migrantes venezuelanos no Brasil abrange direitos humanos internacionais, os quais, muitas vezes, são desrespeitados e motivam essa saída de seu território de origem. O conceito trazido pela Convenção de 1951 já não comporta todos os casos de refúgio que existem, o que é complementado por discussões doutrinárias e pesquisas acadêmicas. Aborda-se também da questão específica desses refugiados venezuelanos no Brasil e seu tratamento jurídico.

**Palavras-chave:** Refugiados. Venezuela. Migração. Brasil. Direito Internacional dos Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** The refuge has great global importance and is growing nowadays, as is the case of Venezuelans in Brazil. This article aims to analyze the issue of these individuals in Brazil considering human rights, in a qualitative way and using the inductive method, through the analysis of articles, international documents, news and Brazilian legal system. What is the relationship of human rights to Venezuelan refugees

---

<sup>63</sup>Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017.2), cursou Inglês pela Casa de Cultura Britânica - UFC (2018.1), cursou Alemão pela Casa de Cultura Alemã - UFC (2018.2-2021.2), membro participante do Grupo de Estudo em Direito e Assuntos Internacionais - GEDAI (UFC) - foi da Linha Direito Internacional e Economia (2017.2-2018.1) e é da Linha Direito Internacional e Meio Ambiente (2018.2), foi membro participante do Centro de Estudos em Direito Constitucional - CEDIC (UFC) - Linha I - Constitucionalização das relações privadas (2018.2). Foi estagiária da Defensoria Pública da União - DPU (2019.1-2021.1). Pesquisadora voluntária do Portal Direito Internacional Sem Fronteiras (DIsF) - Projetos Integradores de Estudos e Pesquisas - Linha 8: Diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (2020.2 - 2021.2). Foi monitora da disciplina de Antropologia Geral e Jurídica do Programa de Iniciação à Docência (PID) da UFC (2021.1-2021.2).

<sup>64</sup> Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Foi Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2016-2019). Foi Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2012-2016). Doutora em Direito Internacional do Meio Ambiente - Universidade de Paris e Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Internacional Público - Universidade de Paris. Diretora da International Law Association- Brasil. Coordenadora do Módulo Jean Monnet. Pesquisadora do Centro de Excelência Jean Monnet- UFMG. Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI). Coordenadora do Projeto de Pesquisa em Direito do Mar. Foi Professora Convidada na Universidade Paris-Saclay, Universidade de Paris e Universidade La Rochelle. Bolsista por produtividade - PQ.

in Brazil? What are the human rights apparatus for the protection of refugees? How does the Brazilian legal system address this issue? It appears that the situation of Venezuelan migrants in Brazil encompasses international human rights, which are often disrespected and motivate this departure from their territory of origin. The concept brought by the 1951 Convention no longer encompasses all existing refugee cases, which is complemented by doctrinal discussions and academic research. It also addresses the specific issue of these Venezuelan refugees in Brazil and their legal treatment.

**Keywords:** Refugees. Venezuela. Migration. Brazil. International Human Rights Law.

**RESUMEN:** El refugio tiene una gran importancia mundial y está creciendo en la actualidad, como es el caso de los venezolanos en Brasil. Este artículo tiene como objetivo analizar la cuestión de estos individuos en Brasil considerando los derechos humanos, de forma cualitativa y utilizando el método inductivo, a través del análisis de artículos, documentos internacionales, noticias y el sistema legal brasileño. ¿Cuál es la relación de los derechos humanos con los refugiados venezolanos en Brasil? ¿Cuáles son los aparatos de derechos humanos para la protección de los refugiados? ¿Cómo aborda el ordenamiento jurídico brasileño esta cuestión? Al parecer, la situación de los migrantes venezolanos en Brasil abarca derechos humanos internacionales, que muchas veces son irrespetados y motivan esta salida de su territorio de origen. El concepto traído por la Convención de 1951 ya no abarca todos los casos de refugiados existentes, lo que se complementa con discusiones doctrinales e investigaciones académicas. También aborda el tema específico de estos refugiados venezolanos en Brasil y su tratamiento legal.

**Palavras chave:** Refugiados. Venezuela. Migración. Brasil. Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

## 1 INTRODUÇÃO

A migração é uma manifestação intrincada à história da humanidade. Ocorre à medida que o indivíduo sai de uma região para outra, seja dentro do próprio país, ou de um país para outro, em busca de sobrevivência, de forma individual ou coletiva. Ao contrário do asilo e do refúgio político, os quais encontram amparo legal no âmbito do Direito Internacional e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, carece de proteção definida em norma na esfera internacional (SILVA, 2019).

Em uma curta perspectiva da história mundial, observa-se que, em muitas vezes, determinados grupos necessitaram se deslocar do seu local de origem e buscar abrigo em outros Estados. O período durante as duas Grandes Guerras foi um dos maiores destaques do refúgio, época em que surgem Estados totalitários os quais utilizaram a desnacionalização como medida de controle daqueles contrários ao seu regime (PIOVESAN, 2016).

Em vista da situação alarmante, os Estados precisaram criar ferramentas jurídicas que autorizavam a entrada desses indivíduos em seu território da forma mais prudente possível. A concepção do refúgio surge como um grande aliado e até o presente momento continua a ser um tema em voga no cenário global (MARTINI; SOLIA, 2019).

Esse fenômeno migratório tem sido observado, nos últimos anos, na Venezuela em virtude de grave crise política, social e econômica, ocasionando austeras violações aos Direitos Humanos, aumentando consideravelmente o número solicitante de refúgio nos países vizinhos, como o Brasil, com longo costume em receber refugiados, tendo em vista a adoção de instrumentos internacionais de Direitos Humanos dos quais é adepto (SILVA, 2019).

Chávez mostrou-se fortemente determinado a transformar o país, em nome do socialismo do século XXI, arquétipo a ser seguido por Nicolas Maduro. No entanto, os conflitos venezuelanos sucederam-se e resultam de múltiplos fatores. Na esfera política, a morte de Hugo Chávez representou uma quebra em seu regime, que convergiu para o autoritário antidemocrático. Ainda, a crise financeira do século XXI e a consequente queda do preço de sua principal riqueza, o petróleo, enfraqueceu o mercado local. Ademais, a escassez de produtos básicos, resulta no aumento drástico da inflação, tornando o cotidiano dos venezuelanos muito difícil, o que os faz buscar por refúgio em outros Estados. Este cenário viola os direitos humanos desses cidadãos (SANTOS; VASCONCELOS, 2016; SOUZA; OBREGÓN, 2018).

Nesse ínterim, indivíduos venezuelanos que se encontram nesse disposto e se deslocam para o Brasil pretendendo qualidade de vida, inserem-se na definição jurídica do termo Refugiado, dada pelo inciso III do artigo 1º da Lei 9.474/1997, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951. Em dois anos, houve um crescimento de 1.036% na taxa de refugiados venezuelanos, de acordo com o Conselho Nacional para Refugiados (CONARE). As terras brasileiras têm sido escolhidas pela posição geográfica favorável e pela política migratória local acolhedora para refugiados (SOUZA; OBREGÓN, 2018).

Já sob uma abordagem histórica e conceitual, o refúgio, para o Direito Internacional, surge após a Segunda Guerra Mundial, com a função de assegurar minimamente a sobrevivência humana. Em 1950, após tal guerra, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), com o objetivo de

debater e solucionar tal litígio. Refugiado, nos termos da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, reformulada pelo Protocolo de 1967, caracteriza o indivíduo que, por temer perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, está fora do seu país de origem (ACNUR, online a; JUBILUT, 2007; ONU, 1951).

Destaca-se que tal conceito de refugiados proposto pela Convenção supracitada não abrange casos, como o dos refugiados por circunstâncias ambientais, ficando a discussão sobre o tema ainda no debate acadêmico. Além disso, não há ainda um sistema jurídico que esteja hábil para tratar de tal fato (RAMOS, 2011).

O direito dos refugiados está ligado aos direitos humanos internacionais, já que muitos desses indivíduos deixam sua terra por não haver proteção aos seus direitos básicos, com ameaça à vida ou à segurança destes, geralmente em caso de guerra. Os refugiados têm direitos humanos básicos assegurados pela Convenção de 1951, por exemplo o direito à não-devolução, o direito à liberdade de movimento e o direito à vida familiar (IJRC, online).

O tema foi escolhido tendo em vista a contemporaneidade do assunto, explicitada pelos inúmeros casos noticiados no contexto hodierno que versam sobre essa questão. Além disso, esse artigo tem como objetivo avaliar a questão dos refugiados venezuelanos no Brasil sob o prisma dos direitos humanos, buscando uma análise jurídica e crítica através de artigos, notícias, convenções e tratados internacionais que versem sobre o assunto, devido ao crescente número de refugiados venezuelanos que chegam ao Brasil e os problemas que eles enfrentam. Qual a relação dos direitos humanos com a questão dos refugiados venezuelanos no Brasil? Quais são os aparatos de direitos humanos destinados à proteção dos refugiados? Como o ordenamento jurídico brasileiro aborda essa questão?

Este artigo traz primeiramente um breve contexto histórico da política brasileira para os refugiados, além de uma conceituação e delimitação dos direitos humanos, abordando também o viés do direito internacional dos refugiados. Trata-se também dos instrumentos jurídicos de proteção aos refugiados presentes no Brasil e da questão dos refugiados venezuelanos no país. Esta pesquisa foi feita de forma qualitativa, utilizando-se o método indutivo a partir da análise de artigos, notícias, tratados e convenções internacionais e ordenamento jurídico brasileiro, além de bibliografia relacionada ao tema.

## 2 DO CONTEXTO HISTÓRICO DA POLÍTICA BRASILEIRA PARA REFUGIADOS

A República Velha brasileira, no governo totalitarista de Getúlio Vargas, foi marcada pelo fomento à imigração de europeus e ressalva a chegada de negros, índios e asiáticos (SOUZA; OBREGÓN, 2018).

A Convenção da Liga das Nações (1993) elaborou o Estatuto Internacional dos Refugiados, aderido com reservas pelo Brasil, o qual criou o Conselho de Imigração e Colonização (CIC) visando a política migratória, voltada para a homogeneização da população. Outrossim, durante o regime varguista foi produzido o primeiro Estatuto do Estrangeiro do Brasil, pelo Decreto-Lei nº 406/1938, regulamentando a fundação da primeira Delegacia Migratória do Brasil e a situação dos judeus (SOUZA; OBREGÓN, 2018; SILVA, 2013).

Finda a ditadura Vargas, a política brasileira para refugiados sofreu transformações. O então presidente Eurico Gaspar Dutra, influenciado pela política externa pós Segunda Guerra Mundial apregoava a imigração de refugiados diante dos impactos da guerra, acolhendo especialmente europeus ocidentais (SOUZA; OBREGÓN, 2018; SILVA, 2013).

A governança militar suprimiu os direitos humanos dos cidadãos brasileiros, deixando de ser um Estado aberto a receber refugiados. O Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR) instalou-se informalmente no Brasil, firmando acordo para que apenas os europeus fossem reconhecidos como refugiados, porém sem garantia de segurança, estimulando a Organização das Nações Unidas (ONU) a procurar-lhes outro desígnio (SOUZA; OBREGÓN, 2018; SILVA, 2013).

A redemocratização, na década de 1980, restabeleceu os direitos humanos e, conseqüentemente, a reabertura aos estrangeiros e refugiados no país. A Portaria Interministerial nº 394/91 concedeu ao Ministério das Relações Exteriores a competência de aceitar pessoas refugiadas com documentações. Conquanto, a incorporação da Declaração e Programa de Ação de Viena no Programa Nacional de Direitos Humanos resultou no Estatuto do Refugiado (Lei nº 9.474/97), que criou política pública de direitos humanos para refugiados, sendo considerada pela ONU como uma matéria moderna, consolidando o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) como um órgão deliberativo colegiado, interministerial, não partidário, com representantes do governo, da sociedade civil e da comunidade internacional, o qual delibera sobre a situação do refugiado, coordena medidas protetivas,



assistencialistas e de apoio, decide pela perda e cassação da condição de refugiado e aprova resoluções normativas de esclarecimentos para execução de lei. Membro das Nações Unidas atua em âmbito internacional, supervisionando as medidas adotadas pelos Estados-membros, podendo opinar se necessário (SOUZA; OBREGÓN, 2018; SILVA, 2013).

Para que um estrangeiro se refugie no Brasil, deve dar as declarações às autoridades migratórias da Polícia Federal, mesmo que adentrado de forma irregular, juntamente com as razões para tanto. A solicitação é encaminhada ao CONARE. A decisão procedente permite ao refugiado solicitar visto permanente após 04 anos de estadia no Brasil (BRASIL, 1997; SOUZA; OBREGÓN, 2018).

### **3 DA CONCEITUAÇÃO E DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

O grande marco contemporâneo que balizou os Direitos Humanos foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos feita no contexto do pós - Segunda Guerra Mundial, em 1948, em que a Organização das Nações Unidas (ONU) orientara a busca pela paz e por uma nova ordem social de valorização à vida, à liberdade e à dignidade humana. O direito a ter direitos inexauríveis, essenciais e universais foi sendo moldado com a evolução histórica ocidental. Já a ideia da reciprocidade reiterava que todo ser é titular de direitos e passivo de deveres (SILVA, 2019).

Karel Vasak, na Conferência Internacional dos Direitos Humanos, em 1979, tratou sobre três gerações dos direitos humanos, baseados nos ideais da Revolução Francesa, sendo a primeira relativa à liberdade; a segunda, à igualdade e terceira de fraternidade ou solidariedade. Para Paulo Bonavides, tratam-se de dimensões e não gerações, por se tratar de termo não substituível ou exaurível, e acrescenta outras duas, globalização e paz, por entender que os direitos vão evoluindo e agregando conceitos e metas (SILVA, 2019).

Trata a dignidade da pessoa humana de fundamento basilar dos direitos humanos a qual direciona o processo de internacionalização desses direitos via constitucionalismo coevo. Tais direitos humanos são inerentes à própria condição de ser humano, independentemente de raça, nacionalidade, sexo ou outros atributos (SILVA, 2019).

Já Direito Internacional Humanitário (DIH), ou Direito de Genebra (1949), ramo do Direito Internacional Público moderno, surgiu da necessidade de proteção do indivíduo em situações de conflitos armados. Direito à vida, à integridade física, ao

tratamento digno às vítimas dos confrontos e ao solicitante de refúgio são essenciais em respeito ser respeitados e não mais a regulamentação de guerras e de relações hostis entre os países, segundo o Direito Internacional (JUBILUT, 2007; SILVA, 2019).

O direito dos refugiados está ligado aos direitos humanos internacionais, visto que tais indivíduos, muitas vezes, saem de sua terra natal, já que não possuem a proteção dos governos em seus direitos básicos ou, quando em conflitos armados, há ameaça à vida ou à segurança deles (IJRC, online).

O Sistema Internacional ou Global de Proteção dos Direitos Humanos ou sistema onusiano, é composto por vários tratados e convenções, elaborados com o intuito de preservar e efetivar os Direitos Humanos no cenário mundial, sendo coordenado pela Organização das Nações Unidas (ONU), oriunda da Carta das Nações Unidas, com 193 países membros, se utilizando de um sistema global complexo de proteção aos direitos humanos internacionais, sendo a ONU responsável por garantir e manter uma articulação com a sociedade internacional, para a consecução dos propósitos ambicionados, como instrumento apto a forçar o cumprimento das obrigações internacionais assumidas em caráter político, provocando censura e constrangimento internacional, em caso de descumprimento. Não há imposição de sanções visto que inexistem órgãos judiciais com jurisdição global (RAMOS, 2017; SILVA, 2019).

#### **4 DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS**

O Direito dos Refugiados possui base normativa no Direito Internacional Público e, aliado aos direitos humanos e ao direito humanitário, constitui importante vertente de proteção internacional da pessoa humana. Trata-se de um Direito que visa proteger os indivíduos diante de um deslocamento forçado para outro país, por diferentes motivos, cuidando da proteção às pessoas que são consideradas refugiadas, àquelas que estão fora de seu país, por causa de fundados temores de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou opinião política, além da grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados (ACNUR, online b; TRINDADE; PEYTRIGNET, 2004).

As fontes do Direito Internacional dos Refugiados consistem em tratados, costume internacional, princípios gerais de direito, doutrina, decisões judiciais, equidade, atos unilaterais das organizações internacionais e atos

unilaterais dos Estados. A elaboração a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, com empenho das Nações Unidas, assegurou a criação, por meio da resolução nº 319, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) o qual objetiva apoiar, em caráter humanitário, social e apolítico, os refugiados no mundo (JUBILUT, 2007; SILVA, 2019).

Em 1951, promoveu-se a Convenção das Nações Unidas referente aos refugiados, ou Convenção de Genebra, marco institucional da proteção moderna, resultando no Estatuto Internacional dos Refugiados, elencando direitos e deveres dos refugiados, bem como obrigações a que se submetem os países que os acolhem (JUBILUT, 2007). Estava previsto para lidar com os refugiados da Segunda Guerra Mundial, ganhando dimensões globais com o decorrer dos anos. Nessa perspectiva, foi criado o Protocolo de 1967, relativo ao Estatuto dos Refugiados, sob os auspícios do ACNUR, passando a proteção a ser universal (JUBILUT, 2007; JUBILUT; MADUREIRA, 2014; SILVA, 2019).

Em setembro de 2016, os Estados membros da ONU adotaram a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes, que consiste em ato político e de natureza não vinculante, tendo como pano de fundo o aumento dos fluxos de pessoas em todo o globo nas últimas décadas (RAMOS, 2017).

Sob esse viés, está o Pacto Global de Migração da ONU, Marrakech (Marrocos/2018), assinado por 164 países, que orienta sobre a cooperação em escala global e o compromisso com melhores práticas e com base na lei internacional (ACNUR, 2018).

O direito à não-devolução, ou princípio do non-refoulement, é um princípio básico do direito dos refugiados da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual relata que nenhum Estado signatário expulsará ou rechaçará refugiados quando ameaçados. Existem, no entanto, algumas exceções a tal princípio, também presentes na Convenção, que são quando o refugiado é considerado perigoso para a segurança do país ou quando for condenado definitivamente por crime ou delito grave. O direito à liberdade de movimento também se configura como um direito fundamental dos refugiados e se faz presente na Convenção de 1951 e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (IJRC, online; ONU, 1951; OEA, 1969).

## 5 DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS

A Lei dos refugiados no Brasil nº 9.474/97 foi elaborada em conjunto, com colaboração da Cáritas Arquidiocesana, membros do ACNUR e Comissão dos Direitos Humanos na Câmara, e criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão atuante na proteção do refugiado no Brasil, o qual delibera com base na Constituição, na própria lei supracitada, na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e nas demais fontes de Direito Internacional dos Direitos Humanos (RAMOS; RODRIGUES; ALMEIDA, 2011; SILVA, 2019).

O Brasil é também parte dos instrumentos regionais de proteção aos refugiados e apátridas, sendo eles: Declaração de Cartagena sobre Refugiados (1984); Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas (1994); Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina (2004), Declaração de Brasília Sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano (2010) e Declaração de Princípios do Mercosul sobre Proteção Internacional de Refugiados (2012) (SILVA, 2019; TRINDADE, 2008).

A Declaração de Cartagena (Colômbia/1984) retrata o refugiado como aquele que tem sua vida ameaçada pela violência generalizada e grave violação aos direitos humanos. O Brasil, em sua lei 9.474/97, adota, além do conceito clássico estabelecido pelo Estatuto dos Refugiados de 1950 e do Protocolo de 1967, a Declaração de Cartagena. Em 2014, inclusive, o Brasil sediou, em Brasília, a Conferência Cartagena +30, a qual tratou de reafirmar suas metas e buscar soluções para o refúgio e a apatridia em âmbito regional e internacional (SILVA, 2019).

Já, em 1988, a promulgação da Constituição brasileira, com foco na redemocratização nacional, baseou-se em princípios fundamentais individuais e coletivos, com prevalência dos direitos humanos, construindo uma sociedade livre, justa e solidária. Por força normativa da Constituição, devido à emenda constitucional 45 de 2004, que acrescentou o §3º ao artigo 5º, por assim dizer, os tratados internacionais possuem equivalência à legislação ordinária em nosso ordenamento (BRASIL, 1988; RAMOS, 2017; REZEK, 2014).

A Lei nº 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, não alcançou os ideais humanistas, sendo substituída, em 2017, pela Lei de Migração.

Diante desse cenário, ao migrante foi garantido, no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. A Lei de Migração 13.445/17, é considerada bastante inovadora, sendo o Brasil o primeiro país da região latino-americana a elaborar uma legislação nacional para refugiados (RAMOS; RODRIGUES; ALMEIDA, 2011; SILVA, 2019).

O cerne da Lei de Migração se rege na proteção aos Direitos Humanos na temática das transmigrações, pois visa tutelar o migrante acolhido no Brasil e também o brasileiro que vive no exterior. A identificação da “universalidade, indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos” como os norteadores da política migratória demonstra a preocupação quanto ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e o respeito aos tratados de Direitos Humanos sancionados pelo Brasil (BRASIL, 1988; BRASIL, 2017; MARTINI; SOLIA, 2019).

## **6 DOS REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL**

O Estado brasileiro tem o histórico de recepcionar diferentes ondas migratórias ao longo da sua história. Desde a vinda dos portugueses, que aduziram consigo os escravos africanos, até o momento em que o sistema escravocrata foi substituído pela mão-de-obra assalariada, de forma a propiciar a vida de imigrantes europeus e asiáticos fugidos dos extermínios das guerras. Apesar da barreira geográfica, uma vez o lado oeste do Estado ser composto por florestas, rios e montanhas e o lado leste dispor do extenso oceano Atlântico, muitos indivíduos sobrepujaram esses obstáculos e vieram em busca de melhores condições de vida. A medida que o Brasil adquire estabilidade econômica segura, também passa a ser o destino de refugiados da América Latina, principalmente de haitianos, bolivianos e venezuelanos, estes últimos de forma mais intensa (MARTINI; SOLIA, 2019).

