

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 10, n. 2, jul./dez. 2015. ISSN 1809-7278 (Impressa)
ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

Ética, Direito, Economia e Mercados de Valores Mobiliários (MVM)
Gonçalo Sopas de Melo Bandeira

Propriedade Imóvel Rural no Brasil – Fundamentos Históricos e Jurídicos –
Das Sesmarias ao Século XXI
Aflaton Castanheira Maluf

Visões de Liberdade, Leis e Justiça no Cotidiano Escravista Brasileiro: o
exemplo das ações cíveis e dos processos-crime
Alysson Luiz Freitas de Jesus

La Tutela de los Derechos Humanos por la Jurisdicción Constitucional,
¿Mito o Realidad?
Gilbert Armijo

Consecuencias Laborales de los Procesos de Reestructuración Empresarial:
la experiencia española en un contexto internacional
J. Eduardo López Ahumada

Genocidio Político y Derecho Penal Internacional: análisis desde su
exclusión típica political
Omar Huertas Díaz, Víctor Manuel Cáceres-Tovar

Teses de Direito Público: três doutoramentos e um mestrado em 2015: Paris,
Porto, Burgos, Porto
Paulo Ferreira da Cunha



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 10, número 2, jul./dez. 2015

ISSN 1809-7278 (Impressa)

ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

REVISTA BRASILEIRA
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v. 10, n. 2 – Semestral – Montes Claros, MG – jul./dez. 2015



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação semestral da Faculdade de Direito Santo Agostinho - FADISA, editada por Elton Dias Xavier.

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO – FADISA (FACULDADES SANTO AGOSTINHO)

Diretor Administrativo-Financeiro: Eustáquio Eleutério do Couto Júnior

Diretora Acadêmica: Prof.^a Silvana Maria de Carvalho Mendes

Diretor de Unidade: Prof. Wander Medeiros

Coordenador do Curso Direito: Prof. Ms. Rafael Soares Duarte de Moura

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Prof. Dr. Elton Dias Xavier - Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros, MG, Brasil

Editor-Associado: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros, MG, Brasil

Membros do Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil

Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal

Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: Maria Rodrigues Mendes

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a:
(All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address)

Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <eltondx@hotmail.com>, <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação semestral/Published 2 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdades Santo Agostinho. - Vol. 10, n. 2 (2015) – . – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2015 –
v. : 19 x 26 cm.

Semestral.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

Ficha catalográfica: Edmar dos Reis de Deus – CRB6-2486

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
------------------------	---

ABERTURA

Ética, Direito, Economia e Mercados de Valores Mobiliários (MVM) <i>Gonçalo Sopas de Melo Bandeira</i>	13
---	----

ARTIGOS

Propriedade Imóvel Rural no Brasil – Fundamentos Históricos e Jurídicos – Das Sesmarias ao Século XXI <i>Aflaton Castanheira Maluf</i>	57
---	----

Visões de Liberdade, Leis e Justiça no Cotidiano Escravista Brasileiro: o exemplo das ações cíveis e dos processos-crime <i>Alysson Luiz Freitas de Jesus</i>	101
--	-----

La Tutela de los Derechos Humanos por la Jurisdicción Constitucional, ¿Mito o Realidad? <i>Gilbert Armijo</i>	113
--	-----

Consecuencias Laborales de los Procesos de Reestructuración Empresarial: la experiencia española en un contexto internacional <i>J. Eduardo López Ahumada</i>	137
--	-----

Genocidio Político y Derecho Penal Internacional: análisis desde su exclusión típica political <i>Omar Huertas Díaz, Víctor Manuel Cáceres-Tovar</i>	173
---	-----

ECOS ACADÊMICOS

Teses de Direito Público: três doutoramentos e um mestrado em 2015:

Paris, Porto, Burgos, Porto

Paulo Ferreira da Cunha 199

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO..... 219

EDITORIAL

Encerrar o décimo ano de existência da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** é ato de uma satisfação incomensurável. Não somente pela década de existência, mas também porque o balanço das publicações é altamente positivo. Em um decênio (que jamais se confunde com um decêndio), a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** contou com a colaboração dos maiores nomes do Direito, da Filosofia, da Sociologia e da Educação de várias partes do mundo. Dobrou todas as esquinas e varou o mundo, deixando os continentes interligados.

Para comemorar o fechamento deste volume dez, o número dois, correspondente ao segundo semestre de 2015, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** reuniu nomes de diversas partes do mundo: Brasil, Colômbia, Costa Rica, Espanha e Portugal estão presentes.

Como texto de **Abertura**, com o maior destaque, aparece a autoria do Professor Doutor Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira, consagrado escritor português com publicações nas melhores Editoras e participação em diversas Universidades da Europa e América. Ao falar sobre o tema “Ética, Direito, Economia e Mercados de Valores Mobiliários (MVM)”, o escritor levou para o lado do Direito as questões dos crimes de colarinho branco, dos contra o mercado financeiro, notadamente os crimes de lavagem de dinheiro (como se diz no Brasil) ou de branqueamento de capitais (como se diz na Espanha e em Portugal) e, de sobra, acrescentou análises sobre a influência da Economia nos conceitos éticos e jurídicos que imperam nos tempos atuais. O artigo, premiado na Europa, é amplo em tamanho a ponto de ser um livro, mas com a leitura leve e agradável. O autor carrega para o texto, bem ao estilo europeu, uma série de informações adicionais que, ao ser detidamente absorvidas, completam o estudo a ponto de elevá-lo ao patamar dos mais dignos padrões internacionais.

Os demais artigos, exceto o último referido, aparecem, na seção denominada **Artigos**, pela ordem alfabética dos seus autores.

Em trabalho de extenso fôlego e qualidade, o Professor Doutor Aflaton Castanheira Maluf trata do Direito Agrário com a liberdade e qualidade de escritor que é e de conhecedor do tema em suas entranhas. A começar pela história, da época do Brasil Colônia, das Sesmarias e das Capitâneas Hereditárias, o texto traz o Direito Agrário atual com ares de inovações, com prova da possibilidade de utilização de tecnologias e inserção do

mercado agrário em atividades turísticas, empresariais e lucrativas. A comparação entre o tempo pretérito e o atual leva à conclusão de que, modernamente, as atividades agrícolas e pecuárias são tidas como empresariais e, não, como subsistência. O título do trabalho, “Propriedade Imóvel Rural no Brasil – Fundamentos Históricos e Jurídicos – Das Sesmarias ao século XXI” é suficientemente provado no texto, em uma demonstração de conhecimento jurídico, de visitas às entranhas de um longo rol de leis e, sobretudo, o emprego de uma linguagem correta e compreensível.

Justapondo História e Direito, o Professor Doutor Allyson Luiz Freitas de Jesus trata da relação dos escravos com o Poder Judiciário. Sob o título “Visões de Liberdade, Leis e Justiça no Cotidiano Escravista Brasileiro: o exemplo das ações cíveis e dos processos-crime”, o texto mostra o “jus postulandi” que detinham os escravos, quando o assunto era a própria liberdade. E estudos científicos do pesquisador mostram que, diferentemente do que se tem como verdade absoluta, havia alguma liberalidade dos senhores em favor dos escravos e, muitas vezes, o fato era alegado perante a Justiça com o fito de se obter a liberdade para todo o sempre. Há demonstrações, também, do recurso ao Poder Judiciário, por parte dos senhores, para retroceder às condições de escravidão, quando os libertos se mostravam indignos da concessão obtida. Assim, os tópicos História e Direito se mostram entranhadamente bem conduzidos, caracterizados e, sobretudo, expostos com qualidade elevada.

Seguindo a ordem alfabética, da Costa Rica, vem a experiência do autor Gilbert Armijo Sancho, que é Doutor em Direito, Especialista em Ciências Penais, Professor Universitário, ganhador de prêmio, autor de diversos livros e, principalmente (em razão do tema) Magistrado da Sala Constitucional de Costa Rica. Com todo este gabarito, o autor colabora com o artigo denominado “La Tutela de los Derechos Humanos por la Jurisdicción Constitucional, ¿Mito o Realidad?”. No texto, a constatação de que a Costa Rica, por ser neutra em relação aos conflitos internacionais, desde 1949 não tem mais Exército e os Quartéis foram transformados em instalações escolares. Tem interferido junto a diversos países, visando à extinção de conflitos internacionais e, no âmbito interno, foi capaz de ver sua Suprema Corte (Sala Constitucional) julgar uma ação direta de inconstitucionalidade proposta por uma pessoa natural (física), sem que da Constituição Federal costarricense conste tal direito. O fundamento legal foram os Tratados Internacionais e o princípio de que tais normas sobrepõem ao ordenamento interno de qualquer nível. Também estão descritos informes insubstituíveis acerca dos Direitos Humanos quanto às crianças, mulheres, relações internacionais e a supremacia dos Tratados Internacionais sobre os próprios textos constitucionais originários. somente não se pode dizer que se trata de uma das primeiras vezes que no Brasil se publica um texto de um autor costarricense, porque

a própria **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** publicara o mesmo autor, no volume 4, número 2, no segundo semestre de 2009. Aquela, seguramente a primeira vez (ou, com mais segurança, uma das primeiras vezes) de uma publicação deste país no Brasil. Ambos os artigos científicos, por sinal, dignos e merecedores dos maiores créditos.

O Professor José Eduardo López Ahumada é Doutor em Direito e leciona Direito do Trabalho na Universidad de Alcalá, Madrid, Espanha (tal Universidade foi fundada em 1499, isto mesmo: antes de o Brasil ser conhecido dos portugueses). É da sua autoria o artigo científico denominado “Consecuencias Laborales de los Procesos de Reestructuración Empresarial: la experiencia española en un contexto internacional”. Há vários pontos de interesse no conteúdo do artigo. Um deles, o fato de a União Europeia ter uma legislação trabalhista que tem proximidade entre os diversos países, até mesmo porque, em qualquer país integrante do bloco, podem os europeus transitar livremente e conseguir emprego sem que se considere concorrência com os locais. Também porque o desenrolar do artigo, em um fôlego digno dos maiores elogios, mostra os procedimentos pelos quais uma empresa pode passar para se adaptar ao mercado. Situações que vão desde alianças estratégicas, passando pela possibilidade de compartilhar equipamentos ou produção, transportes conjuntos, aquisições conjuntas, etc. E, claro, chegando às fusões, absorções, incorporações, etc. Para resumir, um texto imprescindível, em se tratando de uma Revista de qualidade.

Da Colômbia, a participação vem do Professor Doutor PhD Omar Huertas Díaz, em parceria com o Professor Mestre (Mg.) Doutorando Víctor Manuel Cáceres-Tovar. O tema por eles desenvolvido recebe o título de “Genocidio Político y Derecho Penal Internacional: análisis desde su exclusión típica política”. Uma das definições utilizadas pelos autores é de que “Genocidio es el crimen de la destrucción de grupos nacionales, raciales o religiosos”, sendo que também explicam que todo ato de genocídio é um ato político. O tema do terrorismo internacional, que a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** praticamente introduziu no Brasil há uma década, volta a ser preocupação de todo o mundo. E os autores, com qualidades de pesquisadores dedicados, sobre ele se debruçam e, com facilidade, veem-se vitoriosos no desenrolar das ideias. Um texto imperdível, sem dúvidas. Até mesmo porque, mais do que nunca, o que os autores traçavam quase em tom de profecia acha-se agora consolidado no seu sentido nefasto: o terrorismo, as guerras civis, os grupos extremistas e os dirigentes sanguinários estão extirpando povos e raças. O genocídio atual, não silencioso, projeta horrores para um tempo próximo.

O Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha, autor de mais de 90 livros e de mais de 500 artigos científicos, contribui para a criação de uma nova seção na **Revista Brasileira**

de Estudos Jurídicos. Trata-se do espaço para que haja **Ecos Acadêmicos**, expoentes da Academia que se colocam ao dispor de todos. O Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha faz referência a quatro doutoramentos e um mestrado de cujas bancas examinadoras participou durante o ano de 2015. Em suas palavras, há frases que, por si sós, valem a existência da seção, como “uma tese deve ser o desenvolvimento de um ponto de vista, depois de expostos com rigor e abundância pelo menos duas teses antagônicas.”, ou mesmo confissões estrondosas como “normalmente quando se diz que algo é óbvio é porque não o é nem um pouco.”. E, para não deixar de mais uma referência de elevado teor, lembra-se que, em um discurso que faz parte do texto “Teses de Direito Público: três doutoramentos e um mestrado em 2015: Paris, Porto, Burgos, Porto”, o autor escreveu: “Jean Lauand explicou que Deus e a Bíblia não passariam em muitos critérios acadêmicos de hoje. E já Umberto Eco tinha falado no presumível fracasso de muitos gênios nos concursos hodiernos para professores catedráticos.”. Lições de vida... ou Ecos Acadêmicos...

Iniciar a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, com o primeiro número vindo a lume em 2005, pode, sim, ter sido uma visão utópica. Mas, a própria trajetória indica a vitória, cristaliza os passos e, sobretudo, serve como suporte para os próximos voos. Voos que ultrapassam oceanos, pois têm longo alcance e têm autonomia e independência suficientes para indicar um caminho sem volta. Não porque o volver também não seja uma forma de chegar. Mas, porque, uma vez consolidada, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** tem vida própria. E, com fé em Deus, longa.

Professor Doutor Elton Dias Xavier
Editor

A B E R T U R A

Ética, Direito, Economia e Mercados de Valores Mobiliários (MVM)^{1, 2}

– “**Ou**”, o princípio constitucional fundamental da ‘Subordinação do poder económico ao poder político democrático’ (art. 80.º Constituição da República Portuguesa); o princípio geral constitucional fundamental do ‘funcionamento eficiente dos mercados’ e a sanção das ‘práticas lesivas do interesse geral’ (art. 81.º da CRP); a tutela constitucional fundamental do ‘sistema financeiro’, o qual ‘é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social’ (art. 101.º da CRP); repetimos: **social e económico!**

GONÇALO SOPAS DE MELLO BANDEIRA³

¹ E/ou, em todo este texto, “outros instrumentos financeiros”. Nota de advertência: todas as referências feitas em este texto, a essoas individuais e/ou entes colectivos, nos casos em que esse problema se pode colocar, são sempre realizadas em absoluto respeito do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. Esta publicação é dedicada e a todos os meus Amigos e Familiares, especialmente a um dos meus filho(a)s que ainda morreu no ventre materno por causas desconhecidas; a minha Mãe; Mulher; Filhos; Tia; e Pai, entre Outros; e ainda a todos os meus Colegas Docentes e Alunos da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. Uma palavra de especial agradecimento à Prof.^a Doutora Irene M. Portela, pelo convite endereçado a todos os juristas a apresentarem os respectivos artigos jurídico-científicos, a concurso, tendo em vista a possível publicação na “Tékne-Revista de Estudo Politécnicos”. Número este último, que será dedicado ao Direito; bem como à Jurista e Advogada Maria Lameiras Pinto, que realizou as principais provas de revisão; à I.P.S.S. Obra de Nossa Senhora das Candeias. E, por fim, mas não por último, um agradecimento ao Prof. Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra Doutor Manuel da Costa Andrade, dado este escrito ter sido inspirado na sua Orientação; e, ainda, ao Advogado, Prof. Associado Doutor Germano Marques da Silva, insigne Presidente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, sobretudo, mas não apenas, pelas mui justas “revisões” e sugestões que teve a extrema amabilidade de nos fazer, de modo a responder à nossa expressa vontade. A responsabilidade de aquilo que é vertido em este texto, contudo, é, em exclusivo, do respectivo subscritor e autor do mesmo.

² O autor do artigo e o Editor da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** agradecem à Revista de Estudos Politécnicos, v. VIII, n. 13, p. 205-240, pela cessão do texto.

³ Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira: natural da Cidade do Porto, Portugal, 1972, o Autor fez todo o seu percurso *pré*-académico na Cidade de Braga, nomeadamente no *Conservatório de Música Calouste Gulbenkian*; na *Escola eb. 2,3 André Soares* e na *Escola Secundária Dona Maria II* até ao 12.º ano. Participou em diversos seminários e jornadas jurídicas e tem vários trabalhos publicados pela “Editora Livraria Almedina-Coimbra”, pela “Coimbra Editora”, pela “Juruá Editora” e na inter-rede (v. g., www.verbojuridico.net). A partir de Outubro de 1996 exerceu as funções de Consultor Jurídico na *Fundação Obra de Nossa Senhora das Candeias – Instituição Particular de Solidariedade Social* com sede no Porto – sendo, no momento, seu colaborador voluntário. Entre Abril de 2000 e Agosto de 2009 foi advogado de empresa. É docente no Ensino Superior português desde 2007 e Advogado desde 1996. Nenhuma das opiniões jurídicas e científicas que são veiculadas em este trabalho pelo Autor, e que foram fruto de uma investigação internacional teórica e prática, vinculam, porém, qualquer das entidades aqui mencionadas e vice-versa.

Docente da Escola Superior de Gestão do I.P.C.A., Portugal. Investigador do Centro de Investigação em Contabilidade e Fiscalidade (C.I.C.F.), Portugal. Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade Católica, Portugal. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Investigador-convidado no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, Baden-Württemberg, Deutschland-Alemanha*. Advogado.

Resumo: 1 – Ética, Direito, Economia e “mercados de valores mobiliários”: realidades concretas de um só mundo no qual interagem, de modo constante e complexo, uma série de factores económicos, sociais, políticos, culturais e mentais que não se podem separar de modo artificial; 1.1 – Intróito e primeiro andamento; 1.2 – Introdução e desenvolvimento; 1.3 – A chamada “protecção penal de valores” e/ou o “moralismo”; 2 – Ética nos mercados de valores mobiliários e capitalismo; 2.1 – Possíveis perigos do problema da ética económico-financeira; 2.2 – Os fundos éticos nos mercados de valores mobiliários; 2.3 – Códigos de conduta interna e/ou deontológica, transparência e/ou o papel dos investidores como instrumentos éticos nos mercados de valores mobiliários; 2.4 – Ética e mercados de valores mobiliários: mais alguns possíveis desenvolvimentos pré-conclusivos; 3 – Ética e mercados de valores mobiliários: o microcrédito como desenvolvimento conclusivo; 3.1 – Ética, Paz Social, Corrupção; 3.2 – Direito penal, ética e “Educação e/ou Formação no Ensino Superior”: conclusões

Abstract: 1 – Ethics, Law, Economy and “securities” (markets): concrete realities of one only world in which they interact, in constant and complex way, a series of economic, social factors, politicians, cultural and mental who if cannot separate in artificial way; 1.1 – “First introduction” and first course; 1.2 – Introduction and development; 1.3 – The call “criminal protection of values” and/or the “morality”; 2 – Ethics in the “securities” (markets) and capitalism; 2.1 – Possible “risks” of the problem of the ethics economic-financier; 2.2 – The ethical “stock fund” in the “securities” (markets); 2.3 – Codes of internal and/or deontological behavior, transparency and/or the paper of the investors as ethical instruments in the “securities” (markets); 2.4 – Ethics and “securities” (markets): plus some possible p.-conclusive developments; 3 – Ethics and “securities” (markets): the microcredit as conclusive development; 3.1 – Ethics, Social Peace, Corruption; 3.2 – Criminal law, ethical and “Education and/or Formation in ‘University’ School”: conclusions

1 ÉTICA, DIREITO, ECONOMIA E “MERCADOS DE VALORES MOBILIÁRIOS”: REALIDADES CONCRETAS DE UM SÓ MUNDO NO QUAL INTERAGEM, DE MODO CONSTANTE E COMPLEXO, UMA SÉRIE DE FACTORES ECONÓMICOS, SOCIAIS, POLÍTICOS, CULTURAIS E MENTAIS QUE NÃO SE PODEM SEPARAR DE MODO ARTIFICIAL

1.1 Introito e primeiro andamento

Diz-nos Andrade (1985, p. 69-105; 1998, p. 403) “Os estudos de criminologia têm, com efeito, revelado a frequência com que os delinquentes de ‘colarinhos brancos’ praticam os crimes contra a economia a coberto da racionalização da lealdade aos valores últimos da vida económica, só por eles autenticamente interpretados e assumidos.”. Esta “interpretação económica” hegemónica de um só sentido agora travestido no presente de uma certa globalização poderia nos levar à seguinte máxima: “não existe qualquer coincidência entre, por um lado, ética e/ou moral e, por outro lado, problemas e/ou ciências jurídico-económicas”.⁴ E o assunto estava resolvido. Não nos podemos esquecer, contudo, do grande jurista alemão, e Professor de Direito, Gustav Radbruch, no qual a experiência nacional-socialista produz uma tal impressão, que o obriga a repensar as ideias que tinha

⁴ Sinal de que estas questões estão na “ordem do dia” é, v. g., a opinião de Ferreira, Rogério Fernandes, in “Gestão e Ética” (disponível em: <www.negocios.pt>, Lisboa, acesso em: 15 out. 2007), comentando um colóquio ocorrido em Lisboa no mês anterior sobre o mesmo tema. Este autor conclui: “por melhor ideados que sejam doutrinas e sistemas económicos e político-sociais, na prática, tem havido sempre falhanços. Isso deve-se em particular ao mau desempenho dos executores e de quem deveria zelar pela doutrina proclamada ou sistema preconizado.”. Outro colóquio importante e internacional sobre esta matéria foi aquele que ocorreu sobre a “Ética e profissões: desafios da modernidade”, Universidade Lusíada de Lisboa, Portugal, 23/11/07. O tema da “Ética, economia e gestão” coube a Félix, António Bagão.

sobre o positivismo. Radbruch vê na separação do Direito e da moral o fundamento no qual se apoiou o nazismo para concretizar, sob a “legalidade”, algumas das maiores atrocidades contra a Humanidade. Bandeira (1997) refere mesmo o seguinte: “Uma autoridade que não siga o Plano de Deus, demoniza-se.”⁵ Uma formação positivista em excesso levou juízes e advogados a ficarem sem defesas argumentativas contra uma “legalidade injusta”. Assim, diz-nos Radbruch que uma lei que contrarie os princípios básicos da moralidade “não é Direito”, ainda que se verifique uma “validade formal”. E todavia, também não é por mero acaso que se volta a falar em ética no contexto do sistema económico capitalista. Que não apenas de “ética nos negócios”. Depois de grandes escândalos de gestão e/ou financeiros nas “economias mais avançadas”⁶ fala-se em “recuperar uma cultura ética”. É frisado que “não existe qualquer contradição entre ética e *performance* e/ou desempenho” económicos.⁷ O Estado português plasmou, aliás, na lei, em relação ao Estatuto do Gestor Público (EGP) de Portugal, o seguinte: “Ética § Os gestores públicos estão sujeitos às normas de ética aceites no sector de actividade em que se situem as respectivas empresas.”⁸ É o EGP que rege os órgãos de administração das empresas públicas. E, como se sabe, as “empresas públicas” podem ser “sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas

⁵ Também: “S. Paulo, de acordo com o relato dos Actos dos Apóstolos, invoca a respeitabilidade das autoridades judaicas (“γέγραπται γὰρ ὅτι ἀρχοντα τοῦ λαοῦ σου οὐκ ἐρεῖς κακῶς” – Act 23, 1 a 5). Mas em caso de conflito, já S. Pedro diz que “temos de obedecer a Deus mais que aos homens” (“πειθαρχεῖν δεῖ θεῷ μᾶλλον ἢ ἀνθρώποις.” – Act 5, 29) e é preciso ter em consideração que as versões de Pedro e Paulo se encontram mais ou menos inseridas no mesmo contexto, o que não põe em causa o respeito de ambos pelos Poderes.”.

⁶ Um dos últimos foi, v. g., o da “*Société Générale*”, no qual o suposto “autor ou coautor” de uma fraude de quase €4,9 mil milhões, Jérôme Kerviel, 31 anos. Para mais desenvolvimentos sobre certas medidas que lhe foram aplicadas, www.welt.de, jornal *Die Welt*, Alemanha, 28/1/08, “*Bakenskandal in Frankreich § Börsenhändler Kerviel auf freiem Fuß*”. Mais recentemente, o “escândalo financeiro” superou todas as expectativas e “bateu recordes mundiais”: “Maddoff detido por fraude que pode chegar a 50 mil milhões de dólares § Bernard L. Madoff, ex-presidente da Nasdaq e um dos investidores mais activos nos últimos 50 anos, foi ontem detido pelo FBI após confessar que o seu negócio era um “esquema Ponzi gigante” que teria causado perdas de 50 mil milhões de dólares (38 mil milhões de euros) aos clientes.” (Disponível em: <www.jornaldenegocios.pt>. Acesso em: 12 dez. /2008. Era só, o próprio “presidente” do *Nasdaq*!

⁷ Cfr. as afirmações de Peter Löscher, o então novo chefe da *Siemens* in www.iht.com (*Herald Tribune*), 5/7/07, que prometia recuperar uma “cultura ética”. Artigo jornalístico por Dougherty, Carter, in “*New Siemens Chief says he’ll recover ethical culture*”. Este escândalo teve contornos astronómicos: “Sete anos de corrupção e caixas negras cujo valor ultrapassa já os 420 milhões de euros, é o pesadelo do grupo alemão Siemens e as surpresas não param à medida que a investigação avança. Ontem foi detido preventivamente... Os investigadores suspeitam do envolvimento de uma dúzia de pessoas nesta fraude, actuais e antigos assalariados do grupo de Munique, que utilizaram estes fundos para pagar luvas contra a obtenção de contratos internacionais.”. Disponível em: <<http://www.euronews.net>>. Acesso em: 24 jun. 2007. A instituição TI ou “Transparência Internacional”, com sede em Berlim, estaria entretanto a ponderar – na época apontada –, a expulsão da bávara *Siemens*.

⁸ Cfr. o art. 36.º do EGP, Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27/3. E, também, o n.º 1 do art. 37.º (“Boas práticas”).

estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante”.⁹ E são também empresas públicas as entidades com natureza empresarial.¹⁰ Temos ainda que recordar aqui as cooperativas.¹¹ A maior parte das cooperativas pode também trabalhar com(o) empresas. Sendo que a sua autonomia é um factor essencial. As cooperativas regem-se, também, por princípios éticos que podem constituir igualmente a Economia em todos os seus sentidos, nomeadamente se prosseguirem fins económicos! Fala-se, a propósito, em “verdadeira atmosfera ética dos princípios cooperativos”.¹² E onde o “escopo lucrativo” não é (aqui) elemento essencial! (ABREU, 2006, p. 274 e ss). Ora, vale a pena transcrever aqui uma das conclusões da Aliança Cooperativa Internacional no Congresso de *Manchester*, Inglaterra, de 1995: “As cooperativas baseiam-se nos valores de autoajuda, responsabilidade individual, democracia, igualdade, equidade e solidariedade. Fiéis à tradição dos seus fundadores, os membros das cooperativas assumem os valores éticos da honestidade, transparência, responsabilidade social e altruísmo.”. Também os princípios cooperativos¹³ estão impregnados de ética e, até, utopia: no contexto da social democracia e/ou socialismo democrático, ambos no contexto do Estado de Direito Social, democrático, verdadeiro e livre. Nove anos atrás, em 1998, disse o, então, Presidente do Banco Mundial James Wolfensohn:

Enquanto falamos da crise financeira, em todo o mundo 1300 milhões de pessoas subsistem com menos de um dólar por dia; 3000 milhões vivem com menos de dois dólares; 1300 milhões não têm água potável; 3000 milhões carecem de serviços de saneamento; e 2000 milhões não têm electricidade. Façamos algo para acabar com este sofrimento, não nos detenhamos na análise financeira: não nos detenhamos na arquitectura financeira e nas reformas do sistema financeiro. Agora temos a oportunidade de estabelecer um debate global sobre tudo isso, é certo, mas também sobre os fundamentos do desenvolvimento (WOLFENSOHN, 1998; e UREÑA; JIMÉNEZ, 2002, p. 77 e ss).

⁹ Em virtude da detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto e/ou direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização.

¹⁰ Quanto a isto tudo, cfr. artigos 15.º, 3.º e 23.º do DL n.º 300/2007, de 23/8, o qual alterou o Decreto-Lei 558/99, de 17/12. Já antes, para uma visão crítica, Abreu, 2003, p. 555-575. Foi, aliás, a partir do último DL referido que o “conceito de empresa pública estadual” passou, no Ordenamento Jurídico Português, a abranger “entes de natureza societária”. E, as empresas públicas, societárias ou não – ou as cooperativas – , não têm por *conditio sine qua non* da sua existência o escopo do lucro. Logo a ideia de que todas as empresas, em uma economia de mercado, agem segundo uma “lógica de mercado” é falsa. Embora também possam visar esse objectivo. Orlando De Carvalho falava no “rédito”.

¹¹ Cfr. art. 82.º da CRP. Existem em Portugal, como se sabe, três sectores de propriedade dos meios de produção: público, privado e cooperativo e social.

¹² Cfr. a definição legal de “cooperativa” no CCoop. Aí ressaltam várias características, como v. g., aquelas que nos são apontadas por Namorado (2000, p. 186 e ss).

¹³ Para leitura e breve comentário dos princípios cooperativos, Namorado (2000, p. 188 e ss).

A globalização, ao permitir a fusão financeira cada vez mais mundial, dificulta o acesso ao crédito e/ou ao empréstimo por parte de pequenos empresários e empresas. É a economia desumanizada na qual reina uma sobre-especulação. Silva identifica um conflito histórico e afirma o seguinte:

A sociedade do terceiro milénio, [...], presencia a sua subdivisão no embate entre *civilização capitalista* versus *civilização comunitária*, que quer representar os modelos de sociedade fechada (capitalista) e sociedade aberta (comunitária) [...], sendo que os modelos são incompatíveis.” (SILVA, 2005, p. 393 e ss e p. 439-440).

As estatísticas, como vamos observando nos jornais de todos os dias, são claras a nível mundial: os ricos cada vez estão mais ricos e os pobres cada vez mais pobres. Ora, o poder económico-financeiro está cada vez mais concentrado: “Ricos mais ricos, pobres mais pobres” (CABRAL, 2006). Afirma João Paulo II (1991):

[...] a liberdade económica é apenas um elemento da liberdade humana. Quando aquela se torna autónoma, isto é, quando o homem é visto mais como um produtor ou um consumidor de bens do que como um sujeito que produz e consome para viver, então ela perde a sua necessária relação com a pessoa humana e acaba por a alienar e oprimir.

Instado Abbé Pierre a comentar o facto, v. g., dos EUA terem 30.000.000 (trinta milhões!) de habitantes a viver abaixo do mínimo vital e a UE (então, a 12 países) cerca de 40.000.000 (!) de pessoas nas mesmas condições, entre os quais estariam milhões de desempregados, muitos sem qualquer subsídio, foi dada a seguinte resposta: “Moralmente, de certeza que é esse o insucesso principal das democracias ocidentais. Porque se cada um não olha senão para si e não inventa acções para tornar útil os que não têm ocupação, então será a degradação. É preciso que cada um se prepare para a partilha”.¹⁴ A pobreza pode ser material, mas também pode ser ética e/ou moral. Ou seja, a pobreza pode ser económica, social, política, cultural e/ou mental. O *bourgeois*, i.e. o “burguês”, é aquele, aliás, que se serve a si mesmo e, de um modo indirecto, o Estado e/ou a comunidade (SALGADO, 1996, p. 366; e GRAU, 2004, p. 107 e ss). O cidadão grego é aquele que serve o Estado e, de um modo indirecto, se serve a si mesmo. O cidadão em Hegel é o que, no plano ético, serve o Estado servindo a si mesmo e, ao servir a si mesmo, tem como fim servir o Estado. Só a totalidade constituiria a verdade, tanto na teoria como na prática. Sendo que a passagem da “moralidade” à superação de esta – a eticidade – possui um fundamento ontológico: a vinculação da universalidade e das suas determinações particulares

¹⁴ Entrevista de A. Marujo a Abbé Pierre, 5-7-95 e 22/1/06, in **Jornal Público**, Porto.

(CORDON; MARTINEZ, 1983, p. 223 e ss). A “eticidade” seria, em Hegel (1990, § 142), pois, “o conceito de liberdade que chegou a ser o mundo existente (*Vorhandenen*) e a natureza da autoconsciência.”. Ora, o “Estado moderno” caracterizaria um “Estado de classes”. Ou seja, não seria ainda o “Estado hegeliano” em plenitude, pois aqui não haveria classes, mas a manifestação da própria sociedade civil. E como diz Grau (2004),¹⁵ “O Direito posto por esse Estado moderno, Estado burguês, encontra seu fundamento de legitimidade exclusivamente na violência, sem nenhum compromisso ético...”

Por isso mesmo é que a *justiça* não é assunto a ser tratado no quadro do direito moderno.”. E o mercado passaria a ser um projecto político, i.e., um “princípio de organização social”. Mas é preciso ter algum cuidado, pois a ausência de ética e/ou justiça e/ou de política, poderá levar ao fim da liberdade e, por conseguinte, ao fim da verdade e, portanto, ao fim da democracia. Liberdade e verdade surgem, pois, como pontos centrais de qualquer discussão (jurídico)-científica. Refere João Paulo II:

É tarefa do Estado prover à defesa e tutela de certos bens colectivos como o ambiente natural e o ambiente humano, cuja salvaguarda não pode ser garantida por simples mecanismos de mercado. Como nos tempos do antigo capitalismo, o Estado tinha o dever de defender os direitos fundamentais do trabalho, assim diante do novo capitalismo, ele e toda a sociedade têm a obrigação *de defender os bens colectivos* que, entre outras coisas, constituem o enquadramento dentro do qual cada um poderá conseguir legitimamente os seus fins individuais.

Não é porventura por mero acaso que, em certo contexto jurídico próximo da teoria de Feinberg – in “*Harm to Others*”, 1984 –,¹⁶ a pena poderia ser entendida como uma comunicação com o autor, o qual seria “entendido como uma pessoa idónea a emitir juízos morais”. Não obstante, poder-se-á, e/ou dever-se-á, distinguir entre Direito e ética individual (JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 244). Mesmo que se considere a vontade da acção como porção do ilícito, a prescrição normativa subsistiria como mandato jurídico. De este modo, em esta perspectiva, a infracção permaneceria como um ilícito que não se atenuaria e/ou agravaria segundo bitolas éticas e individuais. A ética surgiria, assim, no âmbito da culpa, como farol da formação da vontade.

Mas seria uma ética social e não uma ética e/ou moral individual. É que o Direito procura estabelecer exigências às pessoas em prol do bem comum, *rectius*, aquilo que seria

¹⁵ “[...] a ausência da *política* é inadmissível.”.

¹⁶ De acordo com a teoria de J. Feinberg para que uma conduta possa adquirir relevância penal não deve ser apenas lesiva, mas também “*wrongful*” (i.e. injusta, ilegal, ofensiva e/ou ilícita), pelo menos no sentido de ser realizada com dolo e/ou, em algumas situações, com negligência. (HIRSCH, 2003, p. 15).

“expectável do cidadão no seio da sociedade”. Pelo que, a ética individual, ainda segundo esta visão do problema, não deveria ter influência na velha e na nova teoria da ilicitude. Seja como for, aquilo que parece de realçar é que a ética – independentemente do nome que se lhe queira outorgar: v. g. por meio de princípios jurídicos – permite pelo menos ajudar a resolver *ab initio* uma multiplicidade de falhas e/ou lacunas intrínsecas ao Direito positivado e à própria Economia, “ciência social” (muito) imperfeita. Além de isso, a ética individual tem que ter em conta a ética colectiva e a ética colectiva tem que considerar a ética individual. A tutela jurídico-penal e constitucional (constitucional) de bens jurídicos individuais tem que respeitar a tutela jurídico-penal e constitucional (constitucional) de bens jurídicos colectivos, e vice-versa.

1.2 Introdução e Desenvolvimento

Trata-se de saber, pois, se já existe ou se deve existir alguma relação entre a ética e o sistema económico capitalista e, mais em concreto aqui, os mercados de valores mobiliários.¹⁷ E que tipo de relação e/ou influências são essas (?). A credibilidade de uma empresa, v. g., poderia ser considerada como um activo intangível. O qual, contudo, geraria resultados bem tangíveis: a transparência que os processos e recursos das relações com os investidores – situados em um plano de interacção entre os mercados de valores mobiliários e as empresas cotadas – pretendem impulsionar com o permanente incremento

¹⁷ A ética (do latim *ethica* e do grego *ἠθική*, i.e., *ethiké*) pode ser entendida no campo da Filosofia (é especulativa; e apenas “normativa” no seu método analítico) como uma disciplina que busca determinar a finalidade da vida humana e os meios de a alcançar, instituindo juízos de valor que possibilitariam destriçar entre o “bem e o mal”. A ética é também entendida, pois, como sub-ramo da axiologia. A ética também pode constituir o conjunto de “princípios morais” pelos quais um qualquer indivíduo regeria, no tempo e no espaço, a sua conduta profissional e/ou pessoal. Os juízos de apreciação se referem, por conseguinte, à conduta humana. Muito perto de este último sentido, a ética pode ainda ser confundida, pois, com a moral *tout court*. Não obstante, a ética também pode ter, v. g., um significado de “código deontológico”. E mesmo de uma “ciência da moral”. A ética tem sido aplicada, v. g., na ciência política, na economia, no marxismo e nos negócios. A ética defronta-se com dilemas como este: “o que pode ser bom para a orca pode não ser bom para certos peixes” e vice-versa. Fala-se de éticas “tão díspares” como “ética republicana, ética religiosa, ética aristocrática”. A “ética filosófica” tem uma profunda influência económica, social, política, cultural e/ou mental em toda a História da Humanidade. Seja em via de tese, antítese ou síntese e/ou outras categorias imagináveis, por presença ou ausência. Por afirmação ou negação e/ou destriça. Pense-se, v. g., em Sócrates, Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, S. Tomás de Aquino, Guilherme de Ockham, Cusa, Giordano Bruno, Francisco Bacon, Copérnico, Kepler, Galileu, Descartes, Espinosa, Leibniz, Locke, Berkeley, Hume, “Newton”, Voltaire, Diderot, Montesquieu, Rousseau, Kant, Chateaubriand, Fichte, Feuerbach, Hegel, Schopenhauer, Kierkegaard, Marx, Engels, Comte, Dilthey, Nietzsche, Mill, Freud, Husserl, Bergson, Dewey, Unamuno, Lenine, Russel, Whitehead, Scheler, Ortega y Gasset, Heidegger, Wittgenstein, Antero de Quental, Jaspers, Carnap, Ayer, Mounier, Marcuse, Sartre, Ryle, Levi-Strauss, Chardin, Adorno, Luhmann, Habermas, Popper, Agostinho da Silva, entre muitos outros. Todos se preocupam, de uma ou outra forma, mais ou menos crítica, com a moral e/ou a ética.

da claridade informativa, i.e., a credibilidade da empresa (BERMÚDEZ; JIMÉNEZ, 2002, p. 155 e ss). Desde já pode-se adiantar que onde está o Ser Humano como ser (in)social, pleno das suas (in)capacidades e/ou (in)imputabilidades, está, de modo necessário e aqui sem uma rígida correspondência, a ética e/ou a sua falta. Tomás de Aquino iria porventura mais longe ao afirmar que “O Direito está inserido na moral e o ponto da inserção é precisamente a ideia de justiça.”.

Mas também não recusaria afirmar que o legislador não deve se deixar seduzir pela tentação de tutelar com os meios do Direito penal todas as infracções à “moral objectiva” (AQUINO, q. 96, art. 2; e DIAS, 2007, p. 106 e ss). Existiria mesmo, todavia, uma “ética profissional do mercado” e uma práxis ética da indústria de valores (v. g. mobiliários e/ou outros instrumentos financeiros) fundada em uma axiologia social de valores que persuade a conduta dos sujeitos participantes no mercado (JIMÉNEZ, 2002, p. 25 e ss). A “autorregulação” e/ou “autocontrolo” é, aliás, uma característica ética e/ou deontológica que não pertence apenas à zona dos mercados de valores mobiliários, mas também a outras áreas do Direito.¹⁸

O Direito Penal vale como “uma triste necessidade num mundo de seres imperfeitos que são os homens”.¹⁹ Significa isto que existe algures, ainda que em termos não absolutos, uma determinada “perfeição”. É que a “imperfeição” existe em contraste com algo, i.e., com a “perfeição”. Assim como a “perfeição” se verifica na medida em que estamos em presença alhures de uma “imperfeição”. Em termos absolutos não existe, quer a “perfeição”, quer a “imperfeição”. É uma soma de tautologias. Mas também são factos ao nível das ideias. E existe com certeza – ou deve existir – “uma utopia”. Ainda que, por eventual aparência, nos surja como uma mera “meta (in)alcançável”. Advertirão, entretanto, alguns dos maiores protagonistas do “jogo” do mercado português que: “a moral e/ou ética não jogaria bem com as leis e/ou os regulamentos do mercado; quem se devotasse a essas questões não poderia jogar nos mercados de valores mobiliários e/ou nas bolsas.”. Compreendendo em toda a sua amplitude, por um lado, o “alcance exacto” de esta afirmação no seio do capitalismo “puro e duro” dos “mamíferos ‘racionais’”, diríamos que a moral e/ou ética não têm que “jogar” ou “deixar de jogar” com as leis do mercado”. É natural que o mercado exija – para satisfação do seu interesse – o afastamento ou a diminuição de qualquer entrave social, político e/ou moral ao processo de acumulação de

¹⁸ Pense-se, v. g., no Direito Comercial e das Sociedades Comerciais; no Direito do Consumo; no Direito do Ambiente, entre muitas outras zonas.

¹⁹ Cfr. o *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches* de 1966 – ou seja, o “Projecto Alternativo do Código Penal” alemão – sobre a justificação racional do sentido da pena criminal.

capital. Mas o mercado também exige uma actuação estatal para garantir a fluência das suas relações e – em frontal contradição – exige que essa actuação seja mínima (GRAU, 2004).²⁰

A ética e/ou moral podem existir, como podem não existir, no mundo que não é só do mercado e nas leis do mercado com independência de qualquer vontade e/ou desejo e mesmo quando – porventura – se verifica uma pretensa negação no “Direito positivado”. Muitos dos próprios princípios constitucionais desfrutam de uma certa “ética jurídica” em si mesma: uma “ética constitucional” e/ou de Princípios Constitucionais. Por isso, entre outras razões, se fala também, v. g., na possibilidade de existirem normas constitucionais “(in)constitucionais”. Não é por mero acaso, porventura, que tirando as referências às origens de “índole religiosa” (pagãs, cristãs e/ou muçulmanas?) da Europa – aqui por coincidência ou não, no nosso entendimento – Bernard Cassen apelidou o projecto de Constituição Europeia, já entretanto chumbado (e, depois, “recauchutado”), como de uma “Constituição para santificar a lei do mercado.”²¹

A “Europa” – *rectius* o mercado – seria a nova “deusa-recuperada dos ventos da mitologia” que resolveria todos os problemas dos “europeus”! Por outro lado, são lógicas pelo menos duas premissas: 1) quem se “dedicar aos problemas da ética e/ou moral” “pode jogar na Bolsa”: nenhuma lei e nem sequer nenhum princípio moral e/ou ético o proíbem e/ou o poderiam impedir; 2) mesmo aqueles que “não se dedicam aos problemas da ética e/ou moral” e “jogam na Bolsa” poderão estar a operar, no tempo e no espaço, em um ambiente ético e/ou moral, quer queiram e/ou o afirmem, quer não o queiram e/ou, até, o neguem: seja pelo simples facto de existirem no mundo do Direito, seja pelo facto de agirem no contexto das regras e/ou regulamentos do mercado e/ou seus “códigos” deontológicos, no tempo e no espaço. Por muito mínimas que sejam essas mesmas “regras”.²² Mesmo o “capitalismo selvagem”, quiçá “globalístico”,²³ está submetido a um

²⁰ Grau ainda afirma que os “arautos do liberalismo político estão, ingenuamente ou não, ao serviço do liberalismo económico”. Contudo, não pensamos nós que a solução possa estar, também, em um eventual capitalismo (selvagem), de esta vez, de Estado.

²¹ In “*Une Constitution pour sanctuariser la loi du marché*”, 1/2004, p. 6-7; e Grau (2004). Entretanto, em 13/12/07, seria assinado o chamado “Tratado” constitucional e da União Europeia, “de Lisboa”. Veremos como cada país destinatário irá reagir. Já se sabe que a Irlanda o reprovou no primeiro referendo e aprovou no segundo. Sendo que na maior parte dos países nem sequer existiu um referendo!

²² Georg Jellinek afirmaria que o Direito constituiria um “mínimo ético”. O que “conferiria à tutela penal um carácter [...] fragmentário e lacunoso, a contrastar com a natureza (tendencialmente) completa e total da tutela religiosa e da tutela moral.” (DIAS, 2007, p. 106 e ss).

²³ “A economia global assistiu ao piorar da qualidade de vida de um grande número de seres humanos, e ao desvanecimento paralelo do estado de bem estar” (DALE, 1984, p. 228 e ss).

certo número de regras: nem que sejam as “‘normas’ dos mais fortes”: “a leoa predadora segue certos passos de caça para capturar a gazela”.²⁴

O “estádio seguinte”, a guerra, já se caracteriza por uma ausência ainda maior de regras e de ética e/ou moral. Mas mesmo aqui, no contexto da guerra e/ou do “terrorismo”, existem “regras” e/ou, pelo menos, pretensas “éticas e/ou morais” mais ou menos “finalistas”. Pense-se, v. g., na regra da rendição e da “bandeira branca” e/ou da troca de prisioneiros. A genética, como a própria palavra indica, pode ser vista como uma “ética”.

Como se sabe, Landmann (1985, p. 301 e ss) afirma algo de muito curioso quando diz que o Direito se mistura com o crime e que o crime – assim que é rejeitado pelo Direito – cria “Direito” “dentro de” si (!). Ainda que seja, por vezes, a “ética e/ou moral” do caos, o caos não é um fim em si mesmo. Pois a própria morte, ainda que por meio do eventual suicídio, constitui, quer se queira quer não, a passagem para um novo estádio. Ora, o Direito Penal deve contribuir para vencer o caos no mundo (JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 2-3). Deve o Direito Penal colocar fim à arbitrariedade das pessoas por meio de uma limitação apropriada e/ou adequada da sua liberdade. Mas isto somente pode, porventura, ser realizado de uma forma compatível com o estado da cultura do povo e com os direitos dos indivíduos. Como afirma Dias, o Direito Penal não tem uma função de tutelar a virtude ou a moral. Estaríamos, afinal, perante o “**pluralismo ético-social**

²⁴ Não deixando de salvaguardar aqui o princípio da presunção de inocência, ficaram famosos, pela negativa, v. g., os casos espanhóis da “AVA” e da “GESCARTERA”. A agência de valores AVA burlou inúmeros clientes. O banco “SOCIMER”, em conluio, comprava supostas dívidas em países emergentes, que a AVA revendia a clientes espanhóis, financiando o SOCIMER metade do investimento com garantia dos próprios títulos. O real financiador não era o SOCIMER, mas uma série de bancos que custeavam, na ausência do conhecimento dos clientes, 90% do preço de compra (o SOCIMER pagava 10%). Custo o qual, junto aos 50% desembolsados pelos clientes, sobrefinanciava a AVA. AVA a qual podia desviar os excessos recebidos para operar por conta própria. A AVA incorreu em perdas quando desapareceu o verdadeiro emissor: uma sociedade constituída em 1996 no “paraíso fiscal” das Ilhas Caimanes. No caso GESCARTERA, vários administradores e directores desviaram dinheiro de, pelo menos, 1200 clientes para destinos desconhecidos, simulando como justificação perante os mesmos e em face da CNVM compras e vendas “reais” de acções, as quais, na verdade, eram operações diferenciais “a descoberto” (situação financeira e/ou contável em que o “dever” supera o “haver”) liquidadas “intra dia”. Para captar fundos, ofereciam garantias falsas. De este modo, o sistema de “Mutualidade da Polícia”, e/ou “Previdência”, investiu €9.000.000, 00 em um produto estruturado com uma rentabilidade prometida de 6% mais a revalorização do IBEX ao vencer o prazo do investimento. Com o principal garantido por supostos certificados emitidos pela “La Caixa”, e falsos na sua autenticidade e selo, por valor de €15.000.000, 00. Entre os afectados estava o próprio Arcebispo de *Valladolid*, cujo secretário, E. Peralta, ainda conseguiu, “retirar 6 milhões de euros porque a CNVM o advertiu em 1999 que estava em cima de uma pista de fundos desviados” (cfr. o jornal “El País”, *Madrid*, *Economia*, 26/7/2001, p. 45). Jiménez (2002). No caso GESCARTERA teria sido detectada, inclusive, uma “dupla contabilidade”. Pois os respectivos clientes, que não foram declarados, seriam, afinal, mais de 2000. E a “empenhada” auditoria financeira nada detectara!

das sociedades contemporâneas”. A perspectiva racional traduz-se, de facto, na função de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal, i.e., bens jurídico-penais (DIAS, 2007).