Apesar de grande parte da Amazônia se encontrar no Brasil, há outros nove países, como a Venezuela, onde também está presente. O Brasil manifestou interesse em ampliar as fronteiras econômicas e comerciais da região amazônica, dinamizando a aproximação com os países setentrionais da América do Sul, criando o pacto “Iniciativa Amazônica” com a Venezuela (GUIMARÃES; CARDIM, 2003).

Em 1994, o Brasil ocupava o 11º lugar de destino das exportações venezuelanas, subindo para a posição de 8º em 1996 e para 3º em 1998. Ainda em 1994, o Brasil era o 6º país do qual originavam-se as importações venezuelanas,

passando para 4º em 1996 e mantendo a posição em 1998. Em 2001 o Brasil exportou para a Venezuela US\$ 120 milhões, principalmente em produtos eletrônicos e neste mesmo ano importou US\$ 107 milhões em petróleo bruto e óleos combustíveis venezuelanos. Brasil e Venezuela assinaram um Acordo de Complementação Econômica em julho de 1994, que elimina restrições alfandegárias e outorga preferências sobre taxas de importação de produtos com origem nos países signatários (GUIMARÃES; CARDIM, 2003).

Com a criação do Mercosul, em Ushuaia, o Brasil passou a ter uma relação internacional mais intensa com os países da América Latina, e a Venezuela, apesar de não ter um PIB muito alto, foi inserida no bloco econômico. Para o Brasil, em virtude do petróleo, a Venezuela é um importante parceiro. Todavia, a crise política atual suspendeu esse país do bloco econômico Mercosul (BELLINTANI; LIMA, 2015; JACOMINI; FERNANDES; MACIEL, 2017).

Crise diplomática instalou-se na relação entre Brasil e Venezuela, iniciada pelo governo de Maduro, em que o diplomata brasileiro Ruy Pereira foi declarado como persona non grata, em Caracas. Medida semelhante foi tomada para com o então embaixador da Venezuela no Brasil, Girard Antonio Delgado Maldonado. Apesar do conflito, o então presidente Temer editou a Medida Provisória 820/2018, um censo para se saber a quantidade exata de refugiados venezuelanos no Brasil, além de medidas de segurança como reforço militar na fronteira (ESPOSITO, 2017; TEMER..., 2018).

A crise venezuelana, marcada por fortes tensões, afeta a situação política, social e econômica desse país, provocando o refúgio de seu povo para países como Equador, Peru, Argentina e, principalmente, Colômbia e Brasil. Com o forte decréscimo do valor do barril do petróleo, por volta de 50% de 2013 a 2016, a Venezuela perdeu sua principal fonte de renda, não tendo mais como importar tudo que precisava. Diante disso, ficou isolada internacionalmente (ACNUR, 2019; MARTINI; SOLIA, 2019).

A principal porta de entrada brasileira está localizada em Roraima, na cidade de Pacaraima, gerando conflitos locais e xenofobia. A situação da capital de Roraima, Boa Vista, que já necessitava de infraestrutura, piorou com o extenso número de refugiados, que se acumularam 10% do número de habitantes da cidade. Atualmente, a capital tem a maior comunidade de venezuelanos. De acordo com a prefeitura, 65% dos venezuelanos estão desempregados e 10% vivem em espaços

públicos. Nesse sentido, o Brasil deve adotar meios para acolher e conceder-lhes direitos fundamentais, já que é signatário de tratados humanitários (MARTINI; SOLIA, 2019; MELLO; PRADO, 2018; MENDONÇA, 2018; “ONU..., 2018).

Entre as dificuldades encontradas pelos refugiados quanto à integração local, relata-se a não receptividade dos habitantes, a desconfiança, o receio e o preconceito. Ademais, cultura e língua ocasionam dificuldade de adaptação. A falta de trabalho e oportunidades dificultam a nova experiência. A lei 13.445/17 minimiza tal processo, inclusive, com a interiorização. Os venezuelanos que chegam pela fronteira, solicitam às autoridades à condição de refúgio, sendo deferido o pedido recebem a documentação necessária para sua permanência (SILVA, 2019).

O Brasil ocupa a quinta posição em relação ao número de refugiados venezuelanos. Conforme estudos da Organização dos Estados Americanos (OEA), cerca de cinco milhões de venezuelanos devem migrar para outros países em 2019, fluxo migratório este que já se equipara aos provocados por guerras como a da Síria e do Afeganistão. Há uma soma de esforços em território brasileiro, aliando o poder público, a sociedade civil, os órgãos internacionais e as entidades religiosas, entre outros, para o suporte ao acolhimento dos refugiados, visando amenizar essa situação (BRASIL, 2019; SILVA, 2019).

Com o estatuto da Lei de Imigração, a acolhida em solo nacional surge como uma ferramenta legal para o amparo de pessoas que tem a dignidade atingida ou temem por sua vida no Estado de origem, não apenas nos casos de conflitos armados, mas em circunstâncias humanitárias que não permitem a existência digna de um indivíduo e seus afins (MARTINI; SOLIA, 2019).

Posto que a crise venezuelana se agravou nos últimos anos, o número de refugiados aumentou 1000% de 2015 a 2018, com cerca de 50 mil venezuelanos fixados atualmente no Brasil (“ONU..., 2018).

Em São Paulo, do total de 287 venezuelanos refugiados, oitenta e um já estão com algum serviço, com o objetivo de evidenciar que os solicitantes da condição de refúgio têm os mesmos direitos para trabalhar no Brasil como um brasileiro que tem CPF e Carteira de trabalho, contanto que registrado no país (PACHIONI, 2018).

No entanto, há repulsas, até porque o Brasil se encontra em situação em recessão econômica. Em 2018, a Governadora de Roraima, Sra. Suely Campos, restringiu o acesso de venezuelanos a serviços públicos por meio do Decreto Estadual nº 25.681. Em seguida, o Ministério de Direitos Humanos lançou nota em que frisa ser

o Brasil signatário de acordos e tratados internacionais que garantem princípios e direitos aos estrangeiros, de modo que se deve contribuir para a universalização de direitos humanos. Para tanto, o Ministério Público foi acionado para averiguar as medidas de tal decreto. Ressalta-se que esse Decreto era contrário à posição do então Governo Federal. Em agosto do mesmo ano, a ministra Rosa Weber deferiu a liminar para suspender o Decreto nº 25.681 (BRASIL, 2018; MARTINI; SOLIA, 2019).

Percebe-se que, diante da crise enfrentada pelos venezuelanos ao adentrarem terras brasileiras, debate-se os Direitos Humanos. O Estado de Roraima não tem uma receita favorável para receber e acolher os refugiados, carecendo ajuda de outros Estados, sendo imperativo que a União coordene a alocação de migrantes pelo Brasil, a fim de não sobrecarregar Roraima. Por outro lado, Prefeituras e Governos Estaduais precisariam criar cursos de capacitação para os migrantes, minimizando o desemprego e reduzindo a violência. No entanto, essa medida de interiorização suscitaria uma menor visibilidade da problemática, dificultando a sua abordagem pela mídia, além de haver estados os quais não possuem histórico de recebimento de grande número de refugiados, podendo acarretar problemas sociais, caso essa interiorização ocorra sem uma política pública adequada (MARTINI; SOLIA, 2019).

No Brasil, há estados que possuem comitês estaduais, como o Ceará com o Comitê Estadual Interinstitucional de Atenção ao Migrante, Refugiado e Enfrentamento ao Tráfico, além do Paraná com o Comitê Estadual para Refugiados e Migrantes no Estado de Paraná, o Rio de Janeiro com o Comitê Estadual Intersetorial de Políticas de Atenção aos Refugiados Migrantes, São Paulo com o Comitê Estadual para Refugiados, o Amazonas com o Plano Estadual para Atenção aos Migrantes e Refugiados, o Mato Grosso do Sul com o Comitê Estadual para Refugiados, Migrantes e Apátridas no Estado do Mato Grosso do Sul e Goiás com o Comitê Intersetorial de Política Estadual para Migração e Vítimas de Tráfico de Pessoas no Estado de Goiás, além do CONARE a nível nacional (GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ, 2019; UNHCR, online). No Ceará, por exemplo, há também a atuação da Igreja na questão dos refugiados, por meio do Serviço Pastoral dos Migrantes – SPM (ARQUIDIOCESE DE FORTALEZA, online).

É, imprescindibilidade ainda, recorrer a outros países, tendo em vista o amparo e a assistência internacionais. Diante disso, o Brasil poderia utilizar o



Mercosul e à Organização dos Estados Americanos, com o fito de adquirir verbas ou doações de insumos básicos e alimentos para os migrantes (MARTINI; SOLIA, 2019).

Além disso, tem-se medidas adotadas em relação ao problema dos refugiados, como um plano de ação mais amplo para fornecer amparo a refugiados, deslocados e apátridas na América Latina e no Caribe, divulgado em 02 de dezembro de 2014, Brasília, com o evento da ONU – Cartagena+30 – em comemoração aos 30 anos da Declaração de Cartagena sobre Refugiados, tendo sido adotado pelo Brasil e outros países da América Latina. Um importante ponto de tal plano é o compromisso de erradicação da apatridia. Juntamente com esse documento, houve a Declaração do Brasil, reforçando o compromisso da região com refugiados, deslocados e apátridas, sendo um avanço para resolver essa questão (BRASIL, 2014).

Já em 2010, tem-se a Declaração de Brasília Sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano, datada de 11 de novembro desse mesmo ano, reconhecendo os direitos dos refugiados, como o non-refoulement e de buscar e receber refúgio, além de considerar a necessidade de continuar as buscas por novas soluções, tendo em vista a demanda crescente e constante (UNHCR, 2010).

Em 2019, o ACNUR e a OIM (Organização Internacional para as Migrações) lançaram, em 13 de novembro, um plano regional para a captação de 1,35 bilhão de dólares com o fito de atender a demandas de refugiados e migrantes venezuelanos na América Latina e no Caribe e nas comunidades que os hospedam, tratando-se do Plano Regional de Resposta a Refugiados e Migrantes (RMRP) de 2020 em Bogotá, Colômbia, que também representa um avanço no assunto em questão (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2019).

Apesar dessas medidas, houve uma decisão judicial no estado de Roraima que determinou o fechamento da fronteira do Brasil com a Venezuela até que existissem condições necessárias ao amparo humanitário na região, ainda que a ministra Rosa Weber tenha rejeitado pedido semelhante do governo de Roraima anteriormente ("BRASIL..., 2019).

Observa-se ainda que no começo de 2019 – 21 de fevereiro –, o presidente venezuelano, Nicolás Maduro, determinou que, na fronteira do país com o Brasil, militares restringissem a passagem de pedestres e veículos, quando o governo brasileiro anunciou o envio de auxílio, alimentos e remédios, aos venezuelanos (RODRIGUES, 2019).

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo verificou que as circunstâncias relativas aos migrantes venezuelanos para o Brasil estão amplamente relacionadas aos direitos humanos, de modo que o direito dos refugiados está intrinsecamente conexo aos direitos humanos internacionais, tendo em vista que muitos desses indivíduos deixam sua terra por não terem esses direitos respeitados, havendo, muitas vezes, ameaça à sua própria vida.

Apesar da crescente demanda global de refugiados, percebe-se que o conceito trazido pela Convenção de 1951 não é completo, já que não abrange diversos casos que hoje resultam em refúgio, como é o caso das questões ambientais, de maneira que deixa tal discussão à doutrina e às pesquisas acadêmicas.

Em âmbito nacional, houve um período de crise no que tange essa situação de refugiados venezuelanos, como é o exemplo do Estado de Roraima, o qual não possuía receita para acolher tais pessoas, no entanto ressalta-se que os direitos humanos devem ser observados, tomando como base as convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, e os instrumentos jurídicos os quais adotou, como é o caso da Lei da Migração (Lei nº 13.445/17), com mecanismos, como a interiorização. Deve-se também buscar amparo e assistência internacionais.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. **6 fatos sobre os refugiados e migrantes venezuelanos**. jan/2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acnur-6-fatos-sobre-os-refugiados-e-migrantes-venezuelanos/>. Acesso em: 26 out. 2019.

ACNUR. **Assembleia Geral da ONU adota oficialmente Pacto Global para a Migração**. dez/ 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/assembleia-geral-da-onu-adota-oficialmente-pacto-global-para-a-migracao/>. Acesso em: 26 out. 2019.

ACNUR. **Histórico**. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/historico/>. Acesso em: 26 out. 2019. (a)

ACNUR. **Refugiados**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/>. Acesso em: 26 out. 2019. (b)

ARQUIDIOCESE DE FORTALEZA. **Pastoral do Migrante de Fortaleza**. Disponível em: <https://www.arquidiocesedefortaleza.org.br/arquidiocese/pastorais-e-organismos/pastoral-do-migrante-de-fortaleza/>. Acesso em: 17 dez. 2019.

BELLINTANI, A. I.; LIMA, A. M. A política externa brasileira e a cooperação com a Venezuela. Rondônia: **Labirinto**, v. 23, n. 1, p. 6-21, 2015. Disponível em:

<https://bit.ly/2Cmns7g>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL fecha fronteira terrestre com a Venezuela por ordem judicial que veta entrada de novos imigrantes: A estimativa é de que 500 venezuelanos cheguem diariamente fugidos da crise em seu país. O STF indeferiu pedido do Governo de RR para o fechamento, mas decisão não afeta ordem em vigor. **El País**, S.I., 06 ago. 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/07/internacional/1533598969\\_507654.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/07/internacional/1533598969_507654.html). Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.474**, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm). Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.445**, promulgada em 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm). Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. Ministério da Defesa. **Operação Acolhida recomeça processo de interiorização de imigrantes venezuelanos**. Brasília, DF, 07 jan. 2019. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/noticias/51303-operacao-acolhida-recomeca-processo-de-interiorizacao-de-imigrantesforca>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. **Nota pública – decreto nº 25.681, assinado pelo governo de Roraima**. Brasília, DF, 02 ago. 2018. Disponível em <http://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/agosto/nota-publica-decreto-no-25-681-assinado-pelo-governo-de-roraima>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **América Latina adota plano de ação mais amplo de ajuda a refugiados**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/america-latina-adota-plano-de-acao-mais-amplo-de-ajuda-a-refugiados>. Acesso em 17 dez. 2019.

ESPOSITO, Ivan Richard. Governo determina que membro da Embaixada da Venezuela no Brasil deixe o país. **Agência Brasil**, Brasília, 26 dez. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2l1Q9eg>. Acesso em: 26 out. 2019.

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ. **Governo realiza ações de conscientização contra tráfico de pessoas em unidades do Vapt Vupt**. 2019. Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/2019/07/29/governo-realiza-acoes-de-conscientizacao-contra-traffic-de-pessoas-em-unidades-do-vapt-vupt/>. Acesso em: 17 dez. 2019.

GUIMARÃES, S. P.; CARDIM, C. H. (Orgs.). **Venezuela: visões brasileiras**. Brasília: IPRI, 2003. Disponível em: <https://bit.ly/2Cc22cU>. Acesso em: 26 out. 2019.

IJRC, International Justice Resource Center. **Asylum & the Rights of Refugees**. Disponível em: <https://ijrccenter.org/refugee-law/#OVERVIEW>. Acesso em: 26 out. 2019.

JACOMINI, Alessandro; FERNANDES, Gabriela Simoni; MACIEL, Letícia Maerki. Os Refugiados Venezuelanos e Sua Recepção na Nova Lei de Migração. **Acta Científica. Ciências Humanas**, v. 26, n. 1, p. 27-44, jan-jul. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.unasp.edu.br/acch/article/view/1135>. Acesso em: 23 out. 2019.

JUBILUT, Liliana Lyra, **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Orçamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007

JUBILUT, Liliana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. Os Desafios de Proteção aos Refugiados e Migrantes Forçados no Marco de Cartagena + 30, Brasília, **REMHU, Revista interdisciplinar Mob. Hum**, jul /dez 2014.

MARTINI, Isabela Lins; SOLIA, Maria Paula Person. Crise de Refugiados no Brasil. **Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica**, São Paulo, v. 5, n. 5, p.84-103, jun. 2019. Disponível em: <http://ken.pucsp.br/DIGE/article/view/44017/29207>. Acesso em: 23 out. 2019.

MELLO, Patrícia Campos; PRADO, Avenir. Migrantes vivem cotidiano de fome, preconceito e violência: Em Boa Vista, 65% dos venezuelanos estão desempregados. **Folha de São Paulo**, Boa Vista, 26 ago. 2018. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/08/migrantes-vivem-cotidiano-de-fome-preconceito-e-violencia.shtml?loggedpaywall>. Acesso em: 26 out. 2019.

MENDONÇA, Heloísa. Com 40.000 venezuelanos em Roraima, Brasil acorda para sua 'crise de refugiados': Presidente reconhece situação de 'vulnerabilidade' no Estado e edita Medida Provisória com ações de assistência para imigrantes. **El País**, São Paulo, 18 fev. 2018. Disponível em [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/16/politica/1518736071\\_492585.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/16/politica/1518736071_492585.html). Acesso em 26 out. 2019.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Plano para refugiados e migrantes venezuelanos e países anfitriões busca 1,35 bilhão de dólares**. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/plano-para-refugiados-e-migrantes-venezuelanos-e-paises-anfitriones-busca-135-bilhao-de-dolares/>. Acesso em 17 dez. 2019.

OEA - Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, [s.n.], 1969. Disponível em: [http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm). Acesso em: 26 out. 2019.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. New York: [s.n.], 1951. Disponível em: [http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso em: 26 out. 2019.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. 1951. Disponível em:

[http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso em: 26 out. 2019.

ONU diz que crise migratória na Venezuela já está quase no nível de fluxo de refugiados no Mediterrâneo. **BBC**, S.I., 25 ago. 2018. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45307311>. Acesso em 26 out. 2019.

PACHIONI, Miguel. **Venezuelanos acolhidos em São Paulo encontram oportunidades de emprego para reconstruir a vida com dignidade**. ACNUR, jul. 2018. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2018/07/30/venezuelanos-acolhidos-em-sao-paulo-encontram-oportunidades-de-emprego-para-reconstruir-a-vida-com-dignidade/>. Acesso em: 26 out. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (orgs.). **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: Editora CL-A, Cultural, 2011.

RAMOS, Érika Pires. **Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo Direito Internacional**. 2011. 150 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados\\_Ambientais.pdf?view=](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view=). Acesso em: 02 mar. 2020.

RODRIGUES, Alex. **Fechamento da fronteira com a Venezuela completa dois meses: Venezuelanos se aventuram por rotas alternativas para chegar ao Brasil**. Agência Brasil. 20 abr. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2019-04/fechamento-da-fronteira-com-venezuela-completa-dois-meses>. Acesso em: 17 out. 2019

SANTOS, Fernanda Naomi Zaphiro Pessoa; VASCONCELOS, Thamires Marques. Venezuelanos no Brasil: da crise econômica para a crise política e midiática. In: MARTINS, Mônica de Souza Nunes; PEREIRA, Raquel Alvitos; REIS, Thiago de Souza dos (Org.). **Anais do XVII encontro de história da Anpuh-Rio: entre o local e o global**. Rio de Janeiro: Anpuh-rio, 2016. p. 1-16. Disponível em: [http://encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/42/1465525214\\_ARQUIVO\\_VenezuelanosnoBrasil-dacriseeconomicaparaacrisepoliticaemidiatica.pdf](http://encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/42/1465525214_ARQUIVO_VenezuelanosnoBrasil-dacriseeconomicaparaacrisepoliticaemidiatica.pdf). Acesso em: 23 out. 2019.

SILVA, César Augusto S. da. **A Política Brasileira para Refugiados (1998-2012)**. Porto Alegre, 2013.

SILVA, Rita Mércia Feliciano da. **Direito Internacional dos Refugiados: Caso dos Refugiados Venezuelanos no Brasil**. 2019. 73 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, 2019. Disponível em:

<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/19926/1/PDF%20-%20Rita%20M%c3%a9rcia%20Feliciano%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 23 out. 2019.

SOUZA, Natalia Marim Bazilio de; OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. A Crise e o Refúgio dos Venezuelanos para o Brasil: A Evolução Histórica da Política Brasileira Para Refugiados. **Derecho y Cambio Social**, Lima, n. 53, p.1-13, ano XV, jul. 2018. Disponível em: [https://www.derechoycambiosocial.com/revista053/A\\_CRISE\\_E\\_O\\_REFUGIO\\_DOS\\_VENEZUELANOS.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista053/A_CRISE_E_O_REFUGIO_DOS_VENEZUELANOS.pdf). Acesso em: 23 out. 2019.

Temer diz que Brasil está em “embate diplomático” em relação à Venezuela. **ISTOÉ**, S.I., 09 fev. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2Q1Av0l>. Acesso em: 26 out. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, Desarraigamento e a Proteção dos Migrantes Na Legislação Internacional Dos Direitos Humanos, rev. **Revista da Faculdade de Direito-UFPR**, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Jaime Ruiz de Santiago Gérard. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados.** Editora Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Comitê Internacional da Cruz Vermelha; Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 2004.

UNHCR. **Conselhos e Comitês no Brasil.** Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/acnur-no-brasil/conselhos-e-comites-no-brasil/>. Acesso em: 17 dez. 2019.

UNHCR. **Declaração de Brasília Sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano.** Brasília, 2010. Ministério da Justiça, Comitê Nacional para Refugiados. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_de\\_Brasilia\\_sobre\\_a\\_Protecao\\_de\\_Refugiados\\_e\\_Apatridas\\_no\\_Continente\\_Americano.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_de_Brasilia_sobre_a_Protecao_de_Refugiados_e_Apatridas_no_Continente_Americano.pdf). Acesso em: 17 dez. 2019.

## LA IMPORTANCIA DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA PARA LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL MEDIO AMBIENTE

DIAS, Handel Martins <sup>65</sup>  
SARTI, Lia <sup>66</sup>  
MOITA, Gabriella Guimarães <sup>67</sup>

### 1 INTRODUCCIÓN

La comprensión moderna de la gravedad de la crisis ambiental del planeta, acentuada por el desproporcional crecimiento demográfico y por el modelo económico implementado en el siglo XX, elevó a la categoría de derecho humano fundamental el derecho al medio ambiente. Un marco en la protección internacional del medio ambiente constituyó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, realizada en Estocolmo, Suecia, del día 5 al 16 de junio de 1972, en la cual se firmó, como principio primero, que el hombre es portador solemne de la obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras. A partir de entonces, la salvaguarda del medio ambiente pasó a ganar significativo espacio en los órdenes jurídicos internos de las naciones, inclusive ascendiendo a los textos constitucionales. Allende poseer capítulo propio para las cuestiones ambientales (Capítulo VI del Título VIII), la Constitución Federal de Brasil de 1988 trata de las obligaciones de la sociedad y del Estado para con el medio ambiente en una

---

<sup>65</sup> Abogado en Brasil. Doctor en Derecho Procesal por la Universidade de São Paulo. Maestro en Derecho Procesal por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista en Derecho Procesal Civil por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Profesor de Derecho Procesal en los cursos de pregrado y maestría en Derecho en la Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Investigador y coordinador de las actividades de investigación de la Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Profesor visitante en cursos de posgrados de diversas instituciones de enseñanza superior. Miembro del Instituto Brasileiro de Direito Processual, del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Vice-Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional para la América del Sul (Brasil). Email: handel.dias@fmp.com.br.

<sup>66</sup> Abogada en Brasil. Especialista en Derecho Procesal Civil por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Maestra en Derecho en la Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Profesora de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Civil en la Faculdade Estácio do Rio Grande do Sul. Email: sarti.lia@gmail.com.

<sup>67</sup> Estudiante del quinto año del curso de pregrado en Derecho en la Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Email: gabriellamoita@outlook.com.

diversidad de artículos explayados en su texto. En la misma línea de la Constitución de Portugal, de 1976, y de la España, de 1978, correlaciona el derecho al medio ambiente sano al derecho a la vida, prescribiendo que todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la cualidad de vida sana, imponiéndose al poder público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras (art. 225, *caput*).

En el sistema jurídico brasileño de protección al medio ambiente se sobresale la acción civil pública, un procedimiento especial propio para la salvaguarda de intereses y derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos<sup>68</sup>. Esa tutela jurisdiccional diferenciada para la defensa de intereses difusos tiene se revelado fundamental para prevenir y reparar lesiones a la salud y sustentabilidad ambiental<sup>69</sup>. Precisamente para la tutela del medio ambiente, el presente ensayo se propone a estudiar la importancia de la carga de prueba para la reparación integral del medio ambiente. A título propedéutico es realizada breve análisis del derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, consagrado en el *caput* del artículo 225 de la Constitución. En seguida, son objeto de examen las principales características de la acción civil pública, confiriéndose énfasis, en el análisis, en su utilización para la protección del medio ambiente. Precediendo la conclusión se investiga la carga de la prueba en el derecho procesal brasileño, con examen de la regla general del *onus*

---

<sup>68</sup> En el derecho brasileño, la catalogación más acepta acerca de los intereses y derechos colectivos, así entendidos en sentido amplio, está en el Código de Defensa del Consumidor (Ley 8.078, de 1990), que los clasifica en intereses o derechos difusos; intereses o derechos colectivos *stricto sensu*; e intereses o derechos individuales homogéneos, que, por lo tanto, adquieren *status* de transindividuales en el sistema jurídico. En conformidad con los incisos del párrafo único del artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor, los intereses o derechos difusos son los transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho; los intereses o derechos colectivos *stricto sensu*, los transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; y los intereses o derechos individuales homogéneos, los decurrentes de origen común.

<sup>69</sup> La tutela del medio ambiente integra la categoría de los intereses difusos, una vez que el medio ambiente es un bien transindividual, de naturaleza indivisible, que no pertenece a una colectividad determinada. Al mismo tiempo, es de cada persona individualmente considerada y de todos en general. Todos aprovechan la protección del medio ambiente y, en conjunto, se perjudican con su lesión. Acerca de los derechos difusos en el derecho brasileño, véanse Mancuso, Rodolfo de Camargo, *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 7a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011; Mazzilli, Hugo Nigro, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 26a. ed., São Paulo, Saraiva, 2013; y Mazzilli, Hugo Nigro, *Tutela dos interesses difusos e coletivos*, 7a. ed., São Paulo, Saraiva, 2014.



*probandi* prevista en Código Procesal Civil<sup>70</sup> y de las posibilidades de su alteración, en especial para la tutela del medio ambiente en acción civil pública.

## 2 EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

La inquietud con los daños causados al medio ambiente durante mucho tiempo tuvo apenas un sesgo individualista de protección de la salud del hombre. En el ordenamiento jurídico brasileño, su tutela estaba expresa solamente en leyes esparzas y en reglamentos editados por el legislador con base en el poder general que le cabía para proteger la salud humana<sup>71</sup>. Aun de importancia incuestionable, esas leyes no impedían la degradación del aire, del mar, de los ríos, de los acuíferos, de la fauna y de la flora brasileña<sup>72</sup>. Esa devastación al medio ambiente se daba mucho por fuerza de la agricultura en larga escala, del industrialismo y del desarrollo de la tecnología y ciencia, que no raras veces estaban a servicio de intereses egocentristas, ajenos a la interdependencia de los innumerables ecosistemas integrantes de la vida. Aún no se comprendía que los recursos naturales deben ser utilizados, en razón de su finitud, de forma prudente y orientada por una ética de solidaridad. Esa visión individualista y antropocéntrica nada más era del que el resultado de la insuficiencia de la ética vigente, la cual no era capaz de percibir la íntima ligación entre todos los organismos vivos, en interconexión entre ellos con el medio inorgánico<sup>73</sup>. Con el tiempo, el medio ambiente alcanzó la importancia merecida. Dejó de ser considerado

---

<sup>70</sup> Instituido por la Ley 13.105, de 16 de marzo de 2015, el nuevo Código Procesal Civil de Brasil entró en vigor en 18 de marzo del corriente año, después de un año de *vacatio legis*. Conteniendo las disposiciones finales y transitorias, el Libro Complementar del nuevo Código Procesal Civil asegura que permanecen en vigor las disposiciones especiales de los procedimientos regulados en otras leyes que no tengan sido revocadas, como las que disciplinan la acción civil pública, a las cuales pasa a ser aplicado suplementariamente el nuevo Código (art. 1.046, §§ 2º y 4º).

<sup>71</sup> Véase Milaré, Édis, *Direito do meio ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*, 4a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 180.

<sup>72</sup> En Brasil se encuentra la mayor biodiversidad del planeta, con más de 20% del número total de especies de la Tierra. La enorme riqueza de la flora y de la fauna es consecuencia de la variedad de biomas. Con proporciones continentales, Brasil posee varias zonas climáticas, propiciando grandes variaciones ecológicas y la formación de zonas biogeográficas distintas, como la Floresta Amazónica, mayor floresta tropical húmeda del mundo; el Pantanal, mayor planicie inundable; el Cerrado de sabanas y bosques; la Catinga de florestas semiáridas; los campos de los Pampas; y la floresta tropical pluvial de la Mata Atlántica. Además, con una costa marina de 3,5 millones km<sup>2</sup>, el país contiene ecosistemas como arrecifes de corales, dunas, lagunas, estuarios, bosques de mangles y pantanos.

<sup>73</sup> Cfr. Azevedo, Plauto Faraco de, *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*, 3a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, pp. 97-102.

un bien jurídico *per accidens* y fue elevado a la categoría de bien jurídico en sí mismo, como subraya Édis Milaré<sup>74</sup>. En una perspectiva más amplia y autónoma, el derecho al medio ambiente pasó a ser visto como un derecho fundamental de la persona humana<sup>75</sup>.

En 1985, después del término de la dictadura militar, cuando inició la elaboración de una nova constitución para Brasil, varias propuestas para la tutela del medio ambiente portaran en la Asamblea Nacional Constituyente, muchas por la movilización de la sociedad civil, principalmente por entidades ambientales como la Sociedad Brasileña de Derecho del Medio Ambiente<sup>76</sup>. Con la promulgación de la Constitución de 1988, aún vigente, el medio ambiente en fin se tornó un derecho constitucional en Brasil. Asienta el *caput* del artículo 225 de la Constitución brasileña que el medio ambiente equilibrado es un derecho de toda la colectividad, siendo considerado un bien de uso común del pueblo e indispensable para la salud humana, imponiendo el deber de protección para las presentes y futuras generaciones tanto por el Poder Público cuanto por la sociedad<sup>77</sup>. Para asegurar la efectividad del derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, la Constitución Federal de 1988 declara que la Floresta Amazónica brasileña, la Mata Atlántica, la Serra del Mar, el Pantanal del Mato Grosso y la Zona Costera son patrimonios nacionales y su utilización debe ser hecha, en la forma de la ley, dentro de condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, incluso cuanto al uso de los recursos naturales (art. 225, § 4º). Resalta que son indisponibles las tierras devolutas<sup>78</sup> o arrecadadas por el Estado, por medio de acciones discriminatorias, necesarias a la protección de los ecosistemas naturales (art. 225, § 5º), y que las usinas que operen con reactor

---

<sup>74</sup> Milaré, Édis, *op. cit.*, p. 180.

<sup>75</sup> Véase Mezzetti, Luca, "El derecho fundamental y social al medio ambiente", en Velandia Canosa, Eduardo Andrés y Quiroga Natale, Edgar Andrés (dirs.), *Derecho procesal constitucional: garantía jurisdiccional del medio ambiente en el derecho comparado*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2016, pp. 311-328.

<sup>76</sup> Véase Machado, Paulo Afonso Leme, *Direito ambiental brasileiro*, 20a. ed., São Paulo, Malheiros, 2012, pp. 150-153.

<sup>77</sup> Por primera vez una constitución brasileña trató deliberadamente del medio ambiente. Las constituciones precedentes se limitaban a dar tratamiento a cuestiones relacionadas a la competencia legislativa en materia ambiental y a la protección del patrimonio histórico y cultural. Sobre el derecho al medio ambiente en el plano constitucional brasileño, véase Silva, José Afonso da, *Direito ambiental constitucional*, 4a. ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

<sup>78</sup> Tierras devolutas son las tierras públicas que no pueden integrar el patrimonio privado, aun cuando estén irregularmente en posesión de particulares, tales como las indispensables a la defensa de las fronteras, de las fortificaciones y construcciones militares, de las vías federales de comunicación y a la preservación ambiental. El vocablo *devoluta* tiene origen de la idea de que la tierra fue devuelta o debe ser devuelta al Estado, al cual incumbe establecer el real dominio de la tierra devoluta por medio de la acción judicial llamada discriminatoria.

nuclear deben tener su localización definida en ley federal, sin lo que no pueden ser instaladas (art. 225, § 6º). Aun pontifica que el orden económico, fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos existencia digna, conforme los dictados de la justicia social, observado, entre otros principios, la defensa del medio ambiente (art. 170, VI).

En este mismo sentido, la Constitución impone aquel que explorar recursos minerales se queda obligado a recuperar el medio ambiente degradado, de acuerdo con solución técnica exigida por el órgano público competente (art. 225, § 2º). Y según el § 3º del artículo 225, todas las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetan los infractores, personas naturales o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados. Para facilitar esa responsabilización, la Constitución no solo ratificó la función institucional del Ministerio Público de promover la inquisición civil<sup>79</sup> y la acción civil pública para la protección del medio ambiente (art. 129, III), como alargó el objeto de la acción popular para la admitir también contra actos lesivos al medio ambiente (art. 5º, LXXIII)<sup>80</sup>. Aun para garantizar el medio ambiente ecológicamente equilibrado, el constituyente relacionó, en el § 1º del artículo 225, una serie de deberes al Poder Público, estableciendo que le incumbe preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y proveer el manejo ecológico de las especies y ecosistemas; preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del país y fiscalizar las entidades dedicadas a la pesquisa y manipulación de material

---

<sup>79</sup> La inquisición civil constituye un valioso procedimiento administrativo, de carácter preprocesal, exclusivo del Ministerio Público. El *inquérito civil* permite no apenas la investigación de los hechos y la práctica de pruebas, más la transacción mediante el término de ajustamiento de conducta, con eficacia de título ejecutivo extrajudicial, por lo cual el agente causador del daño se compromete a repararlo. Véanse Machado, Paulo Afonso Leme, *op. cit.*, pp. 429-432; Mazzilli, Hugo Nigro, *A defesa dos interesses difusos...*, pp. 495-531; Mazilli, Hugo Nigro, "O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público", em Milaré, Édis (coord.), *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 221-245; y Martha, Alinne Cardim Alves y Borcat, Juliana Cristina, "Ação civil pública em defesa do meio ambiente", en Velandia Canosa, Eduardo Andrés y Quiroga Natale, Edgar Andrés (dirs.), *Derecho procesal constitucional: garantía jurisdiccional del medio ambiente en el derecho comparado*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2016, pp. 163-166.

<sup>80</sup> La admisión de la acción popular está prevista en la Constitución Federal como garantía procesal fundamental. De acuerdo con el inciso LXXIII del artículo 5º, cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular a fin de anular acto lesivo al patrimonio público o de entidad de la cual el Estado participe, a la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural, quedando el demandante exento de gastos procesales y de condenación de pagar las costas si perder el pleito al final, salvo si comprobada mala fe. Sobre la acción popular en Brasil, véase Mancuso, Rodolfo de Camargo, *Ação popular: proteção do erário; do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, 6a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

genético; definir, en todas las unidades de la Federación, espacios territoriales y sus componentes a ser especialmente protegidos, siendo la alteración y la supresión permitidas solamente por ley y vedada cualquier utilización que comprometa la integridad de los atributos que justifiquen su protección; exigir, en la forma de la ley, para la instalación de obra o actividad potencialmente causadora de significativa degradación del medio ambiente, estudio previo de impacto ambiental, al cual se debe dar publicidad; controlar la producción, la comercialización y el empleo de técnicas, métodos y sustancias que comporten riesgo para la vida, la cualidad de vida y el medio ambiente; promover la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza y la concientización pública para la preservación del medio ambiente; y proteger la fauna y la flora, siendo vedadas, en la forma de la ley, las prácticas que coloquen en riesgo su función ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan los animales a crueldad.

Observa Édís Milaré que el texto constitucional captó, con indisputable oportunidad, el que estaba en la alma nacional, la consciencia de que era necesario aprender a convivir armoniosamente con la naturaleza, traduciendo en varios dispositivos aquello que puede ser considerado uno de los sistemas de tutela medioambiental más amplios y actuales del mundo<sup>81</sup>. En efecto, la Constitución de 1988 dio un grande paso en favor de la tutela del medio ambiente, inclusive le confiriendo mayor notoriedad social y jurídica<sup>82</sup>. No por acaso, después de su promulgación fueron editadas diversas leyes vueltas a la protección del patrimonio ambiental del país<sup>83</sup>. Sin embargo, es fundamental que todas las personas y autoridades responsables se lancen a su efectiva aplicación de esas reglas, pues el mayor problema de Brasil en materia ambiental aun es el irrespeto generalizado, impune o no punible, de la ley<sup>84</sup>. Siendo el medio ambiente bien perteneciente a toda

---

<sup>81</sup> Milaré, Édís, *op. cit.*, p.184.

<sup>82</sup> Asevera Plauto Faraco de Azevedo que esas disposiciones constitucionales obligan el intérprete a opciones valorativas sobre el ejercicio de los derechos individuales, lo cuales no pueden se sobreponer al medio ambiente ecológicamente equilibrado cuando colocan en riesgo su manutención. Véase Azevedo, Plauto Faraco de, *op. cit.*, pp. 140-141.

<sup>83</sup> Por ejemplo, véanse la Ley 7.735, de 1989, que creó el Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (IBAMA); la Ley 8.746, de 1993, que instituyó el Ministerio del Medio Ambiente; la Ley 9.433, de 1997, que implantó la Política Nacional de los Recursos Hídricos; la Ley 9.795, de 1999, que estableció la Política Nacional de Educación Ambiental; la Ley 9.984, de 2000, que creó a Agencia Nacional de Aguas; y la Ley 11.105, de 2005, que fijó normas de seguridad y mecanismos de fiscalización de actividades que envuelvan organismos genéticamente modificados, instauró el Consejo Nacional de Bioseguridad, reestructuró la Comisión Técnica Nacional de Bioseguridad y dispuso sobre la Política Nacional de Bioseguridad.

<sup>84</sup> Véase Milaré, Édís, *op. cit.*, p. 185.

la colectividad, debe ser preservado y protegido tanto por la sociedad cuanto por el Estado. Mientras la sociedad actúa a través de organizaciones, asociaciones, grupos e iniciativas individuales, el Estado obra a partir de acciones simultáneas de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de naturaleza preventiva, represiva y reparatoria. A la par de medidas de índole preventiva<sup>85</sup>, el legislador prevé penalidades disciplinarias o compensatorias por el incumplimiento de las acciones necesarias a la preservación o corrección de la degradación ambiental<sup>86</sup>. Otrosí, para la implementación de la Política Nacional del Medio Ambiente, el legislador impone al transgresor la reparación del perjuicio ambiental como consecuencia del principio de que debe pagar aquel que realiza la polución. Manifestación del *ius puniendi* del Estado, mirando fundamentalmente la responsabilidad administrativa y penal, la represión no se confunde con la reparación, objeto de la esfera de responsabilidad civil<sup>87</sup>. En este contexto se destaca la acción civil pública, procedimiento especial apto a posibilitar la prevención del daño ambiental y, en especial, su reparación cuando ya haya ocurrido.

### 3 LA ACCIÓN CIVIL PÚBLICA PARA LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE

Aún no ha, en Brasil, un código específico para regular los procesos colectivos, o sea, las causas referentes a intereses o derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos<sup>88</sup>. A par de la Constitución Federal y del Código Procesal Civil, el cual es aplicado subsidiariamente, existe un microsistema procesal para la

---

<sup>85</sup> Como, por ejemplo, el establecimiento de padrones de calidad ambiental, la valoración de impactos ambientales y el licenciamiento ambiental, inscritos, respectivamente, en los incisos I, III y IV del artículo 9º de la Ley 6.938, de 1981.

<sup>86</sup> Acerca de esas medidas preventivas y represivas, véase Machado Paulo Afonso Leme, *op. cit.*, pp. 217-388.

<sup>87</sup> Véase Milaré, Édís e Milaré, Lucas Tamer, "A ação civil pública como instrumento preventivo/reparatório da danosidade ambiental", em Milaré, Édís (coord.), *Ação civil pública após 30 anos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 227-228.

<sup>88</sup> Existe dos anteproyectos de Código Brasileño de Procesos Colectivos: un elaborado por el Programa de Posgrado en Derecho de la Faculdade de Direito de la Universidade de São Paulo y otro, en conjunto, por los Programas de Posgrado de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro y de la Universidade Estácio de Sá. Ha, también, un Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccional para la Iberoamérica, elaborado por la Comisión de Revisión de la Propuesta de Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccional para la Iberoamérica, formada por Ada Pellegrini Grinover (Brasil), Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (Brasil), Abel Augusto Zamorano (Panamá), Angel Landoni Sosa (Uruguay), Carlos Ferreira da Silva (Portugal), Eduardo Vescovi (Uruguay), Juan Antonio Robles Garzón (España), Luiz Ernesto Vargas Silva (Colombia) y Roberto Omar Berizonce (Argentina). Esta codificación modelo fue aprobada en la Asamblea General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en octubre de 2008, por ocasión de las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, en Lima, Perú.

tutelas de los intereses transindividuales formado por un conjunto de leyes que se integran y se subsidian entre sí, a saber, la Ley de la Acción Popular (Ley 4.717, de 1965), la Ley de la Acción Civil Pública (Ley 7.347, de 1985), el Estatuto de la Crianza y del Adolescente (Ley 8.069, de 1990), el Código de Defensa del Consumidor (Ley 8.078, de 1990), la Ley de Improbidad Administrativa (Ley 8.429, de 1992), el Estatuto del Anciano (Ley 10.741, de 2003) y la Ley del Mandado de Seguridad (Ley 12.016, de 2009)<sup>89</sup>. Por eso, aunque la acción civil pública sea disciplinada en la Ley 7.347, que padeció inúmeras alteraciones con el pasar de los años, se le aplican las otras leyes que moldean el microsistema procesal colectivo, sobre todo el Código de Defensa del Consumidor, principal fuente del microsistema al lado de la Ley 7.347, así como la Constitución Federal y el Código Procesal Civil. Fue justamente la mencionada ley que creó, en 1985, la acción civil pública. Recibió esta denominación porque defiende bienes que componen el patrimonio social y público, a más de intereses difusos y colectivos. La inserción del calificativo “civil” fue para distinguirla de la acción penal pública, la cual también trata, en el ámbito de la jurisdicción criminal, de bien jurídico de naturaleza indisponible y tiene el *Parquet* como legitimado activo.

Según la actual redacción del artículo 1º de la Ley 7.347<sup>90</sup>, la acción civil pública es admisible, sin perjuicio de la acción popular, para apurar la responsabilidad por daños causados “I – al medio ambiente; II – al consumidor; III – a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico; IV – a cualquier otro intereses difuso o colectivo; V – por infracción del orden económico; VI – al orden urbanístico; VII – a la honra y la dignidad de grupos raciales, étnicos o religiosos; VIII – al patrimonio público y social”<sup>91</sup>. A más de ocupar posición de excelencia en el primero inciso del catálogo normativo, el medio ambiente está presente en el inciso III, porque, con la Constitución de 1988, el medio ambiente cultural, integrado por el patrimonio histórico, artístico, paisajístico, turístico y arqueológico, pasó a figurar como una de sus dimensiones. Conforme el artículo 3º de la Ley 7.347, en la acción civil

---

<sup>89</sup> Sobre la evolución histórica de la tutela colectiva de los derechos en el Brasil, hasta la elaboración de los anteproyectos de Código Brasileño de Procesos Colectivos, véase Castro Mendes, Aluísio Gonçalves, *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, 4a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, pp. 199-211.