Pluralismo ético-social, sublinhe-se! Ora, como já se viu, determinadas funções supraindividuais dos mercados de valores mobiliários possibilitam autonomizar uma determinada função “ético-social” dos mercados, como contribuição para o bem comum, no que concerne às funções económicas particulares (CARNÉ, 1996, p. 486 e ss; e PINTO, 2000, p. 19). Designadamente, como também vimos, quando se estivesse a falar, portanto, em “capacidade funcional do mercado de capitais” estaríamos então, igualmente, a articular a ideia da sua própria (confiança na) capacidade de defender essa função social.²⁵ E a nossa perspectiva defende que existem bens jurídico-penais colectivos e/ou complexos, com uma ressonância constitucional bem delimitada, que são tutelados pelo Direito Penal do mercado de valores mobiliários. Logo, também está em causa, em esta área do Direito do mercado de valores mobiliários, a tutela de bens jurídicos supraindividuais e/ou colectivos nos quais também co-habitam, pelo menos – como podem não co-habitar! –, funcionalidades “ético-sociais”. Quando o Direito Penal não puder garantir mais a ordem e a segurança, surgirá o risco de os cidadãos tomarem conta – sem qualquer “fundamento científico”: o que seria típico de um “Estado de não Direito” –, da justiça, de modo que os mais fortes acabarão por se impor aos mais débeis, sem mais (JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 2).

A tutela de bens jurídicos individuais e/ou colectivos, do ponto de vista jurídico-penal, permite evitar, se for encarada com rigor e ambivalência, esse perigo. No enquadramento jurídico anglo-americano do *Harm Principle* e/ou “Princípio do dano” – que “corresponderá” no Direito alemão, *mutatis mutandis*, ao bem jurídico –, o “dano” poderá ser explicado como uma conduta que despreze um “interesse”. E o “interesse” poderá ser entendido como um “recurso” e/ou “capacidade” e/ou “meio” e/ou “bem, expediente” sobre cuja integridade tem a pessoa respectiva envolvida uma pretensão, i.e., uma *Anspruch* (reivindicação e/ou direito). Ora, para confirmarmos se uma “capacidade” e/ou “meio” pertencem a determinada pessoa e quais são as condições sob as quais existe um desprezo de esse “bem” e/ou “recurso”, existiriam vários caminhos a tomar. O trilha do “ordenamento jurídico primário” como, v. g., o “Direito civil” e/ou os próprios

²⁵ V. g. fundos éticos, planos de poupança reforma, entre outros, relacionados agora com os mercados de valores mobiliários. Os fundos éticos têm uma importância cada vez maior nos mercados de valores mobiliários: cfr., v. g., <http://www.ftse.com/>. Relacionado com o bem jurídico colectivo “meio ambiente”, v. g., “FTSE4Good Environmental Leaders Europe 40 Index”.

pressupostos éticos (VON HIRSCH, 2003, p. 16-17).²⁶ Finalmente, a existência dos chamados “fundos éticos” demonstra que a ética – e/ou moral – pode “jogar” bem (como pode não “jogar” bem, aqui e ali e em cada caso e/ou momento concretos), e até já “joga”, de certo modo, como estamos a ver, com as leis do mercado.

1.3 A Chamada “Protecção Penal de Valores” e/ou o “Moralismo”

Seher (2003, p. 39 e ss e 47 e ss) refere, “entre outros raciocínios”, que as “chamadas normas moralistas” se fundariam no facto de não fazerem uma remissão para uma relação de “autor-vítima”. Não existiria sanção devido à lesão de uma pessoa, mas para proteger os valores em si mesmos. Seria, pois, debaixo da “batuta moralista” que se poderia(m) distinguir diversos critérios de legitimação.

Ora, seria essa protecção de valores de acção que uniria esses diversos critérios. É aqui, pois, que fala, entre outras ideias, do “princípio da exploração” e/ou “do aproveitamento”, i.e. “*Ausnutzungsprinzip*”. Seria em “este ensejo” que se desencadearia a ideia de que ninguém poderia obter vantagens sobre uma situação de necessidade alheia. Ou sob o aproveitamento de uma deficiência organizativa do sistema social. A proibição, v. g., de realizar negócios com informação privilegiada e/ou “abuso de informação privilegiada” e/ou *insider trading* “conduziria, com precisão, a essa ideia”. O mesmo aconteceria em relação a outras normas jurídicas sancionatórias que se baseariam na “chantagem” e/ou em certas “coacções”. O que não podemos desde logo afirmar e/ou concluir, com certeza, na nossa opinião, é que por estarmos afinal perante “normas com a tal origem identificada como ‘moralista’”, deixaríamos, pura e simplesmente, de sancionar comportamentos que, v. g., exploram e/ou se aproveitam das debilidades organizativas do sistema social. Se a origem da tutela do Estado de Direito – Social, democrático, livre e verdadeiro – desfrutar de uma qualquer reminiscência “moral” e/ou ética, pois que assim seja: tutelamos de modo universal, então, e levemos a sério tal tarefa em termos práticos, no seio do Estado de Direito Social, democrático, livre e verdadeiro.

Se o próprio capitalismo conduz parte da subsistência do Estado de Direito Social a, v. g., uma série de fundos de investimento e/ou acções, por que razão não se haveria (o que

²⁶ Qual a razão, v. g., de uma pessoa ter direito à propriedade privada (sobretudo, sem limites de acumulação...)? É preciso indagar, p.e., não só os pressupostos constantes do Código Civil português, mas também, caso seja útil, a discussão filosófica sobre as bases normativas da “propriedade privada” (v. g. WALDRON, in “**The right to private property**”, 1988 e/ou, em outras perspectivas, mais críticas, as obras de KARL MARX, como v. g. “**Das elend der philosophie**”, 1847; “**Manifest der kommunistischen partei**”, 1948; “**Das kapital: kritik der politischen oekonomie**”, 1867-1894, entre outras).

seria contra a Constituição constitucional) de tutelar a confiança no funcionamento, o mais possível eficiente, dos MVM e/ou outros instrumentos financeiros, os quais, por conseguinte, têm uma função social eminente? Lugar onde, como a Constituição constitucional manda, o poder político dirige, ou tem que dirigir, o poder económico e não o contrário (a organização económico-social assenta no princípio fundamental da “Subordinação do poder económico ao poder político democrático”: cfr. art. 80.º da Constituição da República Portuguesa), sob pena do universo continuar, na “crista da onda” e/ou do “rebetamento da bolha”, a ser regido pelo *Polemos*, i.e., para o filósofo Heráclito, a “Lei que rege o Universo”: a guerra, em grego. “*Polemos* reina o mundo, *Polemos* criou o mundo”!

A guerra como característica natural dos alicerces do velho sistema comercial e/ou, depois, económico e capitalista. Seja a guerra pela água, seja a guerra pelo petróleo ou gás, seja a guerra por muitos outros recursos humanos ou naturais como os próprios alimentos! Seja a guerra entre, por um lado, especuladores – dos valores mobiliários, dos produtos petrolíferos ou até dos alimentos mais básicos ou bens essenciais! – e/ou, por outro lado, investidores não especuladores, nos mercados de valores mobiliários e/ou bolsas.

2 ÉTICA NOS MERCADOS DE VALORES MOBILIÁRIOS E CAPITALISMO

Quando se fala aqui de ética estaríamos a nos referir aos próprios Seres Humanos e à sua consciência e não, como urge ser óbvio, aos mercados em si mesmos. A ética e/ou moral do mercado seria, pois, o resultado da ética e/ou moral dos seus sujeitos (PASTOR, 2002, p. 131 e ss). Não é por obra do acaso que a doutrina anglo-americana problematiza sobre a “prevenção de integração” como modalidade da “prevenção geral positiva” identificando-a como a *Moral-Educational-Effect of the Criminal Law*, i.e., o “Efeito-Educacional-Moral do Direito Penal” e/ou do “Direito Criminal”.²⁷

Creemos, contudo, que, no contexto da doutrina europeia continental, já se faz, e se deve fazer, sem confundir, uma separação clara entre prevenção geral positiva e prevenção especial positiva. Como menciona João Paulo II (1991):

A empresa não pode ser considerada apenas como uma “sociedade de capitais”; é simultaneamente uma “sociedade de pessoas”, da qual fazem

²⁷ V. g. Andenaes, 1982; e Von Hirsch, 2003, p. 13 e ss.

parte, de modo diverso e com específicas responsabilidades, quer aqueles que fornecem o capital necessário para a sua actividade, quer aqueles que colaboram com o seu trabalho. Para conseguir este fim, é ainda necessário um *grande movimento associado dos trabalhadores*, cujo objectivo é a libertação e a promoção integral da pessoa.

À primeira vista diríamos que “o Homem é imperfeito e o mercado é perfeito”. Contudo, o Homem seria tendencialmente “perfeito” e os mercados, como aliás vemos em vários locais de este trabalho, seriam afinal (muito) “imperfeitos”: desde logo se detecta, v. g., a existência de “informação assimétrica” (FERNÁNDEZ-ESPAÑA; FERNÁNDEZ-ARMESTO, 2002, p. 17 e ss). E de “exuberância irracional”. O “ideal e/ou a utopia” deveria ser que, tanto o Homem como o mercado, caminhem no seu inerente desenvolvimento para a “perfeição” e/ou para uma “perfeição cada vez mais elevada”.

Essa “(im)perfeição” não existe – contudo e na nossa opinião – em termos absolutos. Subsistiria uma ética que a consciência postula para além da “lei positiva”? Seria suficiente que o empresário dos mercados de valores mobiliários cumprisse a legislação e optimizasse o seu lucro e/ou minimizasse as suas perdas? Ao empresário caberá sempre defender os interesses dos respectivos accionistas mesmo contra determinados requisitos éticos? Desde um certo período histórico pareceria evidente, sem embargo, que a empresa não deveria somente maximizar a criação de valor para os respectivos accionistas, mas sim para todos os agentes sociais. Estariam em causa outros interessados na e da empresa: as administrações públicas, os empregados, os provedores, os cidadãos, o próprio meio ambiente (ecologia da natureza e/ou ecologia humana e/ou ecologia social)²⁸ e os seus beneficiários, as organizações (inter)nacionais governamentais e não-governamentais, entre muitos outros vectores. Não é admissível, v. g., que certa mão de obra opere sequer – porventura mão de obra infantil em alguns casos que são visíveis, com sistematicidade, nos órgãos de comunicação social – ou opere em condições consideradas como inaceitáveis do ponto de vista humano, ainda que as leis de um determinado país permitam tal actuação.

Diz-nos João Paulo II (1991) o seguinte: “Todavia o lucro não é o único indicador das condições da empresa. Pode acontecer que a contabilidade esteja em ordem e simultaneamente os homens, que constituem o património mais precioso da empresa, sejam humilhados e ofendidos na sua dignidade.”. Em um mundo globalizado, as actuações éticas podem possibilitar, pois, o alcançar de interesses mais amplos na/e da sociedade do

²⁸ Quantas vezes o Homem não acaba “[...] por provocar a revolta da natureza, mais tiranizada que governada por ele”? (JOÃO PAULO II, 1991). E ainda: “[...] empenhamo-nos demasiado pouco em *salvaguardar as condições morais de uma autêntica “ecologia humana”* [...] bem como a devida atenção a uma “ecologia social” do trabalho.”.

que aqueles interesses que, inclusive, surgem ou surjam plasmados no “Direito positivo”.²⁹ Existiriam mesmo uma série de condutas nos mercados de valores mobiliários que se apresentariam como destituídas de ética (JIMÉNEZ, 2002).

Quanto à intervenção nos MVM verificar-se-ia, como fomos vendo, uma “actividade directa e atentatória contra a livre formação dos preços”. Sucederia, também, uma intervenção alheia à margem do MVM que teria fortes influências: a) fraude fiscal, burla, apropriação indevida, falsificação documental, entre outros factores; b) operações fraudulentas e/ou com “ânimo de enriquecimento próprio” – profissionais, ou não, e à custa de investidores incautos nos mercados de valores mobiliários – executadas “por fora” dos próprios mercados de valores mobiliários mas através do sistema financeiro, com relação ou por referência a operações principais de mercado; c) utilização de quaisquer actividades de alteração contabilística e/ou “maquilhagem” financeira e/ou patrimonial das empresas cotadas e/ou de investimento: imagem que seria determinante para a racionalização das decisões de (des)investimento nos mercados de valores mobiliários; d) as “operações societárias” e/ou de *corporate finance* – habitualmente em “intragrupo” – propensas a obter uma posição de domínio no mercado e/ou de controlo corporativo e/ou de imagem de competência e/ou publicitária e que são favoráveis à manipulação eventual dos preços no MVM ou para sustentação legal em face da administração supervisora de posições patrimoniais e/ou situações financeiras adversas. Investiguemos, porém, em outros locais.

No contexto da teoria do bem jurídico, não é fácil explicar qual a razão da criminalização, v. g., de certos “delitos de conduta”, i.e., *Verhaltensdelikte*. Invoque-se, designadamente, a “profanação de cadáver” e/ou de “lugar fúnebre” e/ou de “uma qualquer” “protecção da paz dos defuntos”. Não se contesta que existem certos deveres éticos entre os vivos que “residem em tratar com dignidade os “seus remanescentes” uma vez falecidos”. E isto, mesmo que se coloque em causa porque é que há-de ser este um assunto do Estado e/ou merecedor de ser tratado pelo Direito Penal (VON HIRSCH, 2003, p. 2).³⁰ Estariam, afinal, em causa “sentimentos de ‘piedade’” e um ‘sentimento moral colectivo’.” (CUNHA, 1999, p. 653; e FARIA, 1995, p. 127).

O mercado – e/ou a economia de mercado – encerra também, contudo e como já vimos, uma série de contradições em si mesmo. E, em última instância, tratar-se-ia da assistência

²⁹ Pensemos, v. g., em um administrador de uma certa empresa que, por motivos éticos ambientais, não contribui para a maximização dos benefícios da mesma. Responsabilidade?

³⁰ Não cremos, contudo, que se possa afirmar, sem mais, que as características implicadas em esta questão não possam ser solucionadas nem pela teoria do bem jurídico nem pelo “princípio do dano”.

a uma “tragédia cómica”: o Estado de classes seria legitimado pela garantia da liberdade, a qual – sobretudo depois do 11 de Setembro de 2001 – é, “mesmo a propósito”, a próxima vítima (GRAU, 2004). Se já não foi – foi mesmo! –, v. g., no caso da célebre prisão da baía de Guantánamo, e/ou em outras prisões “ilegais”, “ainda piores”, espalhadas por esse mundo afora, e nas quais, em certos casos, se torturou contra os mais elementares Direitos Humanos e as “Convenções de Genebra”.

Os Estados de Direito, sociais, democráticos, livres e verdadeiros – dignos de esse nome –, têm que defender não só as pessoas, como também os Princípios constitucionais constitucionais, mesmo perante sanguinários terroristas! Ou quando soldados norte-americanos, de “ar pacato e afável”, tipo modelo de anúncio de hambúrguer ou de refrigerante açucarado, torturaram até à morte no Afeganistão e no Iraque, pessoas que tinham sido presas... por engano ou por má indicação, e/ou informação para desviar as atenções, e que, por conseguinte, estavam, inclusive, totalmente inocentes, como depois foi reconhecido pelos próprios, entretanto “julgados”!³¹ Mas os Estados de Direito, sociais, democráticos, livres e verdadeiros, têm que defender não só as pessoas, como também os Princípios constitucionais constitucionais!

2.1 Possíveis Perigos do Problema da Ética Económico-Financeira

De um certo ponto de vista, as questões de abuso de mercado passaram a ser, pois, um problema de ética económica e de mercado. Ora, é aqui que as exigências do público surgem com um papel central na adopção, v. g., da proibição germânica, não só do abuso de informação e/ou *insider trading*, mas também da manipulação do mercado (HAOUACHE, 1996, p. 156). Não só a *vox populi*, como o próprio mundo, esperavam, então, que a Alemanha – centro financeiro com ambições internacionais – dispusesse de proibições em termos de abuso de mercado e, também, com uma supervisão estatal. Já que esse seria um indicador de que estaríamos perante um mercado financeiro seguro. E corresponderia isso, de modo notório, às expectativas do público investidor e à sua ideia geral de “jogo justo” e/ou *fair-play* (ASSMANN, 1994, p. 202).

Ora, isto pode ser perigoso para o Estado de Direito Social, democrático, livre e verdadeiro. O público viu o cardápio, quis e exigiu, de entre o menu, a proibição de certas práticas de abuso de mercado. O legislador, um tanto ou quanto “paternalista” e, em especial, populista,

³¹ Cfr. programa televisivo de origem inglesa e norte-americana – sobre a tortura utilizada pelos próprios militares norte-americanos contra as chamadas “Convenções de Genebra” – que foi exibido no dia 1/3/2008, no Canal 2, televisão estatal portuguesa, cerca das 23.00 horas.

fez a vontade à “criança”. O problema é que “*efficit ignavos patris indulgentis natos*”.³² Se isto realmente aconteceu de esta forma, o legislador ter-se-ia degenerado em uma entidade executora de grupos de interesse e de movimentos “gerais” de entre a sociedade (HAOUACHE, 1996, p. 156).

As consequências seriam, pois, assustadoras. O legislador decretaria, a fim de satisfazer do modo mais rápido possível as expectativas por parte da sociedade, leis – no geral muito vagas – para criar um “mecanismo de compensação” social. Mas, quais seriam afinal os “rigorosos critérios jurídico-científicos” utilizados para se saber quando essas expectativas existem? Ainda que a sociedade exigisse ao legislador pontos de referência e de orientação rígidos em todas as áreas da vida, este desejo não se poderia materializar na legislação sem uma análise e uma reflexão consistentes das consequências porventura resultantes. Pense-se logo, v. g., no Direito constitucional. Acontece que o Direito Penal não é nem pode ser uma panaceia e/ou medida higiénica para fenómenos sociais e populares indesejados. Pelo que, nas ciências jurídicas e, *rectius*, no Direito Penal, não se poderia e não se pode dar um seguimento ao desejo supramencionado de forma automática, *ide est, à la carte!* V. g.: quando se cometem cada vez mais infracções e/ou crimes económicos, a solução do problema não se encontra, apenas e somente, em descrever estes “delitos” quanto ao tipo legal e de os punir cada vez mais, porque assim, quanto muito, trata-se os sintomas, mas não se afastam os motivos, as causas. Podemos pré-concluir até aqui, pois, que nem tudo são rosas no mundo da ética. E que ética?

2.2 Os Fundos Éticos nos Mercados de Valores Mobiliários

Continuemos a tentar encontrar, pois, aqui e ali, ao nível enunciativo, éticas concretas, reais e definidas no espaço e no tempo. Os fundos éticos são apenas uma das espécies de fundos.³³ Refere João Paulo II (1991), *mutatis mutandis*, o seguinte: “Mas aludo também ao facto de que a opção de investir num lugar em vez de outro, neste sector produtivo e não naquele, é sempre *uma escolha moral e cultural*.”. Por que não, v. g., a criação de um fundo ético na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa ligado à defesa e conservação da Língua Portuguesa, e/ou à pobreza dos falantes de esta língua,

³² “O muito mimo perde os filhos”.

³³ Que se diferenciam, v. g., dos “exóticos”. Com o acumular das suspeitas de que se ia formando uma bolha artificial bolsista, nos começos de 2007, foram sendo criados outros fundos de investimento, i.e., *hedge funds*, ou seja, “fundos de colocação do e/ou ao risco”. E os investidores voltam-se inclusive para “activos exóticos”. Cfr., v. g., Werdigier, 2007. V. g., uma galeria londrina ia vender cerca de 4.000 fotografias de grande valor histórico e cultural (desde Malcom X até Pablo Picasso). Mas os compradores não ficarão com as fotos... é um negócio peculiar.

que seja formado por empresas de Língua Portuguesa? À questão dos fundos éticos não é alheio um especial interesse dos órgãos administradores e/ou reguladores das bolsas nos investimentos que se apresentam como “responsáveis do ponto de vista social” (FERNÁNDEZ-ESPAÑA; FERNÁNDEZ-ARMESTO, 2002; e UREÑA; JIMÉNEZ, 2002).

O índice bolsista *Footsie for Good* – até como o próprio nome indica: i.e., o *Footsie* “para o bem” e/ou “o bom” e/ou “o benéfico” – surge, sobretudo, com objectivos que se pretendem assumir como éticos. No respectivo sítio virtual da inter-rede ficamos a saber, inclusive, que: “Todas as rendas de licença da Série de índice FTSE4Good são doadas à UNICEF”.³⁴ Este índice exclui empresas com “efeitos sociais negativos” como as “armas, a energia nuclear e/ou o tabaco”, entre outros exemplos. E, depois de estudar com pormenor cada uma das “empresas candidatas”, procura incluir “as que se orientam por critérios de acordo com os Direitos Humanos, aspectos sociais e ecológicos”.

Já antes fizemos, aliás, uma referência ao fundo ético denominado “FTSE4Good Environmental Leaders Europe 40 Index”.³⁵ Segundo a própria instituição, este índice foi criado para ser usado como base de produtos de investimento institucional e de retalho para investidores que procuram o seguinte nas organizações respectivas: “investimento em empresas europeias que demonstrem as melhores práticas em gestão ambiental; minimização dos riscos ambientais de entre os seus departamentos e/ou “pastas”; compreensão da melhor capitalização dos benefícios de uma administração ambiental forte: eficiência ecológica e imagem melhorada de marca; e/ou encorajamento activo para que as empresas sejam mais responsáveis”. Em um período mais recente ficamos a saber que foi introduzido um “novo juízo ético”: o “critério de contribuição de cada empresa para minorar os efeitos nefastos nas mudanças climáticas mundiais”.

Já a lista dos índices “FTSE4Good Index Series” dá maior importância à “transparência da gestão nas empresas” em causa e à “criação de produtos socialmente responsáveis de investimento”. Este índice pode ser utilizado de quatro formas: a) “Investimento”: como “base para financiamento de produtos e instrumentos financeiros socialmente responsáveis”; b) “Pesquisa”: como “ferramenta de pesquisa para identificar companhias socialmente responsáveis”; c) “Referência”: como instrumento de referência que proporciona querer aspirar e superar um padrão corporativo global transparente e de

³⁴ Cfr. <http://www.ftse.com/> em 11/7/2007. Se não existir corrupção na UNICEF, então não se podem colocar as dúvidas, v. g. aqui, de Bello, 2002, p. 200.

³⁵ Cfr. <http://www.ftse.com/>: “FTSE4Good Índice 40 dos Líderes Europeus Ambientais”.

desenvolvimento da responsabilidade nas empresas; d) “Marcando o nível”: como “índice da “marca de nível” e/ou “teste padrão” para seguir o desempenho de “portfólios” de investimentos que são “responsáveis do ponto de vista social”.

Por que não criar também índices de fundos éticos formados por empresas que combatem, com medidas concretas e precisas, o desemprego?³⁶ Por que não criar índices de fundos éticos formados por empresas que combatem a pobreza? Por que não criar índices de fundos éticos formados por empresas que fomentam a paz entre os Povos e/ou Países? Por que não criar fundos éticos formados por empresas que promovem a qualidade de vida de crianças e jovens em risco? Os exemplos a dar podem ser infindáveis.

A formação dos investidores desempenhará sempre, contudo, um papel crucial. Existem já, de facto, uma série de critérios para abordagem dos índices conexos com “questões éticas”, entre outros, como v. g.:³⁷ a) FTSE4Good Factsheet (critérios de responsabilidade social e afins); b) FTSE4Good Inclusion Criteria (critérios de inclusão e afins); c) FTSE4Good Uranium Mining Criteria (critérios de minimização do uso de urânio e afins); d) FTSE4Good Countering Bribery Criteria (critérios de oposição ao suborno e/ou corrupção); e) FTSE4Good Climate Change (critérios de oposição às mudanças climáticas mundiais e/ou locais). Os índices éticos dão grande relevo aos Direitos Humanos universais. Outro índice com grande êxito é, v. g., o FTSE4Good Japan.

É claro que tudo isto, no meio de um certo sistema económico capitalista vigente global que evita reformas estruturantes de fundo, pode soar, aqui e ali, um pouco como a “ética do cinismo” ou o “cinismo da ética”, uma vez que tudo seria, afinal, “publicidade enganosa”! Não fazer nada, nem nada tentar, seria, contudo, o auge, isso sim, do cinismo económico, em violação, aliás, do “cinismo” greco-filosófico, e perspicaz, de Antístenes e/ou Diógenes.

2.3 Códigos de Conduta Interna e/ou Deontológica, Transparência e/ou o Papel dos Investidores como Instrumentos Éticos nos Mercados de Valores Mobiliários

Os códigos internos de certas organizações empresariais e/ou os códigos deontológicos de determinadas profissões impedem que os horizontes das pessoas envolvidas sejam

³⁶ Nunes, 2002, p. 287, refere com interesse em relação ao sistema económico capitalista: “A mão-de-obra está desempregada – escreve Keynes – no sentido de que há homens sem emprego desejosos de trabalhar por um salário real inferior ao praticado”. É, assim, que o nível de emprego é determinado pela procura efectiva. O volume do emprego determina, pois, os salários reais.

³⁷ Mais informações cfr. <http://www.ftse.com/>

apenas aqueles que estão plasmados na “legislação positiva”. Um dos exemplos mais relevantes é o “Código Ético dos Analistas de Investimento do *Merrill Lynch*”. Este código “procura” (pelo menos nas intenções) “colmatar os desvios nos bancos e empresas nos seus objectivos sociais”. “Sem esquecer, porém, os interesses da indústria de valores” (GIL-GALLARDO; JIMÉNEZ, 2002, p. 119 e ss).³⁸

E tem três níveis: a) genérico; b) profissional frente à profissão; c) frente ao empregador. Em relação à transparência podemos ter em consideração diversos factores: a publicidade dos actos e/ou informações relevantes das empresas e/ou dos seus empresários; as auditorias e supervisões internas das empresas constantes dos “Códigos de bom governo” mas não, em vários aspectos, do Direito das Sociedades; e o autocontrolo empresarial, entre outros factores; desde que se verifique a hipótese de coadjuvação sancionatória e, em *ultima ratio*, penal. Enfim, o valor da reputação em si mesma da organização empresarial em causa surge como uma peça importante no fomento do comportamento ético.

O papel dos investidores surge como ponto fulcral. O investidor ético pode ser aquele que retira os seus investimentos das chamadas “empresas e/ou multinacionais opressoras”: é uma forma de “rebelião” eficaz. O “investidor socialmente responsável” não investe, v. g., em empresas que atacam os Direitos Humanos, os menores ou os idosos, o ambiente, o desenvolvimento sustentado, os animais, a natalidade e/ou maternidade e/ou paternidade entre outros. Deveria porventura existir “formação ética, em causas e ideias, dos investidores”. A opinião pública – como “Príncipe” da Humanidade”, nas palavras de Abbé Pierre – poderia decidir quais as empresas que merecem investimento. E estas poderiam acabar por se democratizar no seu seio. O termo “deontológico” é, por vezes, mesmo utilizado com o intuito de identificar o carácter ético da conduta no mercado.³⁹

³⁸ Somos, contudo, muito cépticos quanto à “tese utópica” perfilhada por este autor quando afirma que “apenas com níveis mais elevados de liberdade e independência na contratação se consegue reduzir os prejuízos que derivam das falhas do mercado”. Sem regulação e/ou regulamentação, em última instância, estamos em crer que o mercado se autodestruiria. A realidade dos inúmeros escândalos financeiros que têm rebentado, um pouco por todo o mundo, demonstra a falência dos sistemas isolados de “autocontrolo” e/ou “autorregulação”. O Estado surge como indispensável regulador. Aliás, o banco norte-americano *Merrill Lynch* acabou por ser comprado pelo *Bank of America* devido ao facto de ter apresentado um “prejuízo inesperado” no valor de 15,4 mil milhões de dólares! John Thain, antigo presidente do *Merrill Lynch*, acabou por aceitar sair do *Bank of America*, pois só na decoração do seu gabinete pessoal gastara 1,2 milhões de dólares (!): Disponível em: <www.jornaldenegocios.pt>. Acesso em: 22 jan.2009. Um ano antes na 38.ª edição do Fórum Económico Mundial de Davos, na Suíça, John Thain, comentando a fraude no *Société Générale*, onde esteve envolvido Jérôme Kerviel, comentara o seguinte: “Seja qual for o sistema de segurança, é impossível prevenir a fraude” § “[...] o maior pesadelo de qualquer gestor”: Disponível em: <www.jornaldenegocios.pt>. Acesso em: 22 jan . 2008. Ironias do “destino”?

³⁹ V. g., a COB francesa nas suas “informações” anuais (HANNOUN, 1989, p. 418; JIMÉNEZ, 2002).

Não será correcto, do ponto de vista deontológico, v. g., recomendar assumir certos riscos e ignorar o “binómio óptimo” entre rentabilidade e risco dos eventuais clientes (JIMÉNEZ, 2002). Todo o profissional, das instituições e/ou mercados financeiros, deve dar uma estimativa em relação aos objectivos e experiência de cada cliente quanto à sua relação individual entre a avidez do rendimento e a aversão – e/ou alternativas e/ou capacidade de choque – face às potenciais perdas, antes de produzir quaisquer recomendações.

Não é aceitável – em uma perspectiva deontológica, mas que também acaba por ter fortes consequências económicas e sociais – recomendar créditos e/ou publicitar financiamentos, inclusive, com formas agressivas de publicidade, a rasar a (i)legalidade e/ou (in)eticidade, em determinadas alturas que podem ser localizadas no tempo e no espaço com “suficiente ciência”. V. g. os picos bolsistas e/ou as épocas em que a taxa de juros, para usufruir de crédito, está muito baixa, sendo que, a seguir, só pode subir e subir muito. O que, por si só, deveria justificar a emissão de alertas específicos, pelo Estado e/ou as suas intuições mas também pelos privados e/ou particulares, dirigidos aos investidores.⁴⁰ Mas, como diz João Paulo II (1991), “Não se pode pretender que as dívidas contraídas sejam pagas com sacrifícios insuportáveis.”.

Quando, por conseguinte, e de modo simultâneo, se está também perante clientes com manifestas dificuldades financeiras, ludopatas do “jogo” e/ou, em termos econométricos e económico-científicos, perto, portanto, do rebentamento de “bolhas artificiais”, quer nos mercados de valores mobiliários, quer nos mercados imobiliários. A “analogia ética e/ou deontológica” deveria, aliás, ser aplicada em todas as situações similares à anterior pelos respectivos responsáveis.

2.4 Ética e Mercados de Valores Mobiliários: mais Alguns Possíveis Desenvolvimentos Pré-Conclusivos

Como já vimos, existem sempre perigos associados a uma ética económico-financeira instantânea que se traduza apenas em um produto de escolha de conteúdos por uma qualquer *vox populi* representativa de um mero consumo massificado e compulsivo “da moda”. Onde o Povo, do qual todos fazemos parte, afinal, tal e qual como outrora no circo romano – imbuído de uma “inteligência de multidão ‘em rebanho’” –, clama sempre, ou quase sempre, “por mais sangue!”.

⁴⁰ Cfr., v. g., como paralelo, a notícia com título “infeliz”, in www.correiodamanha.pt, Lisboa, 20/7/07: “Crédito 2, 235 mil milhões de cobrança duvidosa [...]”.

Acontece que as leis podem ser ineficazes em alto grau e o “derrame de sangue” desproporcionado e/ou destituído de fundamentação jurídico-científica, afectando mesmo inocentes. Assim, as leis de este género, que não permitiriam resolver as respectivas questões jurídicas, não cumpririam o seu objectivo.

Mas iriam transferi-lo para os aplicadores da lei, i.e., os juízes, e exigiriam de esses mesmos magistrados uma fundamentação através das suas próprias avaliações – que correriam também o perigo, *de per se*, de se revelar(em) arbitrárias por natureza – e não por meio de leis que seriam, igualmente, indefinidas (HAOUACHE, 1996, p. 156).

Os magistrados ficariam, pois, cercados no momento da aplicação da lei e na busca de fundamentação. Não obstante, de este modo deixaria de ser possível encontrar um vínculo e/ou uma limitação do poder judicial ao Direito estabelecido pelo poder legislativo, pois o Direito e a sua concretização passariam a ser efectuados pelo poder judicial. A consequência poderia ser desastrosa: a soberania da lei, que “cria e/ou justifica a liberdade”, já não poderia ser concretizada, porque as leis indefinidas no seu conteúdo impossibilitariam um prognóstico da reacção estatal em relação a um acto deliberado e, por conseguinte, deixariam os indivíduos inseguros em relação à legitimidade das suas acções.

Permaneceria, pois, pelo menos, uma questão: até que ponto a lei seria capaz de atingir os objectivos ambicionados de “protecção” de uma certa “capacidade de funcionamento das bolsas de valores”, v. g., não apenas alemãs, mas de outros ordenamentos jurídicos continentais europeus, como também o “aumento da protecção do investidor” através da protecção preventiva e da consequente perseguição de delitos de abuso de mercado. Tentar dar uma resposta inequívoca corresponderia a fazer especulação. “Na verdade, existiriam tendências evidentes que demonstrariam que a perseguição de crimes e/ou delitos económicos não seria comparável ao tratamento dos restantes delitos e/ou crimes penais” (PETERS, 1997, p. 123).⁴¹

Tanto o estatuto socioeconómico do criminoso por crime de abuso de mercado, como também o crime e/ou delito em si, no qual o prejuízo e/ou lesado são raramente identificáveis, conduziriam a que o comportamento fosse geralmente considerado como “imoral”, mas “nunca como criminoso”.

⁴¹ Este autor cinge a sua análise à negociação com informação privilegiada e/ou “abuso de informação e/ou *insider trading*”.

Não se pode esquecer, sem embargo de tudo o que foi dito, que o Direito objectivo se revela sempre de uma aberta indeterminação (maior ou menor, dizemos nós) na sua regulativa validade normativa, “que só decisório-judicativamente em concreto se vai normativamente determinando – isto é, constituindo.” (NEVES, 2005, p. 17 e ss). E ainda, contudo: por um lado, a ética melhoraria a “eficiência” (BUTZ; JIMÉNEZ, 2002, p. 63 e ss).

Por outro lado, o impulso ético – que não apenas nos chamados “mercados emergentes”: na nossa opinião – deveria provir (também) do sector público constituindo (igualmente) uma responsabilidade da classe política. É inadmissível, v. g., aquilo que se assiste em algumas OPV e/ou (re)privatizações, por esse mundo afora, nas quais o próprio Estado – e/ou Governo – está envolvido, como “autor e/ou cúmplice”, fazendo aquilo que poderia ser considerado, em alguns casos, como “publicidade enganosa” junto do público (sempre em renovação a nível geracional), em grande parte, incauto. É que, por vezes, o investidor não está consciente do desfasamento entre o ciclo bolsista e o ciclo económico (MARTÍNEZ; JIMÉNEZ, 2002, p. 95 e ss).

Assim como da intensidade dos efeitos negativos que poderão cair sobre o seu património devido ao desconhecimento do momento cíclico no qual é concretizado o investimento. Instante cíclico este sobejamente (re)conhecido pelos profissionais da praça. Conclusão que sobressai do facto da sua acção publicitária se tornar desde logo frenética aquando das emissões nos processos de colocação de acções. Procedimentos os quais se apresentam, muitas e muitas vezes – “com grande oportunismo” –, como coincidentes com a decadência do ciclo bolsista. V. g., algures em Julho de 2007 – alguns dias dos quais de chuva e frio em Portugal e com uma camada de ozono de retalhos (!) –, estávamos em face de um pico bolsista: os índices apresentavam em quase todas as praças bolsistas do mundo valores muito similares aos de 2000, assim que tinha rebentado a última grande bolha.⁴²

Ora, a “coincidente” belicosidade na publicidade de venda de produtos financeiros com aplicações bolsistas e/ou de OPV e/ou de OPA surgia e surge, em todos os OCS e locais de anúncio, com extrema agressividade e ainda com mais amplitude. O objectivo era e é atrair mais investidores ainda sem os avisar do risco que é investir durante um zénite bolsista. “Um pico que pode picar!”. O que depois, como se sabe, veio de novo a acontecer.⁴³ Parece, pois, que não basta cumprir o Direito positivo. Sobra ainda espaço

⁴² V. g. cfr. <www.welt.de>. Berlim. Acesso em: 13 jun. 2007.

⁴³ Em Janeiro e Fevereiro de 2008 ocorreram grandes baixas dos índices bolsistas de todo o mundo.

para a deontologia e/ou ética profissionais. Em este contexto surgiria como essencial a correcção dos eventuais défices democráticos e/ou a prevenção dos fenómenos de “corrupção” que não apenas, na nossa opinião, nos chamados “mercados emergentes”. Mesmo onde se julga estar já bem implantado o processo democrático, não seria aliás despiciendo aplicar, no seio de um Estado de Direito, um sistema de democracia – ainda mais – participativa. Não só na promessa eleitoral, mas também no cumprimento efectivo dos programas apresentados. A sistemática mentira política contribui para o minar da própria democracia.

As finanças poderiam ser, afinal, um instrumento activo, em grande e concreta escala, que serviria a cooperação e o desenvolvimento (das pessoas e) dos (países) mais desfavorecidos (UREÑA; JIMÉNEZ, 2002).

Não só os “agentes sociais”, como os “colaboradores” das empresas e das Universidades que conheceriam os mecanismos de desenvolvimento do mercado e as suas potencialidades para o desenvolvimento, deveriam ser aptos, pois, a congregar conhecimentos técnicos e dotes de sensibilidade social. Seriam colocados, por conseguinte, ao alcance de todos, os mesmos instrumentos dos quais, em este último caso, já se socorreriam, até aqui, os beneficiários habituais do sistema financeiro. *Rectius*, em esta última situação, os “beneficiários habituais” são aqueles que protagonizam uma certa visão selvática do sistema económico capitalista respectivo.

Afinal a Economia seria – e é!!! – uma ciência social. Boaventura Sousa Santos que o diga quando ajudou a fundar a Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e, em particular, a Licenciatura em Sociologia. Mas, na medida em que este fim se vai desvanecendo – a expressão “finanças sociais” começaria a surgir como contraditória. Em um mundo onde morrem milhões e milhões e milhões de pessoas de fome, e/ou de escassez, dolosa e/ou negligente em elevado grau,⁴⁴ a abstracção da Economia deixaria de ter sentido. Não se poderia confundir “desenvolvimento” com “crescimento económico”. Não se poderia pretender aplicar modelos externos que, por via globalizante, fariam esquecer as particularidades económicas, sociais, políticas, culturais, mentais e/ou históricas e psicológicas de um certo e característico Povo.

⁴⁴ Deveria porventura existir um crime ao nível local e/ou global que tipificasse condutas de destruição de alimentos e/ou outros bens essenciais em massa (apreciável) como, v. g., as toneladas de sobras e/ou quebras dos mini, super e hipermercados de todo o mundo e de outras instituições que, em muitos casos, não são aproveitadas por ninguém. Apenas algumas “cadeias” exercem a doação. Uma certa “fiscalização destrutiva de alimentos sãos”, também deixa, por vezes, muito a desejar, atingindo os mais pobres.

A globalização surgiria como um processo de ideias que poderiam ser capitalizadas por uns e/ou por outros. O perigo estaria aí: globalizar os Direitos e os Deveres fundamentais Humanos é ótimo; globalizar o capitalismo selvagem é péssimo e conduz à autodestruição. Seria para já, no entanto, dizemos nós, a “globalíssima” “trindade” da “liberalização, desregulamentação e privatizações” – J. Estefanía e António Partal Ureña –, onde o “deus” (“menor”) seria o “dinheiro e/ou a facturação per se” que surgiria, agora, a tomar a dianteira de um modo selvático e insocial.

Os países mais ricos do mundo já teriam percebido que a massificação da emigração em sua direcção significaria que, pelo menos, as suas, mais ou menos, “volumosas dádivas” não chegariam para evitar a aposta no desenvolvimento integral dos povos e/ou países mais pobres, onde, por vezes, os fundos também são desviados para os mais abastados. Sendo a Economia uma ciência social, não seria de somenos importância fazer uma distinção entre finanças sociais (*rectius* redistribuição dos recursos económicos) e finanças especulativas (*rectius* riqueza monetária, financeira e/ou “virtual”).

Se as finanças fossem utilizadas com fins de cooperação e desenvolvimento seria possível criar uma determinada espécie de ética empresarial. As finanças sociais buscariam o bem estar social global utilizando os instrumentos financeiros já existentes. Mas com fins bem distintos. Existiriam muitas formas de objectivar o bem estar real dos outros. Assim, a sua totalidade e/ou muitas, de entre essas feições, poderiam ser úteis segundo o seu particular modo de actuação.

De que configuração um certo sistema económico poderia ser (ainda mais) útil aos “outros”? Estas finanças sociais utilizariam, pois, armas similares aos sistemas financeiros capitalistas, mas com objectivos bem diferentes. O tecnicismo deveria dar lugar, por conseguinte, ao humanismo, por forma a que as finanças, doravante sociais em termos práticos – na teoria, a Economia é uma Ciência Social: repete-se! –, passariam a incorporar, por “direito próprio”, características sociológicas, filosóficas e/ou éticas. *Rectius* a reconstrução de uma busca da dimensão humana perdida.

A ideia de criação de uma “figura informativa imparcial” que visasse a defesa do investidor não poderia ser descartada. Este defensor do investidor – a par, também, de, v. g., em outro campo jurídico, de um defensor do contribuinte⁴⁵: os impostos contribuem igualmente

⁴⁵ Em tom crítico, compreendendo a “introdução e a extinção da figura do defensor do contribuinte, com existência legal entre 1999 e 2003”, em Portugal, pois “era vista mais como uma instância burocrática do que como uma efectiva garantia”, (NABAIS, 2009, p. 361 e ss).

para a regulação e/ou funcionamento, não apenas seguro, dos MVM – deveria estar encarregue, entre outras coisas, de transmitir ao mercado advertências cíclicas bolsistas e/ou económicas de modo a orientar o “investidor médio” (MARTÍNEZ; JIMÉNEZ, 2002).

E por que não, v. g., um código de defesa do investidor e um código de defesa do contribuinte?⁴⁶ Não será isso, contudo, um perigo para uma minoria financeira altamente privilegiada em termos monetaristas? Interessará isto ao puro sistema económico capitalista? Não cremos. Pois, quanto mais universal for a riqueza dos bens, tanto melhor para todos no mundo local e mundial e/ou global. Esta medida anterior poderia ser implantada em paralelo com o estabelecimento de centros supranacionais de informação sobre esses mesmos ciclos por meio, v. g., de organizações internacionais como a Organização Internacional das Comissões de Valores Mobiliários. Organização esta que passaria a ser uma espécie de “Nações Unidas das Finanças”.

Instituições como o Fundo Monetário Internacional e/ou o Banco Mundial deveriam dispor, v. g., de seguros mundiais para cobrir os eventuais danos das catástrofes ocorridas em países e/ou locais onde fosse impossível existir um qualquer seguro pertencente a um cariz mais típico do “capitalismo reinante”. Seria na confiança do público no bom funcionamento dos MVM que se fundaria a “moderna economia financeira” (PASTOR, 2002). Afirmar-se-ia que se a “moral social” se relaxa, a “moral económica” se reforçaria. Existiria, pois, um retorno à moral e à ética do mercado. Concordando, em qualquer caso e afinal, por pura inevitabilidade, que a Economia é uma ciência social. Também os fundos de investimento conexonados com seguros pessoais e direccionados a empresas com objectos sociais éticos, como v. g. o microcrédito, podem aqui ser úteis.

3 ÉTICA E MERCADOS DE VALORES MOBILIÁRIOS: O MICROCRÉDITO COMO DESENVOLVIMENTO CONCLUSIVO

É em este contexto que o microcrédito, tão bem protagonizado como pessoas como Muhammad Yunus – fundador do primeiro “Banco de pobres” e “prémio ‘Nobel’ da Economia” –, surgiria, e surge, como ponto ético fundamental do desenvolvimento

⁴⁶ Criticando essa possibilidade, de novo, Nabais, 2009, p. 361 e ss, pois isso seria uma sobreposição com as garantias já previstas na LGT. Em Espanha, v. g., as críticas dirigidas à *Ley General Tributaria* estiveram na base da revogação, em 2004, “dessa lei e da integração do seu conteúdo na nova versão da *Ley General Tributaria*”.

económico.⁴⁷ O microcrédito proporcionaria, e proporciona, que milhares de milhões de pessoas por todo o mundo possam criar a sua subsistência e, inclusive, gerar riqueza. Existem hoje cerca de 6.000.000.000 de habitantes no planeta Terra sendo que 2.000.000.000 (dois mil milhões!) subsistem abaixo do limiar da pobreza. Se fizermos um cálculo da existência de cerca de 500.000.000 “chefes de família”, podemos constatar que, já hoje, cerca de 100.000.000 são beneficiários de microfinanciamentos. Ora, serão estes mesmos 100 milhões que, segundo as previsões, ultrapassarão a pobreza nos próximos anos.⁴⁸

Por isso, a banca do futuro será, de modo necessário, uma banca social. No sistema económico capitalista puro, a atracção dos capitais não derivaria “tanto”, afinal, de necessidades de desenvolvimento, mas mais das opiniões de investidores e/ou vontades dos especuladores. As empresas estariam alienadas pelos resultados imediatos: máximo retorno e mínimo risco no mais curto espaço de tempo possível. As finanças sociais procurariam, pois, inverter esta lógica perfunctória. No que concerne aos “mercados primários” poderiam ser realizadas, por um lado, emissões de valores e ampliações de capital em empresas formadas em países em desenvolvimento com capital accionista inicial autóctone. Por outro lado, poderiam ser constituídos os supramencionados fundos (e sociedades) éticos.

No que diz respeito aos “mercados secundários” seria tida em consideração a própria negociação do capital e de empréstimos emitidos pelas sociedades antes referidas. Também os produtos derivados poderiam ser muito úteis do ponto de vista social e em conexão, v. g., com certas zonas do mundo. É bom lembrar que pessoas como o Professor M. Yunus foram durante muitos anos, e por muitas vezes, criticadas e, até, ostracizadas pelos seus “pares” da Economia. E isto apesar da Economia ser uma “Ciência Social”. Mas, como

⁴⁷ Os microcréditos são contratos de abertura de crédito e/ou empréstimos e/ou descontos de tipo inferior ao mercado e/ou sem garantia com um compromisso fiduciário de restituição a largo prazo e/ou com renovação automática. O retorno é baseado, sobretudo, na confiança, sendo desnecessárias as garantias reais e/ou avais. A banca “normal”, por hábito, não empresta dinheiro se não se oferecem garantias. O público alvo principal dos microcréditos são os pobres.

⁴⁸ Cfr. <www.visaonline.clix.pt>, revista portuguesa, 27/9/05, entrevista a Jacques Attali, fundador e Presidente da “*Planet Finance*”, o qual é um banco mundial de microcrédito. Já foi fundado, inclusive, o “*Planet Finance Portugal*” cuja “Comissão de Honra” é constituída por pessoas como Fernando Nobre, Cavaco Silva, Vítor Constâncio, Mira Amaral, António Guterres, Marçal Grilo, Carlos Monjardino, Horta E. Costa. No Conselho Fiscal está Medina Carreira e na Assembleia Geral o Padre Vítor Melícias. Devemos dizer aqui, contudo, porque vem a propósito, que gestos ético-económicos como, v. g., o abaixamento voluntário do salário do Governador do Banco de Portugal seriam muito bem acolhidos pelo – nas palavras de Abbé Pierre – “Príncipe da História da Humanidade”, ou seja, a opinião pública nacional e internacional. Já para não falar nos salários ou nas reformas de alguns gestores de empresas, os quais são manifestamente exagerados!

dizia M. Yunus, a mais perigosa das realidades é pensar que existe apenas uma realidade! E não podemos ver os “pobres” como “meros indivíduos invejosos que querem somente consumir o que os outros produziram”! Nada de mais absurdo e errado! A promoção dos pobres – sejam eles pobres materiais e/ou pobres éticos, dizemos nós – é um momento único para o crescimento moral, cultural e, inclusive, económico da Humanidade inteira (afirma Yunus). Yunus ainda diz outras coisas interessantes, com profunda ironia, como as seguintes: “pode acontecer que os melhores cérebros do mundo voem sobre as nuvens e não percebam a vida na terra” e/ou “o Banco Mundial devia contratar gente que perceba os pobres e a sua vida”. Seria cada vez maior o número de pessoas que se questiona(m) sobre o que fazem afinal instituições como os bancos, as gestoras de fundos de investimento e/ou as seguradoras, entre outras, com os recursos que lhes são entregues? Boa pergunta! Certo, certo, parece ser a ideia de que continua a valer a pena lutar, e/ou fazer investigação científica, por ideais. De aí se retiraria, e se retira, a ideia da utilidade da nossa passagem por este mundo. Tanto mais feliz, quanto menos inútil for!