<sup>90</sup> La redacción del artículo fue modificada por la Ley 8.078, de 1990; la Ley 8.884, de 1994; la Medida Provisoria 2.180-35, de 2001; la Ley 10.257, de 2001; la Ley 12.529, de 2011; la Ley 12.966, de 2014; y la Ley 13.004, de 2014.

<sup>91</sup> En 2001, por medio de la Medida Provisoria 2.180-35, que incluyó un párrafo único al artículo 1º de la Ley 7.347, fue vedado el ingreso de la acción civil pública para vehicular pretensiones que envuelvan tributos, contribuciones jubilares, el Fondo de Garantía del Tiempo de Servicio (FGTS) u otros fondos de naturaleza institucional cuyos beneficiarios pueden ser individualmente determinados.

pública se puede formular pleito condenatorio, así como de prestación de hacer o de no hacer<sup>92</sup>. Así, en el caso de daños causados al medio ambiente, debe buscarse su reparación, preferencialmente por la restauración natural del bien agredido, cesando la actividad lesiva y reponiendo la situación, lo más próximo posible, al estado anterior al daño o se adoptando medida compensatoria equivalente al de la restauración al *status quo ante*. Solamente si fuere imposible la restauración natural en el propio local del daño (restauración *in situ*) se debe procurar la compensación por equivalente ecológico, mediante la sustitución del bien afectado por otro que le corresponda funcionalmente. La otra modalidad, la indemnización pecuniaria, tiene aplicación residual. En la hipótesis de la restauración se revelar insuficiente o inviable – fáctica o técnicamente –, admitiese la indemnización en dinero como forma indirecta de sanar la lesión.

En realidad, se puede formular en la acción civil pública cualquier pedido necesario para responsabilizar civilmente aquel que coloque en riesgo o cause daño al medio ambiente. El objeto de la acción civil pública debe ser comprendido a la luz del principio de la máxima efectividad y amplitud de la tutela colectiva, consagrado en el artículo 83 del Código de Defensa del Consumidor al prever la admisibilidad de todas las especies de acciones capaces de propiciar la adecuada y efectiva defensa

---

<sup>92</sup> El Tribunal Superior de Justicia asentó la posibilidad de comulación de pedidos en la acción civil pública frente a la disposición del artículo 3º de la Ley 7.347. En una interpretación restrictiva de la ley, en virtud del uso de la conjunción “o”, no se podría, en una acción civil pública, acumular un pedido de prestación de hacer o no hacer con un pedido de condenación en dinero, eso es, no se podría pleitear, por ejemplo, la indemnización cuando la reparación del medio ambiente no fuere posible o suficiente. En el fallo del Recurso Especial 605.323, de 2005, el Tribunal Superior de Justicia decidió que la conjunción “o” del artículo 3º de la Ley 7.347 debe ser considerada en el sentido de adición y no de alternativa excluyente, bajo pena de tornar la acción civil pública un instrumento inadecuado para su fines. Como todo instrumento procesal, la acción civil pública se somete al principio de la adecuación, debiendo tener la aptitud suficiente para viabilizar, en el plano jurisdiccional, la debida e integral protección del medio ambiente. En ese sentido de que es necesaria la reparación integral de la lesión al medio ambiente, el Tribunal Superior de Justicia también pacificó el entendimiento de que es admisible el daño moral colectivo, pues un daño al medio ambiente, bien público por naturaleza, puede vulnerar tanto la esfera moral individual como la colectiva por su repercusión general. Resolvió la Corte, en el Recurso Especial 1.129.494, de 2013, que el daño moral ambiental colectivo alcanza derechos de personalidad del grupo masificado, siendo desnecesaria la demostración de que la colectividad sienta dolor, repulsa o indignación, tal como un individuo recoleto. Las principales fuentes normativas a fundamentar el pedido de indemnización por daños morales colectivos por lesión al medio ambiente son el inciso X del artículo 5º de la Constitución Federal y el artículo 1º de la Ley 7.347, que, desde la redacción determinada por la Ley nº 8.884, de 1994, admite indemnización por daños morales en acción civil pública. Acerca del asunto, véanse Leite, José Rubens Morato *et al.*, “O estatuto do dano moral ambiental: principiologia, juridicidade e aceitação na jurisprudência pátria”, em Milaré, Édís (coord.), *Ação civil pública após 30 anos*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 495-510; Almeida, Gregório Assagra de, “Objeto material da ação civil pública: algumas questões polêmicas”, em Milaré, Édís (coord.), *Ação civil pública após 30 anos*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 321-345; y Souza, Luiz Antônio de, *op. cit.*, pp. 545-546

de los derechos e intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos<sup>93</sup>. También se puede pleitear tutela provisoria en la acción civil pública para frenar o impedir, mediante cognición sumaria, el daño ambiental, facultado al juez determinar las medidas que considerar adecuadas para la efectividad del pronunciamiento, v.g., la fijación de *astreintes*<sup>94</sup> (Ley 8.078, art. 84, § 4º; CPC, art. 297). A tenor del nuevo Código Procesal Civil, la tutela provisoria puede fundamentarse en urgencia o en evidencia (arts. 294, *caput*)<sup>95</sup>. La tutela provisoria de urgencia, de naturaleza cautelar o anticipada, puede ser concedida en carácter antecedente o incidental cuando existe elementos que evidencien la probabilidad del derecho y el peligro de daño o el riesgo al resultado útil del proceso (CPC, arts. 294, párrafo único, y 300, *caput*). Por otro lado, la tutela provisoria de evidencia puede ser concedida cuando queda caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito retardador de la parte; las alegaciones de hecho pudieren ser comprobadas apenas documentalmente y hubiere tese firmada en juicio de casos repetitivos<sup>96</sup> o en *súmula* vinculante<sup>97</sup>; la petición inicial fuere instruida con documentos suficientes de los hechos constitutivos del derecho del

---

<sup>93</sup> Inicialmente, eran objeto de la acción civil pública solamente los intereses y derechos difusos y colectivos. Por fuerza del artículo 83 del Código de Defensa del Consumidor, la acción civil pública pasó a tutelar también los individuales homogéneos.

<sup>94</sup> Según el § 4º del artículo 84 del Código de Defensa del Consumidor, el juez puede, al conceder tutela provisoria, imponer multa diaria al reo, independientemente de requerimiento del actor, se fuere suficiente o compatible con la obligación, fijando plazo razonable para el cumplimiento.

<sup>95</sup> Además del Código Procesal Civil, fundamentan la tutela provisoria en acción civil pública los artículos 4º y 12 de Ley de la 7.347, así como el artículo 84, § 3º, del Código de Defensa del Consumidor.

<sup>96</sup> Para los fines del Código Procesal Civil, se considera juicio de casos repetitivos las decisiones proferidas en incidentes de resolución de demandas repetitivas y en recursos especial y extraordinario repetitivos.

<sup>97</sup> En Brasil, los tribunales editan *súmulas*: enunciados sintetizando entendimientos jurisprudenciales con eficacia persuasiva. La Enmienda Constitucional nº 45, de 2005, también instituyó el poder del Supremo Tribunal Federal aprobar *súmulas* con efecto vinculante. Con la reglamentación, el Supremo Tribunal Federal pasó a poder, de oficio o por provocación, mediante la aprobación de dos tercios de sus miembros, después de reiteradas decisiones sobre una materia constitucional, aprobar *súmula* con efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal. La llamada *súmula vinculante* tiene por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas constitucionales cuando existe controversia actual entre órganos judiciales, o entre estos y la Administración Pública, que acarree grave inseguridad jurídica y relevante multiplicación de procesos sobre cuestión idéntica. La reforma constitucional no se olvidó de instituir la posibilidad de cancelación o alteración de las *súmulas* vinculantes, obstando, de esa manera, la inmutabilidad perpetua de sus enunciados. Se estatuyo, de propio, que la aprobación, la revisión o la cancelación de las *súmulas* vinculantes puede ser provocada por los legitimados a proponer la acción directa de inconstitucionalidad, o sea, el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa da Cámara de los Diputados, las Mesas de Asambleas Legislativas de los Estados, la Mesa de la Cámara Legislativa del Distrito Federal, los Gobernadores de los Estados, el Gobernador de lo Distrito Federal, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, las confederaciones sindicales y las entidades de clase de ámbito nacional.



demandante, al que el reo no oponga prueba capaz de generar duda razonable (CPC, art. 311).

La legitimidad activa para proponer la acción civil pública medioambiental pertenece al Ministerio Público; a la Defensoría Pública, a la Unión, los Estados, al Distrito Federal, a los Municipios; a las autarquías, a las empresas públicas, a las fundaciones, a las sociedades de economía mixta; y a las asociaciones que tengan más de un año<sup>98</sup> y la protección del medio ambiente como su finalidad institucional (Ley 7.347, art. 5º, *caput*)<sup>99</sup>. A fin de facilitar la tutela de los derechos difusos, la ley establece una legitimación concurrente y disyuntiva, pues todos están autorizados a proponer na demanda, individualmente o en litisconsorcio<sup>100</sup>, sin que sea necesaria la anuencia o autorización de los demás. Además, cualquier de los legitimados puede participar de la acción civil pública que no sea autor en la cualidad de asistente y, el Ministerio Público, cuando no fuere parte, debe obligatoriamente intervenir como fiscal del orden jurídico (Ley 7.347, art. 5º, § 1º)<sup>101</sup>. Principal y más actuante legitimado, el Ministerio Público puede asumir el polo activo de la relación jurídica procesal sí otro legitimado desistir de forma infundada o abandonar la acción civil pública (Ley 7.347, art. 5º, § 3º). Con respecto a la legitimidad pasiva, puede ser demandada cualquier persona, física o jurídica, de derecho privado o de derecho público, que sea responsable, directa o indirectamente, por actividad causante de degradación ambiental, incluso formándose litisconsorcio. La inclusión del Poder Público como legitimado pasivo se justifica no sólo por eventuales actos comisivos atentatorios al medio ambiente que eventualmente venga a practicar, pero, también, por actos omisivos, una vez que la lesión al medio ambiente puede ser provocada por la falta de los agentes públicos.

---

<sup>98</sup> El requisito de la constitución previa puede ser dispensado por el juez cuando ha manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, así como por la relevancia del bien jurídico protegido (Ley 7.347, art. 5º, § 4º).

<sup>99</sup> Sobre la legitimidad activa en la acción civil pública, véase Costa, Susana Henriques da (coord.), *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*, 1a. ed., São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 384-428.

<sup>100</sup> En los §§ 2º y 5º del artículo 5º, la Ley nº 7.347 admite expresamente la posibilidad de litisconsorcio facultativo entre los legitimados activos para la acción civil pública, incluso entre los Ministerios Públicos Federal, del Distrito Federal y de los Estados.

<sup>101</sup> Sobre litisconsorcio y asistencia en la acción civil pública, véase Mancuso, Rodolfo de Camargo, *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 12a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

La acción civil pública en defensa del medio ambiente debe ser aforada, como regla general, en el sitio donde ha ocurrido o deba ocurrir el evento dañoso<sup>102</sup>. La competencia territorial es *ratione loci* a fin de facilitar la actividad probatoria. Concluida la producción de pruebas, cumple al juez dictar la decisión. La sentencia que acoge el pedido determina al demandado la restauración natural del bien agredido, cesando la actividad lesiva al medio ambiente y reponiendo la situación, lo más próximo posible, al estado anterior al daño, so pena de incurrir en multa diaria, suficiente o compatible, independientemente de requerimiento del actor (Ley 7.347, art. 11)<sup>103</sup>. Si no fuere posible la restauración natural al *status quo ante*, el juez debe ordenar la realización de medida compensatoria equivalente a aquella (Ley 8.078, art. 84, *caput*). Tanto para la tutela específica como para la obtención del resultado práctico equivalente, puede el juez determinar las medidas necesarias, tales como busca y aprehensión, remoción de cosas y personas, desfasamiento de obra, impedimento de actividad nociva y requisición de fuerza policial (Ley 8.078, art. 84, § 5º). Tampoco siendo viable la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente, la sentencia debe, residualmente, condenar el reo a pagar indemnización en dinero como forma indirecta de sanar la lesión, sin perjuicio de la multa eventualmente fijada para compelerlo al cumplimiento específico (Ley 8.078, art. 84, §§ 1º y 2º). Cuando la decisión impone condenación indemnizatoria, así como en caso de multa por incumplimiento de orden judicial, la plata debe revertir para un fondo destinado a invertir en el cuidado al medio ambiente, administrado por un Consejo Federal o por

---

<sup>102</sup> Cuando el daño se extiende a más de un foro, tienen competencia concurrente los jueces de todos los foros afectados por el impacto ambiental. Así, caso más de una acción civil pública sean propuesta con la misma *causa petendi* y mismo objeto para jueces de competencia concurrente, deberá juzgar el juez donde fue primeramente propuesta la acción (Ley 7.347, art. 2º). Pero, cuando los daños son de ámbito nacional, esto es, afectan concretamente todo el territorio nacional, el foro competente es del Distrito Federal. En sentido contrario, de que ha competencia concurrente entre el foro del Distrito Federal y los foros de las capitales de los Estados, véase Sarti, Amir José Finocchiaro, “Ação civil pública: questões processuais”, *Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região*, Porto Alegre, Tribunal Regional Federal da Quarta Região, v. 11, núm. 38, julho de 2000, p. 162. En el sentido de que la competencia debe ser del Supremo Tribunal Federal en esa hipótesis, véase Rusch, Erica, “Competência na ação civil pública de responsabilidade por danos ambientais: o estudo do caso da transposição do Rio São Francisco”, em Didier Junior, Fredie e Mouta, José Henrique (coords.), *Tutela jurisdicional coletiva*, Salvador, JusPodivm, 2009, pp. 200-205.

<sup>103</sup> A tenor del artículo 18 de la Ley 7.347 y del artículo 87 del Código de Defensa del Consumidor, no ha adelantamiento de gastos procesales durante el proceso. Y, siendo asociación el demandante, no ha condenación al pago de los gastos procesales y de honorarios del abogado a parte contraria, salvo comprobada mala fe, se la resolución fuere de improcedencia de la demanda o de extinción del proceso sin la apreciación del mérito de la causa. A propósito, véanse los comentarios de Daniela Gabbay en Costa, Susana Henriques da (coord.), *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*, 1a. ed., São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 557-565.

Consejo Estadual de lo cual debe obligatoriamente participar el Ministerio Público y representantes de la comunidad local (Ley 7.347, art. 13)<sup>104</sup>.

En virtud de la naturaleza transindividual del interés tutelado, la cosa juzgada es *secundum eventum litis* en la acción civil pública, a medida que depende del resultado del proceso. Tratando la defensa del medio ambiente de interés difuso, hace cosa juzgada material *erga omnes* la sentencia que declara procedente el pedido, beneficiando a todos, incluso, las personas individualmente atingidas (Ley 7.347, art. 16; Ley 8.078, art. 103, I), las cuales pueden proceder a la liquidación y a la ejecución de la sentencia en el foro de su domicilio (Ley 8.078, art. 103, § 3º, *in fine*) o aguardar que sean realizadas de forma colectiva por uno de los legitimados activos<sup>105</sup> (Ley 8.078, arts. 97 y 98). Por otro lado, transitando en juzgado la sentencia que rechaza la demanda en la acción civil pública por insuficiencia de pruebas o caso el pronunciamiento extinga el proceso, sin resolución del mérito, no ha cosa juzgada material (Ley 7.347, art. 16; Ley 8.078, art. 103, I). Así, habiendo sólo cosa juzgada formal, cualquier de los legitimados, incluso el actor de la acción civil pública anterior, puede intentar otra demanda con idéntico fundamento, valiéndose, todavía, de nueva prueba. Naturalmente, en tales hipótesis nada obsta las víctimas y sus sucesores de proponer acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individual o colectivamente (Ley 8.078, art. 103, § 3º). Y en el caso de la decisión declarar improcedente el pedido formulado por cualquier motivo que no sea la insuficiencia probatoria, la sentencia hace cosa juzgada material. Pero, los efectos subjetivos de la cosa juzgada atingen solamente los colegitimados activos de la acción civil pública, no comprendiendo las víctimas y sus sucesoras, que no pueden ser perjudicadas en sus acciones individuales, sea por cosa juzgada, sea por litispendencia (Ley 8.078, art. 104)<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> La organización político-administrativa de Brasil comprende la Unión, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios. En la estructura judicial nacional, a par de la justicia especializada, formada por las justicias Laboral, Electoral y Militar, existe la justicia común, constituida por la justicia federal, la justicia del Distrito Federal y Territorios y las justicias estatales. Cada Estado de la Federación organiza y mantén su propia justicia. En la justicia federal los recursos obtenidos en acciones civiles públicas ambientales se destinan al Fondo de Defensa de los Derechos Difusos o al Fondo Nacional del Medio Ambiente. Véase Machado, Paulo Afonso Leme, *op. cit.*, pp. 438-439.

<sup>105</sup> La liquidación y la ejecución de la sentencia dictadas en acción civil pública pueden ser individuales, promovidas por la víctima y sus sucesores, o colectiva, por los legitimados activos según la ley procesal. La ejecución colectiva puede abarcar las víctimas cuyas indemnizaciones ya tuvieran sido fijadas en pronunciamiento de liquidación, sin perjuicio del ingreso de otras ejecuciones (Ley 8.078, arts. 97 y 98).

<sup>106</sup> Sobre la cosa juzgada en la acción civil pública, véanse Mancuso, Rodolfo de Camargo, *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*, 3a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais,

#### 4 LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO

Siguiendo la tradición, el Código Procesal Civil de 2015 mantuvo como regla general la de que incumbe al actor demostrar la veracidad de los hechos constitutivos de su derecho, mientras al demandado compete probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes (CPC, art. 373, *caput*), así como la posibilidad de distribución diversa de la carga de la prueba por convención de las partes cuando no se tratar de derecho indisponible y desde que la redistribución no torne excesivamente difícil a una parte el ejercicio del derecho (art. 373, § 3º, I y II)<sup>107</sup>. La gran novedad ha sido la positivación que el juez puede distribuir el *onus probandi* de forma distinta de la regla general, tornando posible la dinamización de la carga de la prueba en cualquier procedimiento<sup>108</sup>. Conforme el § 1º del art. 373 del Código Procesal Civil, en los casos previstos en ley o debido a peculiaridades de la causa relacionadas con la imposibilidad o la dificultad excesiva de cumplir con el encargo probatorio o a la mayor facilidad de obtención de prueba de hecho contrario, el juez puede asignar la carga de la prueba de manera diferente. La resolución judicial debe ser motivada y no puede generar situación en que el cumplimiento del encargo por la parte sea imposible o excesivamente difícil, así como debe garantizarse a la parte la oportunidad de descargar la carga que le ha sido asignada (CPC, art. 373, § 1º, *in fine*, y § 2º).

Sin embargo, desde 1990 el Código de Defensa del Consumidor, una de las principales leyes que integran el microsistema procesal colectivo, admite la inversión de la carga de la prueba en favor del consumidor a fin de facilitar la defensa de sus derechos en juicio (art. 6º, VIII). Para que ocurra la inversión, basta que el juez considere, según las reglas ordinarias de experiencia, que el consumidor sea hiposuficiente o sea verosímil su alegación. Todavía se estableció una divergencia en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la posibilidad de inversión de la carga de la prueba en acciones civiles públicas que no versan sobre relación de consumo en la medida en que el artículo 21 de la Ley de la Acción Civil Pública, incluido por el Código

---

2012; y Zawascki, Teori Albino, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, 4a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 64-67.

<sup>107</sup> Otrosí, el Código Procesal Civil tornó expreso que la convención de las partes acerca de la carga de la prueba puede ser celebrada antes o durante el procedimiento (art. 373, § 4º).

<sup>108</sup> La teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba era defendida por procesalistas y aplicada de forma eventual por los tribunales brasileños. Existen innumerables pronunciamientos que hubieran distribución dinámica del *onus probandi* antes del Código Procesal Civil de 2015.

de Defensa del Consumidor, prevé para la defensa de derechos e intereses difusos, colectivos y individuales homogéneos solamente la aplicación de los dispositivos del Título III del Código de Defensa del Consumidor (arts. 81 a 104), el cual no comprende el inciso VIII del artículo 6<sup>o</sup><sup>109</sup>. A pesar de la laguna, considerando las garantías procesales constitucionales y que la regla estática de la carga de la prueba no se coaduna con acciones de naturaleza meta-individual, entendiéndose que el inciso VIII del artículo 6<sup>o</sup> del Código de Defensa del Consumidor es una norma del microsistema procesal colectivo, razón por la cual es posible la inversión de la carga de la prueba en toda acción civil pública, sobre todo cuando fuere verosímil la alegación del actor o por hiposuficiencia de las personas substituidas en la acción colectiva.

Al menos para el medio ambiente, la jurisprudencia se consolidó en el sentido de la posibilidad de inversión de la carga probatoria en acciones civiles públicas. Aunque controvertida la aplicabilidad del inciso VIII del artículo 6<sup>o</sup> del Código de Defensa del Consumidor fuera de causas sobre el derecho del consumidor<sup>110</sup>, precisamente con el designio de resguardar, el máximo posible, la integridad del medio ambiente, las reglas y principios del propio derecho ambiental, en especial el principio de la precaución, viabilizaran la pacificación del entendimiento de que es posible la inversión de la carga probatoria<sup>111</sup>. Para el Tribunal Superior de Justicia, quien crea o asume el riesgo de daños ambientales tiene el deber de reparar los daños causados y, en ese sentido, asume todo el encargo de probar que su conducta no fue dañina<sup>112</sup>. En otras palabras, si el demandado dejar de probar que no ha sido el

---

<sup>109</sup> Esa posibilidad de facilitar la protección de derechos e intereses difusos, colectivos y individuales homogéneos se tornó más aún accesible con el Código Procesal Civil de 2015, que pasó a admitir la redistribución de la carga de la prueba en cualquier procedimiento en virtud de peculiaridades de la causa relacionadas a la imposibilidad o a la excesiva dificultad de cumplir el encargo probatorio o a la mayor facilidad de obtención de la prueba del hecho contrario.