Como nos diz, novamente, Abbé Pierre,⁴⁹ “O pior, o maior mal é a pessoa sentir-se inútil, supérflua na Humanidade. Essa é a pior pobreza, sentir que se está a mais, que ninguém tem necessidade de si. E como não se é essencial, há um fundo ao qual se vai todos os meses estender a mão para que nos dêem de comer.”.

A rejeição económico-profissional resulta como irracional e contraditória, pois já sabemos que a Economia é uma ciência social. Parece, pois, que a (in)utilidade da pessoa humana e a precariedade e/ou qualidade no emprego se tornaram, de certa forma, mais do que os próprios bens e/ou o dinheiro, nas fronteiras entre um novo poder, agora reforçado, e uma nova linha de explorados e/ou excluídos.

Talvez, por isso mesmo, se fale hoje tanto em “liberalização do despedimento” e “flexibilização” a toda a força, mesmo sem Estado Social devidamente implantado, mesmo sem consultar o Povo, mesmo, por vezes, com promessas políticas pré-eleitorais de sentido claramente oposto. Quem tem o poder de despedir passa a ter um poder acrescido de julgamento sobre a “utilidade dos outros”. É mais uma “conquista” da Razão técnico-instrumental no “seu melhor”. E quanto menos justificações tiver que invocar para exercer o despedimento “tanto melhor”.

O que ajuda a perpetuar uma globalização hegemónica de um só sentido na qual o capitalismo “sagrado” selvagem não admite ser colocado em causa. A sua “inteligência”

⁴⁹ Cfr. entrevista de A. Marujo a Abbé Pierre, 5-7-95 e 22/1/06, in **Jornal Público**, Porto.

é única e hegemónica. Invocando até “motivos ideológicos e/ou políticos”⁵⁰ e, portanto, “pseudojustificações” que surgem, inclusive, contra os mais elementares Direitos Humanos Universais consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Carta das Nações Unidas. A propriedade privada dirige-se à própria Pessoa Humana. Dizia já, aliás, por um lado, João Paulo II (1991) “O maior problema, portanto, parece ser a obtenção de um acesso equitativo ao mercado internacional, não fundado sobre o princípio unilateral do aproveitamento dos recursos naturais, mas sobre a valorização dos recursos humanos.”.

E como é que, por outro lado, é financiado o microcrédito? A totalidade do crédito estava avaliada, em 2005, em 8.000.000.000 de dólares: oito mil milhões de dólares (por ano!). O que representa menos de um minuto das transacções em bolsa mundiais (ver nota 48).

Tendo sempre em consideração que, em qualquer caso, os MVM são tanto ou mais transparentes, também nos seus respectivos dados, quanto melhor ficam explicados os movimentos cíclicos dos mesmos. Ora, a transparência ocupa, pois, um lugar importante por meio da “explicação dos movimentos cíclicos” (MARTÍNEZ; JIMÉNEZ, 2002). Dinheiro este que provém do Banco Mundial e da UE, de doadores privados, mas também dos próprios pobres que fazem economias para financiar o desenvolvimento das suas actividades. Sendo que “70% dos devedores são mulheres e as mulheres são melhores pagadores do que os homens.”.

M. Yunus diz que “quando uma mulher pobre pede emprestado, a sua primeira prioridade é reembolsar o empréstimo, a segunda é tratar das crianças, a terceira é tratar do marido e a quarta é tratar de si própria; quando um homem pede emprestado, então, pelo contrário, as prioridades são as mesmas, mas pela ordem inversa.”! E a taxa de reembolso é de 98%, i.e., bem maior do que nos bancos tradicionais. É caso para também aqui invocar o humorista francês Coluche: “os ricos pedem emprestado, enquanto os pobres reembolsam.”! Por que não se estruturam, v. g., índices bolsistas e/ou dos mercados de valores mobiliários cujo ponto nevrálgico constitutivo sejam as empresas – e, nomeadamente as instituições financeiras –, que, de uma ou outra forma, mais contribuem para a concessão e/ou desenvolvimento do microcrédito?

⁵⁰ Cfr. notícias em <http://www.tsf.pt>, rádio portuguesa, em 20/7/07 com os seguintes títulos: “Confederações querem possibilidade de despedimento por razões ideológicas § As confederações patronais pretendem que venha a ser possível o despedimento por motivos políticos ou ideológicos, defendendo por isso o fim do artigo da Constituição que impede esta possibilidade. Em comunicado, estas confederações defendem ainda a limitação da greve aos interesses colectivos profissionais.” e “Todas as razões deveriam ser válidas para despedimentos, diz CAP.”!!!

3.1 Ética, Paz Social, Corrupção

Diz-nos João Paulo II (1991) o seguinte:

A obrigação de ganhar o pão com o suor do próprio rosto supõe, ao mesmo tempo, um direito. Uma sociedade onde este direito seja sistematicamente negado, onde as medidas de política económica não consintam aos trabalhadores alcançarem níveis satisfatórios de ocupação, não pode conseguir nem a sua legitimação ética nem a paz social.

M. Yunus estabelece mesmo, como já sabemos, uma relação entre pobreza e terrorismo. E a pobreza, como se sabe, convive com a corrupção (inter)nacional. Organizações mundiais não-governamentais como a Transparência Internacional⁵¹ consideram essencial uma luta também da sociedade civil contra a corrupção global.⁵² Pois a corrupção tem um poderoso impacto em todos os cidadãos do mundo. E é preciso estimular uma mudança no mundo. As cinco prioridades mundiais da luta contra a corrupção são para esta organização as seguintes: a) corrupção política; b) corrupção em contratos internacionais; c) corrupção no sector privado; d) convenções internacionais para prevenir a corrupção; e) pobreza e desenvolvimento.

3.2 Direito Penal, Ética e “Educação e/ou Formação no Ensino Superior”: Conclusões

De tudo o que fomos falando e investigando ressalta-nos uma ideia fundamental: a importância da “Educação e/ou Formação do Ensino Superior”⁵³ na “Constituição” (“constitucional”) de uma consciência crítica e ética. Inclusive em termos práticos. É preciso que haja um forte investimento na consciencialização do ilícito em obediência à Constituição (constitucional) e ao Estado de Direito Social, democrático, livre e verdadeiro. Será um importante contributo para a construção de uma sociedade mais honesta, de leal concorrência e, por isso, mais justa e solidária. A Universidade e/ou o Ensino Superior deverão ter sempre um papel fundamental que nunca se poderá confundir com esta ou aquela lógica empresarial.

⁵¹ Em Junho de 2009 é referido o seguinte como conclusão do 5.º relatório da “Transparência Internacional”(!!!): “Portugal é um dos piores alunos no combate à corrupção e continua a perpetuar práticas pouco transparentes que incentivam o crime económico internacional.” § “Portugal encontra-se na pior categoria de um conjunto de três e onde se inserem os países que “pouco ou nada” fizeram para aplicar o compromisso firmado em 1997 a nível internacional.”.

⁵² A congénere portuguesa chama-se Associação Portuguesa de Ética e Transparência (APET) e foi fundada em 13/5/98 pelo advogado e jornalista Artur Victória.

⁵³ E não somos os únicos: Bello, 2002.

Deverá haver um lugar insubstituível para a investigação. Deverá haver também um lugar insubstituível para a formação teórica e/ou prática. Soa ridículo, por vezes, que, v. g., a formação dos trabalhadores nas empresas seja obrigatória, mas, de modo simultâneo, seja monopolizada por empresas “criadas oportunamente na ‘hora H’” pelos próprios grupos económicos e/ou empresariais. Por vezes, visando, também, razões fiscais.

São, pois, empresas “de entre” e/ou “da casa”. Assim, a “formação obrigatória” será, em muitos casos – com honrosas exceções! – apenas aquela formação, aqui e ali deficiente, porque muito limitada e por vezes desenquadrada, que os grupos económicos queiram dar aos seus próprios trabalhadores. E, sobretudo, em termos mentais!

Os gastos e/ou lucros e/ou os benefícios fiscais serão, pois, controlados por meio de uma “legítima e legal eficácia milimétrica” que, no entanto, apenas irá proporcionar, em muitos dos casos, uma “formação hegemónica de um só sentido cultural e mental” tão ao gosto mecânico de uma certa globalização capitalista. Porventura, a formação outorgada pelas Universidades e/ou o Ensino Superior (ou, se fosse o caso, de outro grau) deveria ser obrigatória para todos os trabalhadores e/ou, pelo menos, facultativa e, de preferência, complementar, em relação à formação predeterminada, e imposta, pelas próprias organizações económicas.

Ganhava, por um lado, toda economia, sociedade, cultura, política e mentalidade e ganhavam todos os trabalhadores. E, máxime, toda a sociedade! E ganhavam, por outro lado, as Universidades e/ou o Ensino Superior, v. g., portugueses, que tanto se queixa – e com toda a razão – da falta, para não dizer por vezes ausência, do financiamento propugnado contudo pela própria raiz mais funda da Constituição constitucional! Tais políticas constituem uma verdadeira afronta à Constituição constitucional.

Outra situação que nos parece deveras bizarra – e mesmo irracional do ponto de vista científico, mas também, profundamente pragmático e válido para todo o mundo público e conhecido – é a maior parte dos cursos de Economia e/ou Gestão, incluindo os chamados, e importantes, *Master and Business Administration* e/ou “Mestre e Administração do Negócio”, darem pouca monta, e/ou não darem qualquer importância, às questões de Direito Penal Económico. Contribuindo, assim, de forma decisiva para “a tão útil”, e oportunista, “inconsciência do ilícito” que visa, em muitas das vezes, a (já prevista e planeada) absolvição em Tribunal.

Qualquer economista e/ou gestor deveria, por conseguinte, ter uma formação, não somente básica, nas importantíssimas questões de Direito Penal Económico. Deveria mesmo ser

obrigatória. Um grande gestor e/ou economista deveria ter sempre uma profunda formação em Direito Penal e/ou criminal, *rectius* Económico.

Pergunta-se como pode um gestor e/ou economista ser um “bom gestor e/ou economista” – e/ou cumprir as correspondentes leis com rigor, as quais cada vez são mais (!) – se não sabe o que é, v. g., o “branqueamento” “de capitais” ou valores afins com proveniência ilícita? O que é o “crime de colarinho branco e/ou azul”? O que é o “Direito Penal Fiscal”? O que é o “Direito Penal Financeiro”? O que é o “Direito Penal do mercado”? O que é o “Direito Penal das Sociedades Comerciais”? O que é o “Direito Penal do Ambiente”? O que é o “Direito Penal do Consumidor”? O que é o “Direito Penal da Concorrência”? O que é, afinal, o “abuso de posição dominante”? Quais são e como se aplicam as leis que regulam o fenómeno da “corrupção”? O que é o “Direito Penal Médico” e/ou “Farmacêutico” quando a Medicina e/ou o “universo medicamentoso” se transformam, em certos momentos e locais, em “mais alguns negócios a somar a outros tantos”?⁵⁴

Quais são afinal as normas e/ou as tipicidades e ilicitudes que se encontram plasmadas em estes campos jurídicos, entre outros? E isto, pois, entre muitos outros sectores. E não se diga também que um (ou mais) “departamento jurídico” interno e/ou um ou mais escritórios de advogados externos – que muitas vezes primam pela “cega obediência hierárquica” (sob pena de despedimento!), no seio da Razão técnico-instrumental, e não, como deve ser no Estado de Direito, Social, pela obediência à lei justa de origem democrática – de, dizíamos, uma dada empresa e/ou grupo económico, colmata essa, bem visível, falha da formação capitalista e financeira.

Que o digam, v. g., Kenneth Lay da *Enron*; Bernie Ebbers da *WorldCom*, Richard Scrushy da *HealthSouth*; Samuel Waksal da *ImClone*; Frank Quattrone da *Credit Suisse First Boston*; Nancy Temple da *Arthur Andersen*; Dennis Kozlowski da *Tyco*; e/ou Martha Stewart (GREEN, 2006, p. xi e ss). Ou, mais tarde, Jérôme Kerviel e Bernard Madoff! Todas estas pessoas tiveram e/ou têm problemas graves com a justiça criminal (económica).

Não teria sido melhor que tivessem tido, pelo menos em alguns casos, uma formação “ético-penal” obrigatória “preventiva” na área de regulação e/ou regulamentação jurídica

⁵⁴ Quanta as vezes as “poupanças” na Saúde ou as “experimentações” abusivas não resultam na morte prematura ou em graves lesões? V. g., “O Estado de Kano, na Nigéria, aceitou receber 75 milhões de euros da Pfizer para terminar um processo em que a farmacêutica é acusada de provocar lesões permanentes a várias crianças em que testou um medicamento contra a meningite.”. Disponível em: <www.destak.pt>. Acesso em: 15 maio 2009.

– v. g., nos casos concretos, norte-americana – do “crime económico” e/ou “Direito Penal Económico”? Se os EUA, e outros países, têm, v. g., alguns dos “melhores cursos” de Economia e/ou Gestão e/ou MBA do mundo, qual é a razão por que não é obrigatória uma formação intensiva e séria, em muitos dos casos reais, no âmbito da legislação sobre “crime económico”? Pois, no nosso entendimento, os cursos e/ou pós-graduações (e/ou similares) de “prevenção (ou ‘gestão’!) na fraude”, de carácter apenas económico e/ou até “policial”, não bastam! Repare-se que a (agora mais conhecida em Portugal) “*Association of Certified Fraud Examiners*” existe já nos EUA (Austin, Texas) desde 1988 e os resultados não foram, até agora, grande coisa!

Há grandes empresas, quer no mundo, quer em Portugal que desprezam em termos absolutos a formação na área do Direito Penal Económico. É que o poder de decisão reside, em termos muito práticos – nos modelos actuais que se integram no sistema económico capitalista em causa –, na administração e/ou gestão. Incluindo o poder de pura direcção que vai bem mais além do mero Direito positivo do trabalho. Por isso propomos que das estruturas curriculares de Economia e/ou Gestão, na licenciatura e/ou na pós-graduação como v. g. nos (“melhores” ou nos “assim, assim”, do ponto de vista, claro, da “Razão técnico-instrumental”) MBA – e, por fim, não apenas nas que se arvoram como “sendo as melhores do mundo” – passe a fazer parte um indispensável naipe de cursos e/ou “cadeiras” da área do Direito Penal Económico e/ou de empresa. É isso que temos vindo a dizer desde, pelo menos, 2003-2004. Formação essa que terá que ser superior e outorgada por comprovados especialistas de Direito Penal Económico.

Por forma a que – ajudando a formar uma consciência ética e/ou jurídico-penal, construtiva, local e mundial – se possam, em grande parte dos casos, evitar violações de leis na área do Direito Penal Económico. Em termos de Direito Penal do Ambiente, v. g., é essa, em termos globais, uma urgência prioritária em termos absolutos: não basta(m) as, muitas das vezes, meras “cosméticas” de política ambiental no seio das empresas e/ou “lavagem verde” ou “*greenwashing*”. Em muitos dos casos com fins apenas de cotização bolsista. Sob pena de virmos todos a sofrer de catástrofes ainda e/ou já (in)sondáveis. Violações essas, em muitos dos casos, decididas por economistas e/ou gestores que – considerados capitalistas “arrojados” e/ou “avançados”, mas com pouca e/ou nenhuma formação jurídica e ética – sofrem de profunda e crassa ignorância na área científica do Direito Penal e/ou Criminal, *rectius*, no Direito Penal Económico, para não falar já em casos de dolo comprovado nos Tribunais. Com essa formação obrigatória em Direito Penal Económico existiria uma forte tendência para que todos os entes individuais e/ou colectivos ficassem a ganhar em termos de cultura da licitude democrática, de preferência, participativa e contínua.

Nomeadamente, o Estado e a Justiça, os próprios dirigentes empresariais, as empresas, o meio ambiente local e/ou mundial, a população em geral e/ou as próprias Universidades e/ou o Ensino Superior. Enfim, ganharia o projecto de ajuda à formação de uma reforçada consciência crítica ético-jurídica. Sendo, porventura, mais fácil de encarar, inclusive, o eventual problema da consciência da ilicitude em Direito Penal (Económico). Bem sabendo nós, em tom, inclusive, de uma certa autocrítica, que nem sempre o Direito Penal pode contribuir para uma qualquer e/ou determinada consciência. Existe, v. g., pelo menos um caso – porventura excepcional, mas “paradigmático” nas suas *sui generis* características –, que deu à luz no país de origem da regulamentação em termos de “abuso de mercado”, que nos daria indícios de que o Direito Penal não contribuiu, afinal e em aquele tempo e espaço, para a formação da consciência (PETERS, 1997, p. 123).

Pense-se, v. g., no caso do corretor Mike Milken ocorrido nos EUA.⁵⁵ M. Milken foi condenado por delitos contra as leis dos valores mobiliários norte-americanas nos anos oitenta e, em 1991, iniciou uma pena privativa de liberdade de dois anos. Contudo, depois de cumprir a pena, recebeu honorários, “tipo euromilhões”, no valor de \$50.000.000 (cinquenta milhões de dólares) pela sua actividade como consultor da *Turner Broadcasting System Inc.* O multimilionário Ted Turner, conhecido pelas suas posições de “crítica política” (!), Presidente do conselho de administração de famosíssimas empresas de “mídia e entretenimento”, “queria assim mostrar o seu agradecimento a M. Milken pelos serviços prestados nos anos oitenta.”! Será que teria mais algo a dizer? Ou não tinha dito tudo?

Trata-se também, pois, de um problema a nível social. Mas também, diríamos nós, económico, político, cultural e mental. Máxime mental. Onde a imposição do Estado de Direito, Social, democrático, livre e verdadeiro, tem que existir. Do ponto de vista jurídico ressaltam, pois, as dificuldades na investigação, assim como a necessária, mas complicada instrução que podiam, e podem continuar a levar, a um prognóstico pessimista. Não se trata aqui, pois, de qualquer movimento de “eticização” e/ou “purificação” do Direito Penal, no sentido de se operar “de novo a coincidência entre o núcleo das proibições jurídico-penais e os preceitos primários do tradicional jusnaturalismo essencialista e idealista.”⁵⁶

⁵⁵ Cfr. notícia no jornal alemão *Frankfurter Allgemeinen Zeitung*, 2/10/1995, p. 29.

⁵⁶ Rejeitando também essa “coincidência”, Dias, 2009, p. 119 e ss; e p. 278 onde, evocando, por um lado, Welzel, nos acrescenta com muito interesse que, “na doutrina da culpa jurídico-penal vale uma “ética da responsabilidade” antes que uma “ética do sentimento”; e, por outro lado, A. Castanheira Neves, o qual identifica uma “responsabilidade para com o direito.” na base da “consciência ética (especificamente: consciência axiológico-jurídica) do homem – de cada um de nós e de todos nós”. E ainda p. 392 e ss.

Não esquecendo, em qualquer caso, que nem o conhecimento da proibição, nem a consciência do desvalor moral, cultural ou social do facto, podem ter uma validade directa e/ou imediata como consciência da ilicitude relevante para a culpa jurídico-penal. Não se nega em termos absolutos, contudo, que existem áreas do Direito Penal em sentido amplo, nas quais o fundamento ético e subsequente desvalor da ilicitude apresentam, em determinados casos, mais evidências.

Recentemente, na última encíclica papal, de 29 de Junho 2009, o Papa Bento XVI fala-nos de “*Caritas in Veritate*”, ou seja, de e do “Amor na Verdade”, e mais ainda, sobre a riqueza (ou pobreza) espiritual e material humanas, citando a encíclica “*Populorum progressio*” do Papa Paulo VI, publicada em 26 de Março de 1967: i.e., a realização do “desenvolvimento integral do homem todo e de todos os homens”...

“O mal do passado foi os homens tornarem-se escravos. O perigo do futuro é que eles se tornem robôs.” (Erich Fromm).

Diríamos robôs, entre outros factos e em determinados sentidos, da voragem totalitarista da Razão técnico-instrumental globalista, hegemónica, de um só sentido e da sua agressão opressora e, sobretudo, autodestrutiva, v. g., no universo do (bem jurídico colectivo constitucional constitucional) meio ambiente.

“Globalização” dos Direitos e deveres fundamentais individuais e colectivos? Sim.

Globalização da destruição do devir contínuo do Estado de Direito, que deverá ser cada vez mais Social, mais democrático, mais livre e mais verdadeiro, no mundo? Não, obrigado.

Nenhuma democracia, nenhuma comunidade politicamente organizada, nenhum Estado é possível se as leis que nele regem não são obedecidas, mas nenhum é suportável se for preciso, por obediência, renunciar à Justiça ou tolerar o intolerável. Quando a lei é injusta, é justo combatê-la e por vezes pode ser justo resistir-lhe ou violá-la, mas este combate é sobretudo de ordem moral (SILVA, 2007, p. 49-50).

Trata-se, pois, de tutelar a capacidade funcional e cada vez mais social dos MVM e/ou outros instrumentos financeiros; e a confiança em essa capacidade; e, por conseguinte, igualmente, de proteger a confiança no próprio processo de formação dos preços nos MVM e/ou outros instrumentos financeiros, acabando por envolver – ainda que de modo reflexo – os interesses dos investidores e a defesa dos seus patrimónios.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de direito comercial**. 6. ed. Almedina: Coimbra, 2006.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre as novas empresas públicas**: (notas a propósito do DL 558/99 e da L 58/98). Coimbra: BFD, 2003.
- ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia: Dec.-lei 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”. In: **Direito penal econômico**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985. (Separata).
- ANDRADE, Manuel da Costa et al. **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários problemas gerais. v. I. Coimbra: Almedina, 1998.
- ANDENAES, Johannes. **Punishment and deterrence**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1982.
- AQUINO, Tomás de. **Summa theologica**, 1.^a 2.^aE.
- ASSMANN, Heinz-Dieter. **Künftiges insiderrecht**. Berlin: Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1994.
- BANDEIRA, André Sopas de Mello. **O mal no princípio da autoridade**: o problema do dever da obediência em treze, 1 – 7, de Epístola aos romanos, de S. Paulo. Lisboa: F.D.U. Clássica de Lisboa, 1997.
- BERMÚDEZ, F. Blanco; JIMÉNEZ, Javier Wenceslao Ibáñez. La ética en el ámbito de las relaciones entre emisores e inversores. In: JIMÉNEZ, Javier Wenceslao Ibáñez; FERNÁNDEZ, José Luis Fernández (Dir.). **Ética y mercado de valores**: cursos de verano de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Marcial Pons, 2002. Madrid, 2002.
- BUTZ, Albert de Luna; JIMÉNEZ, Javier Wenceslao Ibáñez. In: JIMÉNEZ, Javier Wenceslao Ibáñez; FERNÁNDEZ, José Luis Fernández (Dir.). **La ética de los mercados emergentes**. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- CABRAL, F. Sarsfield. Jornal Diário de Notícias, Lisboa, 21 jan. 2006. Disponível em: <<http://dn.sapo.pt>>.

CARNÉ, Domènec Melé. Aspectos éticos de los mercados de valores. In: VALDERRAMA, José Luis Sánchez Fernández de (Dir.); BORREL, Máximo (Col.). **Curso de bolsa y mercados financeiros**. Madrid: Instituto Español de Analistas Financieros, 1996. p. 486-508.

BELLO, Cecilio Del Moral. Ética y conducta en el mercado de valores. In: JIMÉNEZ, Javier Wenceslao Ibáñez; FERNÁNDEZ, José Luis Fernández (Dir.). **Ética y mercado de valores**: cursos de verano de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Marcial Pons, 2002.

CORDON, Juan Manuel Navarro; MARTINEZ, Tomas Calvo. **História da filosofia**. Lisboa: Ed. 70, 1983.

CUNHA, José Manuel Damião da. **Comentário conimbricense ao código penal**: em anotação ao art. 254.º do C.P. Profanação de cadáver ou de lugar fúnebre. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

DALE, Richard S. **The regulation of international banking**. Englewood Cliffs (New Jersey): Prentice-Hall, 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 2. ed. actual. e aum. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FARIA, Paula R. **Aspectos jurídico-penais dos transplantes**. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

FERNÁNDEZ-ESPAÑA; FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. La ética en los mercados de valores: problema crucial de las sociedades y sistemas capitalistas contemporáneos. In: JIMÉNEZ, Javier Wenceslao Ibáñez; FERNÁNDEZ, José Luis Fernández (Dir.). **Ética y mercado de valores**: cursos de verano de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Marcial Pons, 2002.

GIL-GALLARDO, José Luís de Mora; JIMÉNEZ, Javier Wenceslao Ibáñez. Conduas profesionales y conflictos de intereses en el mercado de capitales. In: JIMÉNEZ, Javier Wenceslao Ibáñez; FERNÁNDEZ, José Luis Fernández (Dir.).

Ética y mercado de valores: cursos de verano de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Marcial Pons, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Mercado, estado e constituição.** Coimbra: BCEFD/Coimbra Editora, 2004.

GREEN, Stuart P. **Lying, cheating, and stealing § a moral theory of white-collar crime.** Osford: Oxford University Press, 2006.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípio de Filosofia do direito.** Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1990.

HAOUACHE, Gerhard Gordon. **Börsenaufsicht durch strafrecht:** eine untersuchung zur straf-und verfassungsrechtlichen problematik der strafrechtlichen sanktionierung des insiderhandels durch das wertpapierhandelsgesetz in Deutschland im hinblick auf die umsetzung der EG-Richtlinie 89/592/EWG. Frankfur am Main: Peter Lang, 1996.

HANNOUN. La déontologie des activités financières: contribution aux recherches actuelles sur de néo-corporatisme. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial** (et de Droit Economique, depois de 1980), França, n.º 42, 1989.

JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. Lehrbuch des strafrechts § allgemeiner teil § fünfte auflage. **Duncker & Humblot**, Berlim, 1996, p. 244.

JIMÉNEZ, Javier Wenceslao Ibáñez. **Ética y normas de conducta profesional en el mercado de valores.** Madrid, 2002.

JOÃO PALO II, PAPA. **Encíclica Papal Centesimus annus § Ioannes Paulus PP. II § IV:** a propriedade privada e o destino universal dos bens. Vaticano, 1.º de maio de 1991.

LANDMANN, Nikolai Josef Valentin. **Das böse:** geschichte eines urphänomenes. Munique: Ullstein-Verlag, 1985.

MARTÍNEZ, Ramon Jesús Ruiz; JIMÉNEZ, Javier Wenceslao Ibáñez. El inversor como víctima de la publicidad financiera. In: JIMÉNEZ, Javier Wenceslao Ibáñez; FERNÁNDEZ, José Luis Fernández (Dir.). **Ética y mercado de valores:** cursos de verano de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Marcial Pons, 2002.

NABAIS, José Casalta. **Direito fiscal**. Coimbra: Almedina, 2009.

NAMORADO, Rui. **Introdução ao direito cooperativo**: para uma expressão jurídica da cooperatividade. Coimbra: Almedina, 2000.

NEVES, A. Castanheira. Apresentação. In: BANDEIRA, Gonçalo S. De Melo; GONÇALVES, Rogério Magnus Varela; RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). **Ciências jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2005.

NUNES, António José Avelãs. **Neo-liberalismo e globalização e desenvolvimento económico**. Coimbra: Coimbra Editora/ BCEFD, 2002.

PASTOR, Fernando Zunzunegui. Abuso de mercado. In: JIMÉNEZ, Javier Wenceslao Ibáñez; FERNÁNDEZ, José Luis Fernández (Dir.). **Ética y mercado de valores**: cursos de verano de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 131-154.

PETERS, Peter A. **Das deutsche Insiderstrafrecht unter berücksichtigung strafrechtlicher Konsequenzen für Kreditinstitute und prozessualer durchsetzung**. Berlin: Peter Lang, 1997.

PINTO, F. de Lacerda da Costa. **O novo regime dos crimes e contra-ordenações no código dos valores mobiliários**. Coimbra: Almedina, 2000.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedade legal y derecho suprallegal**. Tradución de María Izabel Azaretto de Vasquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996.

SEHER, Gerhard. **Prinzipien gestützte strafnormlegitimation und der rechtsgutsbegriff**. **Nomos Verlagsgesellschaft**, Baden-Baden, 2003.

SILVA, Germano Marques da Silva. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Editora, 2007.

SILVA, Luciano Nascimento. A (moderna) criminalidade econômica. In: BANDEIRA, Gonçalo S. De Melo; GONÇALVES, Rogério Magnus Varela; RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). **Ciências jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2005.

UREÑA, António Partal; JIMÉNEZ, Javier Wenceslao Ibáñez. **Finanzas sociales:** innovación financiera para la cooperación internacional. Madrid: Marcial Pons, 2002.

VASQUEZ, María Izabel Azaretto de. Prólogo. In: RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedade legal y derecho supralegal.** Tradución de María Izabel Azaretto de Vasquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

Von HIRSCH, Andrew. Der rechtsgutsbegriff und das “harm principle”. **Nomos Verlagsgesellschaft**, Baden-Baden, 2003.

WERDIGIER, Julia. Bored with hedge funds?: ore investors turning to “exotic assets”. Disponível em: <www.iht.com>. Acesso em: 13 jul. 2007.

WOLFENSOHN, James. Conferência “The other crisis”, Reunião dos Governadores, Outubro de 1998.

Submissão em: outubro de 2015
Pareceres favoráveis em: dezembro de 2015

A R T I G O S

Propriedade Imóvel Rural no Brasil – Fundamentos Históricos e Jurídicos – Das Sesmarias ao Século XXI

AFLATON CASTANHEIRA MALUF*

Resumo: Pretende-se demonstrar, por meio deste artigo, a propriedade imóvel rural no Brasil, historicamente, com base nos fundamentos jurídicos pertinentes. Será vista a propriedade imóvel rural no Brasil Colônia, Império e República com foco em seus fundamentos jurídicos. Serão apresentadas novas perspectivas para a propriedade rural brasileira.

Palavras-chave: Propriedade. Rural. Ordenações do Reino. Brasil Colônia. Brasil Império. Brasil República.

RURAL PROPERTY IN BRAZIL – HISTORICAL BACKGROUND AND LEGAL- SESMARIAS OF THE XXI CENTURY

Abstract: We intend to show, through this article, rural immovable property in Brazil, historically, based on the relevant legal bases. Will be seen rural immovable property in colonial Brazil, with focus Empire and Republic in its legal grounds. Perspectives will be presented to the Brazilian farm.

Keywords: Property. Rural. Ordinances of the Kingdom. Brazil Cologne. Brazil Empire. Brazil Republic.

* Doutor em Direito pela FADISP. Professor Universitário de Direito Ambiental e Agrário.

1 INTRODUÇÃO

Na antiguidade, as formas mais comuns de propriedades imóveis, sobretudo os territórios rurais, foram baseadas em apropriações coletivas, tribais, grupais ou familiares. Portanto, a propriedade surgiu em épocas primevas *coletivamente*, sendo posteriormente individualizada. Essa regra pode ser observada historicamente nos cinco continentes.

Para os **Hebreus**, o direito de propriedade era sagrado. Na **China** vigorava o princípio religioso segundo o qual “*o imperador é senhor de todas as terras, porque ele é filho do céu*”. A sociedade dos povos hindus era (e ainda é) dividida por castas e esta divisão estava relacionada com a religião. Na **Índia**, os brâmanes, como eram chamados os indivíduos pertencentes ao mais alto patamar dessa divisão social indiana, eram os únicos que tinham direito a propriedade. Esclarecendo:

A propriedade coletiva das comunidades gentílicas foi a forma de propriedade que predominou nas antigas civilizações. No Egito, Síria e Mesopotâmia, as comunidades gentílicas estavam organizadas basicamente em grupos familiares, clãs e tribos, em que a propriedade coletiva tinha em sua base o entendimento de que a comunidade predominava sobre o indivíduo. O que conta é a comunidade e, sendo assim, a terra pertence a grupo todo, tanto aos vivos quanto aos mortos, visto que a crença, nesses tempos, sustentava que os mortos permaneciam de certa forma ligados às condições terrenas. Sendo a propriedade da terra coletiva e pertencente ao grupo social em sua totalidade, os objetos que o homem fabrica para seu uso pessoal começam a receber uma conotação de propriedade individual, privada. A relação que se estabelece entre o proprietário e tais utensílios particulares, bem como entre o grupo e a terra, é recheada por um vínculo místico muito forte, conferindo à propriedade a característica de ser algo sagrado. Essa forma de propriedade coletiva da terra e a forma da propriedade privada móvel vai com o tempo transformar-se, principalmente quando da organização da comunidade política

territorial em contrapartida à comunidade política de tipo gentílico que até então prevalecia (GASSEN, 2004, p. 155-156).

Foi no **Egito** que a propriedade teve seu maior destaque. Inicialmente os egípcios viviam em uma propriedade coletiva e indivisa. Posteriormente, o Faraó cedia pedaços de terra (em regime de concessão) para que cada cidadão pudesse exercer a sua função dentro daquela sociedade. Com o passar do tempo, as terras destinadas aos egípcios começaram a ser individualizadas, especialmente depois que a propriedade também passou a ser adquirida por prescrição.

Na **Grécia**, ocorreu de forma diferente. Os gregos desenvolveram sua economia na propriedade familiar denominada *óikos* (casa). Compreendia o ambiente próprio de um indivíduo (homem), composto pela família, seus trabalhadores – escravos ou não – e pertences móveis e imóveis, como habitação, rebanhos, tesouro, terrenos, etc. No período grego antigo, vale destacar que Platão defendia a *propriedade comum*; e Aristóteles, seu discípulo, defendia a *propriedade individual* na Política.

Em **Roma** (período pré-clássico) a propriedade era eminentemente rural. Com a evolução da sociedade romana, pela complexidade das questões sociais, logo surgiram regras a fim de conferir direcionamentos no trato das propriedades romanas. Impende esclarecer que a milenar “herança” normativa romana realiza – até os dias atuais – forte influência em vários assuntos jurídicos, especialmente no trato das propriedades rurais brasileiras.

O certo é que os romanos inicialmente – direito pré-classico e clássico – dividiram a propriedade em espécies: *propriedade quiritária* (destinada, em regra, aos cidadãos romanos); *propriedade bonitária* (surgiu como meio de proteção do pretor a favor da pessoa que tinha a posse da coisa, transformando-se em *quiritária* após o lapso de tempo da *usucapio*); *propriedade provincial* (existia em relação aos imóveis das províncias, em que os particulares – romanos ou não – só podiam ter a posse); *propriedade peregrina* (destinada aos que não podiam ter a *quiritária*, sendo detentores de direitos possessórios).

Nos períodos históricos sucessivos do Império Romano – clássico, republicano e pós-clássico – o trato jurídico sobre a propriedade recebeu mudanças, evoluções e até *involuções*. Foi no direito Justinianeu, na alta Idade Média, que a propriedade romana recebeu tratamento unificado, com a conseqüente *extinção* das espécies *quiritária*, *bonitária*, *provincial* e *peregrina*. A partir de Justiniano, a propriedade romana recebeu feições jurídicas semelhantes às propriedades imóveis existentes nos dias atuais. Esclarece a doutrina que:

1. A propriedade **romana primitiva** da época rural é uma manifestação de amplo poder doméstico que o *pater familias* tem quer sobre determinadas pessoas (a pátria *potestas* sobre os filhos de família, a *manus* sobre a um, mulher), quer sobre os bens materiais. Apesar de, neste período, não haver ainda um nome que designe o poder sobre as COISAS, é entendido como distinto do poder sobre as pessoas. A antiga propriedade romana tem um âmbito muito mais amplo do que a clássica. [...] 2. A tradição do conceito antigo de propriedade, amplo e pouco nítido, para o conceito nítido e rigoroso do direito **clássico** está ligada com a progressiva diferenciação dos conceitos jurídicos nos começos da República e com certas modificações no direito processual civil. [...] O direito pré-clássico e clássico conhecem VÁRIAS formas de propriedade, que se baseiam na justa posição de vários estratos de direito. [...] 3. O conceito de propriedade do direito clássico, de contornos nítidos e delimitado com precisão de posse e de direitos reais limitados, não subsistiu definitivamente. O **direito vulgar pós-clássico**, com a decomposição do ideário clássico, provoca um retrocesso a formas de pensamento em que novamente se confundem propriedade e POSSE e volta a ser confundida a delimitação entre a propriedade e os direitos reais LIMITADOS. 4. **Justiniano** regressa ao conceito de propriedade exatamente delimitada do direito clássico, em contraste quer com a posse, quer com os direitos reais limitados. Mas revoga expressamente as diferenças obsoletas entre propriedade “quiritária” e “bonitária” e situação especial dos prédios provinciais. Existe apenas uma propriedade UNIFORME, que qualquer pessoa pode ter sobre todas as espécies de coisas (KASER, 2011, p. 137-141).

Nas **Américas**, durante milênios, com destaque ao Brasil pré-colonial europeu, em regra, também predominava a cultura da propriedade coletiva. Em vista do grau de conhecimento atingido pelas civilizações da época (*indígenas*), com base nos costumes, passados de geração a geração, o território da aldeia ou comunidade indígena – em menor ou maior extensão – compreendia bem comum ou coletivo da etnia.

A propriedade imóvel rural brasileira, historicamente, carregou consigo “*status*” de protagonista, seja no cenário local, regional ou nacional. Os recursos naturais do planeta (solo, ar, água, fauna e flora) são inerentes às formas de vida, sendo que sua ausência – ou mesmo deficiência – acarretará o caos. A importância vital das propriedades imóveis rurais, ao longo da história nacional, recebeu ampla atenção normativa, como se verá.

2 PROPRIEDADE IMÓVEL RURAL NO BRASIL COLÔNIA

O primeiro sistema implantado com vistas a organizar o “novo território” (Terra de Santa Cruz) descoberto oficialmente em 1500, pela Coroa Portuguesa, foi o das *capitanias hereditárias*. As *capitanias hereditárias* podem ser compreendidas como uma forma de administração territorial imposto pelo Império português sobre suas colônias.

Pelo sistema de *capitanias hereditárias*, a Coroa Portuguesa, com recursos limitados na época, delegava a tarefa de colonização e exploração de determinadas áreas a particulares, através da *doação* de extensos lotes de terra, em regime de concessão.

Esse sistema de concessão de terras – capitánias hereditárias – foi utilizado inicialmente com sucesso na exploração portuguesa sobre as *ilhas atlânticas* (Ilha da Madeira, por exemplo), sendo replicado para a “nova” dominação territorial portuguesa, o Brasil. Melhores explicações são as seguintes:

Restavam por descobrir-se os meios e modos de utilizar a colônia econômica e defensivamente. Pobre em excesso e por demais envolvidas em sua aventura índio-ocidental, a metrópole não podia distrair recursos para sua possessão americana. Sua experiência própria, alguns anos antes, nas ilhas dos Açores e na Madeira, tinha-a levado a adaptar um sistema indireto de povoar e administrar seus territórios, através de donatários, com poderes quase soberanos, vassallos régios, e pagando ao monarca parte das taxas e dos réditos colhidos, mas assumindo os encargos totais das doações. Para o Brasil aplicou-se método análogo. Da Laguna, ao Sul, até Pará, ao Norte, o litoral foi dividido em extensões de cinquenta léguas portuguesas. Martim Afonso, pelos seus extraordinários serviços, recebeu em concessão o dobro, ou cem léguas, e seu irmão Pedro Lopes de Sousa, que se havia revelado marinheiro hábil sob comando do almirante, obteve oitenta léguas. Os limites dessas capitánias não podiam ser acidentes naturais do terreno, pois este era desconhecido. Achou-se, como expediente solvedor, a adoção de linhas geográficas, meridianos e paralelos (CALÓGERAS, 2009, p. 18).

Vale observar que os beneficiados pela Coroa Portuguesa, denominados *capitães donatários*, possuíam *autoridade máxima* dentro da própria Capitania, tendo o compromisso de desenvolvê-la com recursos próprios. Embora não fossem os proprietários, recebiam as áreas de terras da Coroa em regime de *concessão* com plenos poderes. O vínculo jurídico entre o rei de Portugal e os donatários era estabelecido em dois documentos básicos: 1.º a *Carta de Doação*, que lhes conferia a posse das terras; 2.º a *Carta Foral* que lhes conferia direitos e deveres.

Pela *Carta de Doação*, os capitães donatários recebiam a posse da terra, mas não podiam vendê-la. Inobstante, podiam transmiti-la aos seus filhos, daí a denominação: capitánias *hereditárias*. A concessão territorial possuía, em média, de dez a cinquenta léguas de costa marítima (66km a 330km). Os capitães donatários tinham como obrigação fundar vilas, construir engenhos e distribuir terras a quem desejasse cultivá-las (desde que fosse *cristão*).

Os capitães donatários tinham autoridade plena no campo judicial e administrativo. Assim, dentro de sua “jurisdição” conferida pela Coroa Portuguesa, nomeavam funcionários e aplicavam a justiça. Podiam decretar até a *pena de morte* para escravos, índios e homens livres.

Os capitães donatários também adquiriam alguns direitos, como exemplos, isenção de taxas, venda de escravos, índios e recebimento de parte das rendas devidas à Coroa. Entre os direitos estava a prerrogativa de escravizar indígenas, obrigando-os a trabalhar na lavoura, bem como enviá-los como escravos a Portugal.

A *Carta Foral*, por sua vez, tratava principalmente dos *tributos* a serem pagos pelos colonos. Essa Carta também definia o que pertencia à Coroa e aos capitães donatários. Se fossem descobertos metais e pedras preciosas, 20% seriam da Coroa e, ao donatário caberiam 10% dos produtos do solo.

Enquanto a Coroa Portuguesa detinha o monopólio do comércio do pau-brasil e de especiarias, os *capitães donatários*, dentro das terras de sua concessão – a capitania hereditária – podiam doar *sesmarias* aos “cristãos” que pudessem colonizá-las e defendê-las. As doações sesmarias, dentre outras coisas, tinham como objetivo desbravar e povoar o vasto “território virgem”.

As Sesmarias portuguesas, por sua vez – ressalte-se que a origem desse instituto é *romana* – tinham como base a Lei Imperial de 28 de maio de 1375, denominada “*Lei das Sesmarias*”. Assim,

Não é de Portugal o nascedouro do instituto agrário da sesmaria. Menciona-se, no meio histórico-doutrinário, a presença sesmarial no antigo Império Romano, quando, com o afã de estimular e melhor aproveitar o uso do solo, os reis promoviam sua divisão em pequenos lotes e os distribuía, gratuitamente ou mediante o pagamento de simbólica remuneração, aos guerreiros ou a quem resolvesse cultivá-los [...]. A implantação do regime em Portugal deveu-se ao Rei D. Fernando I. Ele aprovou a Lei de 26 de junho de 1375 (Lei das Sesmarias), instrumento legislativo destinado a promover uma verdadeira reforma agrária e distribuir aos súditos lusitanos pequenas glebas de terra. Teve Sua Majestade o escopo de realizar um maior desenvolvimento agrícola e melhor utilização do solo (ALMEIDA, 2003, p. 310).

A carta patente dada pela Coroa Portuguesa em 1530 a Martim Afonso de Sousa é considerada o primeiro documento sobre Sesmarias do Brasil. Conforme já dito, a divisão primeva do território descoberto pela Coroa Portuguesa (denominada inicialmente “Terra de Santa Cruz”) ocorreu em dois níveis:

- **1.º nível:** a Coroa Portuguesa – como doadora, em regime de concessão – dividiu o território descoberto em Capitânicas Hereditárias, sendo titulares ou beneficiários diretos os *capitães donatários*;
- **2.º nível:** os *capitães donatários* passaram a promover “subconcessões”, distribuindo terras aos *cristãos* pelo sistema sesmarial, sendo que os sesmeiros tinham o dever de cultivar a terra. Com o recebimento de sua “*data*” de terra, os sesmeiros tornavam-se agregados dos titulares da Capitania Hereditária.

As sesmarias possuíam área média de uma a três léguas de frente (aproximadamente sete a 21 quilômetros) por três a seis léguas de fundo (aproximadamente 21 a 42 quilômetros). Pela grande extensão territorial, aliada às dificuldades da época, era muito difícil a posse, demarcação e cultivo do território sesmarial.

Note-se que através de Carta Régia de 1549, foi criado um “**Registro Geral das Sesmarias**”. Passou-se a exigir para validade das doações que as sesmarias fossem registradas junto à Provedoria. Assim, as cartas ou os forais de doação de sesmarias deveriam ser levadas aquela repartição, onde existia um Livro próprio para o devido registro.

Nesse “**Livro da Provedoria**” constavam todos os dados de especificação das pessoas envolvidas bem como do imóvel sesmarial, como datas, doador, beneficiário(s), localização da área, etc. Esclarecimentos importantes são os seguintes:

Conforme já se salientou, este segundo período do sistema de “sesmarias” inicia-se em 1549, quando, à parte o requisito do aproveitamento, passou-se a exigir, para atingir a plena validade das doações, que as mesmas fossem registradas junto à Provedoria. Assim, as cartas ou os forais de doação deveriam ser levados àquela repartição, onde existia um livro próprio para o devido registro, constando todos os dados de especificação do imóvel, nome do distribuidor, do beneficiário, localização da área, etc. Portanto, entre 1549 e 1695, as exigências para a consumação do ato translativo da propriedade ao particular dependiam do aproveitamento efetivo da área doada e que a carta de doação fosse registrada no Livro da Provedoria do Governo (STEFANINI, 1978, p. 38).

Esse procedimento registral (que perdurou mais de 140 anos) compreende a primeira ação normativa destinada à *regularização e individualização* de áreas no Brasil, então Colônia. Sem muito esforço cerebral, infere-se de plano a semelhança do procedimento registral adotado no “Livro da Provedoria Portuguesa” (secs. XV e XVI) com o sistema registral imobiliário atual, com base na Lei Federal n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, manejado nos Ofícios de Registro de Imóveis.

Nota-se, porém, o desinteresse dos sesmeiros na época, a favor da “legalização” das áreas de sesmarias. Em outras palavras, os sesmeiros não tomavam providências a fim de regularizar suas *datas de terra* no “Registro Geral das Sesmarias”. Diga-se, de passagem, que os sesmeiros foram extintos há séculos, mas que esse fato – ausência de registro apto a conferir a propriedade – perdura até os dias atuais.

O Livro da Provedoria foi extinto em 1695. Daí em diante, passaram a grassar a confusão e a clandestinidade das áreas sesmarias. Em vista da generalização dessa situação irregular, a fim de obrigar os sesmeiros a regularização fundiária rural, com demarcação de área, combate à clandestinidade, etc., foi editada o Alvará de 5 de outubro de 1795, nos seguintes termos:

EU A RAINHA. Faço saber aos que esse Alvará virem: Que sendo-Me presentes em Consulta do Conselho Ultramarino *os abusos, irregularidades, e desordens, que têm grafado, estão, e vão grafando em todo o Estado do Brasil, sobre o melindroso Objeto das suas Sesmarias*, não tendo estas até agora Regimento próprio, ou particular, que as regule, quanto às suas Datas, antes pelo contrário têm sido até aqui concedidas por uma sumária, e abreviada Regulação, extraída das Cartas dos antigos, e primeiros Donatários, a quem os Senhores Reis Meus Augustos Predecessores fizeram Mercê de algumas das suas respectivas Capitânicas, [...] que muitos destes Moradores não lhes têm sido possível conseguirem as sobreditas Sesmarias, por Mercê Minha, ou dos Governadores, e Capitães Gerais do dito Estado, à força de objeções oposta por que sem algum Direito não deveria impugná-las; outros pelo contrário as têm apreendido, e apreendem, e delas se apossam sem Mercê, e sem licenças legítimas, que devem ter para validarem os Títulos das suas Possessões, passsando a tal excesso tão repreensíveis abusos a este respeito, que até a maior parte das mesmas Sesmarias, ainda as que estão autorizadas com as competentes Licenças, Cartas, e Confirmações, jámais chegam a ser obrigados por muitas, e repetidas Ordens, [...] ao fim de evitarem por este meio as moras, e delongas, com que comumente se eternizam semelhantes Litígios, dominados muitas vezes pela malícia, e má se daqueles, que dolosa, e clandestinamente desfrutam terra, que ou não respeitam aos seus Títulos, ou se os não têm lhes custa largá-las, a quem justamente pertencem pela competência, e legitimidade das suas Cartas, cujos danos sendo graves moverão em consequência prejuízos, que deterioram os cabedais de uns, e fazem infalível a ruína de outros, que não têm forças, nem posses, para manterem largos anos, e com onerosas despesas uma Demanda muitas vezes injusta, e sustentada outras tantas vezes por ódio, opinião, e capricho: E querendo Eu ocorrer a todos estes inconvenientes, e outros que Me têm sido presentes, fazendo por uma vez pôr termo àqueles mesmos abusos, que são, e têm sido até aqui a origem das sobreditas Queixas, *e das confusões, em que se acham em todo o Estado do Brasil as referidas Sesmarias*: Conformando-Me a este sim com o Parecer do mesmo Conselho Ultramarino: Sou servida Ordenar aos ditos respeitos o seguinte: [...] (BRASIL, 2007, p. 47-48, grifos nossos).