<sup>110</sup> Hay decisiones del Tribunal Superior de Justicia entendiendo aplicable el artículo 6<sup>o</sup>, VIII, del Código de Defensa del Consumidor como fundamento para la inversión de la carga de la prueba en acciones civiles públicas medioambientales. En el Recurso Especial 1.049.822/RS, de 2009, resolvió que la norma en cuestión contiene un comando estrictamente procesal, que lo hace universalmente válido en todas las áreas de la acción civil pública.

<sup>111</sup> Enseña Alexandre Saltz que sustentan la inversión de la carga de la prueba en acciones medioambientales el principio de la precaución, de la prevención y del contaminador-pagador, máxime por lectura del art. 225, §§ 1<sup>o</sup>, I, IV, VII, y 3<sup>o</sup> de la Constitución, así como el art. 14, § 1<sup>o</sup>, de la Ley n<sup>o</sup> 6.938, de 1981. Véase Saltz, Alexandre Sikinowski, "O ônus da prova nas ações ambientais: inversão e distribuição dinâmica como técnicas de efetivação do direito fundamental ao ambiente adequado", em Dias, Handel Martins (org.), *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, 1a. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018, pp. 13-37.

<sup>112</sup> Véanse, v.g., el Recurso Especial 1.517.403/AL, de 2015; el Agravo Regimental no Agravo em

causador de los daños ambientales, será considerado responsable por su reparación en la sentencia. Recientemente, en 24 de octubre de 2018, la Corte Especial del Tribunal Superior de Justicia puso un punto final a la discusión que existía en los tribunales brasileños al editar la *súmula*<sup>113</sup> 618, asentando que “*la inversión de la carga de la prueba es aplicable a las acciones de degradación ambiental*”.

Con efecto, además del Código de Defensa del Consumidor, el propio sistema jurídico ambiental brasileño subsidia la inversión de la carga de la prueba en las acciones civiles públicas medioambientales, incluso el principio de la reparación integral o *in integrum* del daño ambiental, intrínseco al principio del contaminador-pagador, por lo cual se determina la responsabilización por todos los efectos decurrentes de la conducta lesiva, incluyendo, entre otros aspectos, el perjuicio suportado por la sociedad, hasta que haya una completa y absoluta recuperación *in natura* del bien herido<sup>114</sup>. En realidad es una calle de doble sentido. Para efectuarse la reparación completa del medio ambiente, la posibilidad de revertir la carga de la prueba es una herramienta procesal fundamental, ya que a menudo el representante de la sociedad no tiene los medios de prueba suficientes para responsabilizar a quien ha causado el daño ambiental. Para el Tribunal Superior de Justicia, la responsabilidad civil por daños ambientales, independientemente de la calificación jurídica del degradante, público o privado, es de naturaleza objetiva, solidaria e ilimitada, siendo regido por el principio de la reparación *in integrum*, el principio del contaminador-pagador, el principio de la prioridad de la reparación *in natura* y el principio del *favor debilis*, el cual legitima una variedad de técnicas para facilitar el acceso a la justicia, entre las cuales la inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima ambiental<sup>115</sup>.

Para salvaguardarse el derecho fundamental de la colectividad al medio ambiente ecológicamente equilibrado, es necesario que el Poder Judicial ofrezca respuestas céleres, efectivas y, por encima de todo, adecuadas, con la aplicación de las leyes y de los principios ambientales. Aunque sea bastante cualificada la legislación, es imprescindible una buena prestación jurisdiccional para consolidarse la

---

Recurso Especial 183.202/SP, de 2015; el Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 533.786/RJ, de 2015; el Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 779.250/SP, de 2016; y el Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.090.084/MG, de 2017. Aun sobre el principio de la precaución como fundamento en favor de la inversión de la carga probatoria en la acción civil pública medioambiental, véase Milaré, Édís e Milaré, Lucas Tamer, *op. cit.*, pp. 245-246.

<sup>113</sup> Para entender el significado de *súmula*, véase la nota de pie de página 30.

<sup>114</sup> Cf. Recurso Especial nº 1.334.421/RS. Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 06/11/2019.

<sup>115</sup> Véase, *v.g.*, el Recurso Especial nº 1.081.257/SP. Rel. Min. Og Fernandes, DJe 13/06/2018.

protección del medio ambiente. En este contexto se muestra esencial la jurisprudencia firmada en torno de cuestiones en que existe laguna, antinomia u oscuridad en el ordenamiento jurídico en materia medioambiental, en especial del Tribunal Superior de Justicia, corte constitucionalmente incumbida de asegurar la integridad del derecho federal y la uniformidad de su interpretación, pronunciando decisiones con fuerte eficacia persuasiva, si no con eficacia vinculante, sobre todo a partir del Código Procesal Civil de 2015. En realidad, el Tribunal Superior de Justicia viene construyendo una jurisprudencia sólida, protectora y decisiva para la consolidación de la defensa del medio ambiente<sup>116</sup>, con el empleo, la posibilidad de inversión de carga probatoria en acciones civiles públicas medioambientales. La práctica viene

---

<sup>116</sup> Innumerables tesis defendidas en acciones civiles públicas acerca de materia medio ambiental tienen merecido recepción en el Tribunal Superior de Justicia, consolidando un camino efectivo de protección de ese derecho fundamental. Otro ejemplo importante fue el entendimiento firmado por el Tribunal Superior de Justicia sobre la imprescriptibilidad de la pretensión de responsabilidad civil ambiental ante la omisión de la ley. En el juicio del Recurso Especial 1.120.117, de 2009, la Segunda Turma del Tribunal Superior de Justicia pronunció que, independientemente de no estar expreso en la ley, el derecho al pedido de reparación de daños ambientales es imprescriptible por tratarse de derecho indisponible, inherente a la vida, fundamental y esencial a la afirmación de los pueblos. Otra relevante resolución del Superior Tribunal de Justicia fue la negación de que el hecho consumado fuese capaz de obstar la responsabilidad civil ambiental. En el Recurso Especial 1.394.025, de 2013, afirmó el Tribunal Superior de Justicia que, en tema de derecho ambiental, no se cogita en derecho adquirido a la devastación, ni se admite la incidencia de la teoría del hecho consumado para situaciones irregulares e ilícitas por el decurso del tiempo. Como subraya Luiz Antônio de Souza, el hecho consumado, la situación fáctica consolidada y las violaciones pretéritas no pueden ser prestigiadas en virtud del derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado. No importa el mayor o menor valor económico alcanzado y, tampoco, la posible afectación de la vida de algunas personas interesadas en la manutención de la degradación. El interés mayor – de toda la colectividad – es que debe prevalecer, bajo pena de inversión de los valores constitucionales. Finalmente se destaca el entendimiento del Tribunal Superior de Justicia en el sentido de que toda persona que, directa o indirectamente, por acción u omisión, tenga lucrado o contribuido, de cualquier manera, con el daño ambiental es civilmente responsable por su reparación. Para la Corte, la responsabilidad por daños ambientales es informada por la teoría del riesgo integral, siendo el nexo de causalidad el factor aglutinante a permitir que el riesgo se integre en la unidad del acto. A tenor del decidido en el Recurso Especial 1.071.741, de 2010, por el Tribunal Superior de Justicia, para el fin de la apuración del nexo de causalidad en el daño ambiental y de eventual existencia de solidaridad pasiva, se equiparan: quien hace, quien no hace cuando debería hacer, quien no se importa que hagan, quien cala cuando debería denunciar, quien financia para que hagan y quien se beneficia cuando otros hacen. La comprensión del nexo de causalidad entre la acción u omisión y el daño ambiental es fundamental para la definición de los civilmente responsables por ello. Importante consecuencia práctica de esta jurisprudencia es que las empresas pasaran a preocuparse con la responsabilidad ambiental. Ejemplo es la Resolución 4.327, de 2014, del Banco Central de Brasil, previendo que los proyectos financiados sean desarrollados de forma socio y ambientalmente responsables. Al final, caso la empresa financiada cause daños ambientales, el Banco Central de Brasil, como financiador, tendrá responsabilidad solidaria por esos daños. Véase Souza, Luiz Antônio de, *op. cit.*, pp. 546-548.

demostrando que, en incontables procesos, la inversión de la carga de la prueba es de fundamental importancia para proporcionar la reparación integral del medio ambiente.

## **5 CONCLUSIONES**

El presente ensayo constituye una síntesis de una investigación acerca de la importancia de la inversión de la carga de la prueba en acciones civiles públicas para la reparación integral del medio ambiente en Brasil. Derecho fundamental de la persona humana, el derecho al medio ambiente fue incluido en la Constitución brasileña de 1988. Conforme el texto constitucional, el medio ambiente equilibrado es un derecho de toda la colectividad, siendo considerado un bien de uso común del pueblo e indispensable para la salud humana, imponiendo el deber de protección para las presentes y futuras generaciones tanto por el Poder Público cuanto por la sociedad. Procedimiento especial propio para la tutela de intereses y derechos difusos, la acción civil pública tiene se revelado fundamental para la prevención y la reparación de daños ambientales. Patrimonio jurídico de la sociedad brasileña, la acción civil pública se transformó, a partir de la Constitución vigente, en un instrumento garantizador del Estado de Derecho Ambiental, fundado en el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado. Mas para que alcance su desiderátum, aunque sea cualificada la legislación, sea en ámbito material, sea en ámbito procesal, es imprescindible una jurisdicción adecuada para consolidarse la salvaguarda del medio ambiente. En este contexto se muestra fundamental la posibilidad de inversión de la carga de la prueba para facilitarse la efectuación de la reparación integral del medio ambiente, sea con base en el art. 6º, VIII, del Código de Defensa del Consumidor, sea con base en las reglas y principios del derecho ambiental. Afortunadamente, el Tribunal Superior de Justicia consolidó esa posibilidad al dictar la súmula 618, yendo al encuentro de decisiones protectoras que tiene se mostrado esenciales para la afirmación de la acción civil pública como instrumento político-social de concretización del derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de, Objeto material da ação civil pública: algumas questões polêmicas. In MILARÉ, Édis (coord.), *Ação civil pública após 30 anos*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 321-345.

ALVIM, Arruda, Coisa julgada nas ações coletivas e identidade de causas entre a ação civil pública e ação popular. In MILARÉ, Édis (coord.), *Ação civil pública após 30 anos*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 105-123.

AMOY, Rodrigo de Almeida, “A proteção do direito fundamental ao meio ambiente no direito interno e internacional”, em *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008, pp 4549-4568.

AZEVEDO, Plauto Faraco de, *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, 2a. ed., Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 2015.

AZEVEDO, Plauto Faraco de, *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*, 3a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves, *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, 4a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, Protección de intereses difusos y medio ambiente, en Velandia Canosa, Eduardo Andrés y Quiroga Natale, Edgar Andrés (dirs.), *Derecho procesal constitucional: garantía jurisdiccional del medio ambiente en el derecho comparado*, 1a. ed., Bogotá, Nueva Jurídica, 2016, pp. 291-308.

CUNHA, Leonardo Carneiro da, Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, núm. 193, março de 2011, pp. 255-279.

DIDIER JUNIOR, Fredie e MOUTA, José Henrique (coords.). *Tutela jurisdiccional coletiva*. 1a. ed., Salvador, JusPodivm, 2009.

Costa, Susana Henriques da (coord.). *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*, 1a. ed., São Paulo, Quartier Latin, 2006.

FREITAS, Vladimir Passos de, Ação civil pública e dano ambiental individual, em MILARÉ, Édis (coord.), *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 591-601.

GRINOVER, Ada Pellegrini, A coletivização de ações individuais após o veto, em MILARÉ, Édis (coord.), *Ação civil pública após 30 anos*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 19-24.

GUERRA, Sidney e GUERRA, Sérgio, *Direito ambiental*, 1a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004.

LEITE, José Rubens Morato *et al.*, Ação civil pública, termo de ajustamento de conduta e formas de reparação do dano ambiental: reflexões para uma sistematização, em MILARÉ, Édis (coord.), *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 331-343.

LEITE, José Rubens Morato *et al.*, O estatuto do dano moral ambiental: principiologia, juridicidade e aceitação na jurisprudência pátria, em MILARÉ, Édis (coord.), *Ação civil pública após 30 anos*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 495-510.

LEONEL, Ricardo de, *Manual do processo coletivo*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, Paulo Afonso Leme, *Direito ambiental brasileiro*, 20a. ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 12a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Ação popular: proteção do erário; do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, 6a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

MARTHA, Alinne Cardim Alves y BORCAT, Juliana Cristina. Ação civil pública em defesa do meio ambiente. en Velandia Canosa, Eduardo Andrés y Quiroga Natale, Edgar Andrés (dirs.), *Derecho procesal constitucional: garantía jurisdiccional del medio ambiente en el derecho comparado*, 1a. ed., Bogotá, Nueva Jurídica, 2016, pp. 153-168.

MAZZILLI, Hugo Nigro, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 26a. ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

MAZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público, em MILARÉ, Édis (coord.), *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 221-245.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7a. ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

MEZZETTI, Luca. El derecho fundamental y social al medio ambiente., en VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés y Quiroga Natale, Edgar Andrés (dirs.), *Derecho procesal constitucional: garantía jurisdiccional del medio ambiente en el derecho comparado*, 1a. ed., Bogotá, Nueva Jurídica, 2016, pp. 311-328.

MILARÉ, Édis e MILARÉ, Lucas Tamer. A ação civil pública como instrumento preventivo/reparatório da danosidade ambiental. In MILARÉ, Édis (coord.), *Ação civil pública após 30 anos*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 227-269.

MILARÉ, Édis, *Direito do meio ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*, 4a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

MILARÉ, Édis, *Direito do meio ambiente: a gestão ambiental em foco*, 5a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

NALINI, José Renato. Ação civil pública: raio de esperança para um ambiente em estágio terminal. In MILARÉ, Édis (coord.), *Ação civil pública após 30 anos*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 481-493.

PINTO, Carlos Eduardo Ferreira. Ação civil pública, licenciamento ambiental e fato consumado. In MILARÉ, Édis (coord.), *Ação civil pública após 30 anos*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 135-147.

PUOLI, José Carlos Baptista, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. In COSTA, Susana Henriques da *et al.* (coords.), *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*, 1a. ed., São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 316-335.

SALTZ, Alexandre Sikinowski. O ônus da prova nas ações ambientais: inversão e distribuição dinâmica como técnicas de efetivação do direito fundamental ao ambiente adequado. In DIAS, Handel Martins (org.), *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, 1a. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018, pp. 13-37.

SARTI, Amir José Finocchiaro. Ação civil pública: questões processuais. *Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região*, Porto Alegre, Tribunal Regional Federal da Quarta Região, v. 11, núm. 38, julho de 2000, pp. 155-176.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4a. ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Os 30 anos da ação civil pública: instrumento de efetivação dos direitos da cidadania no Brasil. In: MILARÉ, Édis (coord.), *Ação civil pública após 30 anos*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 299-345.

SOUZA, Luiz Antônio de. A ACP ambiental, a jurisprudência e a proibição do retrocesso. em Milaré, Édis (coord.), *Ação civil pública após 30 anos*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 537-549.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato e CARUSO, Gianfranco Silva. A ação civil pública e sua relevância político-social. In MILARÉ, Édis (coord.), *Ação civil pública após 30 anos*, 1a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 185-203.

ZAWASCKI, Teoria Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, 4a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

## FACÇÕES CRIMINOSAS: A PROVENIÊNCIA DO SENTIMENTO DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO À APLICAÇÃO PRIVADA DA PENA EM ÂMBITO NACIONAL

CUNHA, Jordy Abraão da<sup>117</sup>  
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima<sup>118</sup>

**RESUMO:** Em uma visão global, as facções criminosas são uma realidade para todas as sociedades. De maneira análoga, não é diferente no Brasil. Nesse sentido, torna-se evidente a subsistência da violência em todas as regiões do país. Através de uma pesquisa descritiva e exploratória, utilizando-se de livros e trabalhos acadêmicos e, concomitantemente, buscando-se valer do método hipotético-dedutivo como também do procedimento bibliográfico, objetiva-se demonstrar, a partir de acontecimentos reais, o nascimento do sentimento de justiça em relação a aplicação privada da pena pelo crime, bem como a existência de um poder paralelo ao Estado, corroborando para uma legitimação ilegal do direito de punir. Portanto, a consequência da desvinculação punitiva estatal é a perda da liberdade e o falso sentimento de justiça, colaborando para o fortalecimento da criminalidade.

**Palavras-chave:** Facções criminosas. Justiça. Desvinculação punitiva. Liberdade. Segurança.

**ABSTRACT:** In a global view, the criminal groups are a reality for all societies. In a way, it is no different in Brazil. In this sense, the persistence of violence in all regions of the country becomes evident. Through a descriptive and exploratory research, using books and academic works and, at the same time, seeking to use the hypothetical-deductive method as well as the bibliographical procedure, the objective is to demonstrate, from real events, the birth of feeling of justice in relation to the private application of the penalty for the crime, as well as the existence of a power parallel to the State, corroborating for an illegal legitimation of the right to punish. Therefore, a consequence of punitive state disengagement is the loss of freedom and the false sense of justice, contributing to the strengthening of criminality.

**Keywords:** Criminal groups. Justice. Punitive disengagement. Freedom. Safety.

### 1 INTRODUÇÃO

Examinando a existência de grandes facções criminosas em toda a extensão global, observa-se o fortalecimento do sentimento popular de justiça, quando o crime, mesmo sem legitimidade, pune o próprio crime. Como consequência dessa ação delituosa, verifica-se o estabelecimento de um domínio que será exercido contra

---

<sup>117</sup>Acadêmico do curso de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Email: cunha967@gmail.com..

<sup>118</sup> Mestre em Direito Constitucional (UFRN). Especialista em Direito Digital e Compliance (Instituto Damásio de Direito). Bacharel em Direito (UFRN). Advogado licenciado (OAB/RN 17.198). Professor substituto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Assessor jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

aqueles que se encontram à mercê do juízo dessas organizações, principalmente em pequenos municípios e comunidades periféricas.

Ademais, as facções podem ser compreendidas como grupos de criminosos extremamente organizados. Nesse sentido, verifica-se o estabelecimento de funções para cada indivíduo associado, objetivando, assim, o desenvolvimento da facção mediante o cometimento de atividades delituosas, sejam elas o tráfico de armas, drogas etc. Para exemplificar, pois, cita-se algumas das mais conhecidas facções em âmbito nacional: PCC (Primeiro Comando da Capital) e o Comando Vermelho.

Diante do surgimento da problemática da dominância dessas facções sobre o poder punitivo do Estado, acarretando a perda da liberdade coletiva, questiona-se: a violência associada à insuficiência estatal em prover uma justiça célere é um percalço para a resolução de conflitos?

Nesse viés, este trabalho objetivará: a) expor a relação entre a transferência da função punitiva citada anteriormente e a existência de um código interno imposto pela criminalidade, correlacionando-se com a vingança privada; b) entender os motivos jurídicos pelos quais a população deposita esse direito de punir nas facções criminosas; e c) relatar alguns acontecimentos trazidos pela mídia em âmbito nacional.

Como abordagem metodológica, o trabalho fará uso do método hipotético-dedutivo, com procedimentos monográficos, e a pesquisa será classificada como básica, descritiva, exploratória, documental, bibliográfica e qualitativa.

Posto isso, a pesquisa estará dividida da seguinte forma: a) o código interno; b) a vingança privada e o poder de punir; c) a justiça e a realidade brasileira. Na primeira seção, será explicado o que são essas organizações criminosas e as suas origens, bem como buscar-se-á entender os motivos pelos quais os ambientes dominados pelo tráfico propiciam a imposição de códigos internos criados por estes grupos criminosos, associando-se, logo, a mudanças na própria conjuntura social das comunidades, tendo em vista a disseminação desses estatutos paralelos ao ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, a segunda seção versará, a princípio, sobre a vingança privada, para então, secundariamente, desenvolver uma relação entre a desvinculação do direito de punir estatal e o crime organizado, buscando, assim, expor que o mantimento da ordem em localidades interioranas e periféricas pelas facções

corroborar para uma visão de que o governo está sendo incapaz de controlar esse aumento considerável da busca por vingança.

Por fim, na última seção, intenta-se demonstrar, a partir de acontecimentos reais relatados pela mídia, o nascimento do sentimento de justiça em relação à aplicação privada da pena, entendendo, conseqüentemente, que a busca por justiça em consonância com insuficiência estatal em garantir a segurança são utilizados para o fortalecimento da criminalidade.

## **2 O CÓDIGO INTERNO**

Em primeira análise, a Lei nº12.850, art. 1º, parágrafo primeiro, caracteriza as organizações criminosas como a associação de quatro ou mais pessoas com estrutura organizada como também com divisão de tarefas, ainda que informalmente, com fito de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais das quais as penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2013).

Como consequência, deve-se ter em mente que os ambientes dominados por grupos criminosos são, de certo modo, para o Estado, inatingíveis em relação à prestação do devido acesso à justiça. Sendo assim, sem a proteção adequada das garantias individuais e coletivas, tais facções criam no seu convívio local uma dependência punitiva que será exercida contra quem contraria seu regimento, bem como a fixação de um poder paralelo, criando, a partir de suas vontades próprias, códigos internos sem quaisquer consonâncias legais à democracia e ao Estado Democrático de Direito.

Morais (2008) traz uma visão mítica sobre o poder paralelo, afirmando que apenas se presta a disseminar o medo, o pânico social, a opinião pública de que o tráfico de drogas é uma atividade à margem da sociedade como também a marginalização. Contudo, a expressão que deve ser compreendida neste artigo a respeito do poder paralelo é, simplesmente, a ideia de uma legislação ilegal associada ao controle social em que se exerce normas próprias de forma equidistante ao estabelecido pelo conjunto válido das leis brasileiras.

Nesse sentido, reverbera o exposto por Biondi (2018), em que a ética imposta nas comunidades não é apenas vivida pelo crime, mas sim por todos os cidadãos. Dessarte, percebe-se que os mais de dois milhões e setecentos e noventa

e cinco mil e quinhentos e trinta e três brasileiros que vivem, segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010), em aglomerados subnormais, infelizmente, acabam por partilhar o drama da insuficiência estatal em prover a justiça e a segurança.