O sistema sesmarial de doações de áreas rurais perdurou no Brasil por quase *três séculos*, até 17 de julho de 1822, quando a Resolução n.º 76 – atribuída a José Bonifácio de Andrade e Silva – pôs termo a este regime de apropriação de terras. Eis o texto de referida norma:

RESOLUÇÃO N.º 76 – REINO – DE CONSULTA DA MESA DO DESEMBARGO DO PAÇO DE 17 DE JULHO DE 1822. Manda suspender a concessão de sesmarias futuras até a convocação da Assembleia Geral Constituinte. Foi ouvida a Mesa do Desembargo do Paço sobre o requerimento em que Manoel José dos Reis pede ser conservado na posse das terras em que vive há mais de 20 anos com a sua numerosa família de filhos e netos, não sendo jamais as ditas terras compreendidas na medição de algumas sesmarias que se tenha concedido posteriormente. Responde o Procurador da Coroa e Fazenda: Não é competente este meio. Deve portanto instaurar o suplicante novo requerimento pedindo por sesmaria as terras de que trata, e de que se acha de posse; e assim se deve consultar. Parece à Mesa o mesmo que ao Desembargador Procurador da Coroa e Fazenda, com que se conforma. Mas V.ª Real Resolverá o que houver por bem. Rio de Janeiro, 8 de julho de 1822. Resolução. Fique o suplicante na posse das terras que tem cultivado e suspenderam-se todas as sesmarias futuras até a convocação da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa. Paço, 17 de julho de 1822. Com o rubrica de S.ª Real o Príncipe Regente. José Bonifácio de Andrada e Silva (BRASIL, 2007, p. 44).

As linhas gerais *históricas* das possessões e propriedades rurais brasileiras, ao longo dos séculos da Colônia, demonstram que a “vasta extensão” do território juntamente com escassos e primitivos recursos humanos, somados a concentração de riquezas nas mãos de poucos homens, detentores na época de títulos de nobreza, levaram a predominância no território nacional de grandes propriedades rurais, denominadas atualmente de “*latifúndios*”.

3 PROPRIEDADE IMÓVEL RURAL NO BRASIL IMPÉRIO

No plano constitucional, a Constituição do Império do Brasil de 1824 estabeleceu proteção às propriedades em geral no artigo 179, inciso XXII. Comentando referido dispositivo destinado às *propriedades*, disse Bueno (1978, p. 422):

Sem ela não haverá desenvolvimento de sacrifícios ou forças industriais, e, portanto, muito menos incremento e expansão da riqueza e bem-estar social; qual o homem que semearia trigo sem ter certeza de que a colheita e livre disposição seria sua? Pelo que toca à ordem política a propriedade é uma das bases fundamentais da sociedade; esse princípio, fecundo em suas consequências, é quem modera os impostos, economiza as rendas públicas, não tolera senão o governo representativo e não prescinde da intervenção do povo na administração nacional.

Vale lembrar que a partir da citada Resolução n.º 76, de 1822, que revogou o sistema *secular* de sesmarias, a *posse* passou novamente a campear livremente no país. Essa situação estendeu-se até a promulgação da Lei Imperial n.º 601, de 1850 – denominada Lei de Terras – que reconheceu as sesmarias antigas, ratificou formalmente o regime das posses, e instituiu a *compra* como único meio de obtenção de terras. Quanto às sesmarias, está escrito na Lei de Terras:

Art. 4.º Serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com princípios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionário, ou de quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas (BRASIL, 2007, p. 76).

A Lei de Terras foi regulamentada pelo Decreto Imperial n.º 1318, de 1854. Tratam-se dos primeiros diplomas normativos do *Império*, compreendidos como novas tentativas – o Brasil Colônia conviveu com essa situação por séculos, conforme demonstrado *supra* – à regularização fundiária das propriedades rurais brasileiras.

Art. 91. Todos os possuidores de terras, qualquer que seja o título de sua propriedade, ou posse, são obrigados a fazer registrar as terras, que possuem, dentro dos prazos marcados pelo presente Regulamento, os quais se começarão a contar, na Corte e Província do Rio de Janeiro, da data fixada pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Império e, nas Províncias, da fixada pelo respectivo Presidente.

[...]

Art. 97. Os Vigários de cada uma das Freguesias do Império são os encarregados de receber as declarações para o registro das terras, e os incumbidos de proceder a esse registro dentro de suas Freguesias, fazendo-o por si, ou por escreventes, que poderão nomear, e ter sob sua responsabilidade.

[...]

Art. 103. Os Vigários terão livros de registro por eles abertos, numerados, rubricados e encerrados. Nesses livros lançarão por si ou por seus escreventes, textualmente, as declarações que lhes forem apresentadas, e por esse registro cobrarão do declarante o emolumento correspondente ao número de letras que contiver um exemplar, a razão de dois reais por letra, e do que receberem farão notas em ambos os exemplares (BRASÍLIA, 2007, p. 38-39).

Conforme já informado, na época da Colônia, quando vigorava o sistema sesmarial, criou-se um Registro Geral das Sesmarias através da Carta Régia de 1549, cuja existência, validade e eficácia perduraram até 1695. Aqui no Império, previu-se novamente um *registro*, agora na responsabilidade dos *vigários* (padres) das *freguesias* (paróquias). Esse ato registral ficou conhecido como “Registro do Vigário”.

Inobstante sua celebração pelos párocos das cidades e vilas do Império brasileiro, tem-se que esse Registro – *do Vigário* – não pode ser considerado como um *verdadeiro registro* apto a conferir propriedade, à semelhança dos atos celebrados pela Lei de Hipotecas: Lei Imperial n.º 1.237, de 1864 (juntamente com o Decreto n.º 482, de 1846) a cargo dos **Tabeliães**, denominados posteriormente *Registradores* ou *Oficiais de Registro*.

E para que serve (ou servia) o registro paroquial? Apenas ser considerado como meio de prova para comprovação de *posse* apta a gerar a usucapião, por exemplo. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui entendimento pacífico pela *ineficácia* do “Registro do Vigário” ou “Registro Paroquial” para fins de conferir *propriedade* (REsp n.º 389372/SC, Relator Ministro Luís Filipe Salomão, 4.ª Turma. Brasília, DF, **Diário do Judiciário Eletrônico**, 15 jun. 2009).

Anote-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem decisão antiga sobre “Registro do Vigário” ou “Registro Paroquial” com entendimento diferente:

Terras devolutas – registro do vigário. 1 – O registro da Lei 601/1850, pelo regulamento do de 1854, não tinha finalidade puramente estatística, mas visava a legalizar a situação de fato das posses que se multiplicaram nos 3 séculos anteriores. 2 – Ressalva-se ação de usucapião pela *prescriptio longissimi temporis*. (STF, REEx 80416/GO. 2.ª Turma. Relator Ministro Cunha Peixoto. Julgamento: 16 dez. 1975. Brasília, DF, Diário da Justiça, 4 jun. 1976).

Nota-se nesse período histórico que a propriedade rural possuía interesse maior sobre as propriedades urbanas, dadas às circunstâncias da época, pois a maioria da população residia no “campo”. A urbanização da população nacional só ocorreria um século depois, sobretudo nas décadas de 50, 60 e 70 do séc. XX. A Lei de Terras, de 1850, bem como seu Decreto regulamentador, de 1854, perduraram até a vigência do Código Civil de 1916.

4 PROPRIEDADE IMÓVEL RURAL NO BRASIL REPÚBLICA

No plano *infraconstitucional*, após a implantação da República e da Federação em 1889, houve a manutenção da Lei de Terras, de 1850, editada no Brasil Imperial, que ganhou sobrevida na ordem jurídica republicana, juntamente com as Ordenações Filipinas – Livro IV, destinado ao Direito Civil – até a vigência do primeiro Código Civil nacional, que ocorreu em 1917.

O Código Civil brasileiro, de 1916, estabeleceu critérios sobre *posse* (artigo 485 e seguintes) e *propriedade* (artigo 524 e seguintes) à semelhança do Código Civil Alemão, de 1896,

utilizado – dentre outros códigos europeus – como modelo ou base para o diploma civilista brasileiro.

Mas, o Código Civil brasileiro, de 1916, não estabeleceu nada especial ou particular sobre as propriedades rurais (ou *agrárias*, para os agraristas), observando que na época – fim do séc. XIX e início do séc. XX – a população brasileira era predominantemente rural, em um percentual aproximado de 80% de pessoas vivendo em zonas rurais e 20% habitando as denominadas áreas urbanas.

Com o advento da República e da Federação em 1889, a primeira Carta Republicana, de 1891, garantiu o direito de propriedade, *verbis*:

Art. 72. [...]

§ 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

Seguindo o plano constitucional cronológico, a Carta de 1934 foi a primeira a estabelecer *função social* para as propriedades brasileiras, como se lê a seguir (grifos nossos):

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o *interesse social ou coletivo*, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

A Carta Brasileira de 1946 reforçou a função social das propriedades denominando-a “bem estar social” (grifos nossos):

Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao *bem-estar social*. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

A Carta Brasileira de 1967, na sua redação original (artigo 157, inciso III); e após a redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 01/1969 (artigo 160, III), repisaram a *função social* das propriedades.

Em que pese o estabelecimento de Códigos Rurais nos países vizinhos desde o séc. XIX – 1865 na Argentina e 1875 no Uruguai – os Projetos de Lei apresentados no Congresso Nacional para formalização de uma lei geral ruralista, um *código rural ou agrário* brasileiro (nas primeiras décadas do séc. XX) não lograram êxito. A normatização infraconstitucional específica das questões afetas as *propriedades rurais* surgiu no Brasil nos anos 60 do séc. XX, com a denominação de Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964.

5 TERMINOLOGIAS DA PROPRIEDADE IMÓVEL BRASILEIRA: URBANA, RURAL E AGRÁRIA

Tendo em vista necessidades de ordem prática e para fins de localidade, destinação e tributação, dentre outros motivos, as propriedades imobiliárias – há muito tempo – passaram a receber *denominação* urbana e/ou rural. Atualmente no Brasil existem dois critérios básicos para diferenciar referidas propriedades imóveis:

1.º Critério da *localização* (ou situação) do imóvel:

- 1.1. adotado pela Constituição Brasileira atual, de 1988, artigos 183 *caput* (área urbana) e 191 *caput* (área de terra em zona rural);
- 1.2. pelo Código Tributário Nacional (CTN), artigo 29 (imóvel *localizado* fora da zona urbana do Município) e artigo 32 (imóvel *localizado* na zona urbana do Município);
- 1.3. e pelo Código Florestal – Lei Federal n.º 12.651/2012 – artigo 4.º *caput* (imóvel *localizado* em zona urbana e zona rural).

2.º Critério da *destinação* (ou utilização) do imóvel:

- 2.1. adotado pelo Dec.-Lei n.º 57/1966, artigos 14 e 15 (segundo o STF, no REx 140.773-5/SP, essa norma continua em vigor);
- 2.2. pelo Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964 – artigo 4.º, inciso I;
- 2.3. pela Lei da Reforma Agrária – Lei Federal n.º 8.629/1993, artigo 4.º, inciso I;
- 2.4. Decisões do Supremo Tribunal Federal (REx 140.773-5/SP, Plenário, Relator Ministro Sydney Sanches – v.u. – Brasília, DF, **Diário da Justiça da União**, 4 jun. 1999) e Superior Tribunal de Justiça (REsp. 1112646-SP, Relator Ministro Herman Benjamin, 1.ª Seção, Brasília, DF, **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 ago. 2009), sendo esta decisão do STJ na forma de recurso repetitivo (CPC de 1973, artigo 543-C e CPC de 2015, artigo 1.036).

Para os estudiosos do Direito Agrário brasileiro, conhecidos como “*agraristas*”, a denominação *propriedade imóvel rural* possui âmbito mais restrito do que a terminologia *propriedade imóvel agrária*. Inobstante as propriedades agrárias estarem situadas nas áreas rurais existem exceções, segundo os agraristas.

Dizem os agraristas que é plenamente possível a existência de uma propriedade imóvel agrária em áreas urbanas, tendo em vista que o critério a ser observado é sua *destinação* econômica, ou seja, o fato preponderante para estabelecer a natureza do imóvel dar-se-á pelas suas atividades.

Em outras palavras, se as atividades do imóvel são agropastoris e hortifrutigranjeiras, ainda que este se encontre dentro da área urbana da cidade – uma chácara, por exemplo – será *imóvel agrário*. A recíproca também é verdadeira, ou seja, em tese podem existir propriedades urbanas em áreas rurais, como indústrias situadas fora do perímetro urbano. Esse prisma relaciona-se ao critério da *destinação* do imóvel.

Nota-se que a Carta Nacional de 1988, artigo 22, inciso I, estabeleceu dentre as competências privativas da União legislar sobre *direito agrário*. A vigente Carta Nacional, de 1988, também previu a possibilidade de criação de “*varas agrárias*” no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 126).

Em que pese a preferência, para este artigo, sobre a terminologia *imóvel agrário* ou *propriedade agrária*, as Constituições *brasileiras* (pretéritas e atual de 1988), bem como as Leis de regência (Estatutos da Cidade e da Terra, por exemplo), denominam os imóveis / propriedades em *urbanos* e *rurais*.

Ademais, mesmo adotando o critério da destinação, a existência de uma propriedade rural (ou com fins agrários) situada em zona urbana e *vice-versa* é mínima. Mais de 99% das propriedades imobiliárias que estão dentro das cidades são *urbanas*. As propriedades imobiliárias rurais (ou com fins agrários), por sua vez, são encontradas no *mesmo percentual* fora do perímetro das cidades, na denominada zona rural.

Diga-se, de passagem, que o atual Código Florestal – Lei Federal n.º 12.651/2012 – utiliza as expressões zona ou áreas *urbanas* e/ou zona, imóveis, áreas, propriedades ou posses *rurais*. Em suma, para efeitos práticos, deve-se *seguir*, para elaboração deste texto científico, as terminologias sobre *propriedades* utilizadas pela Carta Nacional vigente, de 1988, assim:

1. imóveis / propriedades *urbanas* (artigos 30 inciso VIII, 156, inciso I, 182 e 183, 216 inciso V e Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 49);

2. imóveis / propriedades *rurais* (artigos 5.º, inciso XXVI, 153, inciso VI, 158, inciso II, 184 a 186 e 189 a 191).

6 PROPRIEDADE IMÓVEL RURAL – SISTEMA CONSTITUCIONAL ATUAL E ESTATUTO DA TERRA

O texto constitucional atual (1988) dedica capítulo específico às propriedades rurais, com início no artigo 184 até artigo 191 (Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária). Existem outros dispositivos constitucionais que possuem *íntima* ligação nessa senda imobiliária ruralista, que, por sinal, deve ser compreendida como área de enfoque multidisciplinar.

São *exemplos* de dispositivos constitucionais afetos às propriedades e atividades rurais:

1. as funções social e econômica das propriedades em geral (artigos 5.º, XXIII e 170, III);
2. a impenhorabilidade da pequena propriedade rural (artigo 5.º, XXVI);
3. a alimentação como direito social (artigo 6.º);
4. os direitos básicos dos trabalhadores rurais (art. 7.º);
5. a competência privativa da União Federal para legislar sobre questões agrárias (artigo 22, I);
6. a competência comum dos entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) de fomentar as atividades agropecuárias, bem como organizar o abastecimento alimentar (artigo 23, VIII);
7. o incentivo da União na recuperação de terras áridas dos pequenos e médios proprietários rurais, para fins de fontes de água e pequena irrigação (artigo 43, § 3.º);
8. a possibilidade, no plano judicial, da criação de varas agrárias (artigo 126);
9. a previsão do Imposto Territorial Rural (ITR), de competência da União, podendo ser fiscalizado e cobrado pelos Municípios (artigo 153, VI e § 4.º, incisos);
10. o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional (artigo 218, § 2.º);
11. as questões ambientais e seus territórios protegidos (artigo 225);
12. os Índios e seus territórios (artigos 231 e 232);
13. as expropriações de glebas rurais, havendo cultivo de plantas psicotrópicas ou exploração de trabalho escravo (artigo 243);
14. a necessidade de uma lei específica a favor da política agrícola nacional (ADCT art. 50);
15. a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) (ADCT art. 62);
16. os Quilombos e os territórios quilombolas (ADCT art. 68).

Sobre os citados comandos constitucionais, geradores de reflexos diretos e/ou indiretos nas propriedades e atividades rurais, esclarece-se:

Não existe um direito de propriedade regulado pela ordem constitucional, existem, em realidade, diversos direitos de propriedade, cuja regulamentação irá depender do objeto sob o qual incidem os poderes inerentes ao domínio. [...] Nesse sentido, há de se levar em conta na interpretação das normas constitucionais que formatam o regime da propriedade rural o princípio da função social da propriedade, o uso racional do solo e a compatibilidade entre o uso econômico e a preservação dos recursos ambientais (SILVA; VIEIRA; BELTRAME, 2009, p. 2.061-2.062).

No plano *infraconstitucional*, o Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964 – permanece “firme e forte” após mais de cinquenta anos de existência jurídica, ainda que vários de seus dispositivos estejam *defasados* ou *revogados* tacitamente por normas posteriores. Seu nascedouro ocorreu na ordem jurídica constitucional da Carta de 1946, sendo recepcionado pelas Cartas de 1967 e 1988. Certamente compreende o diploma normativo de maior relevo sobre o assunto – *propriedades rurais* – abaixo da Constituição Brasileira.

Referido Estatuto possui definições e limitações legais sobre propriedades rurais que, após meio século de vigência, restam consolidadas no cenário jurídico nacional, tanto no plano doutrinário quanto jurisprudencial. É certo que muitos artigos, parágrafos e/ou incisos da Constituição atual (1988) já se encontravam no texto do Estatuto da Terra há décadas, sendo tais dispositivos, portanto, *constitucionalizados*.

O Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964 – possui vários mecanismos que somados aos comandos constitucionais pertinentes, perfazem a “base” do *microsistema jurídico* das propriedades rurais brasileiras. Cabe ventilar aqui, a título de complemento e esclarecimento – sem pretensão de exaurir o assunto – alguns diplomas normativos federais de suma importância à senda ruralista:

1. a Lei Federal n.º 8.629/1993, destinada especificamente à *reforma agrária* e a *função social* da propriedade rural. A reforma agrária compreende uma das *espécies* de políticas públicas, dentro dos mecanismos constitucionais destinados a propriedade rural (Constituição vigente, artigos 184 a 186);
2. a Lei Federal n.º 8.171/1991, destinada à *política agrícola nacional*, ou, em outras palavras, políticas públicas de fomento em benefício das propriedades rurais e suas atividades, denominadas de “agronegócio” (Constituição vigente, artigos 187);

3. a Lei Federal n.º 11.326/2006, destinada a *política agrícola familiar*, que estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais;
4. as Leis Federais n.º 10.831/2003, da *agropecuária orgânica* (Lei do sistema orgânico de produção agropecuária) e n.º 11.346/2006, da *segurança alimentária* (Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada).

Em vista da amplitude do tema, torna-se necessária a delimitação ou foco dentro da matéria em análise. Portanto, serão envidados esforços no presente estudo e/ou pesquisa tão somente sobre alguns institutos jurídicos, previstos no Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964 – e Constituição Brasileira atual, de 1988: *módulo rural; minifúndio e latifúndio e impenhorabilidade da pequena propriedade rural*.

6.1 Estatuto da Terra – Módulo rural brasileiro

O *módulo rural* brasileiro deve ser compreendido como uma limitação legal e administrativa quanto ao dimensionamento da área do imóvel rústico. É *limitação legal* porque foi imposta legislativamente pelos Congressistas (Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964, artigos 4.º, 5.º e 65). É *limitação administrativa* porque tais dispositivos são complementados com atos administrativos emanados por órgão especializado do Poder Executivo Federal (entenda-se: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA).

O objetivo maior do módulo rural é impor *limites mínimos* à área rural, a fim de que possa atender as necessidades à que se destina. O Estatuto da Terra (Lei Federal n.º 4.504/1964) preocupou-se com o módulo rural, especialmente em seus artigos 4.º, incisos II e III, e 5.º. Impende ressaltar que para a Lei ruralista, *módulo rural* possui o mesmo significado de *propriedade familiar*.

Art. 4.º Para os efeitos desta Lei, definem-se:

[...]

II - “Propriedade Familiar”, o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiros;

III - “Módulo Rural”, a área fixada nos termos do inciso anterior;

[...]

Art. 5.º A dimensão da área dos módulos de propriedade rural será fixada para cada zona de características econômicas e ecológicas homogêneas,

distintamente, por tipos de exploração rural que nela possam ocorrer.

Parágrafo único. No caso de exploração mista, o módulo será fixado pela média ponderada das partes do imóvel destinadas a cada um dos tipos de exploração considerados.

Sodero (1975, p. 237-238), autor de estudo específico sobre o tema, explica o *módulo rural*:

Inicialmente, podemos afirmar que o módulo rural é uma *unidade de medida agrária que implica em limitação ao direito de propriedade*, limitação ditada pela política de estrutura agrária brasileira e fundamentada na concepção expressa no princípio constitucional da função social da propriedade, que considera a terra como bem instrumental e riqueza limitada. De fato, o módulo limita o direito do proprietário da terra rural, de *dispor* do seu bem, eis que não pode vender partes, nem dividi-lo a seu bel prazer. [...] Tendo em vista o bem comum, o legislador limitou o poder de dispor da propriedade quando seu desmembramento implicar na perda da substância, de sua capacidade produtora. Capacidade produtora esta que se condiciona aos preceitos da política agrária nacional e se superpõe a elemento que informa e define o direito de propriedade. O princípio constitucional do qual emana o instituto do módulo rural e que teve seus aspectos fundamentais disciplinados pelo legislador no Estatuto da Terra (ver, em especial, os arts. 1.º, 2.º, 4.º, 12, 13, 16, 47, 92, 102, 103 e 119), qualifica a propriedade fundiária como bem especial, particular, em função de sua destinação, tendo em vista a relevante importância que lhe cabe nos setores econômico, social, político e jurídico da Nação.

É relevante observar, em complemento, que também há uma limitação normativa mínima correspondente para *áreas urbanas* (área *mínima* do terreno urbano de 125m²). Sendo assim, as propriedades urbanas devem seguir igualmente dimensionamentos mínimos de parcelamento, impostos legislativamente com eficácia nacional (Lei do Parcelamento do Solo Urbano – Lei Federal n.º 6.766/1979, artigo 4.º, inciso II).

No sistema brasileiro atual não existe apenas “um” módulo rural; coexistem *centenas* de módulos rurais, cujas áreas são definidas de acordo com a região. Esse atributo administrativo é destinado atualmente a uma autarquia federal, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Esse desiderato é plenamente justificável tendo em vista a vasta extensão do território nacional, permeado em muitas regiões por terras férteis; já em outras, predominando terras “fracas”.

Explica Borges (2007a, p. 52-56) que

O módulo rural é uma medida mínima de área rural em que um imóvel possa ser partilhado para constituir uma nova propriedade autônoma. O INCRA

tem denominado o módulo rural como “fração mínima de parcelamento de terra”. [...] Para fixação do *quantum* do módulo rural não existe um padrão geral, porque ele pode variar segundo a qualidade ou vocação da terra para fins agricultáveis ou pecuários. [...] Essa ideia de módulo rural ou fração mínima de parcelamento não é nova, porque na Roma antiga já se praticava este tipo de dimensionamento de áreas para ser transmitidas que variavam de 25 (vinte e cinco) a 125 (cento e vinte e cinco) hectares. [...] Pela legislação agrária vigente (Estatuto da Terra e Legislação Extravagante), não houve uma definição do módulo rural, apenas deixou para a administração pública do INCRA, através dos técnicos [...] enquadrar cada propriedade rural cadastrada, conforme preceitua o art. 4.º, III do referido Estatuto, como sendo o suficiente para a propriedade familiar. [...] As regiões são criadas e definidas pelo INCRA através de estudos prévios de avaliações técnicas de capacidade produtiva. São cerca de 242 (duzentos e quarenta e duas) regiões em todo País. [...] Em função disso já se classificou em 1.210 (hum mil duzentos e dez) tipos de módulos rurais diferentes no País, variando de 2,00 hectares (menos de um alqueire) até 120,00 hectares.

Note-se que a regra da impossibilidade de parcelamento ou divisão (e logicamente aquisição) de área rural *inferior* ao módulo rural admite *exceções*, previstas na própria Lei de regência, Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964, especialmente artigo 65, § 5.º.

A Constituição brasileira também apresenta uma *exceção* à indivisibilidade do módulo rural. O artigo 191 da Carta Nacional admite que a denominada *usucapião agrária* – área em zona rural – se dê em porção de terra com *tamanho máximo* de cinquenta hectares. Ora, existem muitas regiões do Brasil onde o módulo rural supera a cinquenta hectares, ultrapassando cem hectares. Portanto, essa aquisição constitucional da propriedade rurícola, em determinadas regiões do país, romperá o *limite mínimo* do módulo rural.

De fato, na aquisição da propriedade imobiliária rural pela via judicial da *usucapião*, os Tribunais estaduais brasileiros vêm entendendo que essa forma originária de adquirir bem imobiliário, não se sujeita as limitações mínimas do *módulo rural*. Cita-se como exemplo, a favor desse posicionamento, decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

EMENTA: DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LEGISLAÇÃO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. IMÓVEL RURAL. ÁREA INFERIOR AO MÓDULO RURAL MÍNIMO. ESTATUTO DA TERRA. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO QUE SOMENTE SE APLICA À AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR ATO VOLUNTÁRIO. 1. O fato de a área objeto da pretendida usucapião ser inferior ao módulo rural estabelecido pelo artigo 4.º, inciso III, do Estatuto da Terra, não obsta a possibilidade de procedência

do pedido, vez que a regra do artigo 65 daquela Lei somente se aplica à aquisição da propriedade por ato voluntário entre vivos, e não à aquisição originária, que se submete apenas aos requisitos que lhe são próprios (TJMG. Apelação Cível 1.0433.11.019407-6/001. Relator Desembargador Otávio Portes. 16.^a Câmara Cível. Data de Julgamento: 6 mar. 2013. Data de publicação: Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais, 15 mar. 2013).

Em verdade, a redação constitucional do artigo 191 da Carta de 1988 foi infeliz (no mínimo incompleta). Deveria haver previsão no citado dispositivo constitucional que a usucapião agrária ocorrerá em área máxima de cinquenta hectares... *prevalecendo o módulo rural, se for maior...* A Lei Federal n.º 6.969/1981, no seu artigo 1.º, parágrafo único, previu essa possibilidade: *Prevalecerá a área do módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele for superior a 25 (vinte e cinco) hectares.*

Em consequência a essa “falha” constitucional, as usucapiões com área *menor* que o módulo rural (nas regiões onde o *módulo* for superior a cinquenta hectares) instituem *minifúndios* rurais, que são objeto de *combate* – como se verá adiante, item 5.2 – pelo sistema normativo. Percebeu isso, segunda a doutrina,

O módulo rural em suas diversas espécies e regiões, vai de 2 a 120 hectares. Se o usucapião agrário não pode incidir sobre área superior a 50 hectares, como se fará quando o prédio, tomadas suas diversas condições, tiver módulo com área superior? [...] Ou se nega legitimidade à pretensão de usucapir pelo possuidor ou se lhe confere apenas um pedaço do módulo, isto é, cria-se no reino da dominialidade, um novo minifúndio (BORGES, 1994, p. 163).

Visiona-se o módulo rural (ou propriedade familiar) como um dos meios destinados ao cumprimento da *função social* da propriedade rural. De fato, inexistindo limites, vedações, abstenções etc. compreendidas no gênero das obrigações positivas e negativas impostas aos proprietários (incluindo *posseiros*), dificilmente as propriedades rurais atingirão níveis satisfatórios de função econômica e social, ou melhor, função *socioambiental*. Sendo difícil atingir esse desiderato com os comandos normativos, imaginemos sem eles.

5.2 Estatuto da Terra – Latifúndio e Minifúndio

Nos termos do Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964 – pode-se dizer que *latifúndio* é antônimo de *minifúndio*. São expressões que indicam extremos: a *maior área* (latifúndio) e a *menor* (minifúndio) nos termos do Estatuto da Terra. Obviamente, existem critérios legais – estabelecidos na Lei Federal n.º 4.504/1964 – para se determinar o enquadramento de um (latifúndio) e do outro (minifúndio). O primeiro compreende, em

regra, grande extensão de área rural; o segundo, pequena área rural, inferior ao módulo rural.

Art. 4.º [...]

IV - “Minifúndio”, o imóvel rural de área e possibilidade inferiores às da propriedade familiar.

V - “Latifúndio”, o imóvel rural que:

a) exceda a dimensão máxima fixada na forma do artigo 46, § 1.º, alínea b, desta Lei, tendo-se em vista as condições ecológicas, sistemas agrícolas regionais e o fim a que se destine;

b) não excedendo o limite referido na alínea anterior, e tendo área igual ou superior à dimensão do módulo de propriedade rural, seja mantido inexplorado em relação às possibilidades físicas, econômicas e sociais do meio, com fins especulativos, ou seja deficiente ou inadequadamente explorado, de modo a vedar-lhe a inclusão no conceito de empresa rural;

[...]

Os *latifúndios* compreendem – em regra – imóveis rurais com grandes áreas de terras contínuas, de milhares de *hectares* (atingindo muitas vezes dezenas ou centenas de milhares) *concentradas* em sua *titularidade*: a propriedade imobiliária rural se encontra invariavelmente nas mãos de *um* proprietário, *uma* família ou quando muito um *pequeno grupo* de pessoas.

A sistemática nacional das extensas áreas de terras – *latifúndios* – foi implantada desde o início, há quinhentos anos na colonização brasileira (capitanias hereditárias e suas sesmarias), permanecendo em grande escala até os dias atuais. A questão secular de *poucos* possuírem extensas áreas rurais implica corolário do sistema implantado.

Primeiro, a Coroa destinava as maiores porções de terras aos possuidores de títulos de nobreza; depois o sistema econômico (capitalismo) encarregou-se de conferi-las – áreas rurais de grande extensão – aos abastados financeiramente. Enfim, quem possuir muitas posses econômicas terá mais e maiores propriedades. Nessa senda não entram “pobres”.

Ressalte-se que, tecnicamente, latifúndio não compreende *sempre* grande extensão de área rural. Poderão existir latifúndios em áreas rurais menores. Isso porque a *propriedade improdutiva*, ainda que seja “*pequena*”, pode ser enquadrada como *latifúndio* rural. Portanto, nos termos da legislação de regência, o *latifúndio rural* divide-se em:

1. *Latifúndio por extensão ou dimensão*: área que excede a seiscentos módulos (Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964, artigo 4.º, V, alínea “a” e artigo 46, § 1.º, alínea “b”), possuindo, em regra, milhares de hectares;

2. *Latifúndio por inexploração ou desamparo*: área abandonada, sem devida utilização ou exploração, nos termos previstos na Carta Nacional e no Estatuto da Terra, independentemente de seu “tamanho” (Constituição da República de 1988, artigo 186, e Lei Federal n.º 4.504/1964, artigo 4.º, V, alínea “b”).

É de bom alvitre esclarecer que existem situações legais, previstas no Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964, artigo 4.º parágrafo único – que incidindo sobre o imóvel rural, mesmo de grandes dimensões, descaracterizam a propriedade rural enquanto *latifúndio*:

Art. 4.º [...]

Parágrafo único. Não se considera latifúndio:

- a) o imóvel rural, qualquer que seja a sua dimensão, cujas características recomendem, sob o ponto de vista técnico e econômico, a exploração florestal racionalmente realizada, mediante planejamento adequado;
- b) o imóvel rural, ainda que de domínio particular, cujo objeto de preservação florestal ou de outros recursos naturais haja sido reconhecido para fins de tombamento, pelo órgão competente da administração pública.

O *minifúndio rural*, por sua vez, compreende pequena porção de terra situada (em regra) na zona rural, sendo *inferior* ao módulo rural ou propriedade familiar. Vale lembrar que o módulo rural compreende uma porção de terra denominada pelo Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964, artigo 4.º, incisos II e III – de “Propriedade Familiar”.

A *propriedade familiar* (ou módulo rural) compreende o imóvel que, sendo explorado pelo beneficiário e sua família, venha lhes garantir a subsistência e o progresso social e econômico, com área mínima fixada para cada região e tipo de exploração. Em suma, a *propriedade familiar* (ou módulo rural) compreende o imóvel rural cuja porção mínima de área seja apta ao cumprimento de sua *função social*.

Não é o caso do *minifúndio*. Pelo seu tamanho insuficiente, de acordo com a região, em vista das classificações dos módulos rurais determinadas pelo INCRA, a área rural assim caracterizada, não tem capacidade para realizar *função social*, conforme explica a doutrina seguinte:

Serve a palavra para expressar um imóvel do tamanho inferior à propriedade familiar e, nesta ordem, ao módulo rural ou ao módulo fiscal fixado para a região em que se localiza e à extensão que representa a fração mínima de parcelamento. [...] É um trato de terra que, por seu tamanho, mesmo que trabalhado eficientemente pelo proprietário e sua família, não basta para propiciar o sustento e o progresso econômico e social daqueles que nele

trabalham. Revela-se insuficiente para subsistência familiar, mesmo que aplicados altos conhecimentos, tecnologias modernas de cultivo e criação. Daí não atender a função social e nem garantir o progresso (RIZZARDO, 2013, p. 64).

A consequência **registral** é que o *minifúndio* – salvo exceções, como aquisição *originária* da propriedade pela usucapião, por exemplo – não pode ingressar no registro imobiliário, seja por desmembramento, partilha hereditária ou destaque de glebas maiores, tendo em vista sua área ser *inferior* ao módulo rural. Trata-se do princípio da *fração mínima de parcelamento*, prevista no Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964, artigo 65.

Torna-se fundamental, a essa altura, destacar que a Constituição brasileira de 1988, artigo 185, obstaculizou a desapropriação para fins de *reforma agrária*:

- da propriedade *produtiva*, mesmo que seja enquadrada como grande propriedade rural (*latifúndio* por extensão ou dimensão);
- das *pequenas e médias* propriedades rurais, desde que o proprietário seja titular de apenas *um imóvel rural*, assim definidas na forma da lei.

Esta última, trata-se da Lei da Reforma Agrária – Lei Federal n.º 8.629/1993. Esse diploma normativo define o que é *pequena e média* propriedade rural em seu artigo 4.º:

Art. 4.º Para os efeitos dessa Lei conceituam-se:

[...]

II – Pequena Propriedade – o imóvel rural:

a) de área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais;

[...]

III – Média Propriedade – o imóvel rural:

a) de área superior a 4 (quatro) e até 15 (quinze) módulos fiscais.

Parágrafo único. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e a média propriedade rural, desde que o seu proprietário não possua outra propriedade rural.

Os *módulos fiscais*, utilizados como parâmetro na Lei da Reforma Agrária – Lei Federal n.º 8.629/1993 – a fim de delimitar pequenas e médias propriedades rurais, estão previstos expressamente no Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964, artigo 50 e seus parágrafos. O citado dispositivo do Estatuto da Terra indica os direcionamentos legais para determinação dos *módulos fiscais*.

Quanto à *função social* das propriedades rurais (seja pequena, média ou grande), prevista expressamente na Carta Nacional de 1988, artigo 186, a Lei da Reforma

Agrária – Lei Federal n.º 8.629/1993 – dedicou-lhe atenção especial, sobretudo nos artigos 9.º e art. 11:

Art. 9.º [...]

§ 1.º Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração **especificados** nos §§ 1.º a 7.º do art. 6.º desta Lei.

§ 2.º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade.

§ 3.º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

§ 4.º A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais.

§ 5.º A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel.

[...]

Art. 11. Os parâmetros, índices e indicadores que informam o conceito de produtividade serão ajustados, periodicamente, de modo a levar em conta o progresso científico e tecnológico da agricultura e o desenvolvimento regional, pelo Ministério da Agricultura e Reforma Agrária, ouvido o Conselho Nacional de Política Agrícola.

Comentado citados dispositivos da Lei da Reforma Agrária – Lei Federal n.º 8.629/1993 – esclarecem os Procuradores Federais do INCRA:

No que tange à propriedade rural, o constituinte de 1988 também inovou ao trazer para a Carta Maior os requisitos da função social dos imóveis rurais, fixando-os no art. 186. Tal dispositivo conferiu estrutura ao conceito de função social, deixando claro que o seu aperfeiçoamento reclama o atendimento simultâneo não somente de valores ligados à mera produtividade econômica, mas também ao meio ambiente, ao trabalho e ao bem-estar social. É possível, portanto, verificar que esses quatro elementos operam como subfunções que compõem o núcleo da função social da propriedade, quais sejam: a subfunção socioeconômica (art. 186, I), a subfunção socioambiental (art. 186, II), a subfunção trabalhista (art. 187, III) e a subfunção bem-estar (art. 186, IV). Essas quatro subfunções, que antes estavam previstas apenas na legislação ordinária (Estatuto da Terra), foram regulamentadas pela Lei n.º 8.629/93, especialmente, no art. 9.º, que ora é objeto de análise (LEI, 2011, p. 106-107).

Resta claro, em vista do sistema normativo constitucional e infraconstitucional atual (Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964 – e Lei da Reforma Agrária – Lei Federal n.º 8.629/1993), que as propriedades rurais brasileiras possuem gradações de tamanho, assim estabelecidas em *ordem crescente*:

1. minifúndio (*menor* que o módulo rural);
2. propriedade familiar (o mesmo que módulo rural);
3. pequena propriedade rural (1 a 4 módulos);
4. média propriedade rural (mais de 4 até 15 módulos);
5. grande propriedade rural (acima de 15 módulos);
6. latifúndio por extensão (mais de 600 módulos).

Note-se que o atual Código Florestal – Lei Federal n.º 12.651/2012 – também definiu pequena propriedade ou posse familiar rural no artigo 3.º, inciso V. Esse dispositivo deve ser conectado a Lei Federal n.º 11.326/2006 que estabelece as diretrizes para a Política Nacional da Agricultura Familiar. Abaixo o citado dispositivo do Código Florestal:

Art. 3.º [...]

V - pequena propriedade ou posse rural familiar: aquela explorada mediante o trabalho pessoal do agricultor familiar e empreendedor familiar rural, incluindo os assentamentos e projetos de reforma agrária, e que atenda ao disposto no art. 3.º da Lei n.º 11.326, de 24 de julho de 2006.

Em fecho, nos termos constitucionais e infraconstitucionais (Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964 – e Lei da Reforma Agrária – Lei Federal n.º 8.629/1993), resta evidente que existe um direcionamento normativo em desfavor dos *minifúndios* e das *propriedades improdutivas*, denominadas tecnicamente *latifúndios por desamparo* ou *sem exploração*.

Sendo mais explícito: o Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964 – tem como um de seus objetivos a *extinção* dos minifúndios e latifúndios (artigo 16). Essas propriedades rurais (*minifúndios* e *latifúndios*), segundo os critérios normativos estabelecidos, não cumprem sua função social, sendo passíveis de desapropriação para fins de reforma agrária.

5.3 Constituição Brasileira: Impenhorabilidade da Pequena Propriedade Rural

A Constituição da República de 1988 determina:

Art. 5.º [...]

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos

decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

[...]

Comentando referido dispositivo constitucional, expressa Facchini Neto (2013, p. 322-324):

Antes da Constituição de 1988 não havia, no direito pátrio, precedente de uma disposição constitucional estabelecendo a impenhorabilidade de imóvel rural [...]. Da mesma forma, uma análise de direito comparado evidencia que nenhuma outra Constituição contém previsão semelhante, como igualmente o direito internacional disso não se ocupa. A razão do ineditismo pátrio provavelmente está ligada ao fato de que os demais países não consideram essa questão como sendo de natureza constitucional, preferiu relegar o tema à legislação infraconstitucional. [...] O texto constitucional ora em exame estabelece três condições para a impenhorabilidade do imóvel: que se trate de pequena propriedade rural (deixando sua definição para a legislação infraconstitucional), que seja trabalhada pela família do proprietário e que se trate de execução objetivando pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva.

O Supremo Tribunal Federal (STF), já se manifestou sobre esse dispositivo:

Impenhorabilidade da pequena propriedade rural de exploração familiar (CF, art. 5.º, XXVI): aplicação imediata. A norma que torna impenhorável determinado bem desconstitui a penhora anteriormente efetivada, sem ofensa de ato jurídico perfeito ou de direito adquirido do credor: precedentes sobre hipótese similar. A falta de lei anterior ou posterior necessária à aplicabilidade de regra constitucional – sobretudo quando criadora de direito ou garantia fundamental – pode ser suprida por analogia: donde, a validade da utilização, para viabilizar a aplicação do art. 5.º, XXVI, CF, do conceito de “propriedade familiar” do Estatuto da Terra (STF. RE 136.753. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 13 fev. 1997. Plenário. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 abr. 1997)

O Código de Processo Civil (CPC) de 1973, reafirmou essa impenhorabilidade no artigo 649, inciso VIII. Essa redação foi replicada no Código de Processo Civil (CPC) de 2015, art. 833, inciso VIII. Eis o texto do CPC de 2015:

Art. 833. São impenhoráveis:

[...]

VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

[...]

Esse dispositivo constitucional (artigo 5.º, inciso XXVI da Carta Nacional) impõe uma limitação ao Estado e aos credores em geral, impedindo que a pequena propriedade rural venha sofrer penhora judicial, para pagamento de débitos relacionados às *suas atividades produtivas*.

Cabe ressaltar que a vedação da penhora não é absoluta, a ponto de obstar a cobrança de quaisquer débitos. Será impedida ou vedada a penhora sobre o imóvel rural, incidente nas dívidas destinadas às atividades produtivas do pequeno imóvel rural.

Portanto, incidirá a *penhora* desde que os aportes financeiros do credor compreendam outras atividades estranhas à produção, citando como exemplos: ampliação da casa onde habita o proprietário, construção de piscina e outras benfeitorias voluptuárias, etc. Se os empréstimos financeiros dessa natureza não forem pagos pelo produtor rural, incidirá a constrição judicial (*penhora*) sobre o pequeno bem imobiliário rural.

Nesse sentido,

O gravame da impenhorabilidade somente recai sobre ele quando é para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva. Quando a atividade assumida por seu proprietário nada tem a ver com a atividade produtiva das terras, elas poderão perfeitamente ser penhoradas e objeto de execução forçada. Não se trata de um bem fora do comércio e nem gravado com o ônus da inalienabilidade e impenhorabilidade. Somente o gravame real quanto ônus decorre da sua atividade produtiva (FERREIRA, 1997, p. 251)

E para fins de impenhorabilidade, quais imóveis podem ser considerados dentro da expressão “pequena propriedade rural”? Enquadram-se dentro de *pequena propriedade rural* conforme visto *supra* (item 5.2 – Minifúndio e Latifúndio), os imóveis rurais com área até quatro Módulos Fiscais, nos termos da Lei da Reforma Agrária (Lei Federal n.º 8.629/1993, art. 4.º).

Primeiro não se deve confundir *módulo fiscal* com *módulo rural*. E mais:

1. o módulo rural está previsto expressamente no artigo 4.º; o módulo fiscal está previsto expressamente no artigo 50, ambos do Estatuto da Terra;
2. o módulo rural possui base territorial dividida em *regiões* e *microrregiões* (mais de um Município); o módulo fiscal possui área mais restrita, sendo estabelecido em cada Município;
3. o módulo rural considera a área total do bem imobiliário rural; o módulo fiscal leva em conta apenas a área imobiliária aproveitável.

Sobre *módulos fiscais*, explica Rizzardo (2013, p. 78):

Para a classificação da propriedade em pequena, média ou grande propriedade rural, obtém-se o número de módulos fiscais dividindo-se a área aproveitável do imóvel pelo módulo fiscal do Município. Importante observar que se levará em conta unicamente a área aproveitável, e não a área total do imóvel, de conformidade com o art. 50, § 3.º da Lei 4.504/1964, nos seguintes termos: “O número de módulos fiscais de um imóvel rural será obtido dividindo-se a sua área aproveitável total pelo módulo fiscal do Município.”.

Não é despendioso dizer aqui que sendo a pequena área rural o único imóvel da “família” em quaisquer de suas espécies admitidas – *família anaparental, homoafetiva, mosaico ou pluriparental, extensa ou ampliada, multiparental*, etc. –, o sistema jurídico brasileiro lhe confere o *status* de “*bem de família*”, sendo protegido também pela Lei Federal n.º 8.009/1990.

Ressalte-se, por fim, que a impossibilidade ou vedação de penhora judicial sobre a pequena área rural (ainda que seja enquadrada como *bem de família*) não impede o proprietário de *perder* seu pequeno imóvel rústico – com área até quatro Módulos Fiscais – por outros meios jurídicos. Assim, pode ocorrer a perda da pequena propriedade rural, a título de exemplos, por *usucapião* ou *desapropriação*.

Quanto aos meios de financiamento das atividades produtivas afetas à pequena propriedade rural, encontram-se os direcionamentos da *política agrícola* (que inclui *financiamentos*) no artigo 187 da Carta Republicana vigente, de 1988. Esse dispositivo constitucional está regulamentado pela Lei Federal n.º 8.171/1991, destinada à *política agrícola nacional*. Tais normas compreendem uma das obrigações básicas do Estado *fomentador*.

Em verdade, nessa senda, o Estado compreende o grande fomentador das atividades agropecuárias, bem como regulamentador do *agrobusiness*. As atividades agropecuárias compreendem bens de produção primários, geradores de alimentos e exportações, sendo de grande importância para a *balança comercial* do país.

De outro giro, a impenhorabilidade constitucional incidente sobre a pequena propriedade rural não deve ser vista como *obstaculizante* ao *crédito*, pois existem vários meios de garantir o empréstimo, tão necessário ao *pequeno produtor* rural. Sem aportes financeiros de terceiros (com prazos de carência), o pequeno produtor rural dificilmente conseguirá *produzir*, circulando o crédito.

Citam-se como exemplos de garantias ao credor o penhor agrícola e o pecuário, previstos no Código Civil de 2002, artigos 1442 a 1446. Essas garantias incidem sobre bens móveis existentes e futuros (colheitas, por exemplo), conferindo segurança e preferência ao credor, no recebimento dos aportes financeiros transferidos.

Em que pese a propriedade imóvel rural brasileira *hodierna* possuir várias limitações legislativas e administrativas (função social, módulo rural, impenhorabilidade constitucional, etc.), suas perspectivas são promissoras. Além do *agronegócio*, podem ser incluídas – a título de exemplos – a pesquisa e a extensão rural (com as inovações tecnológicas), bem como lazer e turismo rural. As novas perspectivas da propriedade imóvel rural serão vistas na sequência desse estudo.

6 PROPRIEDADE IMÓVEL RURAL BRASILEIRA – NOVAS PERSPECTIVAS

As atuais propriedades imóveis rurais brasileiras logicamente não são vistas nem administradas como foram nos séculos precedentes. Antes, até a primeira metade do séc. XX, a propriedade rural servia, em um primeiro momento, para *habitação* do proprietário e família juntamente com seus *fâmulos*. A “fazenda” servia de forma *monocromática* apenas à moradia e ao sustento de seus habitantes, bem como meio econômico de subsistência pessoal.

Nesse século XXI, as propriedades rurais brasileiras não são vistas nem exploradas da forma praticada pelos antepassados. Hodiernamente, são consideradas áreas que possuem função social (com fins econômicos, trabalhistas e ambientais). Atualmente, o proprietário de áreas rurais é considerado *agropecuarista* ou *empresário*. E as *fazendas* são administradas como *empresas*. As atividades rurais exercidas, por sua vez, são denominadas *agronegócio*. São palavras de Pereira (2015, p. 11):

Do exame do texto promulgado em 1988, metaforicamente falando, é possível observar ali um **caminho verde** dando relevância à propriedade rural e a atividade que nela se desenvolve, de modo que é conveniente adotá-lo como a senda a ser percorrida pelo cultor do direito ao invés de fazer trilha por lugares que levam a destino de pouca, ou mesmo, de nenhuma juridicidade, relativamente aos fatos e negócios jurídicos que são próprios do chamado mundo do agronegócio.

Dentro dessa senda, existem vários mecanismos normativos *fomentadores* das atividades rurais, quaisquer que sejam elas, dentro do *gênero* denominado *agronegócio* ou *agroindústria*. Serão enumeradas algumas formas de engendrar as atividades econômicas rurais, na sequência, de forma exemplificativa.