Não obstante, em volta das grandes organizações criminosas, dispendo como principal serviço o tráfico de drogas, além de acompanhado da lavagem de dinheiro, contrabando, tráfico de armas, tráfico de imigrantes, prostituição internacional e sequestro, são constituídas redes criminosas possuidoras de estruturas que permeiam todas as sociedades latino-americanas, deixando, portanto, suas marcas (CASTELLS, 1999).

Podem-se observar mudanças na própria conjuntura social no que tange a relação entre traficantes e moradores, além daquela entre a comunidade e o Estado, percebendo-se, ainda, alterações no próprio vocabulário e o surgimento de uma nova periodização da história, isto é, tempos de “guerra” e tempos de “paz”, sendo que o primeiro (bélico) surge após o nascimento das facções. Nota-se, portanto, que não se criou apenas uma forma de organizar o tráfico, mas sim uma estrutura de autoridade (PENGLASE, 2008).

Souza (1999, p. 332) verifica que as falhas do sistema são mais perceptíveis nas pequenas cidades, uma vez que se torna mais aguda a percepção da falta de justiça, tendo em vista a existência de julgamentos fraudulentos e deveras corruptíveis. Sendo assim, sustenta-se que o gigantesco Estado brasileiro está à mercê da impunidade.

Verifica-se também, em certas ocasiões, que o processo de criação da disciplina dentro da comunidade passa pelo cunho de operações analíticas nascidas do modo de produção de conhecimento dos próprios criminosos (BIONDI, 2018). Por esse ângulo, vale ressaltar que a formação dessa consciência nem sempre é ligada ao crime, como, por exemplo, a ideia de manutenção da ordem no que tange o suprimento de necessidades básicas do seu próprio corpo social. Vê-se isso a seguir:

Pelo contrário, esses mesmos moradores cobram os irmãos quando avaliam que eles estão fugindo da disciplina: Tem uma família aqui do lado que tá passando necessidade. O que os irmãos de qualquer outra quebrada fariam? Pelo menos compareceriam com uma cesta básica. Alguma ajuda, né? Mas os daqui tão totalmente sem ética. Eles não tão nem aí pra população. Resultado: nós aqui fizemos uma vaquinha pra comprar uma cesta básica. Mas não vai ficar assim. Porque é eles que deveriam dar essa atenção. Já

falei pra eles. Senão a quebrada vai ficar malvista. Vão achar que aqui não tem disciplina. (BIONDI, 2018, p. 321).

Além, é claro o sentimento de complacência ou adversidade a assuntos externos, uma vez que essa informação será decodificada pelo grupo com base no seu saber. Por exemplo:

Diante da frase do governador, o irmão comentou: 'Pronto, o governador deu o aval. Agora é que a polícia sai matando mesmo! Porque... O que ele falou? A polícia matou nove e ele falou que é isso mesmo. Agora segura a matança... Você vai ver, doutora'. Como afirmei anteriormente (capítulo 6), uma das maneiras pelas quais se dá um aval é dizendo 'é isso mesmo', uma expressão de concordância. Mesmo sabendo que a segurança pública do Estado de São Paulo opera em outras bases que não na do aval (e, conseqüentemente, dos movimentos, das ideias e das situações), o irmão fez uma leitura da fala do governador de acordo com o seu modo de produção de conhecimento. Com isso, ele elaborou uma situação sobre a qual lançou considerações e previsões de movimentos futuros, de conseqüências das palavras do governador. (BIONDI, 2018, p. 324).

Observando a correlação entre o senso de moral próprio, a decodificação com base nas suas cognições e a disseminação desses entendimentos dentro do convívio social, percebe-se um caminho para a formação de um código estabelecido pelo crime para com os integrantes de determinada coletividade. Entretanto, torna-se claro o perigo de depositar tais prerrogativas nas mãos criminosas, uma vez que seus desígnios podem ser alterados a qualquer momento, tornando um ambiente totalmente instável. Destarte, pode-se dizer um lugar governado pelo medo.

Nesse ínterim, nota-se que as normas de conduta (código interno) nasceram, primordialmente, dentro das cadeias brasileiras e, em segundo plano, ganharam força ao estabelecer uma organização particular e uniforme de dentro para fora dos presídios. Para melhor exemplificar:

Isto significa entender algumas dinâmicas do universo prisional, tendo em vista que esse foi o ambiente em que os grupos foram fundados no país. Em um primeiro momento, as duas maiores facções do Brasil – Comando Vermelho e Primeiro Comando da Capital – surgiram dentro do sistema prisional para se opor às condições de opressão tanto do Estado contra os detentos, quanto de uns detentos contra os outros. A maneira como esses grupos foram criados e posteriormente como serviram de espelho para outros grupos em todo país apresentam particularidades e estruturas que se refletem em suas disputas atuais. (AMARANTE, 2019, p. 46).

Outrossim, necessário se faz tornar claro que as regras, em um primeiro momento, eram aplicadas somente dentro dos presídios, funcionando como um poder



equidistante ao ordenamento jurídico. Por esse viés, vislumbra-se duas hierarquias paralelas, além da existência de dois regramentos vigentes, ou seja, uma hierarquia estatal em contraposição a uma hierarquia imposta pelas organizações criminosas. Portanto, uma diferencia-se de maneira fulcral da outra, pois as normas impostas pela hierarquia estatal encontram-se em adequado acordo aos mecanismos válidos legiferantes e, legalmente, estabelecidos à luz da Constituição da República Federativa do Brasil.

Tratando da origem dessas facções, por exemplo, intenta-se para umas das possíveis motivações da criação do PCC. Nesse sentido, acredita-se que o massacre ocorrido no Carandiru fora umas das motivações para criação desta facção criminosa. Desse modo, a morte dos 111 presos por policiais militares no Carandiru em 1992, um ano antes da criação do Primeiro Comando da Capital, contribuiu para desencadear a necessidade da sua união contra o Estado brasileiro (MANSO E DIAS, 2017). Sendo assim, vê-se que o embate de regras também simboliza sua adversidade ao Estado.

Assim como a direção da cadeia tinha suas regras de funcionamento e as impunha com rigor aos presos, estes também dispunham de um conjunto próprio de regras que tinha vigência entre eles e eram aplicáveis por uns presos sobre os outros, somente. As regras da cadeia, assim como as leis da justiça de um país, tinham autoridades reconhecidas como tais às quais era atribuído o poder de aplicá-las, poder que pairava acima das partes envolvidas. Na massa cada um era “juiz de sua própria causa”, e a ninguém era atribuído o poder de arbitrar as questões de outros. Os presos referiam-se a tais regras como as leis da massa. São elas que regulavam a ordem na vida do crime. (RAMALHO, 2008, p. 38).

Como consequência, percebe-se que as regras que proibiam atacar, roubar ou, até mesmo, estuprar outros presos dentro dos presídios passaram a ter vigência fora do cárcere, ou seja, nas comunidades dominadas por esses grupos. Não obstante, institui-se, conseqüentemente, um sistema de reciprocidade pelo uso da força, melhor dizendo, os traficantes forneciam segurança, proibindo, assim, determinados crimes em troca do silêncio dos moradores (PENGLASE, 2008). Além disso, como afirma Amarante a seguir, determinadas infrações poderiam excluir presos do convívio com os demais, solidificando a ideia de rigorosidade no cumprimento de tais imposições.

Nessa situação, como ficou claro, dois presos foram acusados de roubar um chip de outro preso. Uma falta grave a ética do crime, pois roubar um outro

ladrão é ainda pior e constitui rataria. Quem rouba dentro da cadeia não merece respeito, tampouco ficar no dentro do “convívio” com os outros presos. (AMARANTE, 2019, p. 79).

Ademais, como afirma Ramalho (2008), as principais maneiras de se portar relacionam-se à vida cotidiana dentro do presídio, às trocas e circulação de objetos entre os presos em geral, à solidariedade, às atitudes morais como também não delatar seu comparsa ou grupo. Desse modo, verificam-se traços do que se pode denominar de vingança privada disfarçada de leis originadas por grupos criminosos, pois desvinculam-se dos ditames legais e afrontam a soberania do Estado.

Havia certas infrações cuja sanção por parte da massa era, em geral, mais branda, e não implicava necessariamente em atitudes drásticas, a não ser no caso de repetições ou desavenças pessoais anteriores. Em outros casos, a infração assumia na massa um outro caráter e exigia sanções mais enérgicas por parte de quem era atingido. Os problemas entre presos podiam ser solucionados com uma discussão em que os motivos eram explicados e aceitos, ou uma briga (motivos não aceitos) o que em geral dava aos participantes, principalmente ao perdedor, o direito de retaliação, podendo até chegar ao assassinato. (RAMALHO, 2008, p. 41).

Logo, a importância do respeito a uma hierarquia, a uma disciplina, a um estatuto próprio e a uma suposta identidade e igualdade entre os membros são mecanismos que não atingem somente a vida dos criminosos (BIONDI, 2018). Assim, independentemente da aceitação ou não da comunidade, seus comportamentos são coativamente transformados para satisfazer as vontades destas organizações. Posto isso, percebe-se que a criação de estatutos do crime tem o fito de satisfazer os desígnios dos seus criadores, uma vez que a população não tem escolha a não ser doar parte significativa da sua liberdade em troca de uma falsa segurança.

Urge, pois, a necessidade de se compreender melhor o que se trata a vingança privada para, então, associar suas características à aplicação punitiva praticada por facções e, sobretudo, entender a condescendência punitiva social gerada pelo crime que se enraíza no Brasil.

### **3 A VINGANÇA PRIVADA E O PODER DE PUNIR**

Em segunda análise, compreendendo que a vingança privada não foi uma criação moderna, depara-se com a responsável pela extinção de vários clãs e famílias durante a história. Além disso, espera-se que já tenha sido superada ao longo

dos séculos. Sendo assim, percebe-se que essa autêntica forma de agressão era a chave para destravar um círculo vicioso de extermínio (NUCCI, 2020).

Em síntese, a vingança privada consiste em uma reação social, uma vez que a vítima busca a satisfação das suas pretensões por si própria. Associa-se, desse modo, a uma ideia de cotidiano exposto a barbáries, em outras palavras, evidencia-se a existência de um lugar sem lei. Não obstante, pode ser compreendida como um meio de controle social (FILHO e PRADO, 2018).

Tornando-se claro que nas fases primitivas da raça humana não existia um Estado capaz de superar este ímpeto individualista, bem como colocar o direito acima da vontade dos particulares (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009). À vista disso, enxerga-se, no hodierno cenário brasileiro, o sentimento de justiça experienciado pelo povo quando a vingança privada é utilizada secundariamente por aqueles que não possuem legitimidade e, portanto, estão em desacordo com os mecanismos legais da aplicação punitiva.

É imperioso ponderar que a vingança privada era praticada contra quem cometesse atos que ferissem não somente o indivíduo, mas também o grupo o qual pertencia. Sendo assim, considera-se preponderantemente uma vingança de sangue. No entanto, a lei do mais forte prevalecia, tendo em vista que o grupo mais forte detém a vantagem contra os demais (MASSON, 2020). Logo, torna-se claro que o desejo por vingança não afligia somente um indivíduo que sofrera um dano, mas a obstinação pela represália incidia coletivamente sobre todo o grupo (MARQUES, 2008).

Nesse sentido, percebe-se, por exemplo, que a simples recuperação de um botijão de gás ou de um celular que tenham sido roubados de um morador local, sem condições mínimas de adquirir outros bens como estes, acabam por fortalecer um falso sentimento de justiça e a dependência do mantimento da ordem, bem como o respeito e o fortalecimento do grupo criminoso naquela determinada comunidade através da vingança.

Concomitantemente, não há a existência de um limiar na execução da vingança, por isso as facções criminosas exercem suas vontades delituosas a bel-prazer, significando um risco à segurança jurídica do país.

Em razão disso, nota-se a inviabilidade do Estado em transferir seu *ius puniendi* (direito de punir) ao particular. Entretanto, é inquestionável que o particular detém o direito legal de demandar em juízo uma pretensão ou acusar o seu agressor

(*ius persecuendi*, direito de demandar, ou *ius accusationis*, direito de acusar), tendo em vista a abolição da vingança privada no ordenamento jurídico (GRECO, 2017).

No entanto, de acordo com Souza (1999, p. 327), estas ocorrências consideradas medievais são corriqueiras em muitos países, embora com mais frequência naqueles cuja cidadania encontra-se enfraquecida. Assim, “pode-se depreender daí que quando identificamos o florescimento de práticas marginais significa que o sistema, que deveria ser detentor do monopólio sobre a violência final, está sendo incapaz de controlar a escalada da vingança” (SOUZA, 1999, p. 330).

Incumbe-se notar que existe uma correlação entre a pena imposta pelo Estado e o sentimento de vingança experimentado pela comunidade. Nesse sentido, observa-se que o Estado consegue dominar e, principalmente, limitá-la, isto é, racionaliza a vingança, tornando-a um remédio para prevenir a própria violência (GIRARD, 1990).

Por esse ângulo, percebe-se uma racionalização legal da vingança, uma vez que é praticada pelo Estado, o qual, através da sua própria predileção, exerce o domínio e respeita os limites resguardados pela sua própria Constituição e, conseqüentemente, não existe perigo, mas sim uma solução para as resoluções de conflitos.

No âmbito normativo, observa-se algumas das condições mínimas para o devido processo legal. Como afirma Ferrajoli (2002), no processo acusatório se observa a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, além disso, a publicidade e a oralidade do julgamento. Nota-se, destarte, que a utilização da vingança como meio de alcançar a condenação do acusado é um risco, levando em conta a inexistência de garantias processuais.

Tendo como base o artigo primeiro da CRFB (1988), descortina-se qualquer argumento que defenda o ideal proposto pelo crime ao desencadear o falso sentimento de justiça transvestido de vingança privada, uma vez que afrontam diretamente alguns dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ou seja, a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

É indubitável, pois, a partir de tais questionamentos, compreender que o direito de punir, necessariamente, deve ser associado ao detentor de tal prerrogativa, em outras palavras, ao Estado e, claramente, qualquer outra opção é um ataque aos direitos subjetivos das próprias pessoas julgadas insignificantes pelo crime, do mesmo

modo que pela sociedade. Necessário se faz tornar explícito que a faculdade de corrigir, por meio da pena, deve ser inerente ao Estado. Vê-se a seguir:

Toda pena, que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. (BECCARIA, 1999, p. 28).

Por esse viés, percebe-se a tentativa de defender o interesse público das vontades individuais. Nesse sentido, “tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos” (BECCARIA, 1999, p. 28). Sendo assim, observa-se que o direito de punir não está pautado no que compreende individualmente cada cidadão, tendo em vista as injustiças que poderá nascer dessa compreensão, mas sim retira sua validade do conjunto válido das leis, proporcionando segurança e liberdade para todos.

O indivíduo, necessariamente, ofereceu parte da sua liberdade, ou seja, sacrificou uma mínima porção, a qual tornou-se crucial para criar esse espírito de guarda coletiva, uma vez que o agregado dessas mínimas porções depositadas por cada pessoa originou o direito de punir (BECCARIA, 1999).

Percebe-se, portanto, que os cidadãos doaram parte da sua liberdade em troca de segurança. O problema encontra-se para quem é doado esta liberdade, tendo em vista que o sentimento de justiça tem sido proporcionado por criminosos, garantindo uma falsa segurança e, conseqüentemente, o esvaimento da liberdade da população.

Outrossim, as conseqüências de uma delegação protetiva ocasionam danos inigualáveis. Visto que “[...] só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social” (BECCARIA, 1999, p. 30).

Aliás, “uma das grandes conquistas da Modernidade (ao menos desde o ponto de vista formal) foi a criação de mecanismos de constrição do poder do soberano” (CARVALHO, 2021, p. 271). Destarte, vislumbra-se claramente que o ponto fulcral é a definição de limites para o poder.

É inequívoco que a própria segurança jurídica esteja sendo fragilizada. À vista disso,

[...] cada membro em particular está ligado à sociedade, essa sociedade está igualmente ligada a todos os seus membros por um contrato que, por natureza, obriga as duas partes. Essa obrigação, que desce do trono até a choupana e liga igualmente o mais poderoso ao mais desgraçado dos homens, nada mais é do que o interesse de todos, em observar pactos úteis à maioria. A violação, de um só pacto, gera a autorização da anarquia. (BECCARIA, 1999, p. 30).

É paradoxal o crime, sem legitimidade punitiva, punir o próprio crime. Desse modo, a afirmação de estar diante de um poder paralelo ao Estado não é surpreendente, tendo em vista o controle exercido por tais grupos no país. Nesse sentido, vide um caso interessante, ocorrido na Colômbia, a respeito do narcotraficante Pablo Escobar:

O funeral de Pablo Escobar foi uma homenagem a ele prestada pelo povo da cidade e, principalmente, pelos moradores mais pobres: muitos consideravam-no seu benfeitor. Milhares de pessoas foram às ruas, entoando slogans contra o governo, rezando, cantando, gritando e também saudando Escobar. (CASTELLS, 1999, p. 237).

O ápice da legitimação do direito é alcançado quando os indivíduos se encontram livres de coações, constrangimentos e violências (FERRAZ, 2017). Logo, é inquestionável a existência de um controle gerado ilegalmente pelo medo em vez do gozo da liberdade propiciada por um contrato social legítimo, levando em conta a insuficiência estatal que ecoa em regiões dominadas pelo crime; e as verdadeiras migalhas de segurança proporcionadas pelas facções em troca da liberdade da população. Segundo Beccaria:

[...] mesmo provada que a atrocidade da pena, não sendo imediatamente oposta ao bem comum e ao próprio fim de impedir os delitos, fosse apenas inútil, ela seria, ainda assim, contrária não só às virtudes benéficas, efeito de uma razão esclarecida, que prefere o comando de homens felizes ao de um rebanho de escravos, em meio aos quais circulasse, perpetuamente, uma tímida crueldade, contrária também à justiça e à natureza do próprio contrato social. (BECCARIA, 1999, p. 31).

Conforme Habermas (1989), normas válidas precisam preencher condições, em outras palavras, deve-se associar seus efeitos colaterais e consequências ao seu acatamento geral, satisfazendo, assim, a vontade de cada indivíduo. Entretanto, essa vontade individual não pode, simplesmente, afrontar o coletivo por uma satisfação de um desejo egoísta por vingança.

Toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo possam ser aceitas sem coação por todos os concernidos. (HABERMAS, 1989, p. 28).

Como afirma Carnelutti (2015), a pena não consiste, essencialmente, na privação de um bem, mas sim na sujeição de que ela seja fruto; isto é, entregar dinheiro para o Estado só é considerado uma pena se houver uma obrigação; contudo, se houver oferta espontânea, desaparece o caráter penal. Não obstante, não se pode delegar essa vontade autêntica a outrem. Por exemplo, cogita-se a expulsão de moradores de suas próprias residências por deleite do crime. A partir disso, questiona-se: os moradores exercem realmente sua liberdade? Saem de sua residência por vontade própria? A obrigação imposta é fruto do crime? Pode-se, então, considerar a existência de um poder paralelo? O ordenamento jurídico vigente, eficazmente, alcança todos os lugares do Brasil?

Considerando a existência deste poder paralelo, torna-se visível a possibilidade de estar diante de um direito penal do inimigo impróprio, visto o tratamento desumano em consonância com a ilegalidade.

Direito Penal do inimigo” se refere às normas dos Códigos Penais que sancionam, penalmente, condutas sem que se tenha lesionado um bem jurídico. Essas normas, portanto, não castigam o autor por haver cometido um crime, ou seja, uma ação tipificada como delito, senão pelo fato de considerá-lo perigoso. (ROBLEDO, 2016, p. 71).

Zaffaroni (2006) demonstra que o fundamento básico da atribuição desse tratamento diferenciado baseia-se em lhe negar a condição de pessoa. Sendo assim, os cidadãos são considerados pessoas, em contraposição, os inimigos não. Dessa maneira, pensando com mais afinco a respeito da remoção (homicídio) da circulação de indivíduos julgados pelo crime, percebe-se que tais sentenciados são considerados inimigos, haja vista a imposição de sanções cruéis e a desconsideração do direito à vida.

Contraria-se o exposto por Robledo (2016, p. 71): “é preocupante o fato de que os legisladores democráticos estão produzindo normas que têm a natureza do direito penal do inimigo”, tendo em vista que não somente o Estado está produzindo normas com tal conteúdo, mas também grupos criminosos espalhados pelo país.

Desta forma, imagina-se o estrago de se depositar o direito de punir nas mãos de criminosos que, além de partilhar uma relação tortuosa com Estado, não respeitam a dignidade da pessoa humana, visto os atos praticados contra àqueles que infringem suas determinações.

Ademais, Kant (2013) sustenta a tremenda importância do respeito às normas e, conseqüentemente, a necessária consciência da subordinação das vontades próprias às leis, demonstrando que uma determinação legal deve, necessariamente, ser cumprida. Para complementar:

A pena, nesse sentido, não seria apenas uma obrigação do Estado, uma necessidade que decorre de afirmação do pacto e cuja renúncia, mais do que uma rescisão, representaria a própria ruptura obrigacional. Além do dever de aplicação incondicional (execução do último condenado da ilha), a sanção não deveria ceder a nenhuma perspectiva utilitária, mesmo que essa utilidade seja revestida de fins humanitários (perdão do condenado que se submete ao experimento médico). (CARVALHO, 2021, p. 277).

Percebe-se que esta teoria retributiva da pena assemelha-se ao que está sendo praticado pelo crime. Entretanto, percorre-se um caminho dissonante em busca da justiça. Como afirma Kant (2013), se permitirmos que a justiça sucumba, não existirá razão para se viver.

Por isso a necessidade de conceber o Estado como um corpo social que almeja a humanidade em suas relações, reivindicando para si, necessariamente, o monopólio do uso legítimo da violência física (WEBER, 2011).

Diante do exposto, é urgente a compreensão de que a justiça praticada, delituosamente, pelo crime, corrobora para a implantação de um caos sem precedentes. No entanto, o que podem fazer os cidadãos, sem a devida proteção governamental, diante da obscura impunidade?