6.1 Empresa e Cooperativa Rural e Financiamento de suas Atividades

O Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964 – definiu *empresa rural* no artigo 4.º, inciso VI, determinando na sequência, artigo 14, que o Poder Público deva incentivá-la. Eis a redação desse dispositivo da lei ruralista:

Art. 14. O Poder Público facilitará e prestigiará a criação e a expansão de empresas rurais de pessoas físicas e jurídicas que tenham por finalidade o racional desenvolvimento extrativo agrícola, pecuário ou agroindustrial. Também promoverá a ampliação do sistema cooperativo e organização daquelas empresas, em companhias que objetivem a democratização do capital.

Em reforço da possibilidade de instituição da *empresa rural*, incluindo dentre as espécies de pessoas jurídicas as *cooperativas rurais* – observando que o cooperativismo é um dos instrumentos da política agrícola (Constituição Nacional de 1988, artigo 187, VI) – tem-se previsão específica no Código Civil brasileiro de 2002, artigos 970 e 971.

Comentando o Código Civil nesse particular, diz Wald (2005, p. 52-55, *passim*):

145. Como consequência da regra do artigo 970, o artigo 971 dá aquele que exerce atividade rural a possibilidade de escolha sobre ser considerado empresário ou não, dadas as peculiaridades da sua atividade. [...] 146. A atividade rural mudou no decorrer das últimas décadas. Ao lado da tradicional atividade rural familiar ou daquela prestada de forma não profissional, surgiu uma grande indústria exploradora dessa atividade, denominada “*Agrobusiness*”. Essa indústria movimentou bilhões de reais e tem se destacado como uma das principais do país, com importante participação nas exportações. [...] 151. O legislador brasileiro, embora adotando formulação diversa, também seguiu, no particular, o exemplo do *Codice Civile* italiano. Este considera, no seu artigo 2.136, que, em tese, as empresas agrícolas não estão sujeitas às normas referentes ao registro na junta comercial (*registro delle imprese*, no direito italiano ao qual aludem os artigos 1.288 e seguintes do respectivo Código Civil). Mas, se adotarem uma das formas de sociedades empresariais, passarão a ter que se inscrever na mesma (artigo 2.200). Idêntica é, aliás, a solução do Código Comercial alemão (artigo 3). 152. Entendemos que o novo Código Civil agiu acertadamente ao instituir, na área rural, a faculdade de fazer o registro e adotar o regime empresarial, pois existe uma gama muito heterogênea de atividades no setor agrícola e pastoril, sendo certo que seria difícil estipular a regra da obrigatoriedade sem prejudicar os objetivos constitucionais referentes à propriedade rural.

Em verdade (inobstante o artigo 971 do Código Civil), o proprietário ou empreendedor do imóvel rural que deseja constituir Empresa, incluindo a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) – ou sociedade Empresarial referente ao seu

empreendimento, poderá se inscrever optando entre *duas espécies* de registros, de acordo com sua escolha (um ou outro):

1. Junta Comercial do Estado de sua atividade: sendo empresário, sociedade empresária ou EIRELI;
2. Ofício de Registro Civil de Pessoas Jurídicas (RCPJ) da Comarca onde se encontra o imóvel rural: sendo Associação, EIRELI Simples, Cooperativa, sociedade Simples *pura* ou Simples *mista* (*exemplo*: Simples Ltda.) (Código Civil, artigo 982 p. único e artigo 1150).

Há, portanto, de acordo com o sistema jurídico adotado atualmente no país, dois *tipos societários básicos* previstos no Código Civil (Sociedades Empresárias e Sociedades Simples) que, juntamente com a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, estão sujeitos a dois registros distintos, ora de forma obrigatória, ora mediante escolha.

Atualmente, somente a Sociedade Anônima e a Sociedade em Comandita por Ações (pela sua natureza exclusivamente empresarial) devem ser registradas obrigatoriamente na *Junta Comercial*. As Associações em geral (incluindo nesse gênero condomínios e consórcios rurais), Sociedades Simples denominadas “puras” e as Cooperativas, por sua vez, serão “sempre” registradas no Ofício de *Registro Civil de Pessoas Jurídicas* (RCPJ) conforme se depreende na leitura dos artigos 982, parágrafo único, 1.090 e 1.150 do Código Civil.

Vale repisar que o(s) titular(es) da EIRELI, incluindo os *tipos societários* mais adotados no país (a Sociedade Limitada é a mais utilizada), com enfoque nos *empresários* e *empresas rurais*, podem escolher entre dois caminhos jurídicos para seu nascimento registral:

1. pessoas jurídicas que adotam formas associativas ou societárias de natureza Simples (com ingresso de seus instrumentos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas);
2. pessoas jurídicas de natureza Empresarial (com ingresso de seus instrumentos na Junta Comercial).

A Lei Complementar n.º 123/2006 – Estatuto Nacional da Micro Empresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP) – tornou explícitos esses dois caminhos registrais no seu artigo 3.º:

Art. 3.º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples,

a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis *ou no* Registro Civil de Pessoas Jurídicas, *conforme o caso*, desde que: [...] (grifos nossos).

Essa *dicotomia* ou *aparteid registral* dentro da mesma área jurídica permanece como resquício do sistema jurídico brasileiro anterior, quando existia clara separação entre o Código Civil (de 1916) e o Código Comercial (de 1850). Atualmente, o empresário, bem como as sociedades empresárias e *não* empresárias estão inseridas no *sistema unitário* implantado pelo Código Civil brasileiro de 2002.

Em suma, não há mais justificativa para manutenção de dois registros separados sobre pessoas jurídicas de direito privado, devendo existir apenas um registro, pela *fusão* da matéria: “*Registro de Pessoas Jurídicas de Direito Privado*”. Essa união registral facilitaria sobremaneira os registros a favor das empresas e empresários rurais.

Após o registro, haverá necessidade de aportes financeiros para os empreendimentos do *agronegócio*. Com base na Lei Nacional da Política Agrícola – Lei Federal n.º 8.171/1991 – podem ser indicados como exemplos de *caminhos legais* (dentre outros), a ser percorridos dentro do *financiamento* das atividades empresariais rurais:

1. Crédito rural (Lei Federal n.º 4.829/1965 e Decreto n.º 58.380/1966);
2. Cédulas de crédito rural (Dec.-Lei 167/1967);
3. Cédulas de crédito comercial, industrial e à exportação (Dec.-Lei 413/1969);
4. Cédulas de produto rural – CPR (Lei Federal n.º 8.929/1994);
5. Cédulas de crédito bancário (Lei Federal n.º 10.931/2004);
6. Alienação fiduciária de bem imóvel (Lei Federal n.º 9.514/1997);
7. Penhor rural – agrícola e pecuário – Código Civil artigos 1.438 a 1.446.

Se o proprietário não tiver meios próprios ou mesmo capacidade física ou financeira a fim de se dedicar pessoalmente às atividades rurais de sua propriedade (seja pequena, média ou grande), poderá transferir tais empreendimentos rurais a *terceiros* – via contrato expresso ou tácito – na forma de *arrendamento rural, parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa, etc.*

O Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964 – artigos 92 a 96, regulamenta a transferência dessas atividades rurais que serão assumidas por *terceiros*. Em consequência óbvia, os *arrendatários* ou *parceiros* terão a *posse* da *área rural* por tempo determinado (de cinco a dez anos, em média), a fim de desenvolver as atividades pactuadas.

Ressalte-se aqui a Lei Federal n.º 11.326/2006, que estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais, definiu o empreendedor familiar rural no artigo 3.º. Note-se que referido dispositivo tratou dos *condomínios rurais* e outras *formas coletivas* de propriedade no § 1.º:

Art. 3.º Para os efeitos desta Lei, considera-se agricultor familiar e empreendedor familiar rural aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos:

I - não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 (quatro) módulos fiscais;

II - utilize predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento;

III - tenha percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento, na forma definida pelo Poder Executivo;

IV - dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família.

§ 1.º O disposto no inciso I do caput deste artigo não se aplica quando se tratar de condomínio rural ou outras **formas coletivas de propriedade**, desde que a fração ideal por proprietário não ultrapasse 4 (quatro) módulos fiscais.

[...]

Impende repisar aqui que a propriedade rural improdutiva ou sem destinação econômica – seja pequena, média ou grande – não estará cumprindo sua função social estando o proprietário sujeito – pela sua desídia – a desapropriação para fins de *reforma agrária* de seu bem imobiliário situado na zona rural (Constituição Brasileira de 1988, artigo 184).

6.2 Agroturismo ou Turismo Rural

Merece consideração a existência de múltiplas perspectivas que estão surgindo a fim de utilizar racionalmente os bens imóveis rurais sem deterioração de suas riquezas naturais e culturais. Pode ser citado, como exemplo, o *agroturismo*, *ecoturismo* ou *turismo rural* – incluindo chácaras, sítios, pousadas e hotéis fazendas – já bastante difundido no país.

O ser humano, cansado do *stress* típico dos núcleos urbanos, vem desejando paz e tranquilidade em vida frugal com momentos bucólicos em *fazendas* típicas, ainda que seja em curto período de tempo. Impende destacar aqui que o *lazer* e o *turismo* compreendem direitos constitucionais sociais e econômicos (Constituição Nacional de 1988, artigos 6.º e 180, respectivamente).

Segundo o Manual das Diretrizes para o Desenvolvimento do Turismo Rural do Ministério do Turismo, feito em parceria com o Ministério do Desenvolvimento Agrário:

A prática do Turismo Rural, no Brasil e em outros países, pode proporcionar alguns benefícios, como:

- a diversificação da economia regional, pelo estabelecimento de micro e pequenos negócios;
- a melhoria das condições de vida das famílias rurais;
- a interiorização do turismo;
- a difusão de conhecimentos e técnicas das ciências agrárias;
- a diversificação da oferta turística;
- a diminuição do êxodo rural;
- a promoção de intercâmbio cultural;
- a conservação dos recursos naturais;
- o reencontro dos cidadãos com suas origens rurais e com a natureza;
- a geração de novas oportunidades de trabalho;
- a melhoria da infraestrutura de transporte, comunicação e saneamento;
- a criação de receitas alternativas que valorizam as atividades rurais;
- a melhoria dos equipamentos e dos bens imóveis;
- a integração do campo com a cidade;
- a agregação de valor ao produto primário por meio da verticalização da produção;
- a promoção da imagem e revigoração do interior;
- a integração das propriedades rurais e comunidade;
- a valorização das práticas rurais, tanto sociais quanto de trabalho;
- o resgate da autoestima do campesino (BRASIL, 2004, p. 9-10).

O atual Código Florestal – Lei Federal n.º 12.651/2012 – ressaltou o *ecoturismo* no artigo 3.º, inciso X, alínea “c” considerando-o atividade eventual ou de baixo impacto ambiental:

Art. 3.º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

X - atividades eventuais ou de baixo impacto ambiental:

[...]

c) implantação de trilhas para o desenvolvimento do ecoturismo;

[...].

Assim sendo, as propriedades rurais são hospedeiras naturais das nascentes de águas, cachoeiras, bosques, paisagens notáveis e bens históricos, áreas de preservação permanente, áreas de reserva legal, reserva particular do patrimônio natural (RPPN) e demais espaços protegidos, bem como outras unidades de conservação (*instrumentos típicos da legislação ambientalista*), etc., possuindo amplo potencial em vários segmentos, incluindo o “agroturismo” ou “ecoturismo”, que pode ser praticado em quaisquer áreas rurais, desde minifúndios até latifúndios.

6.3 Da Ciência, Tecnologia e Inovação no Plano Rural

A emenda constitucional n.º 85, de 2015, modificou e ampliou os artigos 218 e 219 da Carta de 1988, introduzindo dois novos artigos no texto constitucional: 219-A e 219-B. A emenda constitucional n.º 85, de 2015, introduziu a *inovação* como uma das metas a ser atingida. A *inovação*, por sua vez, deve ser compreendida como um dos mecanismos a ser praticado dentro do gênero da *pesquisa* e da *extensão* (Constituição Brasileira de 1988, art. 207).

A *inovação* tecnológica deve ser compreendida como toda atividade destinada ao aperfeiçoamento dos sistemas produtivos. Basicamente compreende a *reengenharia* dos processos produtivos e seus meios procedimentais. Em outras palavras – de forma metafórica – compreende percorrer o mesmo caminho de forma mais eficiente.

A inovação pode ser traduzida como uma *releitura*. Em complemento à *inovação* tem-se a *invenção*, destinada ao descobrimento de novo (e até então) desconhecido caminho. Ao longo do tempo, como regra, as *invenções* serão aperfeiçoadas pelas *inovações*. As questões ligadas às propriedades imóveis rurais e suas formas de utilização necessitam de incansáveis releituras!

No plano *agroalimentário*, invenções e inovações compreendem uma constante basilar da *pesquisa* e da *extensão*. Essa sistemática é realizada pelas atividades tecnológicas agropecuárias de amparo. Nessa senda a *biotecnologia* e o *patrimônio genético* sobressaem como protagonistas.

A Convenção sobre Diversidade Biológica, instrumento internacional criado na Rio/ECO 1992 – denominada Cúpula da Terra – promulgada no Brasil pelo Decreto Federal n.º 2.519/ 1998, define biotecnologia no artigo 2.º:

Biotecnologia: qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica como instrumento de otimização dos recursos agroalimentares.

A Lei do Patrimônio Genético e uso sustentável da Biodiversidade – Lei Federal n.º 13.123/2015 – reservou espaço para as questões agrícolas:

Art. 2.º Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), promulgada pelo Decreto n.º 2.519, de 16 de março de 1998, consideram-se para os fins desta Lei:

[...]

XXIV - atividades agrícolas – atividades de produção, processamento e comercialização de alimentos, bebidas, fibras, energia e florestas plantadas;

[...]

XXXI - agricultor tradicional – pessoa natural que utiliza variedades tradicionais locais ou crioulas ou raças localmente adaptadas ou crioulas e mantém e conserva a diversidade genética, incluído o agricultor familiar;

[...].

A redação do texto constitucional – parágrafo § 2.º do artigo 218 – destinado ao *sistema produtivo nacional e regional* não foi modificada por referida emenda constitucional (EC n.º 85/2015). Eis a redação do referido dispositivo, observando que o “*caput*” do artigo 218 recebeu ampliações da EC n.º 85/2015:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

[...]

§ 2.º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

Impende destacar que as atividades rurais – agropecuárias /alimentares – recebem dedicação tecnológica de vários órgãos governamentais do país. Citam-se como exemplos de órgão federal, a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (*Embrapa*) e, como exemplo de órgão estadual, a Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado de Minas Gerais (*Emater*) ou suas congêneres em outros Estados-membros.

As atividades de *pesquisa e extensão rural*, com vistas à *inovação*, por sua vez, devem ser vistas e operacionalizadas com base nos multicitados comandos constitucionais dedicados às propriedades rurais. São exemplos de *princípios vetores* afetos ao sistema jurídico ruralista: desenvolvimento econômico sustentável ou eco sustentável; propriedade privada e sua função social ou socioambiental, função social dos contratos, etc.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As propriedades imóveis rurais brasileiras, desde o início da colonização do território compreendido como Brasil – aspecto histórico – foram inauguradas tendo por base as *capitanias hereditárias* e suas *sesmarias* (aspecto jurídico). O sistema de extensas áreas rurais (*sesmarias*) perdurou durante a colonização brasileira por aproximadamente trezentos anos, chegando até ao Império.

O Brasil, inicialmente por força da colonização e, posteriormente, pelo sistema capitalista, sempre prestigiou as extensas áreas de terras, denominadas inicialmente *sesmarias* e atualmente *latifúndios*. Em que pese à diminuição do tamanho médio das áreas rurais brasileiras, a realidade *latifundiária* perdura, sobretudo nas regiões Centro-Oeste e Norte, nesse primeiro quartel do séc. XXI.

As Constituições brasileiras, desde a Imperial de 1824 até a atual, de 1988, sempre prestigiaram as propriedades em geral, sobretudo as propriedades imóveis. Após a Constituição Nacional de 1934, passou a granjear, no plano constitucional, a *função social* das propriedades em geral, sendo que a Constituição vigente (1988) destinou artigo específico para a *função social* das *áreas rurais* (artigo 186).

Válido é destacar que a Carta Brasileira atual, de 1988, dedicou capítulo específico dentro da Ordem Econômica para as *questões ruralistas* (Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, artigos 184 a 191). É certo que esses artigos não exaurem o assunto, como pode ser extraído em vários dispositivos do texto constitucional, desde o início até o fim (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT).

Juntamente com o sistema constitucional brasileiro ruralista, tem-se a legislação infraconstitucional que lhe confere suporte, destacando especialmente o Estatuto da Terra – Lei Federal n.º 4.504/1964 – juntamente com outras leis nacionais relevantes: Lei Federal n.º 8.171/1991 (*política agrícola nacional*) e Lei Federal n.º 8.629/1993 (*reforma agrária e a função social da propriedade rural*).

As propriedades imóveis rurais brasileiras possuem várias limitações legais e administrativas, citando como exemplos: impenhorabilidade da pequena propriedade, módulo rural, minifúndio e latifúndio. Apesar das suas inúmeras limitações, as propriedades imobiliárias rurais possuem grande potencial econômico, sendo as hospedeiras dos bens ambientais naturais (*solo, água, fauna e flora*).

Nessa linha, existem novas perspectivas para as propriedades imóveis rurais nesse primeiro quartel do séc. XXI, destacando-se as empresas e cooperativas rurais, bem como o *fomento* às atividades rurais (meios de financiamento do *agronegócio*). Merecem igual destaque o agroturismo ou turismo rural e as atividades de Ciência, Tecnologia e *inovação* (rural). A *inovação* atingiu o plano constitucional com a EC n.º 85/2015.

Em fecho, resta evidente que os bens imobiliários rurais brasileiros, assim como acontece na maioria dos países dos cinco continentes deste séc. XXI, são compreendidos

juridicamente como *bens fundamentais*. As políticas públicas de quaisquer nações devem conter, dentre suas prioridades, o desenvolvimento e a proteção das áreas rurais com seus múltiplos potenciais.

As áreas rurais estão inseridas nesse plano especial por vários motivos: iniciando pela sua função básica de abrigo das formas de vida, tendo em vista a subsistência humana e não humana, passando pela função alimentaria e geração de trabalho, seguindo até o campo da soberania territorial do país, gerando o fortalecimento das capacidades econômicas nacionais e internacionais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. Sesmarias e terras devolutas. **RIL - Revista de Informação Legislativa**, ano 40, n.º 158, Brasília, Ed. Senado Federal, 2003.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BORGES, Antonino Moura. **Curso completo de direito agrário**. 2. ed. Leme-SP: Edijur, 2007a.

_____. **Estatuto da terra comentado**. Leme-SP: Edijur, 2007b.

BORGES, Paulo Torminn. **Institutos básicos do direito agrário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 57, de 18 de novembro de 1966. Altera dispositivos sobre lançamento e cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, institui normas sobre arrecadação da Dívida Ativa correspondente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 nov. 1966.

BRASIL. Decreto-Lei 167, de 12 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre títulos de crédito rural e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 fev. 1967.

BRASIL. Decreto-Lei 413, de 10 de janeiro de 1969. Dispõe sobre títulos de crédito industrial e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 1969 e retificado no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 fev. 1969.

BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis n.ºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, da Lei n.º 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar n.º 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis n.ºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 dez. 2006.

BRASIL. Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 nov. 1964, Edição Extra.

BRASIL. Lei 4.829, de 5 de novembro de 1965. Institucionaliza o Crédito Rural. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 nov. 1965.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 out. 1966 e retificado no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 out. 1966.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973 e republicado no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 jul. 2006.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1973.

BRASIL. Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 dez. 1979.

BRASIL. Lei 6.969, de 10 de dezembro de 1981. Dispõe Sobre a Aquisição, Por Usucapião Especial, de Imóveis Rurais, Altera a Redação do § 2.º do art. 589 do Código Civil e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 dez. 1981.

BRASIL. Lei 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 mar. 1990.

BRASIL. Lei 8.171, de 17 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política agrícola. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 jan. 1991.

BRASIL. Lei 8.629, de 26 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 fev. 1993.

BRASIL. Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 nov. 1997.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 10.831, de 23 de dezembro de 2003. Dispõe sobre a agricultura orgânica e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 dez. 2003.

BRASIL. Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei n.º 911, de 1.º de outubro de 1969, as Leis n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, e n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 ago. 2004.

BRASIL. Lei 11.326, de 24 de julho de 2006. Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares

Rurais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 dez. 2006.

BRASIL. Lei 11.346, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 set. 2006.

BRASIL. Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis n.ºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis n.ºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n.º 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 maio 2012.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2005. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei 13.123, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3.º e 4.º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n.º 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória n.º 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 maio 2015.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. **Legislação e jurisprudência agrária e correlata**. v. 1. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. **Legislação e jurisprudência agrária e correlata**. v. 2. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. **Legislação e jurisprudência agrária e correlata**. v. 3. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2007.

BRASIL. Ministério do Turismo. Secretaria de Políticas de Turismo. **Diretrizes para o desenvolvimento do turismo rural**. Brasília: Ministérios do Turismo e do Desenvolvimento Agrário, 2004.

BUENO, Jose Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Brasília: Ed. Senado Federal, 1978.

CALÓGERAS, João Pandiá. **Formação histórica do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Lívia; ROCHA, Fabiana Dias da (Col.). **Vade-mécum saraiva**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio. Art. 5.º, XXIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.) **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 322-325.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de direito agrário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Direitos e garantias individuais: comentários ao artigo 5.º da CF/88**. Bauru: Edipro, 1997.

GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do direito de propriedade. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 153-180.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de Samuel Rodrigues Ferdinand Hammerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

LEI 8629/93 comentada por procuradores federais: uma contribuição da PFE/Incrá para o fortalecimento da reforma agrária e do direito agrário autônomo. Brasília: Incra, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0433.11. 019407-6/001. Relator Desembargador Otávio Portes. 16.ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 6 mar. 2013. Publicação: Diário da Justiça, **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, 15 mar. 2013.

PEREIRA, Lutero de Paiva. **Agronegócio**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

RESEK, Gustavo Elias Kállas. **Imóvel agrário**: agrariedade, ruralidade e rusticidade. Curitiba: Juruá, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Curso de direito agrário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Cristina Maria Fortini Pinto e; VIEIRA, Virgínia Kirschmeyer; BELTRAME, Rúsvel. Da política agrícola e fundiária e da reforma agrária: artigos 184 ao 191. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Org.). **Comentários à constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2.059-2.094.

SODERO, Fernando Pereira. **O módulo rural e suas implicações jurídicas**. São Paulo: LTr., 1975.

_____. **Rural**. São Paulo: Saraiva, 1977. (Enciclopédia Saraiva de Direito, 66).

STEFANINI, Luís de Lima. **A propriedade no direito agrário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

WALD, Arnoldo. **Comentários ao novo código civil**: livro II, do direito de empresa. v. XIV. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.) **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Submissão em: setembro de 2015
Pareceres favoráveis em: novembro de 2015

Visões de Liberdade, Leis e Justiça no Cotidiano Escravista Brasileiro: o exemplo das ações cíveis e dos processos-crime¹

ALYSSON LUIZ FREITAS DE JESUS*

Resumo: A liberdade escrava sempre foi tema recorrente no debate de historiadores, cientistas sociais e especialistas sobre o tema escravidão. Procuramos, por meio do presente artigo, oferecer visões diferentes daquilo que a liberdade representava para os envolvidos no cotidiano escravista, sejam eles escravos ou senhores, tendo como referência a análise de fontes cíveis e jurídicas do século XIX.

Palavras-chave: escravidão; justiça; liberdade; cotidiano; costumes

FREEDOM OF VISIONS, LAW AND JUSTICE IN EVERYDAY BRAZILIAN SLAVE: the example of civil actions and processes-crime

Abstract: The slave freedom has always been a recurring theme in discussion by historians, social scientists and experts on the theme slavery. It is search throuhg this article, offer different visions of what freedom represented to the involved in everyday slave, whether slave or masters, having as sources of reference analysis civil and legal of the century XIX.

Keywords: slavery; justice; freedom; everyday; customs

* Doutor em História Social pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Professor do Departamento de História da Unimontes e do Programa de Mestrado em História (PPGH) Unimontes.

¹ As discussões levadas à frente nesse artigo são parte do 3.º capítulo de dissertação de Mestrado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em História da UFMG, sob orientação do Prof. Dr. Eduardo França Paiva, com o título: JESUS, Alysson Luiz Freitas de. **O sertão oitocentista: violência, escravidão e liberdade no Norte de Minas Gerais – 1830-1888**. Belo Horizonte, UFMG, 2005, 245 p.

Um dos interessantes mecanismos para a compreensão do passado escravista brasileiro passa, necessariamente, por uma aproximação nos conhecimentos entre a história da escravidão e suas relações com os aspectos jurídicos que configuravam o seu cotidiano. A análise das ações cíveis de liberdade, documento muito presente no passado escravocrata, conduz a uma interessante aproximação das relações entre História e Direito, o que, por conseguinte, permite pensar elementos que caracterizavam as leis, os costumes e a justiça na escravidão brasileira.

Em meados de 1839 o senhor Geraldo José das Neves procurava, por meio de uma ação cível, rescindir a liberdade que havia dado a seu escravo, o africano José. O autor do processo alegava que seu escravo lhe teria demonstrado infidelidade e ingratidão após a concessão da alforria, o que, portanto, justificava a rescisão:

Dis Geraldo Jose das Neves morador neste Districto legitimo senhor e possuidor do escravo José Affricano, como não tivesse herdeiros, e quisesse beneficiar ao referido escravo um dia lembrou-se de o deixar forro para o mesmo lhe servir em quanto elle Supplicante fosse vivo e bem fielmente o servisse mas ao contrario tem praticado que a dous annos não tem estado em sua companhia, e continuamente em passeios principalmente para a fazenda de Santa Bárbara com uma escrava da mesma fazenda onde morreo um cavallo do supplicante, e o depois mudando de pouso acoutou-se em casa de João Moreira aonde o achou e não pode pegar [...] (COJN, 1939, f. 2).

Segundo o proprietário, ele havia chamado o escravo para uma “conciliação”, o que não foi possível, pois o cativo recusou qualquer tipo de acordo. Sendo assim, só lhe restava levar a questão à Justiça. O autor do processo elenca um grande número de situações que teria motivado a tentativa de rescisão da liberdade. As já citadas desobediência e ingratidão aliavam-se a um constante mau comportamento do cativo que, vez por outra,

andava “desencaminhando as Escravas da vizinhança.”. Além disso, o réu havia “esfaquiado um seu cavallo nestas vadiações.”. Em uma determinada oportunidade, José teria atentado contra a vida do seu senhor, “acometendo-o com uma faca, procedimento estranho da parte de qualquer, e muito mais por um Escravo agraciado [...]” (COJN, 1839, f. 7-7v). Por fim, o senhor Geraldo alega que o cativo vivia divulgando que era forro, o que dificultava ao proprietário vendê-lo. O procurador, além de expor todas essas alegações, finalizava o libelo citando o direito à propriedade como um mecanismo presente na Constituição e que deveria ser “garantido em toda a sua plenitude”.

Essas impressões iniciais se constituem apenas no começo de um longo percurso enfrentado por esses atores sociais. O curador Joaquim Ferreira da Costa, representando o cativo, passa a expor as visões do requerido sobre a situação. Segundo o escravo a condição para a alforria era prestar serviços e demonstrar lealdade a seus senhores, o que ele teria cumprido pela metade, “pois servio e acompanhou a sua benfeitora athe a morte e o mesmo protesta fazer a seu Patrono o Autor em quanto Deos lhe der vida.”. As outras questões levantadas pelo autor são enfaticamente contestadas pelo curador, que solicita do Senhor Geraldo a carta que havia passado ao cativo, a fim de ser esclarecido o teor das condições impostas. Entretanto, a carta havia sido rasgada, segundo o Senhor, pelo fato de o escravo “lhe ter desobedecido, e desmerecido a graça de que ahinda não gosava.” (COJN, 1839, f. 15-20v).

A leitura do processo revela situações das mais variadas. Durante os mais de três séculos de escravidão negra no Brasil, senhores e escravos negociaram situações das mais diversas. E a questão da alforria foi mais um componente nesse universo. Todavia, em muitos momentos essa negociação não foi possível, como é o caso do processo em estudo – o próprio escravo se recusou a conciliar com o Senhor Geraldo –, resultando em embates jurídicos pela manumissão. Assim, as ações cíveis constituem um espaço privilegiado para a análise das tensões no mundo escravista.

O escravo tinha capacidade civil para acionar a Justiça nas causas pertinentes à sua liberdade, ou mesmo em situações de defesa, quando cometia algum delito. Não lhe era reservado o direito de representação direta nessas ações, devendo assim ser nomeado um curador para a sua defesa (MALHEIRO, 1976).

A utilização de ações cíveis de liberdade é cada vez mais frequente nos trabalhos dos historiadores da escravidão. Um dos primeiros textos a inovar na análise dessa documentação foi o de Keila Grinberg, na obra *Liberata: a lei da ambiguidade*. A autora parte de um caso específico – a trajetória da negra Liberata – para analisar as

relações entre escravos e senhores junto ao Estado e ao Direito. Sobre a fonte, esclarece os argumentos pelos quais geralmente tais ações são abertas:

[...] o direito à carta de alforria; a alegação de que o escravo (ou sua mãe, avó, bisavó...) já havia sido libertado antes; a tentativa de compra da alforria; as acusações de violência, e a alegação de ter chegado ao Brasil após o término do tráfico negreiro. Além disso, há aquelas ações impetradas pelos senhores, que pretendem chamar de volta escravos que viviam ilegalmente em liberdade (GRINBERG, 1994, p. 25).

Obviamente, vários outros motivos poderiam ser acrescentados às motivações para se iniciar esse tipo de processo. Ao longo da discussão proposta nesse texto, serão mostradas essas variadas situações. Não obstante, é com o segundo tipo de ação mencionada por Grinberg – as ações “impetradas pelos senhores” – que os atores sociais estão dialogando. Volta-se ao caso.

Em meio ao andamento do processo, o Senhor Geraldo José das Neves faleceu, tendo sua mãe que assumir a condição de autora. Mesmo assim, as impressões sobre a “rebeldia” do cativo prosseguem. Segundo o procurador, o escravo sempre se aproveitava da ausência do Senhor para “fazer seus passeios”, pois “a muitos annos, ahinda em vida do Autor e sua molher costumava hir a Fazenda da Santa Bárbara atrás das escravas daquela fazenda [...]” (COJN, f. 43).

Após serem arroladas as testemunhas, as situações expostas por ambas as partes são confirmadas e, em alguns momentos, são reinterpretadas pela fala testemunhal. Essas interpretações são, em grande parte, responsáveis pela Sentença, a decisão final. Baseadas no “ouvi dizer” e no “ter ouvido falar” as testemunhas vão expondo suas impressões sobre o caso e, mais ainda, vão revelando suas imagens particulares acerca da escravidão e da liberdade no sertão norte-mineiro. Uma das testemunhas revela o interesse do cativo em trocar de senhor, pois José fazia “algumas fugidas procurando Senhor para o comprar”. Outra testemunha vai além: acentua que o próprio Senhor Geraldo estimulava o cativo a procurar outro proprietário. Por outro lado, em uma última tentativa de conseguir a rescisão da liberdade, o procurador acusa alguns homens livres da região de interferirem na causa, pois viviam a “sedusir Escravos alheios”.

Entre as pessoas elencadas pelo africano para prestar depoimento, as falas demonstram uma insistência em reafirmar a fidelidade e obediência de José. Além disso, o cativo ainda sofria nas mãos do seu senhor, muitas vezes violento. O curador, em uma qualificada estratégia de defesa, apela para a naturalidade/origem de José, pois ele, “na qualidade de Escravo affricano só o poude merecer (a liberdade) com exforços de bons, e duplicados

serviços, amor e lealdade”. O curador acentua ainda que os passeios feitos pelo escravo eram permitidos pelos senhores antes mesmo da liberdade concedida, e que tais questões já eram um costume na relação entre as partes, o que fornecia mais um instrumento para mostrar que “são sempre mais fortes, de maior consideração as razões que há a favor da liberdade do que as podem justificar o cativo.” (COJN, 1839, f. 81-91v)

O Juiz conclui não ser permitido aos autores revogar a doação da liberdade, em especial “por lhe faltarem as provas da ingratidão e desobediência [...] não devendo os passeios ser qualificados desobediência.”. A Sentença é favorável ao africano, agora, em pleno gozo de sua liberdade.

A trajetória do africano José é mais uma entre as várias histórias de escravos que lançaram mão da Justiça para resolver pendências do seu cotidiano. Sua história é reveladora de uma escravidão complexa, de um processo diário de lutas, conquistas e fracassos nas relações entre senhores e escravos do Brasil. As variadas impressões sobre escravidão e liberdade presentes na ação revelam algumas das maneiras pelas quais os cativos, os libertos e os homens livres do universo cultural norte-mineiro interpretavam o cotidiano escravista.

As relações afetivas e amorosas entre escravos, expostas pela constatação de que José mantinha relações com escravas da vizinhança; a ideia de que, mesmo como cativo, também tinha alguns “direitos”, como o de trocar de dono, o que, segundo uma testemunha, era até estimulado pelo senhor; as expectativas que senhores e escravos tinham das relações escravistas, nas quais senhores esperavam fidelidade, gratidão e obediência dos cativos, ao passo que estes esperavam daqueles uma certa dose de flexibilidade, representada aqui pelos passeios que o escravo acreditava ser um direito conquistado junto a seus proprietários; a impressão de que José, por ser africano, teve que procurar uma adaptação especial junto aos seus senhores, tendo que “duplicar” os seus serviços, seu amor e sua lealdade, enfim, são questões que o processo descortina e permite avaliar o dia a dia desses agentes históricos, além das noções de submissão e exploração do mundo escravista.

Chalhoub, estudando o tema na região do Rio de Janeiro, já no fim do século XIX, destaca como os escravos usavam algumas prerrogativas conquistadas junto aos seus senhores como forma de alcançar a liberdade jurídica. Retratando o caso da escrava Cristina, o autor mostra que ela alega como um dos motivos para confirmar sua nova condição de livre a justificativa de praticar “fatos de plena liberdade, como seja viver só e em separado do senhor.”. Nesse sentido, muitos cativos procuravam lançar mão de tais “direitos”

como uma forma de demonstrar já estarem “experimentando” a liberdade, restando-lhes agora apenas – ou principalmente – o reconhecimento da justiça (CHALHOUB, 1990, p. 115)

Não é outra coisa o alegado pelo curador de José, ao afirmar que o africano passeava e mantinha relações com escravas da vizinhança há bastante tempo e, ainda, sob o conhecimento e permissão do seu senhor.

Carvalho também demonstra como a região de Recife, no início do XIX, acabou criando um “espaço de liberdade” para os cativos. A existência de uma população negra e mestiça, livre e liberta, oferecia “alguma chance para o escravo viver como se fosse livre, protegido pelo movimento das ruas.” (CARVALHO, 1998, p. 177). Essa mobilidade levava muitos escravos, longe dos senhores, a criarem novos vínculos e laços sociais e, dependendo das suas habilidades, terem maior ou menor sucesso ao desfrutar do viver como livre.²

Retomando Chalhoub, mesmo com as várias “visões sobre a liberdade”, uma questão sobre as alforrias deve ser repensada:

[...] é a afirmação da ideia de que a liberdade do escravo só pode ter origem na vontade do seu senhor particular. É essa ideia que fundamenta a maioria das ações de liberdade analisadas para o período anterior à chamada “lei do ventre livre”: os escravos defendem seu direito à alforria como exigência de cumprimento de determinações expressas do senhor (CHALHOUB, 1990, p. 115).

Não se acredita que a questão da liberdade passava apenas pela “vontade senhorial”. Afinal, os casos expostos nesse trabalho apontam outros caminhos, com inúmeras possibilidades de negociação entre os cativos e a camada senhorial. Na sua defesa, o africano objeto do processo de 11 de novembro de 1839, em estudo, deixa claro que

² Esse “movimento das ruas”, que propiciava sociabilidades, também foi constatado por Soares (2001). O autor demonstra o espaço urbano do Rio de Janeiro como propício para o contato entre escravos, libertos e livres. A capoeira encontrou nesse universo um ambiente para se afirmar enquanto manifestação cultural e de resistência. Assim, esse espaço urbano foi capaz de aproximar os “mundos” na escravidão: “A história da capoeira escrava no Rio de Janeiro imperial é uma saga feita de dor e castigo, um conflito de extrema violência e extrema crueldade, mas também uma lição de companheirismo e solidariedade, de esperança e coragem, na qual africanos e crioulos, irmanados pelo cativo, enfrentaram seus carrascos e mudaram seus destinos.” (SOARES, 2001, p. 30). É importante reiterar que universos culturais rurais ou com espaços urbanos mais simples – como é o caso da presente pesquisa, o Norte de Minas Gerais – também vivenciaram relações desse tipo, em que a mobilidade e a proximidade levaram ao intenso contato entre cativos, forros e livres pobres. Evidentemente, essas relações adquiriram características peculiares, típicas do modo de vida no sertão.

cumpria as determinações impostas pela carta, prometendo servir ao seu senhor até a morte deste, o que não demorou a acontecer, ainda no período em que o processo estava em andamento.

Questões como essas demonstram o reconhecimento dos cativos a determinadas regras presentes nas alforrias, mesmo que a maneira de se avaliarem essas regras fosse diferente para senhores e escravos, o que é absolutamente natural. De um lado estavam os senhores, do outro, os cativos: é normal que eles fizessem leituras distintas do universo que dividiam.

Deve-se frisar aqui o papel importante que os cativos tinham no processo de obtenção das suas liberdades. Atribuir a esses escravos tal importância não significa negar o papel central que os senhores desempenhavam na maneira como as libertações eram feitas, pois, em grande medida, a vontade de libertar ou não foi capaz de definir muitas trajetórias de vida. E, mesmo em algumas situações, puderam fazer valer suas posições de “proprietários insatisfeitos” para revogarem a liberdade concedida.

Em janeiro de 1846, a Senhora Athanásia Rodrigues de Oliveira procurou revogar a doação de liberdade que seu falecido esposo teria passado ao plantel de cativos do casal. Segundo a Senhora Athanásia, o documento fora elaborado pelos dois, e estabelecia a liberdade dos escravos – seis, no total – segundo algumas condições prévias. Entre elas, deveriam os cativos continuar a servir um dos prometentes até a morte deste, e ainda “com toda a lealdade, obediência e fidelidade sem nos causar o menor prejuízo, podendo ao contrario qualquer de nos que sobrevivesse revogar a prometida doação.” (DPDOR/UNIMONTES, f. 2).

A intenção da proprietária é evidente: revogar o direito de liberdade que os seus escravos teriam, afinal, após a morte do Senhor José da Fonseca Silva, alegava Dona Athanásia, os cativos passaram a desobedecê-la e maltratá-la. O documento passado pelo falecido e sua esposa aos “pretensos libertos” é esclarecedor quanto às condições pela qual a liberdade seria levada adiante:

Disemos nós José da Fonseca Silva, e minha mulher Athanasia Rodrigues d'Oliveira, que entre os bens que possuímos há seis escravos, a saber Joaquim crioulo idade de trinta annos, Francisco Africano de idade trinta e dous annos, Valério pardo idade de cincoenta e cinco annos, Manoel pardo, idade de vinte e quatro annos, Felisbina crioula idade de vinte cinco annos, e Felicidade Africana idade de trinta annos, os quaes escravos, por que não temos herdeiros acedentes, nem descendentes, por obra de caridade, depois da morte do último de nós ficarão gozando de sua liberdade, a saber aquelle que for obdiente, leal, e não nos causar prejuizo, porque nesse caso qualquer

de nós que sobreviver fica livre de cumprir a obrigação da doação, que por ora fica promettida, unicamente, e só se averá como recebida, depois da morte do último de nós (DPDOR/UNIMONTES, [S. d.], f. 3).

Como as condições não estariam sendo cumpridas, a promessa de liberdade poderia ser revogada, algo correspondente à “exceptio non adimpleti contractus”, ou exceção do contrato não cumprido, previsto no Código Civil brasileiro de 2002, que dispõe:

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Restava à proprietária provar as “rebeldias” e “desobediências” dos cativos, o que fica claro a partir do libelo acusatório. A autora denuncia, por meio do seu procurador:

5.º P. que todos seis escravos acima referidos, tem formado entre si hum Conloio para roubarem a actora e o tem conseguido furtando lhe gados vacum, e Animais Cavallares como dirão as testemunhas.

[...]

8.º P. que os referidos Escravos macumunados vierão a esta Villa e furtarão doze Porcos que a Actora passou pelo incomodo e vergonha de os mandar restituir a seus donos.

10. P. que os referidos Escravos zombão inteiramente da Actora e a disfizerão, e tal he a coação em que vive lhe he preciso ter assalariado ahú homem estranho Manoel Lopes Guimarães em sua Casa para sua guarda e defeza (DPDOR/UNIMONTES, [S. d.], f. 7).

Por meio do curador, Joaquim, Francisco, Valério, Manoel, Felisbina e Felicidade – os escravos em juízo – procuram se justificar e apresentar sua defesa. Esclarecem que não estavam cientes da promessa de liberdade dos seus senhores e, portanto, não poderiam ser responsabilizados por não cumprir o que a autora exigia. Como somente então – pela mediação da Justiça – estavam sabendo da liberdade que os aguardava, prometiam em juízo cumprir as condições impostas no documento. Os cativos procuram ainda convencer a Justiça de que são excelentes trabalhadores e fiéis a seus proprietários, afinal, “nunca forão desobedientes a Authora sua senhora, e menos que lhe tenham prejudicado, mas antes todos se empregão na Sua lavoura constantemente que a Authora tem fartura de mantimentos, não só para o gasto da Caza, como para negocio, o que é publico pelos vizinhos.”. Não bastando provar suas boas reputações, os cativos passam também a atacar a moral da Senhora Athanásia, o que demonstra bem a intensidade das lutas judiciais entre senhores e escravos nessas ações:

4.º P. que introduzindo-se na Caza da Authora um homem por nome Manoel Lopes Guimarães a pretexto de ser Administrador da Fazenda, este he quem

tem trassado, e procurado todos os meios de ver se reduz aos Réos a perpetuo Captiveiro, por ver que a A. está com 70 a 80 annos de idade “decrépita”, ou para melhor dizer com os pez na sepultura, e he isto tão verdade que nesta Matriz já se proclamou o casamento da A. com o referido Lopes. E porque se Caza elle com uma Senhora desta idade?!!! Bem claro está!!! [...] (DPDOR/ UNIMONTES, [S. d.], f. 16).

Como se pode perceber, as partes levam suas ações até as últimas consequências para alcançar um veredicto favorável. Era de extrema importância para o cativo obter a liberdade, mesmo que para tanto fosse necessário travar uma batalha judicial e representar situações das mais diversas:

Pela manumissão tudo valia a pena, até mesmo fazer da vida uma representação. [...] Nesta perspectiva tornar-se ou fazer-se passar por passivo, amável e fiel resultou em muitas cartas de alforria justificadas nos “bons serviços prestados”, na “lealdade e sujeição”, expressões recorrentes nos testamentos e empregadas mesmo quando tratava-se de manumissões pagas. Nesse momento as estratégias engendradas no dia-a-dia obtinham sucesso. A partir daí, nova fase de adaptações iniciava-se como maneira de garantir a sociabilidade e a sobrevivência dos libertos (PAIVA, 1995, p. 101).

No entanto, mesmo com as questões levantadas pelos cativos, as falas das testemunhas apresentam um peso fundamental para a conclusão do juiz: todas confirmam os fatos apresentados pela Senhora Athanásia. Além disso, os escravos não apresentam sequer uma testemunha. Para o juiz, o fato de o Senhor Manoel Lopes passar a viver com a viúva é visto como uma estratégia adotada por ela para se defender dos seus “perigosos” escravos e, além disso, a autora havia conseguido provar a desobediência dos escravos. Estes, por sua vez, não apresentaram absolutamente nada que os isentassem das acusações. A promessa de liberdade é revogada.

As “leituras” diferentes que escravos e homens livres faziam dessas situações são, em grande medida, baseadas na conveniência dos casos. À Senhora Athanásia era natural insistir na desobediência dos cativos, o que, feito de maneira eficaz, possibilitou a revogação da promessa de liberdade. Aos escravos restava uma leitura diferente das relações com a sua Senhora e, se necessário fosse (e foi), ir longe em suas defesas. Não conseguiram a liberdade, é verdade, mas, no mínimo, tornaram-se visíveis à Dona Athanasia.

A revogação de alforrias ou de compromissos de alforrias foi um recurso pouco utilizado pela camada senhorial. Para Sidney Chalhoub:

A representação senhorial dominante sobre a alforria no século XIX, pelo menos até o seu terceiro quartel, era a de que o escravo, sendo dependente

moral e materialmente do senhor, não podia ver essa relação bruscamente rompida quando alcançava a liberdade. É nesse contexto que se destaca a importância simbólica da possibilidade prevista em lei de revogação da alforria por ingratidão. A possibilidade da revogação seria um forte reforço à ideologia da relação entre senhores e escravos como caracterizada por paternalismo, dependência e subordinação, traços que não se esgotariam com a ocorrência da alforria (CHALHOUB, 1990, p. 136).

As histórias do escravo José e dos outros seis cativos revelam indícios sobre o mecanismo de estruturação das práticas de alforria. Os senhores que propuseram as ações, ao alegarem ingratidão e desobediência dos seus cativos, revelam as expectativas que nutriam acerca das relações pós-liberdade. A condição era que os escravos permanecessem fiéis, caso contrário, poderia significar uma reviravolta na concessão da liberdade. As questões apontadas são as seguintes: qual o interesse do senhor em permanecer com esses cativos sob o seu poder, agora que eles haviam provado infidelidade, desobediência e mesmo agressividade? Não seria um “perigo” insistir na convivência com tais cativos? São perguntas que podem parecer óbvias, mas as respostas não.

É evidente que a alegação dos senhores quanto às “rebeldias” dos seus cativos é uma forma de exteriorização do controle senhorial sobre a prática da alforria. Nesse sentido, tais alegações serviriam para que os escravos jamais se esquecessem que possíveis alforrias estavam, em grande parte (ou, na visão dos senhores, totalmente), nas mãos dos proprietários, o que levaria o cativo a se encaixar nas “regras do jogo” que os senhores acreditavam impor. Novamente, não parece ser essa a leitura feita pelos escravos.

Mesmo os cativos reconhecendo a posição privilegiada dos senhores nessa relação, ainda assim a questão da liberdade não se resumia à concessão senhorial. Analisar a questão apenas por esse aspecto empobreceria a discussão, simplificando um processo que parece muito mais complexo e dinâmico.

Caso a concessão da liberdade fosse suficiente para explicar a prática de alforrias, como ficariam, então, as estratégias levadas à frente pelos africanos e crioulos norte-mineiros no dia a dia da escravidão? O ato de alforriar, mesmo sendo, na maioria das vezes, juridicamente executado pelo senhor³, estava carregado de valores, de informações e de códigos individuais, muitas vezes moldados pela atuação direta dos escravos.

³ É importante notar que as alforrias poderiam também ser executadas pela Justiça ou mesmo pelo Rei, o que demonstra não ser uma prerrogativa exclusiva dos proprietários de escravos. No segundo caso, por exemplo, estudos revelam situações em que escravos recorriam ao poder real – apelos extrajudiciais – quanto à questão da liberdade. Ver: Russel-Wood, 1995.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de março de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 mar. 2002.
- CARVALHO, Marcus J. M. de. **Liberdade**: rotinas e rupturas do escravismo no Recife, 1822-1850. Recife: Ed. UFPE, 1998.
- CHALHOUB, Sidney. **Visões da liberdade**: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte. São Paulo: Cia. das Letras, 1990.
- GRINBERG, Keila. **Liberata**: a lei da ambigüidade: as ações de liberdade da Corte de Apelação do Rio de Janeiro, século XIX. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
- JESUS, Alysson Luiz Freitas de. **O sertão oitocentista**: violência, escravidão e liberdade no Norte de Minas Gerais – 1830-1888. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2005.
- MALHEIRO, Perdigão. **A escravidão no Brasil**: ensaio histórico, jurídico e social. v. 1. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.
- MALHEIRO, Perdigão. **A escravidão no Brasil**: ensaio histórico, jurídico e social. v. 2. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.
- MONTES CLAROS (Minas Gerais). Cartório do 1.º Ofício Judicial e de Notas (COJN). Ações cíveis de liberdade. Montes Claros/MG, 11 de novembro de 1839.
- PAIVA, Eduardo França. **Escravos e libertos nas Minas Gerais do século XVIII**: estratégias de resistência através de testamentos. São Paulo: Annablume, 1995.
- RUSSEL-WOOD, Anthony John R. Vassalo e soberano: apelos extrajudiciais de africanos e de indivíduos de origem africana na América Portuguesa. In: SILVA, Maria Beatriz Nizza da (Org.). **Cultura portuguesa na Terra de Santa Cruz**. Lisboa: Estampa, 1995.
- SOARES, Carlos Eugênio Líbano. **A capoeira escrava**: e outras tradições rebeldes no Rio de Janeiro (1808-1850). Campinas, SP: Ed. Unicamp, 2001

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MONTES CLAROS. Divisão de Pesquisa e Documentação Regional (DPDOR/UNIMONTES). Arquivo do Fórum Gonçalves Chaves (AFGC). Processos Criminais. [S. d.].