#### **4 A JUSTIÇA E A REALIDADE BRASILEIRA**

É desafiador adentrar no campo da justiça, pois o subjetivismo de cada indivíduo é um empecilho, tendo em vista as ramificações que o termo sofre ao se deparar com distintas realidades. De acordo com Michael J. Sandel:

Kant raciocina da seguinte forma: quando nós, como animais, buscamos o prazer ou evitamos a dor, na verdade não estamos agindo livremente. Estamos agindo como escravos dos nossos apetites e desejos. Por quê? Porque, sempre que estamos em busca da satisfação dos nossos desejos, tudo que fazemos é voltado para alguma finalidade além de nós. Faça isso



para aplacar minha fome, faço aquilo para aliviar minha sede. (SANDEL, 2012, p. 140).

Além disso, “Kant é um grande defensor da abordagem [...] que associa justiça e moralidade a liberdade” (SANDEL, 2012, p. 138). Por esse motivo, “agir livremente não é escolher as melhores formas para atingir determinado fim; é escolher o fim em si” (SANDEL, 2012, p. 141-142). Nesse sentido, “quando agimos de maneira heteronômica, agimos em função de finalidades externas. Nós somos os instrumentos, e não os autores, dos objetivos que tentamos alcançar” (SANDEL, 2012, p. 142).

Questiona-se a possibilidade de a busca pelo sentimento de justiça ser fruto de um desejo de alívio próprio ou, então, fruto de uma finalidade externa, geralmente, ocasionada por não haver outra opção de alcançá-la, corroborando para instrumentalização da vontade individual e a perda da possibilidade de agir livremente. A vingança privada pode se alimentar da mistura destes dois frutos, dado que ambos são maneiras heteronômicas. Nessa drástica receita, o crime utiliza o desejo por vingança associado à insuficiência estatal em garantir a segurança, surgindo, assim, a proveniência do sentimento de justiça em relação à aplicação privada da pena como consolidação da soberania delituosa.

Outrossim, vê-se que o falso sentimento de justiça contribui para o mantimento do controle civil como também apresenta uma vantagem economicamente viável para o crime. Além disso, o aumento do poderio bélico é diretamente proporcional à vulnerabilidade da população. Nesse sentido, nota-se uma justiça disfarçada, tendo em vista o aproveitamento de tal situação para a solidificação da atividade criminosa.

À face do exposto, percebe-se que esse mecanismo de controle não nasceu hoje. Segundo Foucault:

Na Idade Média se substituiu um tribunal arbitral [...] por um conjunto de instituições estáveis, específicas, intervindo de maneira autoritária e dependente do poder político [...]. Essa transformação apoiou-se em dois mecanismos. O primeiro foi a fiscalização da justiça: pelo procedimento das multas, das confiscações, dos sequestros de bens, das custas, das gratificações de todo o tipo, fazer justiça era lucrativo [...]. Depois do desmembramento do Estado carolíngio, a justiça tornou-se entre as mãos dos senhores, não só um instrumento de apropriação, um meio de coerção, mas diretamente uma fonte de riqueza [...]. Percebe-se aqui o cruzamento com o segundo mecanismo: o elo crescente entre a justiça e a força das armas. Substituir as guerras privadas por uma justiça obrigatória e lucrativa, impor uma justiça em que ao mesmo tempo se é juiz, parte e fisco e, substituindo

as transações, impor uma justiça que assegure, garante e aumente em proporções notáveis a extração de parte do produto do trabalho, isso implica que se disponha de uma força de coação. Não se pode impô-lo senão por uma coerção armada: só onde o suzerano é militarmente bastante forte para impor a sua “paz”. (FOUCAULT, 1979, p. 42).

Assim sendo, pode-se ver casos em que se obriga o trabalhador a adquirir recursos provenientes da indicação da facção, por exemplo, uma internet de “x” provedor ou um botijão de gás de “y” comerciante que devem ser os serviços e produtos consumidos, obrigatoriamente, na comunidade.

Em função disso, apresenta-se mais uma causa para o não reconhecimento apenas do ordenamento estatal, criando a possibilidade de uma pluralidade jurídica, haja vista o reconhecimento da existência de um direito não estatal desenvolvido fora do Estado (teoria do paralelismo); embora, o próprio Estado funciona como centro de irradiação da positividade (MALUF, 2018).

Além do mais, “é dos conflitos de legitimidade que envolvem a esfera da resolução de conflitos que surge o pluralismo jurídico nas sociedades contemporâneas, ou a concorrência entre formas de canalização das disputas” (SINHORETTO, 2001, p. 50). Consequentemente, “num contexto de crescimento das necessidades de intervenção nos conflitos, como é este pelo qual passa a sociedade brasileira, a falta de respostas ágeis por parte da Justiça tem provocado descrédito e favorecido a impunidade” (SINHORETTO, 2001, p. 103).

É evidente que existem várias formas de se alcançar a justiça. No entanto, há apenas uma via legal. Como afirma Sandel:

A vida em sociedades democráticas é cheia de divergências entre o certo e o errado, entre justiça e injustiça. Algumas pessoas defendem o direito ao aborto, outras o consideram um crime. Algumas acreditam que a justiça requer que o rico seja taxado para ajudar o pobre, enquanto outras acham que não é justo cobrar taxas sobre o dinheiro recebido por alguém como resultado do próprio esforço. Algumas defendem o sistema de cotas na admissão ao ensino superior como uma forma de remediar erros do passado, enquanto outras consideram esse sistema uma forma injusta de discriminação invertida contra as pessoas que merecem ser admitidas pelos próprios méritos. Algumas rejeitam a tortura de suspeitos de terrorismo por a considerarem um ato moralmente abominável e indigno de uma sociedade livre, enquanto outras a defendem como um recurso extremo para evitar futuros ataques. (SANDEL, 2012, p. 36-37).

Deve-se ter em mente que uma sociedade justa requer, primordialmente, o sentimento de comunidade, bem como o fornecimento de estímulos que tornem a

preocupação de um a de todos, deixando o egoísmo e assumindo o papel de cultivadores da virtude cívica (SANDEL, 2012).

Destarte, a questão medular é demonstrar que a busca por uma vingança privada não torna, de modo algum, uma sociedade mais justa, mas destrava o avanço da injustiça, uma vez que se busca o interesse próprio. Consoante Hobbes (2003, p. 124), “[...] a definição da injustiça não é outra senão o não cumprimento de um pacto. E tudo o que não é injusto é justo.”

Por esse viés, a ausência de temor nas leis é uma das causas da busca própria por justiça? O ordenamento jurídico realmente é eficaz? A falta de celeridade contribui para a perda da credibilidade da justiça?

Porque as leis de natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder que as faça ser respeitadas, são contrárias às nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. (HOBBS, 2003, p. 143).

Retrucam-se os questionamentos suscitados anteriormente, examinando os acontecimentos ocorridos no Brasil, uma vez que:

Quando não há mais a administração da justiça para assegurar os direitos dos homens, nem qualquer poder remanescente no interior da comunidade para dirigir a força ou prover as necessidades do público, certamente não há mais governo. (LOCKE, 1994, p. 217).

Segundo o “Atlas da violência 2021” (CERQUEIRA *et al.*, 2021), o número de homicídios, em 2019, ultrapassou a casa dos 40.000. Não obstante, o número de óbitos registrados como Mortes Violentas por Causa Indeterminada (MVCI) foi de 16.648. Desse modo, as MVCI representam, aproximadamente, 36% dos casos de homicídios registrados no Brasil. Nesse viés, a vingança é um traço inerente do cenário brasileiro, haja vista a aplicação privada da pena em delitos.

Nesse sentido, em Vitória (ES), no ano de 2018, mais precisamente no dia 5 de maio, um homem foi alvejado por dois tiros, sendo um em cada mão. A vítima informou que, na verdade, foi confundida com outra pessoa, a qual fazia furtos na localidade (G1 ES, 2018). Em fevereiro de 2021, um homem foi espancado até a morte pelo denominado ‘tribunal do crime’. Contudo, não se sabe o real motivo (R7, 2021). Percebe-se que, além da violência, muitas vezes por medo, a comunidade é

silenciada. Outrossim, as milícias consolidam seu poder até mesmo na vida econômica dos próprios cidadãos. Por exemplo, taxas são cobradas aos moradores da cidade de Rio das Pedras, RJ, para a utilização de energia elétrica e, inclusive, a energia é cortada se o valor predeterminado não for pago. Em síntese, fazem um “gato” – ligação clandestina de energia – e cobram, posteriormente, a ligação e uma mensalidade aos habitantes (G1 RJ1, 2021).

Imaginar-se-á uma situação hipotética: determinados cidadãos cansados de pequenos roubos cometidos em sua região, ante o sentimento de impunidade e a falta de celeridade da justiça, delatam estas infrações recentemente cometidas aos chefes do crime organizado. Por essa razão, os responsáveis por estes pequenos roubos são punidos. No entanto, não porque as facções visam o bem comum, mas sim pela viabilidade econômica de manter o tráfico na região, ou seja, se a facção resolve estes problemas de maneira ilegal, não existe a necessidade de o poder público sobrevir coativamente neste ambiente, uma vez que os lesados nem sequer irão necessitar apresentar sua pretensão ao Estado, pois os seus infortúnios já foram resolvidos.

Todavia, com o passar dos anos, tais facções se tornam mais fortes e, com isso, seu poderio bélico aumenta progressivamente, fazendo com que o Estado tenha dificuldades de adentrar nestes lugares. O confronto nessas regiões, devido ao grande fluxo de pessoas, torna-se inviável.

Sem embargo, a principal mazela é a falta de liberdade. Compreende-se, por esse ponto de vista, que a junção do aumento beligerante do crime, como também a inacessibilidade territorial, torna um ambiente propício para um regime autoritário que se estabelece paralelamente ao regime democrático. Nessa lógica, não existe um limiar para essa justiça privada. No ano de 2017, na cidade de Manaus (AM), um jovem de 20 anos foi baleado com dois tiros de arma de fogo nas mãos e não quis revelar o autor por medo de perder a vida (G1 AM, 2017). De mais a mais, na cidade de Belford Roxo, RJ, três crianças foram mortas cruelmente; suspeita-se que o motivo do crime fora um furto de passarinhos (G1 RJ, 2021).

Ademais, casos de recuperação de celulares ou eletrodomésticos, sem que ninguém além da comunidade saiba, são corriqueiros. Em outras palavras, indivíduos viciados em entorpecentes cometem furtos ou roubos em pequenos municípios do país. Tendo em vista os territórios não serem tão extensos, o alvoroço populacional na zona de venda de narcóticos não é algo viável para as facções. Desse

modo, o lesado pelo furto ou roubo, haja vista manter alguma relação de amizade com os chefes do tráfico, comunica-os e logo recupera os bens. Já os usuários de drogas que cometeram estas infrações, rapidamente, são punidos.

Percebe-se que tais facções utilizam-se de uma faculdade punitiva ilegítima. Segundo Ferrajoli (2002), considera-se ilegítima por não haver quaisquer consonâncias legais ao princípio da legalidade, uma vez que se observa, claramente, a arbitrariedade da criação e aplicação de tais sanções. Como exemplo, o Primeiro Comando da Capital (PCC) faz um alerta e ameaça pessoas que empinam motos e/ou produzem barulhos, oriundos dos escapamentos alterados de veículos, nas comunidades. A punição para o descumprimento é o espancamento (G1 SANTOS, 2021).

Assim, é indubitável que a incapacidade do Estado em prover a justiça para todos os brasileiros é deveras real. Nesse sentido, Filho e Prado (2018, p. 67) sustentam que os agentes estatais não estão preparados, levando em conta a revitimização, para lidar com a oitiva e o acolhimento dos ofendidos em alguns tipos delitos, como, por exemplo, o estupro; ocasionando um aumento substancial da violência. Portanto, entende-se que população, transvestida da mais impura sensação de impunidade, é feita de refém por transgressores da lei, tendo em vista esta inaptidão estatal associada falsamente à ideia de eficácia em buscar a justiça com as próprias mãos para atenuar o desejo de vingança.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo demonstrou que a transferência da função punitiva do Estado para a criminalidade, em estrita consonância com o desejo popular de obter justiça, é uma realidade nacional. Por conseguinte, tornou-se claro que a dependência punitiva cada vez se desvincula mais do Estado em ambientes dominados por grupos criminosos, como também nos lugares em que a prestação do devido acesso à justiça se encontra inatingível. Desse modo, os moradores dos aglomerados subnormais no Brasil sofrem com o estabelecimento de regras impostas pelo crime. Além disso, um código interno equidistante à Constituição é uma realidade de milhões de pessoas.

À face do exposto, a afirmação de estar diante de um poder paralelo ao Estado não é surpreendente, tendo em vista o controle exercido pelas facções no país. Vê-se que determinadas comunidades já estão vivendo uma situação de dominância

ocasionada pelo crime, e a aquiescência governamental a tal controle pode corroborar para um quadro irreversível.

Nesse sentido, um falso sentimento de justiça é experienciado pela população quando os grupos criminosos se utilizam da vingança privada como um mecanismo de controle social. À vista disso, o Estado perde sua credibilidade, visto que o mantimento da ordem é propiciado por facções criminosas, e não pelo legítimo detentor, uma vez que não está sendo capaz de controlar o avanço da violência, contribuindo para o fortalecimento da criminalidade.

Outrossim, percebe-se que as comunidades doaram parte significativa da sua própria liberdade em troca da segurança, ocasionando, portanto, danos inigualáveis ao depositar a faculdade de punir nas mãos do crime, haja vista que a predileção do agir criminoso está em desacordo com quaisquer princípios constitucionais, fragilizando a segurança jurídica nacional.

Assim sendo, percebe-se que o crime, de forma paradoxal pune o próprio crime, estabelecendo um direito que, além de impuro, é uma derivação do direito penal do inimigo. Nesse caso, não se observa a vinculação da pena ao direito legítimo, mas tão somente existe uma punição contra quem contraria seus regimentos e vontades. Por esse motivo, as sanções praticadas remontam um cenário medieval em que a retribuição penal é mais importante que a paz social.

Em consideração a isso, depreende-se que a obstinação por vingar determinado acontecido em consonância com a parcimônia estatal em resguardar a segurança é a chave para destravar, infelizmente, a proveniência do sentimento de justiça popular em relação à aplicação privada da pena por facções criminosas.

Portanto, a realidade brasileira, tendo em vista os acontecimentos noticiados, urge por ações governamentais incisivas no combate ao crime organizado. Os brasileiros pedem socorro na mesma intensidade em que perdem a liberdade de lutar por seus direitos.

## REFERÊNCIAS

AMARANTE, N. **“O certo pelo certo e o errado será cobrado”**: narrativas políticas do sindicato do crime do RN. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte, p. 147. 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BIONDI, Karina. **Proibido roubar na quebrada: território, hierarquia e lei no PCC**. São Paulo: Terceiro Nome, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 28 dez. 2021.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Pillares, 2015.

CARVALHO, Salo de. Kant contra Beccaria (ou o alerta do liberalismo aos modelos de justiça penal premial). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 20, n. 80, p. 269-288, jan/mar. 2021.

CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CERQUEIRA, D. *et al.* **Atlas da Violência 2021**. Brasília: Ipea; FBSP, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes>. Acesso em: 11 nov. 2021.

CINTRA, A; GRINOVER, A; DINAMARCO, C. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.  
Facção criminosa ameaça 'dar cacete' em quem empinar moto no litoral de SP. **G1 Santos**, 17 dez. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2021/12/17/facciao-criminosa-ameaca-dar-cacete-em-quem-empinar-moto-no-litoral-de-sp.ghtml>. Acesso em: 19 dez. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Hamilton. Culpabilidade e Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 16, n. 64, p. 147-171, jan/mar. 2017.

FILHO, Ney; PRADO, Alessandra. O problema da vingança privada (autotutela): entre o minimalismo garantista e o abolicionismo radical. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. Salvador, v. 4, n. 1, p. 61-81, jan/jun. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grall, 1979.

GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. 2. ed. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1990.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Homem é morto pelo tribunal do crime em comunidade na grande São Paulo. **R7**, 02 mar. 2021. Cidade Alerta. Disponível em: <https://recordtv.r7.com/cidade-alerta/videos/homem-e-morto-pelo-tribunal-do-crime-em-comunidade-da-grande-sao-paulo-02032021>. Acesso em: 10/11/2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico**: primeiros resultados. Rio de Janeiro, 2010. (Aglomerados Subnormais, ISSN – 0104-3145).

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MANSO, Bruno; DIAS, Camila. PCC, sistema prisional e gestão do novo mundo do crime no Brasil. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. São Paulo, v. 11, n. 2, p. 10-29, ago/set. 2017.

MARQUES, Oswaldo. **Fundamentos da pena**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MASSON, C. **Direito Penal**: parte geral (arts 1º a 120). 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAX, Weber. **Ciência e política: duas vocações**. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

MORAIS, Marcelo. Uma análise da relação entre o Estado e o tráfico de drogas: o mito do “poder paralelo”. **Revista do Centro de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel**. Cascavel, v. 5, n.8, p. 117/136, 1ºsem. 2006.

NUCCI, G. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEIXOTO, Guilherme. Moradores de Rio das Pedras afirmam que milícia corta cabos da Light e impõe taxa por gatos de luz. **G1 RJ1**, 09 nov. 2021. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/11/09/moradores->



de-rio-das-pedras-afirmam-que-milicia-corta-cabos-da-light-e-impoe-taxa-por-gatos-de-luz.shtml. Acesso em: 10 nov. 2021.

PENGLASE, Ben. The bastard child of the Dictatorship: The Comando Vermelho and the Birth of “Narco-culture” in Rio de Janeiro. **Revista Luso-Brasileira**. Madison, v. 45, n. 1, p. 118-145, jun. 2008.

RAMALHO, José. **Mundo do Crime: a ordem pelo avesso**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.

ROBLEDO, Enrique. Garantias processuais do estado de direito: a abolição da tortura. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 15, n. 62, p. 59-76, jul/set. 2016.

SANDEL, Michael J. **Justiça - o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, G. et al. Meninos de Belford Roxo: um morreu durante tortura, e os outros acabaram executados pelo tráfico, diz polícia. **G1 RJ**, 09 dez. 2021. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/12/09/meninos-de-belford-roxo-um-morreu-durante-surra-e-os-outros-acabaram-executados-por-isso-diz-policia.shtml>. Acesso em: 19 dez. 2021.

SEVERIANO, Adneison. Jovem leva tiros nas mãos durante madrugada em Manaus; polícia suspeita que traficantes ordenaram crime. **G1 AM**, 25 ago. 2020. Amazonas. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/jovem-leva-tiros-nas-maos-durante-madrugada-em-manaus-policia-suspeita-que-trafficantes-ordenaram-crime.shtml>. Acesso em: 18 dez. 2021.

SINHORETTO, J. **Os justiçadores e sua justiça: Linchamentos, costume e conflito**. Dissertação (Pós-Graduação em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 206. 2001.

SOUZA, Lídio. Judiciário e exclusão: O linchamento como mecanismo de reafirmação de poder. **Análise Psicológica**, Lisboa, v. 17, n. 2, p. 327-338. 1999.

VAREJÃO, Victoria. Homem leva um tiro em cada mão e diz que foi confundido com assaltante no ES. **G1 ES**, 05 set. 2018. Espírito Santo. Disponível em: <https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2018/09/05/homem-leva-um-tiro-em-cada-mao-e-diz-que-foi-confundido-com-assaltante-no-es.shtml>. Acesso em: 10 nov. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio. **O inimigo do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

## LAS FAMILIAS DEL SIGLO XXI: LOS FACTORES QUE INTERVIENE EN LA CRISIS DE LA LEGISLACIÓN CIVIL COLOMBIANA EN MATERIA DE FAMILIA.<sup>119</sup>

GALINDO, Doris Ortega<sup>120</sup>

HERNÁNDEZ, Paula Andrea Cortina<sup>121</sup>

*“En todas las maneras concebibles, la familia es un vínculo con nuestro pasado y nuestro puente hacia el futuro”*  
Alex Halley.

**RESUMEN:** Está investigación de tipo cuantitativa con enfoque crítico-argumentativo en razón que pretender abordar la temática haciendo uso de los postulados de la doctrina y las organizaciones nacionales e internacionales en torno a la familia como el núcleo básico de toda sociedad; concepción que ha perdurado a través de los años, sin embargo, se puede observar que es ampliamente variable dependiendo de la época y su forma de constituirse, como resultado da la misma evolución de la humanidad bajo parámetros sociológicos culturales y de estilos de vida humana; en virtud de lo anterior se hace menester que los ordenamientos jurídicos estén acorde a los cambios que tiene la misma sociedad, para así poder garantizar la protección de todos las nuevas formas familiares, lo que hace que dicha regulación de las relaciones familiares sea de extrema prioridad. Por este motivo en particular, es importante analizar la problemática jurídica que representa la crisis de la legislación civil colombiana en materia de familia; problema que afecta de forma directa a los colombianos y residentes en general en nuestro país.

**Palabras claves:** familia, sociedad, derecho, constitución, legislación, civil, historia, código, leyes, justicia, libertad.

**ABSTRACT:** This is a quantitative research with a critical-argumentative approach because it aims to address the issue making use of the postulates of doctrine and national and international organizations around the family as the basic nucleus of every society; A conception that has lasted through the years, however, its form of constitution varies between epoch and epoch, as a result it gives the same evolution of the human intellect and lifestyle, and it is for this reason that it is necessary that the legal systems are agreed to the changes that the same society has, in order to

---

<sup>119</sup> Artículo pertenece al trabajo de investigación titulado “La Cultura Constitucional de la Familia en Colombia: Análisis del concepto de familia en el contexto comparado, social, político y cultural en Colombia” semillero OBVIOT SEDESCA II Universidad de Cartagena.

<sup>120</sup> Abogada egresada de la Universidad de Cartagena, docente investigadora del semillero "OBVIOT SEDESCA" adscrito al grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos en la línea de investigación Derecho y Globalización, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, categorizado por Colciencias y adscrito al Departamento de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. <https://orcid.org/0000-0002-7195-8473> correo: dorisortegag@hotmail.com

<sup>121</sup> Estudiante de derecho de la Universidad de Cartagena, semillerista del semillero "OBVIOT SEDESCA" adscrito al grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos en la línea de investigación Derecho y Globalización, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, categorizado por Colciencias y adscrito al Departamento de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. <https://orcid.org/0000-0003-0251-522X> correo: paulaandreaacortinahernandez@gmail.com

guarantee the protection of all types of families, therefore the regulation of family relationships is of extreme priority, due to this reason it is important to analyze the legal problems that it represents the crisis in Colombian civil legislation on family matters; problem that directly affects Colombians.

**Keywords:** family, society, law, constitution, legislation, civil, history, code, laws, justice, freedom.

## INTRODUCCIÓN

La familia es el núcleo de la sociedad, y esta afirmación ha estado presente en toda la historia desde las civilizaciones más antiguas como, por ejemplo, los romanos; la palabra familia es un concepto que si se analiza desde la *Teoría de la Historia Conceptual* de Koselleck (1993) se puede apreciar la multiplicidad de definiciones que han variado al transcurrir de los años, a su vez se destaca la diversidad en lo que respecta a los tipos de familias cada una de ellas unida con distintos vínculos de parentesco consanguineidad, afinidad, adopción y crianza.

Es destacable como nuestra “norma de normas” reconoce clara y expresamente, la gran importancia de “la familia”, cuando la estima como la: “institución o núcleo fundamental o básico de la sociedad”. Además, en el artículo 44 consagra y reconoce los derechos fundamentales de los niños, que no solo deben ser respetados por la sociedad y el Estado, sino por todas las personas, especialmente los padres sobre sus hijos, imponiéndole a estos padres deberes y obligaciones a favor de aquellos, y recíprocamente, a los hijos, correspondientes “obligaciones y deberes” para con sus progenitores, ya en alimentos, o en cuidado y protección que se les debe a los padres, ésta última, sobre todo, cuando llegan a la llamada “tercera edad o adultez mayor”.

Siendo los padres y los hijos, las partes esenciales dentro de una familia, se encuentran cobijados y amparados por la legislación constitucional, cuando la misma preceptúa: Primacía, derechos de la persona - familia, institución básica de la sociedad. Artículo 5º “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”; y el artículo 42 ajusten, sobre el mismo aspecto agrega, en lo pertinente: “... (...) ... “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. (ECHEVERRÍA, 2011, p.65)

A través de la historia la familia ha atravesado por una serie de transformaciones, pero es una constante histórica reconocer su papel crucial dentro

de la constitución y formación de cualquier comunidad un ejemplo claro es, el pueblo romano que de acuerdo con Iglesias (1993, p. 11):

El Estado y el Derecho de Roma no es más que la proyección en el tiempo del pre cívico ordenamiento familiar y gentilicio. En la *familia* y en la *gens* es dable descubrir los gérmenes de la organización política y jurídica romana, la familia significaba un punto de partida para llegar a la *civitas*.

En Roma la familia representaba la célula primaria de la sociedad, es decir, el inicio debido a que de estas se depende la formación de las *gens* (agrupaciones de familias encabezadas por el *paterfamilias*) y serán estos grupos de *gens* los que van a dar origen a Roma; es importante traer a colación a la cultura romana debido a que “nuestros ordenamientos, nuestra doctrina, nuestra practica del derecho pertenece a una tradición romanista”. (HINESTROZA, 2013, p.4)

De acuerdo a Tirado (2020, p. 272):

En líneas generales la familia es considerada como uno de los pilares fundamentales del estado social de Derecho (Art. 42 C.P.) En las últimas décadas el concepto de familia se ha modernizado para dejar de ser aquella familia nuclear que vemos en las revistas de farándula, compuesta por un padre, una madre, un niño, una niña y un perro. Es así como, gracias a una serie de grupos ciudadanos, organizaciones no gubernamentales y la jurisprudencia constitucional, se ha establecido una agenda de Estado para el reconocimiento de las formas de familia diversas y darle así un alcance jurídico a una realidad social innegable.

A partir de la información recolectada se puede afirmar que la familia es un fenómeno complejo mutante día tras día; representa la génesis de la sociedad, y es por este motivo que los ordenamientos jurídicos deben estar a la vanguardia para protegerla y regularla, lo cual no está sucediendo en Colombia un país donde, no obstante su ostensible exaltación por parte de la Constitución de 1991, nuestro derecho civil familiar están siendo desarrollado y actualizado por la Corte Constitucional, dejando atrás y desfasado al trabajo legislativo que debe llevar acabo el Congreso, la situación se torna crítica y peligrosa para la integridad del frágil sistema jurídico colombiano. Es esta una gran prueba de la gran fuerza que ha tomado en los últimos lustros la fuente jurisprudencial frente a la ley; pero por tener nuestro país el principio de *legalidad* postulado máximo de nuestro Derecho, se hace menester legislar al respecto, lo que daría la seguridad y trascendencia que merece dentro del escenario jurídico de nuestro país.

Actualmente hay problemas frente a esa organización nuclear de nuestra sociedad, la familia está padeciendo una serie de choques de índole cultural. Hasta hace unos años antes del Decreto 2820 de 1974, el jefe del hogar era el padre, la mujer luego de procrear adquirida con la ley 28 de 1932, se dedicaba a educar a los hijos, a hacer las labores domésticas. Hoy todo ha cambiado y son cambios positivos que conllevan a que haya una cabal y verdadera realización de las personas que integran la familia; ya existe dirección dual del hogar a través de la potestad parental, (dada la igualdad de los sexos regulada en el Decreto inmediatamente sobredicho), y el hijo es protagonista en el hogar. El derecho tiene que irse acomodando a esos cambios para regularlos, antes que la costumbre y esa realidad lo derogue, porque se quede en el tiempo, atrás de esos cambios sociales. (MORALES ACACIO, p. 85, 86 2010).

Dada la importancia del tema es pertinente plantear el siguiente interrogante: ¿Qué factores intervienen en la crisis de la legislación civil colombiana en materia de familia a la hora de regular y proteger los diferentes tipos de familia del siglo XIX?

La importancia de este estudio radica en exponer ante la sociedad como la legislación civil colombiana en materia de familia está en crisis debido a que es incapaz de regular y proteger los distintos tipos de familia que hoy en día existen.

Para entrar en materia es preciso decir que han existido diferentes tipos de familias y todas son producto del paso del tiempo y avance de los pueblos, Friedrich Engels (1884) distingue cinco tipos de familia las cuales desde su perspectiva han marcado cada una la historia de una forma y otra:

- 1) La familia consanguínea: permite las relaciones entre generaciones, por ejemplo, entre hermanos y hermanas, dejando por fuera las relaciones entre padres e hijos.
- 2) La familia punalúa: acaba el matrimonio entre hermanos colaterales, es decir, de padre y madre; se permiten las relaciones sexuales estaban limitadas a solo los miembros de la misma tribu, el parentesco estaba determinado por la madre; la evolución que representaba este tipo de familia con respecto a las anteriores se puede notar con la formación de la *gens* “base del orden social de la mayoría, sino de todos los pueblos bárbaros de la Tierra, y de ella pasamos a Grecia y Roma” (Engels, 1884, p.11)
- 3) La familia sindiásmica: era un régimen de matrimonios grupales, las parejas estaban juntas por un tiempo relativamente largo; “el hombre tenía una mujer principal (no puede aún decirse que una favorita) entre sus numerosas, y era para ella el esposo principal entre los demás” (Engels, 1884, p.16)
- 4) La familia monogámica: se caracteriza por la relación entre un hombre y una mujer, “se funda en el predominio del hombre; su fin expreso es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible; y esta paternidad indiscutible se exige porque los hijos, en calidad de herederos, han de entrar un día en posesión de los bienes de su padre” (ENGELS, 1884, p.25).

Los anteriores tipos de familia no representan el sentir de la sociedad actual debido a que excluye a muchos otros tipos y sí bien es cierto que para la época en que Engels escribe su libro *El Origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, y nuestro presente, hay más de un siglo de diferencia; de la anterior clasificación podemos destacar dos aspectos: a) la familia avanza y así luego también la sociedad; b) las familias se transforman dependiendo de las necesidades de crecimiento del pueblo.

Esos dos puntos serán unas constantes en la historia de la humanidad y lo podemos notar con las familias homoparentales y como han resistido y luchado a través de los años en sociedades actuales aun excluyente para que sus derechos de igualdad, libertad, dignidad humana, y otros, sean garantizados.

Sin embargo, lo crucial y crítico de la situación de hoy en Colombia es que las leyes pretenden seguir protegiendo el tipo de familia monogamia tradicional con una predominancia patriarcal, la cual ya no se puede admitir en virtud de los derechos de igualdad, libertad y todo el pliego de derechos sobre todo de la mujer, y esto se puede apreciar en que no hay ni una sola ley Colombiana que proteja de fondo al matrimonio igualitario, o la adopción entre parejas del mismo sexo, entre otras temáticas que no estaba siendo reguladas por el organismo competente en primera instancia.

Es prudente en este punto analizar todos los tipos analizar los tipos de familias del siglo XXI, para posteriormente analizar los factores que afectan su debida regulación y protección por parte del Estado. De acuerdo con la clasificación de familia que proporciona GIL (s.f.) se puede identificar ocho tipos de familia:

1. Familia sin hijos
2. Familia biparental con hijos: es la familia clásica tradicional conformada por padre, madre e hijos.
3. Familia homoparental: conformada por padres del mismo sexo con hijos biológicos de alguno de los padres, adoptados o concebidos con mecanismos de reproducción asistida.
4. Familia reconstituida o compuesta: resultan de la fusión de familias biparentales o homoparentales.
5. Familia monoparental: formada por un solo padre e hijos.
6. Familia de acogida: constan de una pareja o un único adulto que acoge a uno o más niños de manera temporal mientras que no puedan vivir en su familia de origen o mientras no encuentren un hogar permanente. (Gil, s.f.)
7. Familia adoptiva: formadas por un pareja e hijos adoptados (parentesco civil)

8. Familia extensa: formada por varios miembros de la familia que vive bajo el mismo techo.

A esta clasificación se le puede agregar las familias de hecho definidas por la Sentencia T-070/2015(Corte Constitucional)

Las familias conformadas por padres e hijos de crianza han sido definidas por la jurisprudencia constitucional como aquellas que nacen por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos. Sin embargo, la protección constitucional que se le da a la familia, también se proyecta a este tipo de familias. En este sentido, la jurisprudencia Constitucional ha sido amplia en reconocer dicha protección.

Partiendo de esta clasificación es momento de analizar detallada y críticamente los factores los tres factores principales que inciden en la crisis del ordenamiento jurídico colombiano en materia de familia y su incapacidad en poder proteger y regular los tipos de familias actuales

El primer factor a identificar es la definición ambigua de la Constitución Política de Colombia, art 42 (1991)

la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. (CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Art.42)

Después de una detallada lectura de las anteriores normas legales se puede apreciar un poco lo ambiguo de las palabras debido a la expresión “un hombre y una mujer” esa frase excluye a diversas tipologías de familia, por tales motivos la

definición de familia que mejor acogida a los nuevos tipos de familias la proporcionada por la Organización Mundial de la Salud:

la familia es conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo, organizadas en roles fijos (padre, madre, hermanos, etc.) con vínculos consanguíneos o no, con un modo de existencia económico y social comunes, con sentimientos afectivos que los unen y aglutinan. (GIL, s.f.).

Ahora cabe destacar que la Corte Constitucional a los largo de los años ha tratado de modular la interpretación del artículo 42 constitucional con la finalidad de que acobije a las familias actuales y podemos destacar distintas sentencias como, por ejemplo, C-577 de 2011(reconocimiento de las familias homoparentales y los distintos tipos de familias que nacen de la relación de solidaridad y ayuda mutua, en la que aspectos como el parentesco o la conformación de parejas son rasgos que pueden concurrir o no ), C-071 de 2015 (adopción consentida por parejas del mismo sexo cuando sea el hijo biológico), C- 683 de 2015 (parejas del mismo sexo pueden aplicar a proceso de adopción), T -070 de 2015(reconocimiento de las familias de hecho), SU-214 de 2016 (matrimonio entre parejas del mismo sexo) y T-281 de 2018 (reconocimiento de los derechos pensionales para los hijos de crianza)

## **REFLEXIONES CONCLUSIVAS ACERCA DE LOS NUEVOS MODELOS FAMILIARES**

Todo el anterior pronunciamiento nos muestra la tendencia a reconocer y proteger los derechos de los diversos tipos de familias, sin embargo, a nuestro juicio, las posiciones del Estado Colombiano frente a la Institución familiar, no dejan de ser ambiguas ya que por un lado la Constitución Política de nuestro país, coloca a la familia como un eje transversal del Estado, proclamando en varios artículos un vasto contexto doctrinal referente a este tópico, pero por otro lado existen lagunas legislativas, lo ha generado una incertidumbre futura; no obstante hemos visto a una Corte Constitucional Colombiana, vanguardista y garante de los derechos, pero persiste la inquietud.

El segundo que genera la crisis en el ordenamiento jurídico colombiano es el vetusto Código Civil colombiano de 1873; este compendio es una adaptación del Código de Chile de 1855 escrito por Andrés Bello y este a su vez del Código de Napoleón, esta longevidad legislativa civil, es muy criticable ya que no tenemos un



derecho civil propio adecuado a la sociedad colombiana, sino que es el resultado de adaptaciones que obedecen a otros momentos sociales, políticos y culturales marcados por épocas distantes de la realidad que nos acompaña ahora en nuestro país.

El código civil colombiano actual no da respuesta frente a los sucesos que a traviesa la sociedad colombiana en materia de familia ya que hoy en día hablamos de temas mucho más complejos que los previsto por el código en antaño, por ejemplo, el parentesco a través de la crianza, las familias homoparentales, las familias extendidas, los derechos sucesorales para los hijos de crianza, constitución de la crianza, nacimiento de hijos haciendo uso de mecanismos de reproducción asistida postmortem (después de la muerte), temas que están totalmente fuera de la órbita comprendida por el código civil; generando un enorme vacío legal que tampoco es llenado por reformas hechas al código por el Congreso de la República Colombiana; esta situación es totalmente crítica porque el derecho tiene fuente material en “los hechos económicos, sociales, políticos, culturales e históricos” (MERCADO, 2010 p.63) que vive una sociedad, son estos los únicos capaces de crear derecho actual y vanguardista, debido a que las leyes tiene la función principal de regular y proteger a la sociedad, y es muy crítico que la legislación principal en materia de familia no sea capaz de regular a la sociedad.

Realmente quien está resolviendo las dudas en torno a todos estos temas es la Corte Constitucional Colombiana y esto es crítico porque de acuerdo a la triada del poder público la Corte no hace parte de la Rama Legislativa sino la Rama Judicial, temas como el matrimonio igualitario, la adopción entre parejas del mismo sexo, hijos de crianza, entre otros; son temas que deben ser abordados por el legislador y es peligroso para la estabilidad del ordenamiento jurídico colombiano que esta tarea la esté desarrollando la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia.

El tercer y último factor relevante es la iglesia católica y los diversos grupos de presión religiosos, que constituyen un factor crítico debido a que hablamos de un tema con una considerable carga religiosa, moral y política.

Para desarrollar este punto es preciso analizar el Art.9 de la Constitución Política

Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las

confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley. (CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Art.9).

Después de la sistemática lectura de la normativa legal anterior es preciso decir que Colombia es un Estado laico que garantizar la libertad de culto y la igualdad ante la ley; por tal motivo, consideramos que la iglesia no puede tener ninguna incidencia en las estructuras políticas estatales, pero eso está muy alejado, lastimosamente, de la realidad colombiana actual.

Natalio Cosoy (2017) escribo una obra llamada *Votos y votos. Religión y poder en Colombia*, libro que hace un análisis sistemático del papel de la iglesia en el Estado desde la conquista española hasta las elecciones presidenciales y legislativas de 2018, incluyendo las votaciones del Plebiscito por la paz de octubre de 2016, de acuerdo con el autor Cosoy (2017, p. 5) “la relación entre religión, Estado, política y poder ha sido y sigue siendo uno de los grandes enredos colombianos”.

La religión ha permeado la política, la educación, el estilo de vida, la economía, pero sobre todo el Poder, la iglesia representa la estructura de Poder más grande debido al factor psicológico que imprime en los feligreses, y esto es de suma importancia para los nuevos tipos de familia porque impulsa la discriminación, la desigualdad, el rechazo social y la segregación, lo cual impide la regulación legal de las nuevas familias que desafíen los lineamientos religiosos.

Para concluir, las familias colombianas actuales diversas multiétnicas y multiculturales, se enfrentan a retos complicados a la hora de resolver sus conflictos debido a la misma inseguridad jurídica que presentan, producto de la ambigüedad Jurídica y la carente regulación civil en materia de familia; lo que desemboca en una inseguridad latente, permitiendo la vulneración de los derechos fundamentales de las personas. Muestra de todo esto se puede observar en el análisis que hace el profesor Ricardo Azael Escobar Delgado, cuando afirma que “las diferentes percepciones generadas hoy en el contexto de Colombia acerca de la familia han suscitado muchos debates, hasta el punto de que en la actual Constitución Política, posiblemente desde el aspecto teórico, se reconoce la diversidad étnica y cultural de la familia y de todos sus integrantes, tal y como se desprende de los artículos 2, 7, 8, 13, 15, 18, 19, 20, 28 y 42, entre otros.

Entretanto, de manera particular, el artículo 7 de la Constitución, de manera general, señala que: "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana". Por lo tanto, el Estado Social de Derecho avala la

diversidad como fundamento cultural de donde emana el desarrollo social; y en el caso de la familia, la diversidad en todas las instancias constituye la base para el proceso y crecimiento de una sociedad secularizada. Una sociedad en la que los individuos que la conforman entienden que los derechos y los deberes se establecen para la consolidación de un Estado que se forja mediante el conocimiento de un pasado, la comprensión de un presente y la proyección por medio de un proyecto de Nación, forjado entre todos sus miembros, para las generaciones presentes y posteriores” (ESCOBAR, 2018, p.200).

La sociedad está cambiando a medida que cambian el estilo de vida de los seres humanos, los nuevos tipos de familias unidos por vínculos más profundos que la sangre como el amor, el afecto, el respeto y la tolerancia, por ello es menester proteger y regular a estas familias siendo que lo anterior debe ser la prioridad de los Estados; no dejar ningún vacío en el marco legal que resguarde sus derechos porque genera inseguridad y un desequilibrio en el sistema jurídico, lo que se traduce en una crisis de la legislación familiar.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CÓDIGO CIVIL [CC]. Ley 84 de 1873. 26 de mayo de 1873. Colombia.

CÓDIGO CIVIL [CC]. Ley 14 de 1855. 14 de diciembre de 1855. Chile.

CORTE CONSTITUCIONAL, (2011, 26 de julio) Sentencia 577/11 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. M.P.) Recuperado de:  
[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2011/C-577-11.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-577-11.HTM)

CORTE CONSTITUCIONAL, (2015, 18 de febrero) Sentencia T-070/15 (Martha Victoria Sáchica Méndez, M.P.) Recuperado de:  
[.https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-070-15.ht](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-070-15.ht)

CORTE CONSTITUCIONAL, (2015, 18 de febrero) Sentencia C-071/15 (Jorge Ivan Palacio Palacio. M.P.) Recuperado de:  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-071-15.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL, (2015, 4 de noviembre) Sentencia C-683/15 (Jorge Ivan Palacio Palacio. M.P.). Recuperado de:  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-683-15.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL, (2016, 28 de abril) Sentencia SU-214/16 (Alberto Rojas Ríos. M.P.) Recuperado de:  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL, (2018, 23 de julio) Sentencia T-281/18 (Jorge Fernando Reyes Cuartas. M.P.) Recuperado de:  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-281-18.htm>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [Const] Art.9, 4 de julio de 1991.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [Const] Art.42, 4 de julio de 1991.

COSOY, N. (2017). *Votos y votos. Religión y poder en Colombia*. Bogotá, Colombia: Editorial Rebate.

ECHEVERRÍA, M. (2011). Derechos y obligaciones constitucionales entre los padres e hijos. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 3(2),162-183. Recuperado de:  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767777.pdf>

ESCOBAR DELGADO, R. (2018). La familia como una nueva realidad plural, multiétnica y multicultural en la sociedad y en el ordenamiento jurídico colombiano. *Prolegómenos*.21(42).195-218. <https://doi.org/10.18359/prole.3366>.

ENGELS, F. (1884) *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*. Moscú, Rusia: Editorial Progresó.

GIL, A. (s.f.) *Diversidad familiar: los diferentes tipos de familia actuales*. Canvis Centro de Psicología. Recuperado de: <https://www.canvis.es/es/diversidad-familiar-tipos-de-familia-actuales/>,

HINESTROSA, F. (2013). Derecho romano, tradición romanista y América Latina. *Revista De Derecho Privado*, (25), 3-7. Recuperado de:  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3593>

IGLESIAS, J. (1993). *Derecho Romano: Historia e instituciones*. Editorial Ariel, S.A.

KOSELLECK, R. (1993) Historia conceptual e historia social. En *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*, (pp. 105-126). Editorial Paidós.

MERCADO, D. (2010) *Manual de teoría constitucional*. Rodríguez Quito Editores.

MORALES ACACIO, A. (2010). La Familia en la Constitución Nacional. Estimación Legal y Jurisprudencial. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 2(3).  
<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.2-num.3-2010-207>

TIRADO PERTÚZ, C. A. (2020). Análisis jurisprudencial de la caracterización de la familia de crianza. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 12(24), 271–289.  
<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.24-2020-2675>

TIRADO PERTÚZ, C. A., & García Granados, C. E. (2021). Aspectos procesales de la declaratoria de interdicción por discapacidad mental absoluta. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 10(20), 154–172. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.20-2018-2153>

Para mais informações ou eventuais dúvidas, solicita-se contatar os Editores da Revista INTERTEMAS via e-mail [nepe@unitoledo.br](mailto:nepe@unitoledo.br) ou pelo telefone (18) 3901-4004.