Submissão em: maio de 2015
Pareceres favoráveis em: setembro de 2015

La Tutela de los Derechos Humanos por la Jurisdicción Constitucional, ¿Mito o Realidad?

GILBERT ARMIJO*

Resumen: Los derechos humanos en América Latina han encontrado una nueva opción para su cumplimiento efectivo. Si bien tradicionalmente nuestros ciudadanos tenían que acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tratarse de una justicia residual, y siendo la mayoría de los países latinoamericanos signatarios del Pacto de San José, recientemente nos hemos comenzado a cuestionar: ¿tenemos los tribunales nacionales la obligación de tutelar de manera efectiva los derechos consagrados en el Pacto? En el presente trabajo se analizan algunas disfuncionalidades que han imposibilitado ese acceso directo a la tutela nacional efectiva, a la vez que se asiste a una mayor toma de conciencia sobre el papel de los tribunales y salas constitucionales como verdaderos y eficaces jueces de esta jurisdicción.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, tratados internacionales, tribunales constitucionales, sistema judicial, control de constitucionalidad, tercera vía, derecho comparado, jurisprudencia, Costa Rica.

Zusammenfassung: Für den effektiven Schutz der Menschenrechte steht in Lateinamerika eine neue Option zur Verfügung. Wenn sich unsere Bürger auch traditionell an den Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte wenden mussten, wurde in jüngster Zeit angesichts der Tatsache, dass es sich dabei um eine nachgeschaltete Gerichtsbarkeit handelt und dass die meisten lateinamerikanischen Staaten den Pakt von San José unterzeichnet haben, die folgende Frage aufgeworfen: Sind die nationalen Gerichte zum effektiven Schutz der im Pakt niedergelegten Rechte verpflichtet? Der vorliegende Beitrag analysiert einige Funktionsstörungen, die dem direkten Zugang zu einem effektiven Schutz auf nationaler Ebene im Weg stehen, während gleichzeitig das Bewusstsein über die Bedeutung der Verfassungsgerichte und -kammern als den eigentlichen, wirksam tätigen Gerichten auf diesem Gebiet der Rechtsprechung wächst.

* Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Profesor universitario de la UCR y UNA. Premio Alberto Brenes Córdoba 1996 por el Colegio de Abogados. Premio Ulises Odio Santos 1998 por el Poder Judicial. Autor de diversas publicaciones especializadas. Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica.

Schlagwörter: internationales Recht der Menschenrechte, internationale Verträge, Verfassungsgerichte, Rechtssystem, Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit dritter Weg, Rechtsvergleichung, Rechtsprechung, Costa Rica.

Abstract: Human rights in Latin America have found a new option for their effective enforcement. Although the citizens of our countries traditionally had to resort to the Inter-American Court of Human Rights, given the fact that the court's jurisdiction is residual and that most Latin American countries are signatories of the American Convention on Human Rights, we have recently started to ask ourselves: as national courts, do we have a duty to provide effective protection for the rights enshrined in the Convention? This study analyses some malfunctions that have made it impossible to gain direct access to effective national protection; at the same time, awareness of the role of courts and constitutional chambers as real and effective judges in this jurisdiction has increased.

Keywords: international human rights law, international treaties, constitutional courts, judicial system, constitutionality control, third way, comparative law, jurisprudence, Costa Rica.

1 INTRODUCCIÓN

¿Por qué los estados ratifican y firman los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y luego se niegan a aplicarlos? ¿Este es un problema exclusivo de los estados o son sus funcionarios quienes incurren en omisión cuando se trata de cumplir los compromisos internacionales adquiridos por sus respectivos países? En el presente trabajo, trataremos de aventurar algunas posibles explicaciones al fenómeno, que torna en invisibles determinados derechos humanos consagrados en favor de los ciudadanos de los estados.

2 DISFUNCIONES QUE ENTORPECEN LA PLENA EFECTIVIDAD DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

En primer lugar, es necesario diferenciar entre los tratados sobre derechos humanos y los tratados-contratos que denominamos *tradicionales*. En segundo lugar, es apropiado recordar que el problema puede tener su origen en la deficiente formación profesional de los jefes de las instituciones públicas estatales, que fuimos formados en una concepción débil del derecho internacional privado y público, pues su cumplimiento efectivo, durante un gran período histórico, quedaba prácticamente librado a la buena voluntad de las partes y al principio de buena fe y *pacta sum servanda*, por cuanto los tribunales internacionales tenían escaso o ningún poder real para obligar a los estados a cumplir las obligaciones adquiridas.

Estos convenios tradicionales entre estados podían ser bilaterales o multilaterales, pero en las décadas de los sesenta y los setenta eran negociaciones entre los gobiernos, que perseguían la obtención de ventajas y beneficios. Así, si en determinado momento era

conveniente, el Estado negociaba disminuciones de impuestos a las importaciones de otros terceros países, en la mayoría de los casos como una graciosa concesión soberana. En síntesis, este primer grupo de convenios y tratados, que en Costa Rica prevalecieron durante un prolongado período, son conocidos por nuestra doctrina como los *tratados-contratos*.

A lo anterior debemos agregar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados permite a los estados utilizar dos criterios que denominamos *llave*, que potencian esta disfunción al supeditar el cumplimiento de los convenios a las circunstancias del caso concreto. Así, el primero de estos criterios establece que el incumplimiento grave de un Convenio no produce mayores consecuencias jurídicas, salvo la suspensión total o parcial de este. El segundo se resume al indicar que el cambio de circunstancias permite a la parte afectada dar por terminado el convenio y retirarse de su cumplimiento. En última instancia, el Estado asume que el *contrato* es bueno o malo para sus intereses económicos, y tras considerarlo malo deja de cumplir sus compromisos —desde luego, la buena fe lo obliga agotar el procedimiento de rigor ante el tercer Estado, pero lo que nos interesa ahora resaltar es que esta situación ha calado con fuerza en subconsciente colectivo nacional.

A diferencia de los *tratados-contratos*, los tratados sobre derechos humanos persiguen un fin diferente, y este es el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por destinatario al Estado, sino al individuo. En este sentido puede consultarse la opinión consultiva OC-1/81 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (n.º 1, § 24). Sobre el objeto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, también la Corte Europea de Estrasburgo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en idéntico sentido en el caso *Soering* (1989, § 87).

Es necesario recalcar que el objeto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, una vez firmados y ratificados por el Estado, no es disponible para este. Por el contrario, su cumplimiento es obligatorio en virtud de que los nuevos derechos no le pertenecen al Estado, sino a todos y a cada uno de sus ciudadanos. Desde luego, diferente situación se presenta con los tratados tradicionales, que por lo general regulan competencias comerciales.

Pese a lo expuesto, cuando la Sala le da a un funcionario la orden de respetar el Pacto, es común escuchar al funcionario preguntarse con indignación: ¿de verdad el Pacto de San José es una norma jurídica?

3 DEFICIENCIAS PROCESALES PARA LA EFECTIVA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS. PROBLEMAS ESTRUCTURALES SOBRE LA ADMISIBILIDAD

Este cuestionamiento sobre el valor jurídico de los derechos humanos responde también a un problema estructural, que ha sido favorecido por los mecanismos procesales que se le imponen a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El ciudadano común suele descubrir con sorpresa que no solo el Pacto de San José tutela sus derechos esenciales, sino que el acceso a la *justicia internacional* es un camino tortuoso.

Ciertamente, existen normas que le garantizan el derecho de defensa o el acceso a un traductor en materia penal cuando no habla el idioma del país donde esta siendo juzgado. El artículo 13 del Pacto de San José le garantiza el ejercicio de su libertad de buscar información y difundirla, sin estar incorporado, por ejemplo, al colegio de periodistas del país; máxime cuando algunos estados —desconociendo el artículo 13 del Pacto— exigen la colegiatura obligatoria para ejercer la profesión de periodista, y hacerlo sin autorización constituye el tipo penal de ejercicio ilegal de la profesión.¹

El acceso a la tutela de los tribunales de derechos humanos en América representa todo un reto a la persistencia, pues la admisibilidad es un tema complejo. Primero: la aplicación del principio de subsidiariedad implica que solo ante la falta de respuesta interna a las graves agresiones a los derechos humanos pueden intervenir las instancias internacionales de protección, lo cual indudablemente es resabio de un derecho internacional débil, pues antes de interponer la demanda hay que agotar las vías ordinarias internas,² dado que la

¹ Véanse la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiatura obligatoria de periodistas y el artículo 13 del Pacto de San José. En igual sentido, Sala Constitucional, sentencia 2313-95, de las 16:18 h del 9 de mayo de 1995. En la sentencia se establece que la ley impugnada reconoce como exclusivo de los periodistas lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce como una libertad para todas las personas, por lo que dicha ley es violatoria de la libertad de expresión. En adición a ello, la Sala Constitucional destaca que en 1985 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una opinión consultiva solicitada por Costa Rica, para que aquella resolviera si la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas era compatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contiene el derecho a la libertad de expresión, de manera que el caso resuelto era una suerte de repetición de lo ya planteado en la opinión consultiva. La Sala sostiene finalmente que quien formule una solicitud de opinión consultiva debe ser considerado parte y, por lo tanto, queda obligado a cumplir los términos de esta. Véase también Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 2000-03220, a las 10:30 h del 18 de abril del 2000.

² A pesar de que el artículo 46 de la Convención establece como excepciones los casos en los que: “a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; “b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y “c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”.

jurisdicción internacional se aplica supletoriamente, aun ante graves violaciones de los derechos humanos.³

Ello implica que en la práctica, para nuestro medio, los ciudadanos deben esperar un promedio de diez o más años antes de que el caso llegue a casación, para acudir por los medios usuales ante la Comisión de Derechos Humanos, y con suerte esta lo admitirá. Esta situación es de fácil verificación, pues el volumen de asuntos resueltos por la Corte es relativamente reducido frente a las demandas que se presentan y se rechazan *ad portas* por la Comisión (CORTE, 2005). Segundo: El derecho internacional reconoce a los estados un amplio ámbito de autonomía para que implementen los mecanismos apropiados de vigencia de los derechos humanos dentro de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Solo ante las omisiones graves de manera supletoria, el ordenamiento internacional le permite a la Corte Interamericana intervenir y resolver la cuestión.

3.1 Una Opción Alternativa: la Teoría de la Tercera Vía

Esta situación ha llevado a parte de la doctrina —entre ella a Peces-Barba Martínez (1986) y Bobbio— a desarrollar la concepción de la tercera vía; pues, conscientes de las graves trabas que se les imponen a los ciudadanos para acceder a los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, establecen una verdadera lucha no solo por la universalización de los derechos humanos, sino por la necesidad de crear un verdadero consenso de protección de estos derechos. Sostienen que compete a los tribunales constitucionales aplicar directamente estos instrumentos de protección como normas jurídicas. De esta manera, las cortes constitucionales se convierten en el ámbito interno de los países en verdaderos tribunales de derechos humanos, con lo que se crea una verdadera retroalimentación entre los derechos humanos y el derecho constitucional, como una forma de introducir los derechos humanos en el ordenamiento nacional positivo.

Desde luego, la *tercera vía* implica invitar a los tribunales constitucionales a que admitan una legitimación más amplia del ciudadano para que pueda acudir a reclamar la vulneración de sus derechos, como una manera de darle respuesta a las graves violaciones de los derechos que se reclaman y, al mismo tiempo, en nuestro caso, darle eficacia jurídica a la norma constitucional que proclama que los tratados y convenios internacionales debidamente aprobados por los estados tienen un valor superior a la ley.

³ El problema no solo existe en América Latina. Véanse, por ejemplo, los artículos 32, 34 y 35 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Creo que esto bastaría para justificar la legitimación de cualquier ciudadano ante su sala o tribunal constitucional, pues si se trata de una ley esta debe surtir efectos jurídicos, y si los jueces ordinarios se sienten incapaces de aplicar estos instrumentos, el juez natural para hacerlo es el constitucional. Así lo hemos entendido, antes incluso de que se mencionara siquiera el concepto de *derechos emergentes*. Efectivamente, la Sala Constitucional de Costa Rica en la década de los noventa estableció el siguiente precedente:

[...] cuando las disposiciones de los tratados resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que l[as] desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deben tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado.⁴

Desde luego, esta opción para algunos no es suficiente, y la analizan como un pobre paliativo, para negar el acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues siempre sería factible indicar que los tribunales constitucionales internos son los competentes en este tipo de asuntos y solo ante su omisión absoluta podría la Corte conocer del caso, con lo cual se evita que le lleguen verdaderas cascadas de demandas, tal y como ocurre en este momento con la Corte Europea de Derechos Humanos o con la Sala Constitucional costarricense, que a juicio de algunos colegas europeos, prácticamente puede *morir de éxito*.⁵

Curiosamente, para algunos de los teóricos de los derechos humanos emergentes este es un tema relativamente invisible. Debemos hacer la salvedad de doña Sonia Picado, presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, quien conformó el comité científico que debía sentar las bases de la Carta de Derechos Humanos Emergentes. Consciente del problema, ella sugirió que debía incorporarse una norma que permitiera una relectura actualizada de la Declaración Universal, y por ello planteó que resulta válido y oportuno preguntarse si ese artículo 8 no debería contener una segunda parte que postulase, por ejemplo:

Para la plena protección de sus derechos humanos, la persona podrá acudir a las instancias internacionales en los casos en que la protección nacional pudiera haber sido insuficiente. Los estados se comprometen a acatar y ejecutar las resoluciones internacionales de carácter definitivo que se generen en este sentido (PICADO, 2008).

⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, resolución 282-90, de las 17:00 h del 13 de marzo de 1990.

⁵ Así por ejemplo en 1989 entraron en la Sala Constitucional 365 asuntos y en el 2007 ingresaron 16.951. En este mismo período, el número de casos terminados fue de 179 para 1989, y 17.109 para el 2007 (la mayor cantidad de asuntos resueltos que ingresos responde a casos de años anteriores).

La posición de doña Sonia Picado y otros dio como resultado la aprobación del título VI, artículo 9, § 7 de la Carta de Derechos Humanos Emergentes, donde se establece el derecho a un sistema internacional justo que reconoce a toda persona y a toda comunidad la posibilidad de “acudir a instancias internacionales en los casos en que la protección nacional pudiera haber sido insuficiente.” (DECLARACIÓN, 2008, artículo 9, párrafo 7).

4 EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EL DERECHO INTERNO: UN PROBLEMA GLOBAL

Es cierto también que ha sido difícil volver operativos esos derechos en los ordenamientos internos. Tanto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer han potenciado una serie de seminarios y congresos con los presidentes y magistrados de los tribunales y salas constitucionales latinoamericanos para concienciar a sus miembros de la importancia de aplicar el Pacto de San José, directamente y como norma jurídica. Estas reuniones han dado como resultado el acuerdo de San Salvador, en el que los mencionados tribunales se comprometen a aplicar en sus sentencias el Pacto de San José. Este mismo fenómeno ha comenzado a tener una dimensión continental, como lo atestigua la revista *Diálogo Jurídical*.⁶ Esto tiene importancia porque, como reiteradamente lo ha sostenido el expresidente de la Corte Interamericana,

[La] jurisdicción interamericana, depositada en la Corte —que funciona en San José, Costa Rica, desde 1979— tiene carácter complementario de la jurisdicción nacional: a esta incumbe, en primer término, la protección de los derechos fundamentales de las personas (GARCÍA RAMÍREZ, 2006).

Este esfuerzo de difusión no ha sido aislado. En otros casos, Unicef ha tratado de divulgar la Convención sobre los Derechos del Niño, y parte de este programa permitió la creación de una nueva serie de leyes sobre el tema en América Latina (GARCÍA MÉNDEZ; BELOFF, 1999). Costa Rica no fue la excepción: en 1986 se aprobó la Ley de Justicia Penal Juvenil (SOTOMAYOR, 1996) y años después el Código de la Niñez y la Adolescencia. Esto fue necesario debido a que entre la teoría y la práctica siempre ha existido una distancia importante. Aceptamos como cierto que los tratados y convenios sobre derechos humanos ratificados son normas jurídicas. Existe una presunción *iure et*

⁶ Véanse las sentencias de múltiples tribunales latinoamericanos —como el argentino, el costarricense, el dominicano y el salvadoreño, solo por mencionar algunos— en las ediciones de *Diálogo Jurídical*. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º 1, México, 2006, y n.º 2, 2007.

iure en ese sentido; la conciencia colectiva se satisface con su ratificación legislativa. Tal parece que, una vez que somos parte del instrumento, pensamos que ese solo hecho basta para brindar una protección absoluta a nuestros ciudadanos. Se cree que con la firma de instrumentos internacionales sobre derechos humanos se solucionan los problemas que justifican su creación, sin pensar que esas normas *formalmente* superiores a las ordinarias son absolutamente ineficaces mientras no se reclamen para resolver los casos concretos. No obstante, a pesar de que son invocadas en algunos supuestos, es evidente la resistencia de los jueces a implementarlas. Salvo honrosas excepciones, resulta manifiesto lo difícil que es para estos interiorizar que se trata de normas jurídicas vinculantes.

4.1 El Caso Argentino

Mary Beloff llevó adelante un estudio en Argentina, como parte de la conmemoración de los cincuenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, organizado por el PNUD (BELOFF, 1998). En la encuesta se les preguntaba a los jueces por qué no aplicaban la Convención sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno. La respuesta fue que se trataba de normas programáticas, abstractas e indeterminadas que no podían ser aplicadas por el juez ordinario hasta que existiera una ley formal que así la desarrollara. En consecuencia, Beloff se pregunta si la Convención tiene fuerza normativa o si, por el contrario, se trata de normas programáticas que necesitan de una reforma legislativa que las concrete. Ciertamente, en España, por ejemplo, incluso las normas constitucionales, si no han sido puntualizadas por medio de una *ley orgánica*, no pueden ser aplicadas como normas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países latinoamericanos. En Costa Rica las normas constitucionales son normas jurídicas, como ha sostenido siempre García de Enterría.

Por ello, debemos coincidir con Beloff en que la Convención es jurídicamente exigible, pues es difícil aceptar la tesis de que se trata de normas indeterminadas. Basta una simple lectura del artículo 37 de la Convención, que establece en el inciso *a*: “Ningún niño será sometido a tortura, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”. El inciso *d* dispone: “Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica”. Resulta difícil comprender que un juez no pueda interpretar estas normas procesales para establecer la interdicción de la tortura, los tratos crueles y degradantes o la obligación del Estado de brindarle al menor acusado la necesaria asistencia de un defensor que lo represente en las causas penales. Las normas señaladas tienen un alto contenido procesal. El problema, más que de interpretación, es de falta de voluntad jurídica para obedecer la normativa internacional. En especial cuando la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño entra en conflicto con la ley o la ideología que existe detrás de la ley.

En el caso argentino el fenómeno es comprensible porque Argentina es la cuna de la teoría de la situación irregular, la cual dio base a la mayoría de las leyes tutelares de América Latina y prevaleció hasta que se reconoció a la Convención como el nuevo fundamento jurídico de los derechos que protegen a los niños, niñas y adolescentes. El nuevo planteamiento tiene como sustento teórico-práctico la teoría de la protección integral, que en América sustituye al diseño anterior. Básicamente ya los niños no serán objeto de tutela, sino sujetos de derechos constitucionales como cualquier persona mayor de edad. Ante este cambio de paradigma, no es de extrañar que los jueces argentinos se sintieran desplazados por las nuevas normativas.

Posiblemente esta experiencia haya hecho meditar a algunos responsables de las agencias internacionales para la protección de la niñez, como la Unicef, que desde ese instante comenzaron una fuerte campaña para que las leyes ordinarias desarrollaran el contenido de los derechos humanos para el sector que les interesaba (GARCÍA MÉNDEZ; CARRANZA, 1992; SOTOMAYOR, 1996; ARMIJO, 1997).

4.2 El Caso Alemán

Similar problema al tratado por Beloff se presenta en Alemania. Roland Bank (2003) tiene un interesante artículo en el que cuestiona la difícil operatividad en Alemania de los derechos humanos como normas constitucionales, y en especial sobre la compleja situación para poder reclamarlos como normas jurídicas ante la Corte Constitucional. En primer lugar porque los instrumentos de esa índole tienen rango de ley federal y solo pueden invocarse ante los tribunales federales; en consecuencia, cuando el argumento jurídico tiene como base las presuntas violaciones a la Convención Europea, la Corte Constitucional suele desechar la queja, y solo los admite de manera restrictiva y con fundamento en el artículo 25 de la Ley Básica cuando la norma de la Convención tiene aplicación universal y no se limita a una aplicación regional. La Corte, suele considerar a la Convención como una ley ordinaria y por ende no la cita en sus fallos, pese a que la Constitución alemana señala en el artículo 1, § 2:

El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda la comunidad humana, de la paz y la justicia.

Por ello, para un sector de la doctrina alemana, de conformidad con los artículos 59 y 25 de la norma fundamental, la Convención Europea podría considerarse al menos como derecho consuetudinario y, por ende, aplicable por la Corte Constitucional.

3.3 El Caso Español

Respecto a la infancia, la Convención sobre los Derechos del Niño constituye la piedra angular de la protección de los derechos humanos. La defensa de la infancia conlleva aceptar con una visión de conjunto la simbiosis que existe entre el derecho interno y el derecho internacional que regula los derechos humanos. Los derechos humanos se convierten así en un instrumento de análisis que nos permite replantearnos si la actividad que realiza el Estado y sus órganos es válida y legítima, y si está en armonía con los valores en que se sustenta su respeto.⁷

La Convención establece en los artículos 2 y 3 lo que podríamos señalar como el concepto operativo básico del interés superior del niño. Sin embargo, esto no basta para asegurar su plena eficacia jurídica. Así lo sostiene Human Rights Watch, en su informe de octubre de 2008, sobre el caso de Andalucía. Ciertamente, el gobierno español ha tomado una serie de previsiones para evitar las deportaciones indiscriminadas de niños que llegan sin sus familiares a tierras andaluzas. Estos niños son reubicados, en su caso se cuenta con la intervención de un fiscal especial y estudios del sector social español. Sin embargo, cuando se investiga más a fondo se descubre que lo que existe es una apariencia de derechos de garantía, pero vacíos de los contenidos formales mínimos. El interés superior del niño es, por cierto, un parámetro de interpretación transversal que debería impregnar todo el ordenamiento a fin de brindarle al niño el máximo de protección posible. No obstante, en el *Estudio del caso Andalucía* lo que se acredita es lo difuso del criterio de interpretación.

Human Rights Watch denuncia en ese informe que los niños que llegan a España por la migración ilegal son invitados a regresar a su país de origen, para lo cual se invoca que eso es lo adecuado según el interés superior del niño, sin tomar las mínimas precauciones para asegurar la efectividad de lo que formalmente se predica. En efecto, la comunicación con las autoridades del país de origen es escasa, y tampoco existe mayor preocupación por asegurarse que efectivamente los muchachos realmente regresan a su familia. Esta organización sostiene que lo que menos pesa en las deportaciones de niños es su interés superior, sino que el objetivo es evitar la inmigración a cualquier precio. Ciertamente, el argumento de que el regreso a su país es lo apropiado de acuerdo al interés superior del niño es un argumento sofisticado, que fácilmente puede ser utilizado *a contrario sensu*, en

⁷ Entre la múltiple bibliografía sobre el tema véase Espiell (1985); Espiell (1996); Peces-Barba Martínez (1986); Peces-Barba Martínez (1996).

cuyo caso se sostendría que lo que atenta contra su interés superior es la repatriación, por el riesgo que implican las deportaciones a un destino incierto, para este caso en Marruecos.

En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia, cuando ha sostenido que no basta que el Estado receptor del muchacho haya ratificado la Convención para eximir al Estado emisor de proteger por todos los medios a los niños que se encuentran en su territorio, lo cual implica que si va a ordenar su deportación debe asegurarse de que se lo proteja de cualquier forma posible de maltrato (TRIBUNAL, 2008). Este criterio ya había sido externado en el caso *Mubilanzila Mayeka contra Bélgica*, en el que se condenó a Bélgica por expulsar de su territorio a la niña Mayeka sin verificar qué tipo de trato iba a recibir en su país de origen, lo que implicó transgredir la obligación de respetar el interés superior de la niña y, desde la óptica del Tribunal, configuró un trato inhumano y degradante, precisamente por la falta de recursos apropiados de acogida por el Estado natal (TRIBUNAL, 2006).

Sobre este tema en el ámbito internacional, el ACNUR ha establecido una serie de directrices para darle un contenido mínimo formal al interés superior del niño.

Los criterios expuestos parecen indicar que la decisión sobre el contenido de garantía de este principio emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pretendía, indirectamente, corregir la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del 27 de junio de 2006, sobre las políticas de migración, el derecho de reagrupación familiar y el interés superior del niño. En este caso, el Parlamento Europeo cuestiona y pide la anulación del artículo 4, apartado 1, último párrafo, y 6, y del artículo 8 de la directiva 2003/86/CE del Consejo, sobre el derecho a la reagrupación familiar (TRIBUNAL, 2003, p. 12). Aduce que la medida es discriminatoria en perjuicio de los niños extranjeros.

El Tribunal de Justicia desestima el recurso contra la directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países, pues afirma que la directiva no afecta la obligación del respetar el interés superior del niño, y predomina la posibilidad de que los estados introduzcan condiciones que impidan la reagrupación cuando se está en presencia de niños menores de 12 años.⁸ Sostienen que dichas normas “únicamente exigen que se respete y se tenga en cuenta el interés superior del niño, pero no establecen

⁸ Pese a que el artículo 24 de la Carta, dedicado a los derechos del niño, establece en el apartado 2: “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”, y en el apartado 3: “Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses” (cursivas añadidas).

ningún derecho absoluto en materia de reagrupación familiar.” (STJCE, Gan Sala, 27 de junio del 2006, § 33). En síntesis:

[El interés superior del niño] no confiere [...] a los miembros de una familia un derecho subjetivo a ser admitidos en el territorio de un Estado y no puede interpretarse en el sentido de que privan a los Estados miembros de cierto margen de apreciación al examinar las solicitudes de reagrupación familiar (STJCE, Gan Sala, 27 de junio del 2006, § 59).

5 EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COSTA RICA

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en Costa Rica se han convertido en un poderoso instrumento que nos permite solucionar, desde la Sala Constitucional, algunos casos que versan sobre esta materia. Debemos reconocer que acudimos a esta fuente porque en ciertos temas nuestras leyes o nuestra Constitución no brindan una solución satisfactoria, o simplemente son omisas. Debemos recordar que desde los inicios de la Sala Constitucional se potenció el valor normativo de los convenios internacionales sobre derechos humanos, debidamente firmados y ratificados por el Estado.

5.1 El Camino Recorrido

Sobre este extremo, y solo como acotación, podemos decir que desde 1990 hemos recorrido dos grandes etapas.

En la primera, se sostuvo que los tratados sobre derechos humanos tenían no solo un valor superior a la ley ordinaria (artículo 7 de la Constitución Política), sino que integraban su parte dogmática (voto 3805-1992). En ese momento esta doctrina recorrió América Latina al amparo de lo que se denominó el *bloque de constitucionalidad*. Recordemos que en la década de los años cincuenta los franceses incorporaron —a falta de una regulación constitucional de los derechos individuales—, vía jurisprudencia del Consejo de Estado, los derechos del hombre y del ciudadano a su Constitución, señalando que formaban parte del bloque de constitucionalidad.

En una segunda etapa la Sala fomentó que, en tanto la normativa internacional concediera al ciudadano mayores derechos que los que le otorgaba la Constitución, aquellos primaban sobre esta. Así, la doctrina del *valor supraconstitucional de los derechos humanos* nació como consecuencia de un asunto que fue presentado ante la Sala, pues la Constitución disponía que la mujer extranjera al casarse con un hombre costarricense obtenía por ese solo hecho la nacionalidad de su marido. Todo marchó sin mayores complicaciones hasta

que una costarricense casada con un extranjero pretendió que se le concediera a su pareja el mismo derecho constitucional. Los funcionarios del Registro Público se negaron, aduciendo que la interpretación literal de la norma era clara: solo señalaba al hombre y no a la mujer. Ante esta situación, la señora presentó un recurso aduciendo que la norma constitucional era discriminatoria y que los instrumentos internacionales la tutelaban, pues no hacen referencia al sexo sino a la persona humana.

La Sala, luego de escuchar a las partes, se pronunció dándole la razón a la recurrente y ordenó que en todos aquellos casos en que la Constitución aluda al concepto *hombre* debe interpretarse *persona humana*, conforme lo señalan los instrumentos internacionales sobre el tema (voto 3435-1992).⁹ Esto tuvo como consecuencia que el artículo 14, inciso 5, de la Constitución fuera modificado para evitar discriminaciones como la denunciada.

Conforme se desprende en nuestro caso, la discusión sobre monismo o dualismo carece de interés, pues solemos utilizar la mayoría de los instrumentos internacionales como normas jurídicas directamente aplicables, tanto por la jurisdicción ordinaria como por la Sala Constitucional. Ello nos ha permitido desarrollar una amplia jurisprudencia en temas sensibles, desde asuntos en los que se analiza la discriminación por razones de pertenencia a un grupo etario (niños-ancianos) hasta asuntos de discriminación por razones de género.

Por ejemplo, se han conocido casos en los cuales se reclama que en las listas electorales de los partidos políticos, para los puestos de elección popular, a las mujeres se las discrimina en abierta violación de la Convención de Belém do Pará, pues si bien se someten sus nombres al electorado, suelen figurar en puestos que de antemano se sabe que no obtendrán los votos suficientes. La Sala Constitucional ha fallado en diversas ocasiones en contra de los grupos políticos que fomentan esta actividad discriminatoria, y los ha obligado a incluir a las mujeres en sitios de elección posible; de esta manera se cumple con la normativa que protege a este grupo y se potencia la discriminación positiva en su favor. Como consecuencia, prácticamente la mitad de la actual Asamblea Legislativa está conformada por diputadas, e igual situación se presenta en la Corte Suprema de Justicia, donde las magistradas cada vez son más.

⁹ Nuestra jurisprudencia sostiene desde la década de los noventa que los instrumentos sobre derechos humanos vigentes en Costa Rica tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que, en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución.

5.2 Nuestros Errores: el caso de Mauricio Herrera

Pero, ¿qué sucede cuando fallamos, cuando por las razones que sean nos equivocamos en cuanto a los alcances del valor normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos? Bueno, cuando esto ocurre tenemos que enfrentar las consecuencias de nuestra miopía. Así, por ejemplo, en el caso *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, la Corte Interamericana nos condenó, pues tuvo por cierto que habíamos violado el artículo 13 del Pacto de San José. ¿Cómo ocurrió esto?

En síntesis, el periodista Mauricio Herrera había sido condenado por los tribunales penales nacionales por afectar el honor de un cónsul honorario costarricense en Europa, al difundir una noticia sobre algunas actividades de este funcionario que los diarios extranjeros reprodujeron. El periodista aducía que su conducta estaba permitida por el Pacto de San José. Los tribunales nacionales, aplicando la legislación interna, sostenían lo contrario y daban una interpretación restrictiva al artículo 13 de la Convención. La Corte, al condenarnos, nos impuso la nulidad de la sentencia condenatoria, la repetición de lo pagado por concepto de acción civil y la obligación de adecuar nuestro ordenamiento procesal penal a la Convención.

Una vez notificada la sentencia, tuvimos que tragarnos el orgullo y acatar lo resuelto. Anular la sentencia y proceder al pago de las reparaciones fue lo menos doloroso; quizá lo que más afectó al foro nacional fue tener que modificar el recurso de casación para hacerlo menos formalista, en los términos de la Convención, y crear el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en última instancia. Desde luego, la Corte Interamericana potenció algo que consideró indispensable: la posibilidad de acceder a la información y publicarla. Aunque el caso pueda verse como negativo desde la perspectiva nacional, a escala latinoamericana creo que la contribución de la Corte fue enorme, pues se fortaleció como nunca antes la libertad de información.

En Latinoamérica, pocos derechos de los consagrados en el Pacto de San José ha sido de tan difícil desarrollo como el derecho de acceso a la información. Es un derecho oficialmente reconocido, pero en la práctica siempre restringido, por la administración y por el propio Estado. En efecto, el Estado ha sabido crear su propia esfera de inmunidad para no revelar lo que no le conviene, en unos casos justificado por la doctrina del *secreto de Estado* y en otros según el criterio, más amplio, de los *actos discrecionales* del Poder Ejecutivo. En última instancia, la lucha por la libertad de información podría conceptualizarse en nuestro continente, parodiando a García de Enterría, como la lucha contra las inmunidades del poder, y sostenemos que el *secreto oficial* es su creación más fructífera.

El secreto de Estado siempre ha sido un límite dudoso, que en nuestro continente suele amparar la arbitrariedad o la corrupción. Hoy día se acepta sin mayor reparo que el acceso a la información fomenta dos valores universalmente aceptados: la necesaria transparencia de la administración y la rendición de cuentas. Los norteamericanos, por lo menos antes del 11 de septiembre del 2001, desarrollaron el principio de *follow the Money* (sigue al dinero), el cual opera desde la premisa de que los gobiernos, al ser elegidos democráticamente por los contribuyentes, pueden y deben controlar cómo se gasta su dinero. Sin embargo, Herb Strentz, profesor de la Universidad de Drake, nos viene alertando de que esto cada vez es más difícil de fiscalizar en los Estados Unidos, en especial después del 11 de septiembre. En todo caso, una cosa es controlar cierto tipo de información que el Estado debe suministrar —por ejemplo, cómo se gastan los impuestos— y otra muy diferente la relativa a la toma de decisiones del gobierno en temas sensibles.

6 LA DOCTRINA DE LA PROBLEMÁTICA POLÍTICA

¿Hasta dónde hemos llegado en el desarrollo y la aplicación del valor normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento costarricense? En la doctrina, suele afirmarse que la tesis se prueba frente a casos extremos, y la doctrina de la problemática política ha sido un eterno valladar al control judicial.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido de manera reiterada que este tema escapa al control judicial. Así lo afirmó en el caso *Obrien contra Brown* (409 US 1, 1973), sobre las competencias de los partidos políticos; en *Estados Unidos contra Nixon* (418 US 683, 1974), sobre la inmunidad del ejecutivo o en los llamados *Vietnam cases*, del cual es representativo *Massachusetts contra Laird*, en el que el Tribunal Burger denegó el *certiorari* de la sentencia, pues dijo que la alegada inconstitucionalidad de la guerra de Vietnam por falta de autorización del Senado era una cuestión política, que giraba en torno al ámbito discrecional del presidente en materia de política exterior. Sostuvo que el Congreso es un poder que no necesita de su protección y puede valerse por sí mismo.

En todos estos asuntos se partió de la premisa esencial de que los presupuestos del control constitucional o judicial no alcanzan lo político. ¿Será eso cierto en el siglo XXI? Admitirlo sin reservas implica, desde luego, reconocer que existen poderes que están por sobre la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Quizá por ello sea apropiado recordar un reducto que casi siempre, por sensible, es invisible a la doctrina y al control de los jueces: los *secretos de estado en la lucha contra el terrorismo y afines*.

En España, a finales del siglo XX, un caso rompió el paradigma: la sentencia sobre el CESID. Por primera vez en el ordenamiento español una sentencia cuestionaba los actos políticos del gobierno. Estos son los que adopta el gobierno como órgano de dirección estatal, que se caracterizan por un contenido no regulado por el derecho sino por razones de oportunidad, razón por la cual en doctrina suele hablarse de que existen en un régimen especial. En este caso, la Ley Antiterrorista (Ley de Secretos Oficiales n.º 62, de 1978) le permitía al Estado mantener como secreto las investigaciones que se llevaban a cabo por una unidad especializada del Estado en su lucha contra la ETA.

Un ciudadano adujo haber sido secuestrado por oficiales del Estado y cuando iban a ejecutarlo se percataron de que existía un error de identidad y decidieron dejarlo en libertad. El ciudadano denunció el hecho y años después un juez de instrucción inició una investigación. Cuando solicitó la información respectiva al Ministerio, esta le fue negada con el argumento de que estaba cubierta por el *secreto de estado*. El Tribunal Supremo Español ordenó desclasificar la información como secreta y entregarla al juez.

El acto suscitó toda clase de críticas. Según algunos, el control judicial de los actos políticos representa para parte de la doctrina su desaparición, y es una verdadera antinomia que un tribunal de legalidad controle actos políticos, que conllevan un alto valor discrecional, pues decidir qué documentos son secretos se basa en puras consideraciones políticas, al igual que las relaciones internacionales. La discusión concluyó con la sentencia condenatoria para los altos cargos del gobierno español que participaron en la operación y dio como resultado la ley orgánica n.º 2/2002, del 6 de mayo, que vino a regular dichos actos y a sujetarlos al control de un magistrado del Tribunal Supremo.

En Inglaterra, si bien es cierto que los servicios de inteligencia británicos están bajo la responsabilidad política del gobierno (el MI5 responde directamente al Ministro y este a su vez ante el Parlamento) y tienen un amplio margen de libertad para realizar las investigaciones de contraespionaje, ello no implica que estén exentos del control de los jueces, como ocurría en España. Cualquier ciudadano que se sienta afectado por la labor de esta unidad especial puede llevar su caso ante un tribunal especialmente constituido para fiscalizar la labor que realiza el MI5. La jurisdicción está integrada por entre tres y cinco jueces, nombrados por un plazo de cinco años y que pueden ser reelectos. Entre sus competencias está analizar las quejas contra la unidad de inteligencia y, desde luego, decidir si la intervención tenía o no un *fundamento razonable*. Cuando la respuesta es negativa, los jueces tienen las potestades suficientes para cerrar el caso y proceder a ordenar la destrucción de cualquier dato obtenido. También está contemplada la indemnización respectiva al afectado.

Lo digno de resaltar es que, aun tratándose de oficiales que realizan la importante tarea de contrainteligencia, el sistema potencia que, al igual que en materia procesal penal, al investigarse cualquier hecho delictivo, por grave que sea, el proceso debe ser supervisado y controlado por un juez, así se trate de asuntos que atañan a la seguridad nacional.

7 EL DERECHO HUMANO A LA PAZ COMO NORMA JURÍDICA

7.1 El Caso del Estudiante de Derecho Contra el Presidente Abel Pacheco

En un segundo grado de dificultad se encuentra *el control de los actos de gobierno*. Estos actos han estado tradicionalmente excluidos del control jurisdiccional, por lo que es razonable cuestionarse si un simple comunicado del Poder Ejecutivo al Ministerio de Relaciones Exteriores, en el que el presidente se compromete a darle su apoyo al gobierno de los Estados Unidos en la alianza armada contra Irak, es un acto susceptible de ser fiscalizado por el contralor de constitucionalidad.

En Costa Rica, todo funcionario al aceptar el cargo suele jurar que cumplirá y respetará nuestra Constitución; el juramento conlleva que aun el presidente le debe obediencia. El recurrente sostiene que el acto es inconstitucional porque en el comunicado consta expresamente que no somos neutrales ante el conflicto que se genera entre el terrorismo y la paz, y que por ello apoyamos la coalición armada contra el Estado de Irak. Para declarar la guerra, en nuestro país se requiere la previa aprobación de la Asamblea Legislativa, y en este caso el Poder Ejecutivo se comprometió con el gobierno norteamericano sin que el Poder Legislativo hubiera autorizado el acto.

La paz es un elemento esencial de la política nacional en Costa Rica. Desde 1949 el ejército fue abolido y los cuarteles fueron convertidos en escuelas. En 1983, lo que era una forma de vida cobró una nueva dimensión jurídica, pues por medio de un acto unilateral (Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución n.º 39/11) ante las Naciones Unidas depositamos la *Proclama de neutralidad perpetua y no armada*, por la que nos obligamos a “practicar una política exterior de neutralidad a fin de no involucrarse real o aparentemente en ningún conflicto bélico. Más aún, nos comprometemos a extender nuestros deberes de Estado perpetuamente neutral a los conflictos armados dentro de los Estados”. Además hemos suscrito la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos a la Paz (ASAMBLEA, 1975), la Declaración sobre la Inadmisibilidad de Intervenir en los Asuntos Internos de los Estados y la Protección de su Independencia y

Soberanía¹⁰, entre otros. En estos instrumentos el valor *paz* se menciona como un principio transversal, esencial para alcanzar el orden internacional y la solución de los conflictos por medios pacíficos, pero ellos a la vez se convierten en instrumentos operativos que nos permiten formular un juicio de valor en cuanto a lo actuado por el presidente.

En esta sentencia, por primera vez desarrollamos el concepto de *Constitución viva* y la paz como valor que sustenta las bases del sistema democrático, útil como parámetro constitucional para contrastar si la actuación del presidente es compatible con el sistema de las Naciones Unidas para la resolución de conflictos entre las naciones —y, desde luego, la incitativa destinada a hacer justicia por propia mano y al margen de los criterios internacionales es ilícita—. Debemos agregar que de los artículos 12 y 50 de la Constitución derivamos la obligación de renunciar al uso de la fuerza para la solución de los conflictos, y nuestra norma suprema señala con claridad que nuestra seguridad debe encontrarse en el derecho internacional, que para la solución pacífica de los conflictos deben respetarse las directrices del Consejo de Seguridad, y que el uso de la fuerza siempre será la *ultima ratio*, situación que no se presentaba en el caso bajo estudio.

Por el contrario, de los argumentos del Poder Ejecutivo se desprendía una voluntad unívoca de apoyar incondicionalmente los fines de la coalición y el empleo de la fuerza en la acción bélica que se emprendía contra Irak. Este último aspecto fue concluyente para darle la razón al estudiante de Derecho que presentó la acción de inconstitucionalidad. En consecuencia, la Sala Constitucional declaró con lugar la acción y le ordenó al presidente que anulara el acto y, concomitantemente, que se llevaran a cabo las gestiones pertinentes, mediante el ministro de Relaciones Exteriores, para que se nos excluyera de la coalición. A favor del Ejecutivo debemos resaltar que al día siguiente de notificada la sentencia ordenó proceder conforme a ella.

7.2 El Derecho Humano a la Paz Contra la Industria de la Guerra

Varios años después, el mismo estudiante de Derecho interpuso una nueva acción de inconstitucionalidad en contra de la ministra de Salud y del presidente de la administración siguiente. En esta ocasión solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de varias frases contenidas en el decreto ejecutivo n.º 33240-S, que habilitaban al Ministerio de Salud a otorgar el permiso sanitario respectivo para que pudieran fabricarse en el país armas de guerra (en esta clase se incluyen desde la fabricación de armas livianas a pesadas) y

¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 2008-14193, San José, a las 10:03 del 24 de setiembre del 2008.

accesoriamente también se permitía la actividad comercial pertinente para extraer uranio y torio, así como la fabricación de reactores nucleares y la elaboración de material nuclear. La Contraloría General de la República se opuso a la pretensión, y ciertamente en nuestro medio no tenemos una acción popular de inconstitucionalidad, pero sí se les reconoce a nuestros ciudadanos una amplia legitimación para accionar cuando se invoque vulnerado el derecho a la paz.

En este sentido, y en relación con la defensa del derecho a la paz, en la sentencia n.º 2004-9992, del 8 de septiembre de 2004, la Sala manifestó que el derecho a la paz es un derecho de tercera generación y constituye un valor “fundante” de la nación de Costa Rica, que “legitima a cualquier costarricense para defenderlo, sin necesidad de juicio previo” y que puede ser considerado como “un interés que atañe a la colectividad en su conjunto”. En consecuencia, la acción se admitió para su estudio. La Sala sopesó los argumentos a favor de la actividad comercial, que a criterio de la Procuraduría era lícita, y por otro lado analizó los alcances del valor *paz* como parámetro de constitucionalidad. La sentencia sostuvo:

[El] derecho a la paz tiene en el sistema costarricense un reconocimiento normativo que se deriva, no solo del texto de la Constitución Política, sino de los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, un reconocimiento jurisprudencial derivado de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional; y sobre todo un reconocimiento social, conforme al sentir y el actuar de los propios costarricenses.¹¹

Este último aspecto está íntimamente ligado al concepto de *Constitución viva*, comentado previamente, del cual se derivan obligaciones concretas para el Estado y en especial para el Poder Ejecutivo, pues sobre este recae con mayor peso la obligación de fomentar la paz, más aún en nuestro caso, en que nos hemos comprometido con lo que la doctrina denomina un *pacifismo incondicional o activo*. Por consiguiente, sostuvimos:

[...] un Estado que acepte la paz como un valor constitucional fundamental no podrá conformarse con la noción limitada de que paz es ausencia de guerra, sino que deberá ir más allá, previniendo y rechazando continuamente toda decisión y actuación que pueda propiciar y desembocar tal circunstancia. Ciertamente entre las actividades que puede considerarse opuestas al espíritu pacifista de una nación o país, está la fabricación de armas y la producción

¹¹ Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 2008-14193, San José, a las 10:03 del 24 de setiembre del 2008.

de determinados minerales o sustancias químicas. Ellas están directamente ligadas a situaciones de violencia, aun en circunstancias de legítima defensa [...] Por consiguiente, un Estado que aspire a propiciar la paz, tanto a nivel interno como internacional deberá poner especial cuidado al autorizar la fabricación y/o importación de armas y sustancias químicas en su territorio, rechazando rotundamente aquellas que por su naturaleza han sido pensadas y creadas para favorecer el antivalor de la guerra.¹²

Como consecuencia, se declaró con lugar la acción y se anuló el decreto ejecutivo cuestionado.

8 CONCLUSIÓN

Los derechos humanos son, hoy por hoy, el último reducto de las clases más desprotegidas de América Latina. El acceso a la justicia es un aspecto que los tribunales y salas constitucionales deberían fomentar para garantizar un recurso efectivo, en los términos de los artículos 1, 2 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No basta que exista el derecho y menos aún es suficiente que exista *formalmente* un recurso que le garantice la tutela judicial efectiva, si estos, por razones de pobreza, no son capaces de ejercer los derechos mínimos que la Convención les confiere.¹³

No debemos olvidar que los jueces constitucionales tenemos la obligación de abrir nuevas fronteras en protección de los más necesitados, aunque en doctrina se censure esta posición etiquetándola bajo un supuesto *activismo judicial*. Debemos recordar que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad se encuentran regulados en los artículos 26 y 30 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, así como en el Protocolo Adicional a la Convención en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 1 y 5 del Protocolo de San Salvador). Dichas normas nos obligan a potenciar el respeto de los derechos humanos. Desde este punto de vista, nuestra labor es no solo admitir que estamos frente a normas jurídicas, sino que estas son, en efecto, vinculantes para el Estado, y en aquellos casos en que el *poder* transgrede cualquiera de las normas de la Convención, estamos en la obligación de declararlo así y ordenar la restitución del derecho vulnerado.

Ciertamente, todo juez constitucional ha visto la resistencia que existe en nuestros respectivos ordenamientos para que las cláusulas convencionales se respeten de manera efectiva. Las razones, como ha quedado expuesto, son múltiples. Algunas tienen su

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantos, sentencia del 18 de septiembre del 2003.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantos, sentencia del 18 de septiembre del 2003.

fundamento en la prevalencia del derecho interno sobre el internacional, que siempre suele verse como una forma de imposición extraña a nuestro buen derecho nacional. Otras son más sociológicas que jurídicas, pero siempre el resultado es el mismo: firmamos y ratificamos instrumentos sobre derechos humanos que nos negamos a aplicar en el derecho interno.

Debemos recordar que esas omisiones hacen referencia, en algunos casos, a los derechos mínimos dentro del proceso penal, como el derecho de intimación, de defensa, de legitimidad de la prueba, por mencionar algunos básicos. Otros tutelan a actores muy diversos, como el acceso a la información (artículo 13) que tanto les interesa a los periodistas, pero ¿quién de nosotros no desea ser tratado con dignidad, que se le garantice el derecho a la igualdad o el derecho a la vida?

En nuestro caso, y solo como experiencia de derecho comparado, podemos decir que todavía nos falta mucho por andar. Aunque en nuestras sentencias admitimos y utilizamos cada vez más la Convención como derecho exigible, para solucionar los conflictos que se nos presentan existen todavía enormes espacios que no hemos abordado. Esperamos que cada vez sean menos, y más los derechos humanos que efectivamente disfruten los ciudadanos de nuestra Latinoamérica.

REFERENCIAS

ACNUR. Observación general #6 del Comité de los Derechos del Niño.

ARMIJO, Gilbert. **Enfoque procesal de la ley penal juvenil**. San José: LILL, 1997.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución n.º 39/11.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración n.º 2131, del 21 de diciembre de 1975.

BANK, Roland. El instrumentos internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán. En: **Ius et Praxis**, Talca, 2003.

BELOFF, Mary. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos. En: **50 años de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos**. PNUD, 1998.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Soering*, 7 de julio de 1989.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión consultiva OC-1/81, “Otros tratados”**. Serie A, n.º 1, § 24.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EMERGENTES. En: Institute de Drets Humans de Catalunya. Disponible en: <<http://www.idhc.org/esp/documents>>. Acceso en: 14.9.2008.

DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, n.º 1, México, 2006.

DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, n.º 2, México, 2007.

ESPIELL, Héctor Gros. **Estudios sobre derechos humanos**. San José (CR): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985.

ESPIELL, Héctor Gros. **La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez** (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España). San José (CR): ILANUD, 1996.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary. **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Bogotá: Temis-Depalma, 1999.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; CARRANZA, Elías (Org.). **Del revés al derecho: la condición jurídica de la infancia en América Latina: bases para una reforma legislativa**. Buenos Aires: Galerna, 1992.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Presentación. En: Diálogo Jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales nacionales. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, n.º 1, México, 2006.

PICADO, Sonia. Apuntes acerca de los derechos emergentes y su posible relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En: Institute de Drets Humans de Catalunya. Disponible en: <http://www.idhc.org/esp/documents/CDHE/CDHE_Picado.pdf>. Acceso en: 14.9.2008.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Derechos humanos y sistema comparado de justicia juvenil**. México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Los valores superiores**. Madrid: Tecnos, 1986.

SOTOMAYOR, Carlos Tiffer. **Ley de justicia penal juvenil**: comentada y concordada. San José: Juritexto, 1996.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Mubilanzila Mayeka contra Bélgica. Sentencia del 12 de octubre del 2006.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Saadi contra Italia. Sentencia del 28 de febrero del 2008.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Directiva 2003/86/CE del Consejo, del 22 de septiembre del 2003. DO L 251, p. 12.

Submissão em: maio de 2015
Pareceres favoráveis em: outubro de 2015

Consecuencias Laborales de los Procesos de Reestructuración Empresarial: la experiencia española en un contexto internacional

J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA*

* Doctorado en Derecho en 2003 [Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá (Sobresaliente cum laude por unanimidad. Premio Extraordinario de Doctorado de la Universidad de Alcalá)]. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá. Madrid, España. Membro Correspondente da Real Academia Espanhola de Jurisprudência e Legislação .

1 ANÁLISIS DEL CONTEXTO SUBYACENTE EN LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

1.1 Concepto de Reestructuración en el Ámbito de la Empresa

Ciertamente, el tema de las reestructuraciones de empresas no es nuevo en el ámbito de la gestión empresarial de los recursos humanos, sino que tiene precedentes desde las reconversiones industriales impulsadas desde los años setenta y ochenta en España. Y, actualmente, sigue siendo un tema de actualidad debido a las consecuencias adversas derivadas de la crisis económica y los ajustes en el modelo productivo que está viviendo la economía. Con carácter general, no tenemos un concepto unívoco de reestructuración empresarial, sino que cada empresa analizada tiene sus propias manifestaciones particulares. Del mismo modo, los efectos derivados de la reestructuración tienen sus propios efectos y diversas implicaciones comerciales y laborales. Tampoco las estadísticas son seguras a la hora de evaluar la magnitud del proceso de reestructuración empresarial producido en los sectores de actividad y su impacto social.

En el ámbito de nuestro estudio, los procesos de reestructuración empresarial afectan en todos los casos a grandes empresas, donde los sindicatos tienen una gran implantación y pueden influir mejor en el proceso de toma de decisión. Sin duda, el fenómeno más acusado es la deslocalización y la concentración empresarial, como medida directa e inmediata de abaratamiento de los procesos productivos. Se trata de un proceso imparable y progresivo, que nos sitúa ante una idea de reestructuración permanente dirigida a conseguir un mejor reposicionamiento de las empresas en el mercado a efectos de competitividad. Sin duda, la solución buscada con la reestructuración es modificar el tamaño de los grupos de empresas, generalmente al alza, para encontrar una dimensión

de empresa global más competitiva, que permita vender y distribuir los productos de forma eficiente y reduciendo los costes comerciales y laborales.

Los grupos de empresa, como realidad empresarial, son consecuencia de los procesos de transformación que ha experimentado la realidad económica. Sin duda, el grupo de empresa se fundamenta en un modelo de empresa totalmente diferente al concepto clásico de empleador. Ello da lugar a un fenómeno de concentración de las empresas afiliadas y, por tanto, a un redimensionamiento de las unidades productivas que lo componen. El desarrollo de los grupos de empresa plantea, sin duda, problemas en la dinámica de las relaciones laborales y, sobre todo, en la determinación de las condiciones de empleo y trabajo en los convenios colectivos de los grupos empresariales. La constitución del grupo de empresas genera un aumento considerable de la productividad, permite la expansión del grupo, implica menos costes empresariales, permite ampliar el poder de dirección y, asimismo, puede servir de fundamento para el mantenimiento de determinadas condiciones de trabajo. El grupo de empresa se convierte en un empleador de mayor dimensión, debido al carácter complementario de las actividades desarrolladas en el seno del grupo. Sin embargo, y como veremos, también puede dar lugar a problemas aplicativos que es preciso controlar y que pueden incidir en la cohesión social en el seno de las empresas (CONSEJO, 2004).

En el concepto de reestructuraciones empresariales se incluyen distintas tipologías de cambio de empresa, que van desde alianzas estratégicas coyunturales o permanente —acuerdos de *partnership*—, la externalización productiva —*outsourcing*—, subcontrataciones, procesos de cambio tecnológico, reinversión y reconversión industrial, traslados de producción, cambios societarios (fusiones y absorciones), adquisiciones de empresas, traspasos y ventas parciales, deslocalizaciones, rescates de empresas en supuestos de insolvencia empresarial y concurso de acreedores. No obstante, como decimos, la variedad de supuestos analizados impide la referencia a una situación general, todo depende del tipo de grupo de empresa analizado, su volumen de negocio y su implantación internacional. Se trata, en suma, de medidas empresariales que en muchos casos no se discute su aplicación, ya que en determinados contextos económicos es una consecuencia necesaria. Ciertamente, en estos casos antes o después, la empresa tendrá que adoptar dichas medidas reestructuradoras si su deseo es permanecer en el mercado sin perder cuota de negocio.

Junto al tema de la deslocalización, al cual dedicamos un epígrafe específico, si apreciamos en los procesos de reestructuración empresarial supuestos de externalización productiva, que han dado lugar a movimientos empresariales de concentración, fusión y absorción empresarial. Estos cambios que afecta a la forma y tamaño de los propios grupos

empresariales de carácter multinacional. Dichas modificaciones estructurales dan lugar a un nuevo modelo de empresa flexible, que muta constantemente en función de las exigencias del mercado y en función de las necesidades productivas.

Tampoco podemos olvidar otro modelo novedoso de reestructuración, como son los supuestos de cierre de empresa o reducciones significativas de capacidad de empleo en factorías. En este sentido, conviene destacar que no siempre los cierres de empresas tienen su origen en el descenso de pedidos por el cambio de proveedores y cancelación de proyectos de trabajo, sino que tiene distintas finalidades, por ejemplo, repatriar parte de la actividad a la matriz del grupo o externalizar parte del ciclo productivo a las economías emergentes. Estas reestructuraciones afectan en determinadas ocasiones a productos fabricados o suministrados por las propias empresas, bajo la forma de nuevos productos o de reconversión de otros anteriores, o bien la diversificación de determinadas líneas de producción. Esta es una tendencia que se aprecia en todas las empresas de gran dimensión, que su primera medida de reorganización y reestructuración pasa por la reconfiguración de los productos y sus técnicas de comercialización.

En cambio, otro sistema de reestructuración lo encontramos no tanto en conexión con el producto elaborado, sino en relación a los procesos de producción de los mismos. Ciertamente, la incorporación en los procesos productivos de nuevas tecnologías brinda una gran diversidad de tipos de reestructuración empresarial. Igualmente, también podemos comprobar cómo esta distinción pedagógica puede aparecer en la práctica de forma conjunta, en cuyo caso, la reestructuración de empresas puede modificar o alterar tanto la línea de productos de una empresa, así como los propios procesos de producción.

Cuando hablamos de reestructuración de empresas nos referimos lógicamente a cambios empresariales de cierta entidad relativos a la organización productiva, y que no siempre tienen efectos laborales traducidos en extinciones colectivas totales o parciales, aunque sí efectos directos en los sistemas de organización de la actividad laboral. En este sentido, podemos distinguir en función de la competitividad de los grupos empresariales dos situaciones claramente diferenciadas. En primer lugar, aquellas empresas en las que las reestructuraciones repercuten a los trabajadores desde el punto de vista del número de empleados en la plantilla y, en segundo lugar, aquellas otras, en las que la modificación de empresa únicamente tiene efectos en relación a los sistemas de recolocación interna o mecanismos de flexibilidad laboral.

Otro de los aspectos llamativos se refiere a la búsqueda de la especialización en los procesos productivos por medio de los procesos de reestructuración. Mayoritariamente

estos procesos de reestructuración tienen indisolublemente un coste laboral ligado esencialmente a la intermitencia de las líneas de producción y a la asignación de proyectos, que convierte al trabajo en un factor de carácter volátil. Tampoco estos procesos de reestructuración suponen ciertamente un margen mayor de ganancia en términos de competitividad, ya que, como veremos a lo largo de este estudio, las empresas coinciden en afirmar que actualmente se pretende el mantenimiento del nivel de competitividad alcanzado y no se experimentan con carácter general grandes aumentos en la producción. Con todo, estas reestructuraciones conllevan desde el punto de vista laboral la sujeción de los derechos laborales al contexto económico que determinen los mercados y, en consecuencia, a grandes dosis de precariedad en el trabajo.

1.2 Dinámica de los Procesos de Reestructuración y Margen de Autogestión

Generalmente, la reestructuración empresarial más extendida en el ámbito de nuestro estudio tiene una incidencia temporal en el empleo. En este sentido, hemos comprobado que el fenómeno de las reestructuraciones tiene generalmente carácter preventivo. En estos supuestos, las empresas se adelantan a las propias necesidades de cambio derivadas de la grave crisis económica. Estas respuestas de las empresas, que son ejemplo de la anticipación a futuros problemas, tendrían que examinarse desde la óptica del criterio de la oportunidad y la proporcionalidad de las medidas empresariales. Por tanto, la decisión empresarial tiene que ser lo más respetuosa posible con los derechos de los trabajadores ante el cambio productivo. Y, precisamente, en estos supuestos es cuando más importante se muestra el recurso al diálogo permanente y directo con los representantes de los trabajadores. De este modo, el proceso de reestructuración permitiría conseguir un efecto de cohesión social traducido en la moderación de los efectos negativos sobre los intereses de los trabajadores.

La cohesión social se consigue, pues, implicando a la empresa y potenciando especialmente el instrumento de la responsabilidad social corporativa a la hora de gestionar los excedentes de plantilla derivados de las medidas de reestructuración de las empresas. Ello se deriva simplemente de la exigencia evidente de un comportamiento en forma de buenas prácticas empresariales, que sean respetuosas y garantistas con los intereses laborales de los trabajadores en el proceso de alteración de la estructura y organización empresarial. De este modo, el objetivo crucial es conciliar los intereses empresariales dentro del marco de los objetivos del negocio con la salvaguarda del valor añadido y la conservación-renovación del capital social y humano consolidado en la empresa¹. En definitiva, estamos hablando

¹ Este objetivo ha sido puesto de manifiesto por el Consejo Europeo, que ha destacado la necesidad de conciliar la competitividad con el desarrollo sostenible socialmente.

de una exigencia de la nueva empresa socialmente responsable —en los términos empleados por la Organización Internacional del Trabajo²— que tiene que ejercer su papel de garante respecto de los trabajadores y, a su vez, permitir la participación de los trabajadores en los procesos de toma de decisiones³. Sin duda, precisamente en estos procesos de reestructuración empresarial es donde más relevancia adquiere el papel de una empresa comprometida desde el punto de vista social.

En efecto, hemos podido detectar a lo largo de nuestro estudio que la reestructuración de las empresas supone generalmente una apuesta de futuro y rara vez —salvo casos absolutamente terminales— se trata de fenómenos de liquidación de las propias empresas. Estas reestructuraciones se producen lógicamente en momentos de crisis de mayor calado y no son solamente meros ajustes ordinarios de la producción, sino transformaciones de elementos de producción, que producen mutaciones en la propia organización empresarial. Esto implica en la mayoría de los casos analizados la necesidad de implementar medidas de índole laboral. Esto significa que la reestructuración de la empresa supone en la casi totalidad de los casos reestructuración de la plantilla. Ello no tiene que pasar forzosamente por la amortización de puestos de trabajo, sino que puede dar lugar a una readaptación profesional de los trabajadores que permanezcan en la empresa. Ciertamente, estos cambios se producen porque no todos los fenómenos de reestructuración afectan del mismo modo, ni con la misma intensidad a la plantilla de una empresa.

Mayoritariamente, en estos supuestos de reorganización empresarial los cambios en materia laboral están directamente relacionados con la nueva configuración de la empresa. Como vamos a comprobar en nuestro estudio últimamente se están produciendo auténticas innovaciones organizativas, que supone que los trabajadores tienen que adaptarse flexiblemente a los nuevos cambios empresariales. En estos supuestos organizativos los grupos de empresas analizados adoptan los siguientes sistemas de adaptación productiva. En primer lugar, el mecanismo de primer recorte de costes laborales es descender o eliminar drásticamente el volumen de la temporalidad presente en la plantilla, así como evitar el recurso a la descentralización productiva o a las empresas de trabajo temporal. Los siguientes intentos de ajuste económico en materia de personal consisten en congelar el salario o recortar determinadas partidas salariales normalmente ligadas a la productividad y al margen de explotación industrial.

² Vid. “Reestructuración de Empresas Socialmente Responsables”, promovida a partir del encuentro de alto nivel protagonizado por la Comisión Europea y la Oficina Internacional de Trabajo (OIT), celebrado el 14 de febrero del 2002.

³ En este sentido, es especialmente relevante el siguiente informe: Socially, 2004.

A continuación, tenemos las medidas meramente organizativas, que afectan a los trabajadores con los que se cuenta para el futuro. Por ejemplo, se reduce y flexibiliza la jornada y se aplican bolsas de horas en momentos de mayor volumen de actividad productiva. Son medidas previstas para adaptar a la empresa al nivel de productividad sin afectar al empleo. Podemos referirnos a las bolsas de horas que se aplican a períodos punta de actividad y, posteriormente, se congela su uso —dando lugar a un menor salario— en los momentos de descenso del nivel de intensidad de la demanda externa. La idea desde el punto de vista de organización es muy sencilla, el tiempo de menor ritmo de trabajo será posteriormente recuperado en momentos de mayor dinamismo de la demanda en el sector. Igualmente, los grupos de empresa adaptan sus recursos humanos programando rotaciones en los puestos del trabajo en equipo o reduciendo determinados turnos de trabajo en períodos en los que la demanda descienda considerablemente. También se recurre a la movilidad o reclasificación profesional y a la polivalencia funcional y se realizan traslados de parte de la plantilla mediante programas de movilidad geográfica.

Uno de los temas ausentes es la atención a la formación profesional en los procesos de transformación de empresa. En este sentido, es preciso vigilar cuidadosamente las perspectivas de empleabilidad de la plantilla hacia futuro. Y, concretamente, sería conveniente ir anticipando los perfiles profesionales que serán más necesitados en el futuro, así como diseñar nuevos programas de recualificación para favorecer la empleabilidad de la plantilla en las profesiones más demandadas en el sector de componentes de la automoción. Especialmente, durante los procesos de reestructuración de empresas se deben actualizar las competencias profesionales y las cualificaciones de los trabajadores como mecanismo que permite la movilidad interna y externa a la empresa⁴.

También tienen especial proyección la posibilidad de interrumpir los contratos de trabajo con la posterior incorporación al empleo tras un período de suspensión de las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo con vistas a superar una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa. Durante esta fase de suspensión colectiva de los contratos de trabajo, los trabajadores se encuentran en situación legal de desempleo con derecho al reingreso al trabajo (art. 47.1 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET). Se trata, ciertamente, de situaciones meramente transitorias, ya que si la empresa no se recupera después de este tipo de suspensiones especiales por causas empresariales, normalmente la siguiente medida empresarial a adoptar será la utilización de los procedimientos de despidos colectivos.

⁴ Téngase en cuenta el Informe de la Comisión Europea sobre las reestructuraciones de empresa titulado, “Orientations for reference in managing change and its social consequences.”.

Ello nos sitúa ante el siguiente instrumento de gestión de la crisis en los cambios del modelo de empresa, nos estamos refiriendo a los supuestos de reestructuración con pérdida de empleo. Ello da lugar al inevitable cese definitivo de una cuota de plantilla. Por tanto, los trabajadores se desvinculan definitivamente de la empresa tras el proceso de reestructuración. Las consecuencias directas del proceso de reestructuración será la pérdida de empleo, que se compensan con indemnizaciones, subsidios o pensiones. También se recurre, como veremos, a ayudas económicas de carácter público. Sin embargo, consideramos que es preciso anticipar la resolución del conflicto teniendo en cuenta los intereses sociales y fomentando en consecuencia la gestión preventiva del conflictivo. Ello implica abordar los problemas de fondo del conflicto, muchos de ellos irreversibles, con una antelación suficiente y buscando el salvamento de la empresa, que al final no deja de ser un bien preciado que da trabajo y crea riqueza en la región.

En estos procesos de reestructuración empresarial con pérdida de empleo se utilizan normalmente medidas menos agresivas desde el punto de vista de la gestión del personal. Sin duda, generalmente la decisión más extendida es compensar los efectos del cambio de empresa mediante el recurso a las jubilaciones anticipadas y extinciones voluntarias incentivadas. Y, sobre todo, destacamos la utilización de la jubilación anticipada. Generalmente, se utiliza la prejubilación para dar respuesta a los excedentes de plantilla, incluyendo en el colectivo afectado a una horquilla de empleados que tienen una edad entre los cincuenta y dos y sesenta años. En estos casos, se aplica la jubilación flexible por medio del acceso a la jubilación anticipada (art. 207 Ley General de la Seguridad Social, LGSS) o la aplicación de la jubilación anticipada parcial (art. 215 LGSS), que se puede solicitar cuatro años antes de la edad de jubilación ordinaria (actualmente 65 años si se han cotizado al menos 36 años o, en su defecto, a la edad de 65 años y cuatro meses en 2016). Ello se producirá con la consiguiente reducción de la jornada y el acceso a la situación de desempleo parcial como medida de compensación. Estamos ante una medida generalizada en este tipo de expedientes de regulación de empleo, que generalmente tiene un trasfondo directamente relacionado con las reestructuraciones de empresas. Sin duda, este es comunmente el núcleo duro de las negociaciones de los planes sociales en las reestructuraciones empresariales y siempre hablamos, claro está, de casos de extinciones colectivas con perspectivas de viabilidad futura de la empresa.

Generalmente, en los casos de pérdida colectiva de empleos se intenta incluir en los expedientes de regulación de empleo a trabajadores que abandonarán próximamente el mercado de trabajo, ya que están en edades cercanas a la jubilación o se encuentran en la edad de jubilación ordinaria, o tienen un interés legítimo en participar en programas de bajas incentivadas. En el resto de los casos la destrucción de empleo inherente al proceso

de reestructuración llevará consigo la necesidad de buscar un nuevo empleo en el mismo sector, entrando el trabajador generalmente en un proceso de desempleo de larga duración.

A la vista de los supuestos analizados, conviene apuntar que no siempre una reestructuración de empresa y ajuste de personal es sinónimo de beneficios y mayor competitividad de las empresas. Ciertamente, en muchos casos esas extinciones tienen un coste económico evidente debido a la aplicación de indemnizaciones elevadas, muchas de ellas superando en las negociaciones los mínimos legales de referencia, y, además, disminuyen en muchos casos el valor añadido presente en el proceso productivo por la cualificación y experiencia profesional perdida. Tampoco podemos olvidar que este tipo de medidas tienen igualmente un coste social evidente, que da lugar a una mala imagen de la empresa de cara al exterior.

1.3 El Problema Latente de la Deslocalización de Empresas y sus Efectos en las Reestructuraciones Empresariales

Con carácter general, se aprecia una utilización progresiva del recurso a las deslocalizaciones como mecanismo de reestructuración empresarial. Dicho fenómeno ha afectado a todas las empresas de planta tecnológica e irremediablemente incide en el modelo de empresa propio de la industria. Estas deslocalizaciones no solamente tienen efectos mercantiles dentro de una economía globalizada, sino que también tienen transcendencia en el empleo debido al traslado de la propia empresa. Evidentemente, los procesos de deslocalización o relocación de actividades y empresas en el sector analizado forman parte del fenómeno general de la globalización económica. Inevitablemente las empresas españolas tienen que acostumbrarse a vivir con el fenómeno de la internacionalización de la economía, a fin de convivir y no resentirse de los efectos de un mercado globalizado, pero no cabe duda que esta premisa general se presenta como condicionante general de las relaciones industriales y, especialmente, laborales, ya que gravita inquietantemente el problema de la deslocalización como vía agresiva de reestructuración. En determinados supuestos el peligro latente de la deslocalización se utiliza como estrategia empresarial de las grandes multinacionales para realizar políticas de flexibilidad laboral, como la ampliación del tiempo de trabajo o la reasignación de funciones y tareas.

El factor esencial que justifica la decisión empresarial es, sin duda, la necesidad que tienen los grupos de empresa de penetrar en nuevos mercados (sobre todo en el ámbito de las nuevas economías emergentes). Con esta decisión se busca una posición competitiva en el mercado y se permite una colocación más eficaz de los productos en esas zonas de

influencia comercial. Asimismo, la reestructuración en forma de deslocalización pretende abaratar los costes de producción, esencialmente, debido a que los gastos salariales son más bajos. Evidentemente, el objetivo de abaratar costes salariales no es el único móvil, sino que concurre con otras motivaciones empresariales que no aparecen clara y objetivamente como causa de justificación, pero que mueven a los grupos multinacionales a redistribuir internacionalmente sus ciclos productivos.

Las deslocalizaciones han dado lugar a una reducción continúa del volumen de empleo, fenómeno que ya se podía apreciar estadísticamente incluso antes de la crisis económicas. Este proceso comenzó a producirse desde el año 2007. Los datos disponibles ya baticinaban esta tendencia, incluso con carácter previo a la crisis económica. Sin embargo, este dato se ha ido agravando y ha repercutido ciertamente en las estructuras empresariales. Ello se debe a un paulatino proceso de deslocalización en la industria auxiliar. Principalmente, los datos más adversos de explotación y de cuota de negocio se produjeron en el año 2008, acentuándose especialmente en los años 2012 y 2013. Desde entonces no se ha producido un aumento significativo de las deslocalizaciones, totales o parciales de la actividad. Sin duda, el traslado parcial de parte de la actividad productiva a otros países es la tendencia más generalizada. La deslocalización de empresas a otros países han dado lugar a cambios de hondo calado desde el punto de vista industrial, con efectos de gran intensidad en el empleo derivados del cierre total o parcial de una empresa. Ciertamente, en muchos casos estas decisiones de traslado al extranjero suponen para un país o una región concreta problemas con consecuencias importantes en el tejido industrial de forma directa e indirecta. Son procesos de reestructuración que suponen la desindustrialización y la lógica pérdida de riqueza y de puestos de trabajo.

Las Administraciones (europea, central, autonómica y local) intentan compensar los efectos nocivos de la destrucción del tejido industrial y de los puestos de trabajo tanto en las empresas principales como secundarias. Dicho soporte institucional se traduce en la concesión excepcional de ayudas y subvenciones económicas, así como a la concesión de un tratamiento fiscal favorable que intenta mitigar este tipo de reestructuraciones de gran calado, que supone la desaparición no sólo de empleo, sino también la pérdida de segmentos de nuestra actividad industrial. Asimismo, en este proceso cobra especial atención los mecanismo de reconversión industrial, que intenan reparar el tejido industrial y reconstruir en la medida de lo posible el tejido industrial a raíz de los efectos perversos de la globalización de los mercados. Las deslocalizaciones se paralizan gracias a los esfuerzos de inversión en I+D+I de nuestras empresas, que retienen el valor añadido de los procesos de producción. Asimismo, estas acciones empresariales son apoyadas por una política industrial nacional y comunitaria de fomento de los procesos de innovación

tecnológica. Ello se combina con un tratamiento fiscal favorable al mantenimiento de las empresas multinacionales mediante la adecuación del impuesto de sociedades y desde el punto de vista se contemplan legalmente bonificaciones y reducciones de las cotizaciones a las empresas de base tecnológica, como instrumento que evita el denominado *dumping* social.

Los grupos de empresas encuentran nuevas posibilidades de deslocalización debido a los menores costes presentes en determinados países. Ello sucede, por ejemplo, debido al tratamiento fiscal más favorable, a costes del valor de bienes inmuebles más bajos o incluso gratuitos, así como a ayudas públicas para la incorporación en dichos países de los nuevos procesos productivos. De este modo, los grupos transnacionales de la industria se ven atraídos por la posibilidad de trasladar determinadas fases de la producción en aquellos lugares donde se pueden obtener mejores ventajas económicas. Los grupos multinacionales del sector se aprovechan de las diferencias salariales entre países y del coste directo e indirecto de la aplicación de las condiciones de trabajo mínimas para localizar sus líneas de producción. En este proceso la cadena de producción de la industria auxiliar se organiza de forma selectiva y discriminada, ya que en las plantas de producción del grupo con producción de alto valor añadido se sitúan en los países ricos, mientras que a los países pobres se les encomienda actividades productivas de baja cualificación técnica.

Las empresas instaladas en nuestro país tienen que luchar en el seno del grupo por retener la producción mediante la reducción de los costes laborales. Ello se consigue por medio de la ampliación de la jornada y la congelación o, en su caso, descenso del nivel salarial conquistado, y todo esto a pesar de que el coste salarial en el sector en nuestro país no es comparativamente muy elevado desde el punto de vista de la media europea⁵. Por tanto, no sólo se busca la reducción del coste laboral por el nivel salarial más bajo, sino también por las posibilidades de ritmos de trabajo más intensos que redundan en nuevos márgenes de productividad. Sin duda, esta situación de referencia se ve fomentada por un marco normativo caracterizado por la ausencia de normas laborales internacionales que evitan los fenómenos de *dumping* social y por una creciente presión en el mercado internacional tendente a evitar plantearse cuestiones inherentes a la denominada “cláusula social”.

⁵ Muy significativo resulta el dato de Eurostat, que cifra los costes salariales por hora trabajada en la industria y los servicios en España en 13,60 euros y se muestra como uno de los más bajos de la Unión Europea. Concretamente, se sitúa por debajo, y en una proporción de menos de la mitad, de los sueldos de daneses, suecos y alemanes, y casi la mitad de los sueldos ingleses y franceses. Por el contrario, los sueldos españoles solamente son superiores a los salarios griegos y portugueses, si no tenemos en cuenta los países de nueva incorporación en los últimos procesos de ampliación de la Unión Europea.

Esta situación contrasta radicalmente con la situación existente en la Unión Europea, ya que el Derecho Social Comunitario ha previsto un régimen especial dedicado a garantizar los derechos de los trabajadores en estos supuestos de reestructuraciones empresariales. De este modo, la Unión Europea ha intentado limitar las consecuencias perniciosas de estos fenómenos mediante la regulación de los despidos colectivos, insolvencia de empresa y cambios en la titularidad de la empresa⁶. Estas normas limitan ciertamente los efectos de la deslocalización en el espacio europeo y coincide con las reclamaciones de los sindicatos formuladas tradicionalmente al Parlamento Europeo sobre el endurecimiento de las normas aplicables a los procesos de deslocalización de empresas. Desde la óptica sindical, el fenómeno de la deslocalización debe desarrollarse de forma controlada, siempre y cuando se observen unas condiciones mínimas de garantía de los derechos de los trabajadores y se prevengan las consecuencias sociales negativas derivadas de los procesos de reestructuración⁷.

2.4 El Papel de los Representantes de los Trabajadores en los Procesos de Reestructuración Empresarial

El acusado proceso de reestructuración empresarial experimentado no es más que un reflejo directo del cambio de modelo de empresa. Este cambio de tipología empresarial no debe contemplar a los trabajadores como un factor ajeno y pasivo en el proceso de toma de decisión, sino que se debe contar ineludiblemente con la participación de los trabajadores. Concretamente, ello supone aprovechar las vías legales de diálogo y de participación, siendo en este sector especialmente importante la intervención de los sindicatos a través de sus correspondientes federaciones de industria.

Esta presencia del sindicato y su conocimiento de la realidad ha permitido que la empresa intente evitar técnicas de deslaboralización peligrosas extendidas en otros sectores donde están presentes las grandes empresas. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a fórmulas de descentralización que son acompañadas del fomento del trabajo autónomo (especialmente mediante la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente de una sola empresa) y de un proceso de deslaboralización progresivo de las relaciones laborales. Se

⁶ En este punto, destacamos la proyección de la Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero de 1975, sobre despidos colectivos, modificada por la Directiva 98/59/CEE, de 20 de julio, la Directiva 2001/23/CE del 12 de marzo de 2001, sobre traspaso de empresas; la Directiva 2002/74/CE, sobre insolvencia del empresario, la Directiva 94/45/CE, sobre comités de empresa europeos; la Directiva 2002/14/CE, sobre un marco de información y consulta a nivel nacional y la Directiva 2001/86/CE, sobre implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea.

⁷ En este sentido, es muy ilustrativo el Informe: COMISIÓN, 2002, p. 2.

trata, en definitiva, de aspectos de precariedad que no se aprecian en la industria debido a la presencia más intensa de los sindicatos y a su actuación coordinada con las gerencias de las empresas.

Sin duda, los sindicatos se han especializado durante décadas en la gestión de los problemas de reestructuración empresarial y han sabido desmarcarse de una posición de conflicto para participar dialogadamente en la gestión de los conflictos colectivos de trabajo. Sin duda, los sindicatos conocen los problemas y añaden a los procesos de toma de decisión un valor añadido. A su vez, permiten abrir nuevas vías de democracia social en el seno de las empresas, testando oportunamente el sentir general de los trabajadores en procesos como suspensiones temporales de empleo, reducciones coyunturales de jornada o extinciones de carácter colectivo. Asimismo, los sindicatos han permitido canalizar en la óptica de la propia configuración de la estructura de la plantilla estrategias de futuro de la empresa, que garantizan su mantenimiento y reducen sus consecuencias negativas desde el punto de vista social.

El objetivo es claro, deben abrirse cauces de diálogo social en las empresas que permitan la filialización de los trabajadores y evitar el desapego social respecto de la gestión económica de las empresas. Lógicamente, a mayor identificación de los trabajadores con el proyecto empresarial, mayor será ciertamente la comprensión de los cambios drásticos de contenido laboral, que afectan a la estabilidad en el trabajo, la asignación de tareas o la promoción profesional. En nuestro país, actualmente la fórmula legal que permite la participación en los procesos de reestructuración de la plantilla es el art. 64 del ET⁸, que contempla junto al deber de información a cargo de la empresa un procedimiento de información y consulta en aspectos relativos a aquellas cuestiones que afectan al empleo y que estén ligadas a medidas de reconfiguración de la empresa. En este sentido, debemos destacar como una buena práctica empresarial la apertura de procedimientos de información y consulta con la antelación suficiente para prevenir los efectos de la reestructuración. Dichos períodos temporales deberán tener una duración adecuada, que permita gestionar las consecuencias sociales del cambio de modelo de empresa (CONFEDERATION, 2009).

Una breve reflexión merece la incidencia de las reformas laborales de 2010 y 2012 en los procesos de reestructuración empresarial —Ley 35/2010, de 17 de septiembre y Ley 3/

⁸ En el caso de los grupos de dimensión comunitaria es preciso tener en cuenta la Ley 10/1997, de 24 de abril, relativa a los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria. Esta disposición legal transpone a nuestro ordenamiento interno la Directiva 94/45/CE.

2012, de 6 de julio, respectivamente; ambas leyes contienen medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo—. Ciertamente, este cauce de participación de los trabajadores parte con un obstáculo añadido, que tiene su origen en nuestra propia legislación laboral. Actualmente, podemos afirmar que no se garantizan legalmente períodos temporales adecuados para que la información llegue en el momento idóneo, ni la consulta a los trabajadores se produce en un tiempo suficientemente hábil para que la participación sea efectiva e influya correctamente en el proceso de toma de decisiones. Como decimos, este es un contexto que se ha visto afectado negativamente después de la propia reforma laboral, que contempla períodos de consulta y negociación en las suspensiones por causas empresariales y en los despidos colectivos no superiores a treinta días para las empresas con más cincuenta trabajadores en plantilla (arts. 47 y 51.4 ET) o incluso no superior a quince días para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo (art. 41.4 ET). De igual modo, se han introducido en los procesos de información y consulta nuevos cauces alternativos de mediación y arbitraje, sin olvidar las posibilidades voluntarias de sometimiento a dichos mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos colectivos.

Los trabajadores generalmente son informados sobre los instrumentos compensadores de los efectos de la reestructuración. En especial, la reducción y flexibilidad de la jornada, las bolsas de horas, la rotación en los puestos del trabajo en equipo, la movilidad y polivalencia funcional, y la movilidad geográfica. Igualmente, estos cauces de información y consulta dan lugar a la apertura de procesos de negociación. Éstos se tendrán que desarrollar en un contexto de libertad y los trabajadores asumirán voluntariamente, en su caso, los compromisos peyorativos y necesarios para el mantenimiento del empleo. En este sentido, podemos destacar la negociación de una parte del salario como complementos variables dependientes de la actividad real desarrollada en el trabajo. De este modo, se vinculan los salarios a la productividad. Igualmente, encontramos la negociación de porcentajes salariales que se destinan a fondos de previsión, a los efectos de poder prevenir consecuencias adversas en el sector.

Sin embargo, también es preciso indicar que existen algunos ejemplos examinados en los que la dirección del grupo de empresa concede escaso margen de participación a los trabajadores, que solamente intervienen en la fase final de los procesos de reestructuración, y generalmente mediante fórmulas de participación pasiva —mera recepción de información de los procesos de reestructuración— y activa formalmente —consulta directa y final—. Todo ello denota en estos supuestos una escasa implicación de los trabajadores en los cambios empresariales y supone irremediamente la desvinculación de los aspectos sociales del proceso de toma de decisión empresarial. Y, todo ello, a pesar de estar

comprobado que la participación de los trabajadores en la empresa mejora las vías de comunicación y consulta con los representantes laborales e incide positivamente en otros aspectos de mejora como la formación profesional y la adecuación permanente de las cualificaciones de los trabajadores.

Igualmente, la participación de los trabajadores se canaliza por medio de los denominados períodos de consultas previstos legalmente para la movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensiones de los contratos, reducciones de jornada y despidos empresariales por causas económicas (art. 40, 41, 47 y 51 del ET). Se trata de una fase de negociación que debe desarrollarse negociando de buena fe y con vistas a la consecución de un acuerdo colectivo. Asimismo, se deberán cumplir previamente determinadas condiciones de legitimación que se proyectan sobre la representación unitaria o electa de los trabajadores, así como respecto de la representación sindical, cuando ésta tiene presencia en los órganos de representación unitaria.

Este sistema de participación se mostraría, como se refleja en nuestro Derecho Social Comunitario, como sinonimo de capacidad de influir en la toma de decisiones de la empresa. La empresa deberá informar especialmente en estos casos de reestructuración de empresa de la situación, estructura y evolución probable del empleo en la empresa o centros de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo sobre el empleo. Todo ello, claro está, deberá realizarse en el momento oportuno y preventivamente a fin de poder formarse una opinión fundada sobre las consecuencia del cambio de modelo de empresa.

Sin duda, la promoción de la participación de los trabajadores en los procesos de reestructuración empresarial se contempla no solamente en nuestra legislación laboral, sino también mediante la regulación de los despidos colectivos y transmisión de empresa, que forman parte del núcleo duro del Derecho Social Comunitario y que tiene especial proyección respecto de las empresas y grupos de empresa de carácter multinacional. Nuestra legislación ha previsto mecanismos que interfieren en el ejercicio del poder de decisión de las empresas en supuestos de reestructuraciones, tanto en la transmisión de empresa como en los despidos colectivos. En ambos supuestos el legislador protege a los trabajadores, aunque no se llega a reconocer un derecho a oponerse o a limitar el contenido de las medidas adoptadas por la dirección de la empresa (arts. 44 y 51 ET). En esta regulación igualmente la protección de los trabajadores se encuaza por medio de los procedimientos de información y consulta de los representantes de los trabajadores. De este modo, se fomentan efectivamente la idea de permitir un mayor margen de acción a la participación de los trabajadores en el proceso de toma de decisiones de la empresa.

Otras de las materias típicas de los procedimientos de información y consulta en los supuestos de reestructuración empresa, se refiere a la supervisión del plan social o de las medidas de acompañamiento cuando la reestructuración tenga efectos considerables sobre el empleo. Sin dudas, la obligación legal de presentar un plan social en situaciones de reestructuración potencia las vías ordinarias de participación de los trabajadores, y ello pese a que la no presentación o ausencia de acuerdo sobre el plan social no convierten en inviables la decisión de proceder a extinguir colectivamente los contratos de trabajo. La decisión de reestructuración se somete al filtro de la consulta de buena fe para alcanzar un acuerdo, aunque su fracaso no obstaculice la adopción de la medida empresarial. Y ello es importante porque el acuerdo colectivo que pone fin al expediente regulador de empleo pasa ciertamente por la valoración del plan social presentado a los efectos de autorización o denegación de las extinciones.

Por tanto, es preciso aumentar el margen de implicación de los representantes de los trabajadores en la anticipación de los cambios y en la asunción de compromisos ante la decisión de reestructuración de empresa. Ello supone disponer de una información exhaustiva de las operaciones diseñadas y la apertura de cauces de consulta o negociación suficientes, que tengan una duración considerable y en justa proporción al cambio que se plantea. En este caso, los trabajadores realizarían un papel de cooperadores necesarios en buscar de un efecto positivo en el proceso de reestructuración con medidas respetuosas con el empleo.

Como sabemos, los comités de empresa europeo se constituyen por aplicación del Derechos Social Comunitario. Concretamente, se organizan y actúan en aquellas empresas supranacionales con una determinada dimensión. Dichos comités gozan de importantes facultades informativas y consultivas. En este sentido, la dirección de la empresa deberá informar y abrir procesos de consulta a los miembros del comité en circunstancias excepcionales que incidan negativamente en el empleo, especialmente en caso de deslocalización, cierre de empresa o parte del establecimiento, o despidos colectivos. Especialmente importante ha sido su acción en los procesos de concentración, fusión y adquisición de empresas de ámbito europeo, ya que ha permitido canalizar conjuntamente la información sobre los procesos de reestructuración y ha permitido potenciar los cauces de comunicación entre la representación laboral.

1.5 Contenido y Márgenes de la Negociación Colectiva

Las empresas generalmente acuden a vías de negociación. Ciertamente, las empresas también están interesadas en que los cambios estructurales en el grupo se realicen de la

manera menos traumática posible. Ciertamente, este tipo de negociaciones son un indicio del ejercicio de la responsabilidad social corporativa de las empresas y precisamente en las empresas consultadas se detectan buenas prácticas en el ejercicio de la negociación, siendo muchas de estas acciones contempladas en en códigos de conducta y compromisos éticos de empresas que mejora la imagen externa del grupo desde el punto vista laboral. Sin duda, la negociación colectiva en la cúspide del grupo de empresa, especialmente en los grupos europeos, permite la adopción de medidas de prevención y la salvaguarda de la estabilidad del empleo como consecuencia del cambio de modelo de empresa⁹.

Como decimos, en los procesos de reestructuración empresarial se entablan negociaciones de contenido social y colectivo, pero asumidas facultativamente por las empresas en muchos casos. No cabe duda que el margen de acción de los trabajadores es mucho mayor y la negociación colectiva puede contemplar sistemas de mantenimiento del tejido industrial como vía de salvaguarda del empleo. Ciertamente, en nuestro país la legislación no condiciona directamente los procesos de reestructuración empresarial y solamente se contemplan, como sabemos, cauces flexibles de información y consulta a los trabajadores. En este sentido, se echan en falta mecanismos especiales de resolución de conflictos como sucede en el caso francés, donde los denominado acuerdos de procedimentalización —*accords de méthodes*—, sirven en la práctica para generar seguridad jurídica y así poder condicionar o procedimentalizar las reestructuraciones en Francia.

Sin duda, el convenio colectivo está llamado a jugar un papel central en los procesos de reestructuración empresarial. Estamos, una vez más, ante la figura del convenio colectivo, en sus distintas tipologías, como instrumento ideóneo y eficaz para adoptar medidas preventivas y no traumáticas, que permitan la cohesión social en la empresa. Y ciertamente se tratará de una negociación afectada de raíz, ya que tiene como marco de referencia situaciones atípicas que obligan a desarrollar negociaciones flexibles para los trabajadores conociendo la realidad de las cosas y que tendrá como objetivo la defensa de empleo y, en su caso, la reparación de las consecuencias económicas derivadas de la pérdida de empleo. De este modo, se tenderá a la búsqueda de empleos alternativos con el fin de recolocar a los excedentes derivados del proceso de reestructuración empresarial.

Ciertamente, la necesidad de negociar con un grupo de empresa determina el tipo de negociación a desarrollar. Como ya hemos analizado, la gerencia de los grupos intenta

⁹ Téngase en cuenta la Comunicación de la Comisión Europea sobre “Restructurations et emploi. Anticiper et accompagner les restructurations pour développer l’emploi: le rôle de l’Union européenne”, COM (2005) 120 final.

por todos los medios negociar de forma atomizada con las empresas agrupadas, ya que en caso contrario se crearían condiciones laborales dispares difíciles de gestionar. La finalidad esencial de la negociación colectiva en los grupos es constituir un sistema integrador y uniforme de relaciones laborales entre las distintas empresas agrupadas. Ciertamente, el motivo subyacente es de carácter empresarial y responde a las exigencias de la competitividad del proyecto en el mercado, o a cuestiones puramente mercantiles ligadas a los procesos ordinarios de fusión y absorción de sociedades¹⁰.

Desde el punto de vista estrictamente laboral, el grupo persigue crear un sistema de condiciones de empleo y trabajo, de carácter individual y colectivo, que permitan una gestión flexible del trabajo entre las distintas empresas agrupadas. Se trata, en síntesis, por medio de la negociación colectiva de constituir un sistema de relaciones laborales homogéneo, que permita condiciones uniformes entre las distintas empresas que conforman el grupo. De este modo, la dirección del grupo podrá actuar desde la perspectiva de la unidad de plantilla. Ciertamente, el grupo de empresa actúa en estas negociaciones con los parámetros tradicionales de gestión empresarial, a saber, unidad de dirección, unidad de plantilla y unidad de caja. Esta posición de empresario unitario requiere un agente social que dialogue al mismo nivel. De hecho, en las empresas estudiadas hemos comprobado que generalmente se constituyen unidades de negociación propias de los grupos de empresa mediante comités o secciones sindicales de ámbito superior a la empresa. Estos nuevos interlocutores negociarán directamente con la gerencia del grupo de empresa, debido al interés de las multinacionales de alcanzar condiciones de trabajo homogéneas en el seno del grupo.

En este sentido, los comités de empresa europeos han abierto nuevos cauces de negociación colectiva concentrada de carácter nacional e internacional, dada la estructura supranacional de las empresas y la composición de la representación laboral. Precisamente, en los procesos de reestructuración empresarial tiene mayor peso esta vía de negociación sindical, que permite negociar en mejores condiciones los procesos de reestructuración empresarial con consecuencias laborales. Sin duda, la negociación colectiva en la cúspide del grupo de empresa, especialmente en los grupos europeos, permite la adopción de medidas de prevención y la salvaguarda de la estabilidad del empleo como consecuencia del cambio de modelo de empresa. La constitución de los comités de empresa europeos se muestra como medio idóneo para articular la negociación de las medidas de

¹⁰ En este sentido, es preciso destacar que en muchas ocasiones los procesos de fusión y absorción tienen su razón de ser en exigencias de rentabilidad económica ligadas a motivos laborales. Ello se debe esencialmente a la necesidad de reconfigurar y adaptar la plantilla a una nueva situación económica.

acompañamiento más eficaces en el caso de reestructuración de las empresas multinacionales de dimensión europea. Y muy importante será su participación en el diseño de las medidas sociales de complementarias al proceso de reestructuración en los procesos de despidos colectivos. Con carácter general, los representantes de los trabajadores reconocen que este tipo de comités han supuesto un gran avance en los derechos de información y consulta, y han permitido especializar a los representantes y conocer mucho mejor la estructura y forma de funcionamiento de los grupos de empresas.

Las empresas que acogen el sistema de negociación colectiva de grupo son sociedades mercantiles, y generalmente se trata de grupos de naturaleza intersocietaria. En estas negociaciones, el grupo de empresa se sitúa formalmente a efectos jurídicos en la posición de empresario a efectos laborales. Con todo, el tema es ciertamente complejo, ya que si bien es cierto que el grupo asume el papel de empresario en la negociación colectiva, el mero reconocimiento de este tipo de negociación no supone que las empresas filiales pierdan su personalidad jurídica y su posibilidad de negociar acuerdos concretos, aunque en la práctica están condicionados a la ratificación por parte de la alta gerencia del grupo. La situación es ciertamente variada y veremos casos en los que el papel del grupo como empleador es mucho más intenso que otros. Existe, pues, un interés recíproco entre las empresas agrupadas de crear un régimen único de relaciones laborales, ya que en caso contrario se pueden crear problemas aplicativos entre los trabajadores de las distintas empresas. Se trata, ciertamente, de una negociación propia de empresas de gran dimensión. En este contexto el grupo dirige a las empresas afiliadas, que actúan como unidades de producción y ello supone el estricto seguimiento de las condiciones de trabajo en el interior del grupo de empresas.

2 CONTENIDO DE LA REESTRUCTURACIÓN

2.1 Tipo de Reestructuración

Desde el punto de vista laboral, la reestructuración de empresa tiene generalmente efectos laborales, que se traducen en ajustes de plantilla de carácter temporal y parcial. El primero, y más generalizado, de los supuestos de reestructuración no se refiere a la estructura de la empresa, sino a la propia composición del proceso productivo. Ello supone generalmente la reconfiguración interna de los centros de trabajo, que viene presidida por cambios productivos y tecnológicos. De este modo, los procesos productivos no tienen un ritmo regular, sino que generalmente se contemplan secuencias de trabajo en función de la demanda de la actividad. Estas alteraciones en el sistema de trabajo se contemplan mayoritariamente en acuerdos o pactos de empresa (e incluso en los propios convenios

colectivos), reconociéndose algún tipo de contraprestación adicional por la carga adicional del trabajo en forma de prima o porcentaje en función del aumento de la producción.

Igualmente, dentro de los fenómenos de reestructuración menos agresivos, tenemos los relativos a la modificación de la estructura interna de la empresa, cambios del propio grupo que permiten que la empresa pueda posicionarse de una forma más competitiva en el mercado. Estos cambios ciertamente tienen una cierta periodicidad y son relativamente frecuentes. Se trata de cambios empresariales que forman parte de la propia naturaleza del mercado y, ciertamente, también afectan directamente a la plantilla mediante modificaciones funcionales, reclasificaciones o alteraciones de sistema de jornada y salario por rendimiento.

En otros casos, la competitividad se logra mediante el cierre de determinadas plantas de trabajo, concentrando la producción en centros con mayor volumen de pedidos y actividad. Por tanto, la idea es evitar la dispersión productiva para centralizar la producción en grados centros, que posteriormente distribuyen el producto en el mercado. Sin duda, está es la tónica general durante el trienio analizado, las multinaciones se muestran, pues, prudentes y centralizan la producción al máximo. De este modo, determinadas plantas con larga tradición sobreviven con más fuerza la coyuntura actual económica, haciéndose cargo de la producción de otros centros que desaparecen. Estamos, pues, ante supuestos de reestructuración interna que modifican el grupo en función de las circunstancias de mercado.

Este tipo de reestructuraciones internas afectan a toda la plantilla y no sólo a los trabajadores ordinarios. Los efectos del cambio de empresa se proyectan igualmente sobre el personal de alta dirección del grupo. Por ejemplo, mediante la concentración de determinadas funciones de alta gerencia de empresa en determinados directores del grupo. Otra de las reestructuraciones típicas son las relativas a la renovación tecnológica. Ello se debe generalmente a la incorporación de la robotización, que permite asumir distintas funciones del proceso productivo. Efectivamente, la robotización de una fábrica normalmente comporta también un excedente de mano de obra. Este tipo de reestructuraciones económicas tienen siempre como referente una reducción de los costes fijos de personal y, como veremos en su momento, intentan canalizarse por la vía de la negociación por medio de jubilaciones anticipadas y bajas incentivadas. La finalidad esencial perseguida en estos procesos de renovación tecnológica es rebajar los costes de producción y poder competir con países de economías emergentes. Por tanto, una vez más estamos en presencia de un fenómeno redimensionado por el peligro potencial a la deslocalización. En cualquier caso, conviene destacar que estas reestructuraciones internas, que suponen

sustituir al hombre por la máquina no es siempre sinónimo de eficiencia y adaptación automática del proceso productivo, ya que estas reestructuraciones dan lugar a problemas de funcionamiento, por ejemplo, muchos productos finalizan el proceso productivo con defectos.

Se aprecia igualmente un proceso previo de concentración empresarial previo al fenómeno de la crisis. Hasta este momento los grupos de empresas han ido progresivamente adquiriendo nuevas empresas a los efectos de conseguir una posición relevante en el mercado. Sin embargo, ya incluso antes de la aparición de la crisis, se produjeron procesos de reestructuración de los grupos, que se ha agudizado con la aparición de los primeros efectos del ciclo económico adverso. Solamente existen casos aislados en los que las empresas no se han visto sometidas a procesos de reestructuración empresarial. Incluso, en algunos casos se han producido adquisiciones de nuevas empresas. Ciertamente, en estos casos se trata de empresas con solvencia empresarial, cuyo proyecto industrial cuenta con una larga tradición, por lo que el peligro de la deslocalización no gravita con tanta agudeza.

Junto a la reestructuración interna, también se aprecian distintos fenómenos de deslocalización. La deslocalización también se refleja de forma intermedia mediante la externalización parcial de determinados procesos productivos, Este trasvase parcial de la actividad normalmente se realiza a países del Este de Europa (Rumania, Polonia, Bulgaria, etc.), sobre todo, cuando en dichos países coincide una misma línea de producción que es análoga a la desarrollada en los centros de trabajo españoles. Esto permite ajustar costes comerciales y laborales como consecuencia de la transferencia de parte de la actividad a países con bajos costes de producción. Desde el punto de vista del abaratamiento de los costes salariales, solamente basta con citar un dato. En estos países el coste promedio de salario por mes equivale a trescientos euros. Se trata, pues, de una medida empresarial que reduce el precio final del producto y ayuda en general a mejorar la competencia de las empresas. Ello también tiene consecuencia en el tejido industrial español, ya que igualmente se traspasan equipamientos y maquinarias que han estado tradicionalmente en nuestro país.

Esta situación pone en riesgo el futuro de la producción española, lo cual afecta especialmente a determinados sectores como el industrial. Ello se debe esencialmente a la caída de pedidos y proyectos de trabajo, que afectan sensiblemente a los centros españoles y condicionan la viabilidad futura de su producción. Los centros españoles mantendrán su actividad lógicamente en tanto en cuanto siga existiendo una relevante cuota de mercado, que sea suficiente para el mantenimiento de los ciclos productivos.

Ello significa que si la demanda desciende considerablemente, la supervivencia de la producción española estará condenada a su progresiva e inevitable extinción.

En estos supuestos, hemos comprobado como la reestructuración afecta a la organización del trabajo, con consecuencias internas en el seno de los grupos. El primero de ellos es la movilidad de personal cualificado, generalmente ingenieros, que se trasladan de España a los países del Este de Europa para realizar labores formativas a los empleados de origen. Ciertamente, este es un tema importante y sería conveniente cuidar aún más al personal cualificado, a los efectos de evitar la pérdida de capital humano en los procesos productivos realizados en las plantas de producción españolas. En este sentido, es preciso dar un dato. La distribución del nivel de estudios de los trabajadores es el siguiente: actualmente, el diez por cien de la plantilla no tiene estudios, mientras solamente un doce por ciento tiene estudios universitarios. Generalmente, los trabajadores tienen una formación comprendida entre la educación secundaria y la formación profesional. La tendencia del empleo en materia de formación denota un descenso de los trabajadores estudios universitarios.

2.2 Medidas Adoptadas: por Materias, por Ámbitos Productivos, por Procedimientos

Entre las medidas más importantes destaca, desde el punto de vista de la estructura de la empresa, la concentración de la actividad en determinadas plantas más competitivas en perjuicio de otras normalmente de menor dimensión. Asimismo, podemos destacar la deslocalización total o parcial de la plantilla a países de economías emergentes, donde los costes comerciales y laborales son mucho más bajos.

Respecto de la reestructuración interna destaca la robotización de determinadas fases del proceso productivo, el cambio de funciones y tareas, sistema de trabajo de jornada¹¹, suspensiones temporales (en torno a los cien días) y, en su caso, extinciones colectivas mediante el recurso de jubilaciones anticipadas y bajas incentivadas. Igualmente, conviene apuntar que en materia de jubilación existen prácticas en franco declive, como sucede con los programas de jubilaciones parciales-contratos relevo. La aplicación de los contratos de relevo está actualmente limitada, debido al acusado descenso de la actividad, que impide contratar a un relevista que sustituye a trabajadores jubilados.

¹¹ En este sentido, generalmente se aprecia un aumento significativo de las tasas de distribución irregular del tiempo de trabajo, así como un aumento de los períodos de recuperación del tiempo de trabajo.

También desde el punto de vista interno de la organización se aprecia generalmente la reducción de los turnos de trabajo, eliminando el turno de noche y el cuarto turno. Del mismo modo, las bajas tasas de producción en términos relativos impide el recurso de anteriores formas que permitían atajar los períodos punta de actividad, como sucede con el recurso a la contratación para trabajos fijos discontinuos. Estas bajadas acusadas de actividad productiva, obligan también a las empresas a acudir a las recolocaciones en otras empresas del grupo, así como a traslados colectivos a empresas afiliadas, donde se concentra la actividad y se compensan los costes derivados del cambio de residencia de los trabajadores.

Con carácter general, las medidas más importantes adoptadas por las direcciones de las empresas se pueden resumir en los siguientes aspectos:

- Medidas productivas tendentes a reducir el volumen de producción y externalización de actividades.
- Redistribución y concentración del departamento de compras.
- Estrategia de compras, mediante la búsqueda de compras en países *low cost* y reducción de precios a los proveedores.
- Modificación de los procesos de fabricación, simplificación de referencia traspasando actividades a países, generalmente, del Este de Europa.
- Mantenimiento de clientes esenciales para garantizar los índices de productividad.
- Proceso de automatización de la maquinaria, robotización para aumentar la productividad.
- Medidas laborales para reducir costes laborales, ajustando el volumen de la plantilla a las nuevas necesidades productivas, así como una adecuación del personal indirecto mediante expedientes de regulación de empleo y acuerdos colectivos de flexibilidad.

2.3 Causas Alegadas, Causas Reales, Descripción de las Principales Circunstancias que Motivan u Ocasionan las Medidas

Con carácter general, la causa justificadora de los procesos de reestructuración es la disminución progresiva de los pedidos. El volumen de pedidos ha bajado a casi la mitad — sobre todo en el año 2009— si lo comparamos con los años de bonanza previos a la crisis. La reducción de los proyectos de trabajo son un lógico efecto del descenso de ventas por la crisis y ello motiva la reducción de la producción. Se trata, pues, de una causa conectada con el descenso generalizado de la actividad productiva debido a la pérdida de proyectos de trabajo.

Si buscamos una correspondencia en términos legales de causa justificadora de los cambios en la empresa, es preciso indicar que generalmente las medidas de reestructuración tienen su asiento en las denominadas causas de naturaleza económica, técnicas, productivas y de organización¹². Estas causas serán posteriormente presupuestos habilitantes y necesarios de las medidas empresariales de contenido laboral, siendo efectivamente los presupuestos causales de las decisiones en materia de empleo. Con carácter general, se trata de planes de reducción de costes que vienen impuestos de forma centralizada desde la propia matriz de los grupos multinacionales y son causas que van a fomentar los acuerdos de flexibilidad en las empresas para la gestión elástica de las relaciones industriales y laborales.

De este modo, la crisis económica general ha acentuado los procesos de reestructuración empresarial y han condicionado lógicamente el propio proyecto empresarial. Por ello, las empresas han recurrido al descenso o falta de pedidos para llevar a cabo medidas de cambio empresarial, y aprovechando la conyuntura, han aplicado planes de disminución del tamaño de la plantilla. Ciertamente, la crisis ha servido de contexto que ha facilitado los ajustes y cambios organizativos internos, sin que en muchos casos hubieran estado relacionados con el descenso acusado de la demanda.

En algunos otros casos, no se han producido decisiones de carácter económico, sino puntualmente por motivos de repatriación de la actividad al país de la dirección de la multinacional. Estas decisiones se presentan, pues, como supuestos de retorno paternalista de la actividad productiva a la matriz del grupo. Sin embargo, es especialmente llamativo que este retorno del ciclo productivo a la matriz del grupo se produjo incluso con carácter previo a la crisis. De ello, podemos ciertamente deducir que estos movimientos se han adelantado a la propia crisis y han anticipado igualmente los procesos de reducción y reorganización de las plantillas.

3 VINCULACIÓN CON MEDIDAS ADOPTADAS TRADICIONALMENTE

Generalmente, y si tenemos en cuenta los datos recabados de las empresas, los cambios estructurales producidos tradicionalmente no tiene conexión con medidas empresariales

¹² Las reestructuraciones empresariales analizadas son, en suma, respuesta generalmente a las denominadas causas económicas, que se presentan como presupuesto tipo y clásico que habilita el recurso a las modificaciones empresariales. Asimismo, determinadas alteraciones en la estructura de la empresa responden asimismo a las razones técnicas, productivas o de organización, que demandan aplicar ajustes necesarios para mejorar la competitividad y aumentar la productividad general de las empresas. Y ello supone que el tema se va analizar de forma constante desde el punto de vista de la máxima de la supervivencia de la empresa.

previas. Ello se refiere lógicamente a los cambios profundos en la estructura de las empresas, sin embargo, los ajustes sobrevenidos de tipo organizativo son constantes y se presentan en la práctica como una costumbre ligada a la propia naturaleza del mercado. En relación a dichos ajustes, nos referimos concretamente a las medidas de flexibilidad laboral interna, principalmente, la ordenación flexible del tiempo de trabajo, las reducciones de jornada y salarios o la movilidad funcional.

Incluso, la desconexión de las medidas de reestructuración respecto a decisiones anteriores puede servir a las empresas de causa justificante del cambio de modelo. Por ejemplo, en determinadas condiciones se alega la necesidad de acudir a suspensiones y extinciones colectivas durante la crisis debido a la insuficiencia de medidas adoptadas con anterioridad. En este caso, se trataría de actuaciones directas sobre la plantilla, sin haber recurrido previamente a medidas alternativas y de contenido preventivo, que compensaran en su momento los efectos sociales del cambio de modelo empresarial.

3.1 Caracterización de las Innovaciones o del Nuevo Diseño Industrial

En este punto, es preciso indicar que el diseño industrial no ha variado, sino que las empresas analizan a fondo los recursos existentes y se contrasta con las necesidades presentes. En este proceso estrictamente de seguimiento del coste de producción, el mantenimiento de la infraestructura tiene también un claro trasfondo social, puesto que los trabajadores tienen que amoldarse a la nueva conyuntura, que significa básicamente trabajar a un ritmo más intenso, cuando hay pedidos y proyectos, manteniendo el mismo salario y, en su caso, cuando descienden los encargos se trabaja con mermas salariales ligadas a las situaciones de bajo rendimiento.

Ello significa que no se han producido cambios sustanciales en el diseño industrial. Las innovaciones, en los supuestos en los que tienen presencia, se han reducido a la adquisición de nuevos equipos de trabajo y maquinarias. Este equipamiento no es novedoso, ni incorpora valor añadido al proceso de producción, sino que se trata de realizar los ajustes necesarios para mantener una línea de producción. Ello supone que se continúa la actividad productiva abaratando los costes lo máximo posible. Se trabaja con los equipamientos existentes, se realizan las labores de mantenimiento precisas y el personal se adapta a los nuevos cambios productivos, lo que evita grandes inversiones en I+D+I. Además, las compras en equipamiento generalmente tienen como destino las plantas y fábricas ubicadas en otros países. De este modo, la inversión en nuevas tecnologías incorporadas a los procesos productivos se dirigen con más frecuencia a los países en los que las multinaciones se están expandiendo, mientras que a nuestro país únicamente recalcan las adquisiciones en equipamientos sobrantes.

De este modo, es frecuente evitar fabricar nuevos productos para las empresas colaboradoras debido a los costes adicionales que ello implica. En cambio, las empresas lo que hacen es proponer a las marcas efectuar modificaciones en los productos originarios, cambios estrictamente necesarios como aquellos relativos a la adaptación a la futura normativa de impacto ambiental. Por tanto, se aprovechan y mantienen al máximo las líneas de producción actualmente en marcha y los proyectos de cambio de producto se presentan como procesos de reorientación industrial a medio plazo. En suma, se está intentando trabajar con la inversión más baja posible, que da lugar a un producto más barato y con garantía de éxito. En definitiva, se potencia el desarrollo del denominado producto consolidado.

También se realizan reestructuraciones de empresa utilizando mecanismos del pasado. Especialmente se han rescatado medidas de gestión ya olvidadas, que se corresponden con la idea de la reindustrialización. Estas medidas de reindustrialización son estudiadas y se proponen a los representantes de los trabajadores a los efectos de alcanzar acuerdos de reconversión industrial. Cuando la inversión en infraestructura económica se produce, dicha decisión de gestión empresarial está condicionada a la evolución del negocio y a los cambios de los proyectos de trabajo con otras empresas. Efectivamente, estas condiciones de mercado básicas se presentan como presupuestos necesarios para implementar cambios tecnológicos en los procesos productivos.

3.2 Objetivos Perseguidos con las Medidas

Los objetivos perseguidos consisten en ajustar los costes de producción directos e indirectos, así como los gastos de personal, a las necesidades productivas en función de la demanda del mercado. Igualmente, se persigue perfeccionar la red de empresas en el seno del grupo empresarial y estimular la competencia interna en el mismo. Estos son presupuestos necesarios y claves para mantener la posición en un mercado sumamente competitivo. De este modo, se reducen los costes con la perspectiva constante de mantener las cuotas de competitividad alcanzadas y asegurar la viabilidad de contratos comerciales suscritos y conseguir nuevos proyectos de las empresas.

La existencia de grandes empresas en forma de grupos empresariales es esencial para la conformación de un tejido industrial importante, que como sabemos supone una competencia constante en el que compiten distintos grupos entre sí, así como las mismas empresas del grupo empresarial. El objetivo es garantizar el equilibrio presupuestario con el fin de evitar la necesidad de adoptar decisiones drásticas. Esta situación puede crear inseguridad en el proyecto económico de las empresas, debido a las propias incertidumbres

del contexto económico actual. Dichos objetivos empresariales se afrontan adecuando la plantilla a las nuevas necesidades productivas. La técnica más extendida consiste en reducir los costes laborales de la forma menos traumática posible reestructurando la plantilla. Este efecto en el modelo de plantilla ha supuesto, por ejemplo, que la crisis económica haya acabado con el recurso a la contratación temporal (anteriormente utilizando contratos eventuales) para afrontar las variaciones de la demanda.

Esta búsqueda incansante de la reducción de gastos y la disminución del coste del producto conlleva, pues, adaptarse al máximo a la evolución de la demanda. Ello va a exigir a los trabajadores que se sometan a los aumentos puntuales de la productividad sin que ello tenga una consecuencia directa en el salario en cómputo anual. Igualmente, se demanda por parte de las empresas la reducción estructural del personal con el fin de mejorar los resultados empresariales. Por tanto, las empresas intentan por el momento responder a la caída de la demanda a la espera de un futuro repunte de la actividad y mientras tanto los recursos se adaptan a la nueva situación, evitando adoptar medidas drásticas desde el punto de vista laboral.

3.3 Proyectos de Reinversión o Reindustrialización Ligados a los Procesos de Reestructuración

Los proyectos de reinversión o reindustrialización se utilizan en su sentido clásico del término, recuperando técnicas propias de los procesos de los años ochenta, que ya sirvieron para superar anteriores crisis económicas. En este sentido, podemos decir que salvo excepciones, en general las empresas van a remolque de las iniciativas y proyectos de las propias multinacionales. Precisamente, una de las facetas más importantes en las empresas más potentes es la capacidad de producir diversos tipos de productos, que permiten responder en mejores condiciones a las consecuencias adversas de la crisis. De este modo, si el mercado se centra en un tipo de producto concreto, el proceso de producción se dirige al mismo y las otras líneas de producción se suspenden de forma temporal.

Se aprovecha al máximo el equipamiento industrial existente o se traslada parte de la infraestructura a otras plantas de producción en nuestro país o en el extranjero. En otros casos, las empresas han solucionado los problemas relativos al descenso de pedidos mediante la flexibilidad interna, sin acudir a sistemas de reinversión o reindustrialización. En estos casos, no existen programas definidos de reinversión, sino que las medidas empresariales se adoptan de forma coyuntural en función de las exigencias de los pedidos y del contenido concreto de los proyectos de trabajo suscritos con las marcas de la industria del automóvil. En algunos casos, la reinversión se plantea en términos de

robotización de determinadas fases del proceso productivo, que permite sustituir trabajadores por motivos técnicos y productivos.

Algunas empresas han creado grupos de investigación y de desarrollo para intentar abaratar costes empresariales. Por ejemplo, creando grupos de investigación aplicada y de desarrollo tecnológico con el fin de buscar alternativas de futuro más rentables. Sin duda, la reinversión en el ciclo productivo es esencial y garantiza sin duda la viabilidad del empleo hacia el futuro. Por ello, en algunos supuestos el comité de empresa ha solicitado formalmente a la dirección de la empresa un proyecto futuro de reindustrialización, que permita garantizar la estabilidad laboral en los centros de trabajo, aunque todo está condicionado al ahorro progresivo de los costes empresariales, directos e indirectos, así como en una segunda fase al aumento de la productividad. Generalmente, se considera que un ahorro y un aumento de la productividad en un tercio, permite a las empresas seguir avanzando en la reinversión industrial y renovación del tejido productivo.

3.4 Vinculación a Incentivos, Ayudas o Procesos de Desarrollo e Intervención Industrial por Parte de los Poderes Públicos

Especialmente importante es el papel de las distintas Administraciones que generalmente apoyan los procesos de reestructuración empresarial para evitar que los proyectos empresariales emigren a otras regiones o países. En los casos estudiados, la acción de los poderes públicos no es más que una forma de seguimiento administrativo que vela por la necesidad de garantizar la viabilidad futura de las empresas y retener para su respectivo territorio ese núcleo industrial ya generado a lo largo del tiempo. Y, en la mayoría de los casos, las autoridades públicas se implican en los procesos de reestructuraciones cuando sus efectos se extiendan de manera importante en una región o zona geográfica determinada. La acción de las Administraciones consiste en poner los medios a su alcance con ayudas suficientes para que los excedentes plantilla canalizados por los despidos colectivos no incidan negativamente en los equilibrios sociales y económicos del ámbito geográfico afectado. Se trata, pues, de un proceso complejo de negociación en los procesos de reestructuración, que se convierte en realidad en un caso de diálogo social a tres bandas en el que están presentes las Administraciones, empresas y representantes de los trabajadores.

Con todo, es preciso tener en cuenta con carácter general que este tipo de ayudas están prohibidas con carácter general y limitadas excepcionalmente por el Derecho comunitario. De este modo, las subvenciones y ayudas públicas tienen que respetar las cuatelas previstas en relación a la dotación de ayudas estatales (art. 108 del Tratado de Funcionamiento de

la Unión Europea, que modifica el anterior art. 88 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea). Concretamente, las ayudas se condicionan a la elaboración de un programa de reestructuración sobre la viabilidad de la actividad a largo plazo y su solvencia económica en un tiempo razonable. Por ejemplo, mediante un cierre irreversible de parte de su capacidad productiva. La ayuda en la generalidad de los supuestos analizados se contempla con límites cuantitativos, ya que tiene que tratarse de importes mínimos, necesarios y proporcionados. Igualmente, otro presupuesto justificativo de las ayudas es que la reestructuración no dependa exclusivamente de fondos públicos y progresivamente el sustento económico público tendrá que ir reduciéndose progresivamente durante el período de desarrollo del proceso reestructurador¹³. En la práctica del sector, generalmente estas ayudas no sobrepasan determinados porcentajes de intensidad, que van del 7,5% al 15%, en empresas de menos de doscientos cincuenta trabajadores y volumen de negocio no es inferior a veinte millones de euros.

Dentro de este concepto de ayudas, es preciso referirse a todo tipo de estímulo público al mantenimiento de la actividad empresarial, incluyendo las exenciones o bonificaciones fiscales y sociales u otras medidas de contenido económico que compensen los efectos de las reestructuraciones de empresas. En este sentido, podemos destacar las ayudas económicas a la industria en formas de incentivos a la localización de las empresas y ayudas de salvamento de empresas en crisis. Igualmente, es preciso destacar los efectos positivos que tuvo el Plan 2000E del Gobierno central, que durante su etapa de aplicación fomentó la firma de proyectos empresariales. La acción de dicho programa, que ha tenido un reflejo en el volumen de trabajo, aunque no consiguió en términos generales mantener o reducir la destrucción progresiva de empleo. Ello supuso que la demanda cayó en mayor medida y se produjeron importantes stocks de producción.

También ha sido muy positiva la política económica de la Unión Europea por medio de los fondos estructurales, que permiten el apoyo financiero a la reconversión industrial y consiguen atenuar los efectos sociales negativos en zonas especialmente sensibles. En suma, contamos con una especie de entramado de ayudas públicas que permiten amortiguar los efectos en el empleo local derivados de las reestructuraciones empresariales. Las

¹³ Son, ciertamente, medidas plenamente justificadas cuando sean excepcionales y sirvan para atender temporalmente las consecuencias sociales de las medidas sociales adoptadas y siempre evaluando su repercusión en el mantenimiento del tejido industrial desde el punto de vista local, regional o nacional. Muy interesante es el Dictamen sobre “las transformaciones industriales en Europa: balance y perspectivas-Enfoque global” (2004/C 10/21). En este estudio se habla intensamente de adoptar el enfoque proactivo, mostrando especial atención a la dimensión regional de las reestructuraciones, como un elemento esencial para avanzar en esa perspectiva.

empresas acceden a las ayudas que se encuadran en los planes nacionales y autonómicos de competitividad del sector. Con carácter general, se contemplan subvenciones, por ejemplo, para el diseño y proyectos de nuevas tecnologías con altas exigencias técnicas que forman parte del Plan nacional de investigación y desarrollo para la innovación tecnológica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Igualmente, las Comunidades Autonomas han concedido ayudas y subvenciones a determinados proyectos de duración superior al año que garantizan la continuidad de la producción en su territorio y, sobre todo, la cuota de empleo fijo. En nuestro caso la estructura de nuestro Estado y la transferencia a las Comunidades Autonomas de las competencias en empleo e industria les confiere una posición privilegiada para afrontar una intervención pública más eficaz que pueda dar una mejor respuesta a las consecuencias sociales y económicas de los procesos de reestructuración empresarial. Ello permite elaborar de forma eficaz planes integrales de reindustrialización, como ocurre en Alemania con la intervención del Länder. Por su parte, la Administración autonómica en el ámbito laboral no se limita sólo a comprobar efectivamente la concurrencia de la causa alegada en los expedientes de regulación de empleo, sino que igualmente realizan labores de mediación entre las partes y actúan retrasando, en su caso, las consecuencias negativas sobre el empleo.

Generalmente, las Administraciones regionales y locales intervienen mediante ayudas económicas para retener o garantizar el traslado a otros centros, siempre que ello no suponga la pérdida de una línea de producción. Por ejemplo, las Consejerías de Industria de distintas Comunidades Autónomas incluso apoyan económicamente el coste del mantenimiento de la producción soportando entorno al 15 por 100 del coste empresarial de la reindustrialización proyectada. En muchos casos, los aspectos de carácter social incluso son subvencionados por esta vía propia de las técnicas del mantenimiento de la capacidad industrial y la estabilidad en el empleo.

Por ejemplo, en Aragón se están financiando en los dos últimos años nuevas líneas de ayudas y subvenciones a fondo perdido, así como nuevas líneas de subvenciones en forma de préstamos a bajo interés durante dos años con el fin de fomentar programas de industrialización y mejoras puntuales en los procesos productivos. Igualmente, en Aragón existen ayudas anuales dirigidas a la financiación de adaptaciones tecnológicas, pero ello no tiene un gran impacto en la práctica y no inciden, por tanto, en los planes de industrialización. También podemos destacar, por ejemplo, las subvenciones concedidas por el Instituto de Desarrollo de Madrid (IMADE) en el ámbito del programa de reactivación empresarial de la Comunidad de Madrid.

Los procesos de reestructuración empresarial se canalizan con subvenciones y ayudas públicas, pero éstas no pueden suponer el olvido de las políticas activas de empleo. Precisamente, en estos supuestos es cuando más necesaria es la implementación de este tipo de medidas activas, por medio de los servicios regionales y locales de empleo. Esta política activa de empleo lógicamente estará conectada con las ayudas públicas, a fin de conseguir una solución de tutela de los distintos intereses afectados, especialmente, los de contenido social. Igualmente, las empresas también pueden adoptar medidas tendentes a recuperar a los trabajadores desvinculados de la empresa por medio de despidos colectivos. Por ejemplo, gestionando listas de espera de cualquier tipo de vacantes y refuerzos de plantilla en el seno del grupo, que permita que los trabajadores del grupo puedan ser trasladados y no pierdan su empleo, o bien para que determinados trabajadores despedidos puedan retornar e incorporarse al grupo de empresas.

3.5 Periodificación del Desarrollo, Implantación, Aplicación de las Medidas

Como hemos indicado, con carácter general los procesos de reestructuración empresarial surgen de forma espontánea. En cambio, en algunas empresas las decisiones tienen carácter cíclico y normalmente se contextualizan en función de las variaciones en el mercado, conjugando crisis económicas con períodos punta de actividad. Con carácter general, la toma de este tipo de decisiones empresariales que afecta a la propia estructura de la empresa, se empezaron a adoptar ya desde el año 2008. Con todo, estas medidas empresariales no tienen referentes en los años previos a la crisis económica, ya que no responden a modelos de gestión empresarial en tiempos de crisis. Dichas medidas anticrisis adoptadas en los últimos dos años habría más bien que buscarlas en los años noventa u ochenta en ejercicios económicos adversos. En determinados casos las medidas empresariales de reestructuración se aplican de forma aislada en el tiempo. Se trata en estos casos de medidas puntuales de gestión empresarial, que no responde a criterios periódicos en su sucesión.

Esta afirmación tiene su fundamento en el hecho de que es imposible generalmente prevenir el devenir de las exigencias del mercado. Las medidas cambian en función de la sucesión de los proyectos de trabajo firmados con las empresas contratistas. En todos estos casos, la empresa constructora controla generalmente el trabajo e incluso fiscaliza directa o indirectamente el proceso productivo. Este nivel de injerencia supone en casos puntuales la necesidad de las empresas auxiliares de someterse a las observaciones formuladas por las marcas constructoras y a adoptar medidas de reestructuración interna en función de dichos condicionantes. Se trata, pues, de medidas que suelen tener carácter temporal y que están condicionadas al mantenimiento en el tiempo de la situación concreta.

4 IMPACTO EN LA EMPRESA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

4.1 Impacto en la Estructura de la Empresa (Descentralización, Concentración, Reducción de Estructura, etc.)

Generalmente, la estructura empresarial se mantiene en su configuración tradicional con los ajustes precisos por medio de planes de autorregulación de empleo o gestión flexible de las condiciones de trabajo. En estos procesos la característica común es que la plantilla de trabajadores soporta solidariamente el descenso de la actividad productiva a costa de evitar recortes de plantilla. Ello supone que actualmnte se evita el recurso a la descentralización productiva o la contratación temporal directa o por medio de las empresas de trabajo temporal. El menor volumen de trabajo se canaliza con los recursos humanos existentes, reduciendo el ritmo de trabajo con la pérdida proporcional del nivel de salario. Ello da lugar a condiciones de trabajo fluctuantes. Un ejemplo de utilización al máximo de los recursos humanos existentes reduciendo costes se produce, por ejemplo, en las labores de limpieza de equipamientos industriales. La limpieza se asume otra vez por parte de la empresa, incorporando en la misma al personal sobrante en el área productiva. La cuestión es no tener a los trabajadores parados con el objetivo de evitar las extinciones colectivas.

Cuando no es posible mantener la plantilla en sus términos originarios se producen los mecanismos de reducción de mano de obra. Primero, e indirectamente, mediante la limitación de la contratación eventual, externalización productiva o empresas de trabajo temporal y, segundo, directamente afectando al número de trabajadores fijos de la plantilla. En estos casos los cambios van más allá de la modificación de la estructura y se incide en la plantilla laboral. Las reducciones de plantilla se suelen compensar con extinciones de contratos de trabajo por medio de prejubilaciones y bajas incentivadas, que son negociadas con los representantes de los trabajadores. En otros casos, los trabajadores son desplazados a otros centros. En estas circunstancias la planta de producción receptora cuenta con nuevos equipos de trabajo y la empresa intenta evitar la división y polarización de la plantilla. Se intenta por todos los medios conseguir una gestión uniforme de la aplicación de las condiciones de trabajo. De este modo, se dan soluciones uniformes en el seno de la empresa y se evitan los conflictos colectivos de trabajo.

4.2 Impacto en la Estructura o en la Actividad Productiva

Los cambios más significativos en la estructura se producen por medio de fusiones y absorciones de empresas de forma conjunta, sin que se aprecie en estos casos el cambio del objeto social. Esos supuestos de reestructuración empresarial incluso se han producido

de forma acusada en un solo año. Con carácter general, la reestructuración no tiene un impacto sustancial en la forma de producir, pero si afecta directamente a la cantidad o a la elección de los productos que van a ser objeto de priorización. También se aprecia el recurso a los turnos de trabajo para compensar las caídas de producción. Concretamente, se reduce el turno de noche y el denominado cuarto turno. En este sentido, el turno de noche actúa a modo de colchón o acordeón y permite ampliar el tracto productivo y los trabajadores se podrán sumar al mismo de forma voluntaria.

De este modo, si existe trabajo en las plantas de producción se completa la actividad y, si no es así, se reduce siempre garantizando que haya algunas personas para mantener las actividades que no son susceptibles de interrupción. También si se puede se refuerzan los turnos diurnos antes de acudir al turno de noche, ya que la secuencia de trabajo en régimen de nocturnidad cuesta generalmente un tercio más en conceptos salariales. Ello significa que en los momentos de concentración de la productividad, la necesidad de trabajar urgentemente para cumplir con las empresas clientes genera ritmos de trabajo que alteran las condiciones laborales ordinarias y aumentan considerablemente la carga de trabajo. El impacto directo e inmediato se traduce en la congelación de una línea de producción, que se podrá retomar cuando la empresa auxiliar suscriba nuevos convenios con la empresa constructora. Estos nuevos proyectos se sumarán a las líneas de producción estable. En muchos casos el impacto en la estructura de la empresa es nulo y la empresa conserva su originaria estructura desde un punto de vista productivo y organizativo. En el caso de los traslados del proceso productivo a otra factoría con el cierre del centro originario, se produce la convivencia de varios procesos productivos lo cual afecta no sólo a la dimensión de la empresa, sino también al conjunto de relaciones industriales y sociales en su seno.

4.3 Impacto en la Organización del Trabajo

Normalmente la organización del trabajo supone realizar una política de gestión de personal que tenga que soportar el coste del descenso de la actividad, dado que se aumenta la carga de trabajo con el mismo o, en su caso, con menos personal. Ello afecta irremediabilmente a la propia calidad del trabajo, es decir, se suceden fallos y errores periódicos, con origen en una organización asistemática y marcada por el coste de oportunidad. Ello da lugar a constantes supuestos de movilidad funcional y reducciones de turnos de trabajo. El impacto es evidente debido a que los trabajos que se realizan son diferentes. Normalmente la empresa intenta fomentar la polivalencia funcional y se retribuye en función de la calidad del trabajo realizado. En otros casos, el impacto en la organización del trabajo es inexistente. Normalmente los trabajos se organizan según proyecto y dicha

organización está en función de la dinámica temporal de dichos proyectos y ello implica que la variación de condiciones sea constante. Igualmente, los expedientes de regualción de empelo suponen irremediamente cambios en la organización del trabajo, mientras que otros cambios vienen de la propia reestructuración de determinados departamentos. Principalmente se detectan en estos casos la reubicación de trabajadores con la misma categoría profesional en distintos puestos de trabajo.

4.4 Valor Añadido por los Nuevos Procesos Productivos o Innovaciones Técnicas o Tecnológicas

Generalmente, con la crisis económica el valor añadido en los procesos de producción no ha aumentado, sino que permanece en términos generales estable. Se realizan labores de mantenimiento, ajuste y, en su caso, traslado de la maquinaria sin hacer grandes inversiones. Ciertamente, la conyuntura económica no permite la inversión en este tipo de coste en tecnología. Por ello, este tipo de inversión no es muy elevada si tenemos en cuenta las cantidades acostumbradas en el sector en materia de renovación. Como hemos indicado, la medida estándar consiste en adoptar técnicas de gestión puramente organizativas que permitan el ahorro de costes comerciales sobre el precio final del producto. Asimismo, se recurre a la adaptación de la maquinaria actual al menor coste, de modo que los nuevos componentes tecnológicos conviven con el reciclaje de maquinaria con fines de contención del gasto. Ello también supone un mecanismo para evitar que el coste en I+D+I perjudique al empleo. Excepcionalmente se recurre como medida de ahorro en personal a la incorporación de una mayor automatización en el proceso proceso. En este caso, las empresas proceden a incorporar robots que ofrece un mayor nivel de producción. En términos generales, las empresas dentro de los grupos multinacionales intentan retener y desarrollar productos con alto nivel tecnológico que genere dosis cualitativas de valor añadido. De este modo, se permite retener en determinadas empresas del grupo parte de la producción que no pueden ofrecer otras compañías dentro de la multinacional.

4.5 Impacto en la Posición Competitiva de la Empresa (en el Ámbito Nacional o Internacional)

Ciertamente, el impacto de la crisis en la competitividad de las empresas tiene repercusiones tanto desde el punto de vista nacional, como internacional. Ello es lógicamente una consecuencia de la globalización económica que preside los mercados en el sector de la automoción. Desde el punto de vista internacional, las multinacionales recurren a las empresas localizadas en países en vías de desarrollo o a áreas de economías emergentes. Dichos países ofrecen un menor coste laboral asegurando niveles óptimos de competitividad

en el sector. Estaríamos hablando ciertamente de una estrategia de carácter transnacional, que permite a las multinacionales reposicionarse mejor en el mercado de cara al futuro para poder competir por nuevos productos. Ello supone, irremediablemente, la necesidad de trasladar determinadas líneas de producción a países de bajo coste social y menor intervención de las legislaciones laborales.

A efectos de competitividad, destacamos que en los grupos de empresas la concurrencia no se produce solamente entre grupos diferentes, sino que se manifiesta igualmente entre las propias empresas agrupadas. Dichas empresas, unidas por vínculos mercantiles, compiten entre sí dentro de la estructura del grupo para retener la producción con mayor valor añadido desde el punto de vista del I+D+I, así como por conquistar nuevas cotas de factor tecnológico e innovación en los procesos productivos. En este sentido, destacamos nuevamente que las empresas principales del grupo intentan que los procesos productivos más innovadores retornen al país de origen para asegurar en dichas empresas la estabilidad en el empleo.

Desde el punto de vista de la competitividad, las empresas analizadas resisten, con mejor o peor fortuna, las consecuencias de la crisis y generalmente no mejoran su posición en términos de competitividad. También el carácter multinacional de las empresas auxiliares y su estructura en forma de grupos mercantiles garantiza un mínimo de clientes y una cuota de reparto interno de la actividad productiva. Ello motiva que las estructuras complejas de agrupación y concentración empresarial garanticen que el riesgo potencial de pérdida de clientela sea menor. Y cuando estas exigencias para garantizar el empleo no son viables, porque las empresas clientes no contratan proyectos, el grupo tiene que optar irremediablemente por la reducción del personal en determinadas empresas, o por el mantenimiento de determinadas empresas frente a otras que drásticamente tienen que verse afectadas por procesos colectivos de cierre de empresa. En muchos casos, el esfuerzo realizado en materia de reducción de personal ha permitido a las empresas mitigar el margen de ganancias implícito en los proyectos con las firmas y recobrar un nuevo interés de cara a las empresas clientes. Ello les ha permitido conseguir nuevos trabajos y aumentar exponencialmente la clientela.

REFERENCIAS

COMISIÓN EUROPEA. Prever y gestionar el cambio: un enfoque dinámico de los aspectos sociales de las reestructuraciones de empresa. En: **European Industrial Relations Review (EIRR)**, núm. 343, 2002.

CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS. **Inicitivas sindicales ante la crisis**: propuestas de CCOO, Noviembre, 2009.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. **Transformaciones industriales y cohesión económica, social y territorial**. CESE 606/2004.

SOCIALLY responsible enterprise restructuring in Europe. En: **European Industrial Relations Review (EIRR)**, número de febrero y marzo de 2004.

Submissão em: novembro de 2015
Pareceres favoráveis em: dezembro de 2015

Genocidio Político y Derecho Penal Internacional: análisis desde su exclusión típica political¹

OMAR HUERTAS DÍAZ*

VÍCTOR MANUEL CÁCERES-TOVAR**

Resumen. El Derecho Penal Internacional y en especial el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, que recoge la definición que de Genocidio contempló en su momento la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, estableció su marco de protección solo para los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, descartando su extensión a los grupos políticos. Y es por la misma tipificación internacional del Delito de Genocidio que el presente artículo hace unas breves reflexiones de índole académicas en torno a algunas razones jurídicas, históricas y doctrinales que permitirían sustentar una futura y necesaria inclusión de los grupos políticos dentro de la taxativa y limitada normatividad multinivel que penaliza el exterminio de grupos humanos.

Palabras Clave. Derecho Penal Internacional, Estatuto de Roma, Tipificación Penal Internacional, Genocidio Político, Exclusión Jurídica, Derechos Humanos.

GENOCIDE AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW: analysis from your typical exclusion

Abstract. International Criminal Law and in particular the Statute of the International Criminal Court of 1998 that provides the definition of Genocide took into account at the time the United

* Ph.D© en Ciencias de la Educación Universidad Simón Bolívar. Doctor y Mg Universidad Nacional de Colombia. Coordinador de Maestría en Derecho Área de Profundización en Sociología y Política Criminal e Coordinador de Maestría en Derecho Área de Profundización en Derecho Penal. Especialización en Instituciones Jurídico Penales. Profesor Asociado Derecho Penal. Investigador Asociado COLCIENCIAS 2015. Líder Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal “Nullum Crimen Sine Lege” Uiniversidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales da Universidad Nacional de Colombia. Abogado.

** Becario de tiempo completo y exclusivo COLCIENCIAS-UN 2014 para cursar Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional de Colombia.

¹ A REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS e os autores agradecem à Revista Principia Iuris n.º 21, ISSN 0124-2067, p. 237-260, da Universidad Santo Tomas, Primer Claustro Universidad de Colombia, Seccional Tujna, pela composição do artigo ora publicado.

Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948, established the protective framework for national, ethnic racial or religious groups, excluding its extension to political groups. It is for the same international classification of the Crime of Genocide that this article makes a brief academic reflection of the legal, historical and doctrinal reasons that will support a future and necessary inclusion of the political groups within the restricted and limited multilevel regulations that punish the extermination of human groups.

Keywords. International Criminal Law, Rome Statute, International Criminal Classification, Political Genocide, Legal Exclusion, Human Rights.

UN GÉNOCIDE POLITIQUE ET UN DROIT PÉNAL INTERNATIONAL: une analyse depuis son exclusion typique

Résumé. Le Droit Pénal International et spécialement le Statut de la Cour Pénale Internationale de 1998, qui reprend la définition, le Génocide il a contemplé dans son moment la Convention des Nations Unies pour la Prévention et Sanction du Délit de Génocide de 1948, a établi son seul cadre de protection pour les groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux, en écartant son étendue aux groupes politiques. Et il est pour la même classification international du Délit de Génocide que l'article present, fait quelques des brèves réflexions académiques de caractère autour de quelques raisons juridiques, historiques et doctrinales qui permettraient de soutenir une inclusion nécessaire et future des groupes politiques à l'intérieur de la réglementation limitée et précise le multiniveau qui pénalise l'extermination de groupes humains.

Mots Clés. Droit Pénal International, Statut de Rome, Classification Penal Internationale, Génocide Politique, Exclusion Juridique, Droits de l'homme.

1 INTRODUCCIÓN

Resulta innegable, tal como en el año 2011 lo afirmó el Maestro Mario Madrid-Malo Garizábal, que en el mundo jurídico de hoy la denominación de Genocidio se ha extendido, entre politólogos, juristas e historiadores, a las matanzas perpetradas con designio destructivo en miembros de organizaciones políticas (partidos, movimientos, etc.) y aún en integrantes de ciertas clases sociales satanizadas dentro de procesos revolucionarios.

Y es por la misma realidad que la reflexión académica propuesta ahonda en el horizonte del actual Derecho Penal Internacional, examinando en primer lugar, algunas de las principales razones por las cuales la comunidad internacional excluyó de la protección penal multinivel a los grupos políticos, líneas que incluyen algunos de los principales debates desarrollados en la creación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, documento que tipificó por primera vez en el ordenamiento jurídico internacional el crimen de Genocidio, para en un segundo momento, presentar desde un horizonte jurídico, histórico y doctrinal, algunas breves consideraciones que ayudarían a sustentar una futura y necesaria inclusión de los grupos políticos dentro del contexto del ordenamiento criminal supranacional.

Finalmente se presenta un elemental cuerpo de conclusiones que se concentran en argumentar el vacío jurídico existente en el actual Derecho Penal Internacional que impiden combatir con mayor eficacia los más atroces crímenes contra la humanidad como lo es el Genocidio por razones políticas.

2 EL CONCEPTO DE GENOCIDIO

Tal como en el año 2010 lo mencionó Huertas, el genocidio es considerado por la comunidad universal como un delito de Derecho Internacional, contrario al espíritu y a los fines que persigue las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena en su conjunto, constituido por la conducta atroz de aniquilación sistemática y deliberada de un grupo humano con identidad propia mediante la desaparición de sus miembros (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 2001). Desde 1933, el jurista polaco Raphaël Lemkin había propuesto una represión de las acciones de exterminio dirigidas contra las colectividades étnicas, confesionales o sociales, exhortando a los órganos de la antigua Sociedad de Naciones, a la elaboración de una convención que prohibiera las ejecuciones en masa. En 1944, el profesor Lemkin introduciría el concepto de “genocidio” —a partir del vocablo griego *genos* (raza, tribu, nación) y de la raíz latina *cide* (matar)— en su obra *Axis Rule in Occupied Europe*, en donde realiza un estudio muy acucioso del problema (SARTRE, 1973).

El crimen de genocidio según Huertas (2006) se caracteriza por dos elementos: uno subjetivo (*mens rea*), consistente en la voluntad de destruir total o parcialmente uno de los grupos humanos enumerados y, otro objetivo (*actus rea*), consistente en la comisión de alguno de estos actos, tanto en tiempo de paz como de guerra: a) matar miembros del grupo; b) atentar gravemente a la integridad física o mental de miembros del grupo; c) someter intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que ocasionen su destrucción física total o parcial; d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) transferencia forzosa de niños de un grupo a otro.

3 TIPIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL GENOCIDIO POLÍTICO

3.1 Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948)

El primer artículo de este instrumento que entró en vigencia en el año de 1951, declara al genocidio delito de Derecho Internacional, señalando a su vez que los Estados signatarios se obligan a prevenir y sancionar dicho crimen. El segundo artículo del instrumento es de igualmente suma trascendencia ya que contiene una tipificación del delito, misma que fue adoptada en todos los documentos posteriores, y que señala:

[...] se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a)- Matanza de miembros del grupo;

- b)- Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c)- Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d)- Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e)- Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Según Reyes (2007), el Artículo 3 declara punibles no sólo los actos enunciados en la tipificación del genocidio, sino también la asociación (inc. b), la complicidad (inc. e) y la tentativa (inc. d) para el genocidio. Estas son las distintas formas de autoría y participación que se admiten para este crimen. En el inciso c) de este artículo se introduce la instigación directa y pública a cometer este delito, que puede llegar a considerarse un tipo penal autónomo, ya que no consiste en ninguno de los actos descritos en el tipo principal sino en uno distinto, y que puede no tener relación con la comisión o el inicio de los actos preparatorios para la comisión del tipo principal del delito de genocidio.

El principio de la responsabilidad penal individual en esta Convención se encuentra en el Art. 4 con la siguiente redacción: “Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3, serán castigados [...]”. Asimismo, en palabras de Reyes (2007), dispone que quienes cometan actos de genocidio serán castigados, “ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.”. Con esta inclusión se introduce en el incipiente derecho penal internacional el principio de igualdad ante la ley, que como ya se señaló, tiene sus antecedentes en el Estatuto de Nüremberg.

Los artículos 5 a 8 se componen de una serie de declaraciones y obligaciones asumidas por los Estados signatarios, respecto a la represión y sanción del delito de genocidio, a la extradición fundada en ese crimen y a la posibilidad de solicitar a la ONU las medidas procedentes, según la Carta, para el logro de los objetivos de la Convención (REYES, 2007).

3.2 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998)

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998, contempla en su artículo 6º el crimen de genocidio en los siguientes términos:

- A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:
- a)- Matanza de miembros del grupo.
 - b)- Lesión grave a la integración física o mental de los miembros del grupo.

- c) - Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- d)- Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- e)- Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Dentro de esta definición del crimen internacional, en análisis de Gómez (2002), se han distinguido dos categorías o formas del mismo, consistentes respectivamente en el llamado “genocidio físico”, referido en los incisos (a), (b), (c), y el genocidio biológico, referido en los incisos (d) y (e) del referido artículo 6°. Igualmente Gómez (2002) estableció que la definición de “genocidio” de la CPI es la que se encuentra en forma idéntica, palabra por palabra, en el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1948. De igual suerte, y también en forma idéntica, es retomada dicha definición en el Estatuto de 1993 del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en su artículo 4° (2)., así como en el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda de 1995 en su artículo 2° (2). En lo relativo a los actos materiales —o atentados concretos— que deben constituir genocidio, la CPI, al igual que la Convención de 1948 y que los Estatutos de ex Yugoslavia y Ruanda, adopta un sistema de enumeración limitativa, con objeto de impedir interpretaciones extensivas. Es importante señalar que al crimen de Genocidio no se le dio mayor debate en la Conferencia de Plenipotenciarios dado el alto grado de consenso que su inclusión había tenido prácticamente desde el principio de las discusiones sobre el particular. Así lo informó el coordinador de la Parte II a la Comisión Plenaria de la Conferencia, razón por la cual sugirió realizar, solo de ser necesario, un breve debate antes de enviar el texto al Comité de Redacción, sugerencia que fue aceptada por el Presidente de la Comisión (NACIONES UNIDAS, 1988).

4 DISCUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE LOS GRUPOS POLÍTICOS EN LA TIPIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL GENOCIDIO

Como se pudo observar, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 no incluye el grupo político entre aquellos sobre los cuales puede recaer el genocidio. Huertas y Mora (2010) afirman que en el proyecto original de la Resolución 96 (I) de 1946 figuraba la destrucción de un grupo político como objeto del propósito genocida, pero tal hipótesis fue excluida del instrumento convencional atendiendo tres razones: 1ª) Que el grupo de carácter político no era fácilmente identificable; 2ª) Que la inclusión de su figura en un tratado para prevenir y sancionar un crimen de derecho internacional podía servir como pretexto para reprobables injerencias, y 3ª) Que en el seno de cada Estado los miembros de los grupos políticos quedaban comprendidos en el concepto de grupo nacional (MADRID-MALO, 2011).

Tampoco figura el genocidio contra grupos políticos entre los crímenes que, de conformidad con el artículo 5° del Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, son del conocimiento de esa institución judicial permanente. Como se señaló, el artículo 6° del citado estatuto define el crimen de genocidio en los mismos términos de la Convención de 1948, sin mencionar entre los grupos susceptibles de ese crimen los de índole política. Frente al Estatuto de Roma, Huertas (2006) ha señalado que la matanza generalizada o sistemática de miembros de un grupo político se inscribe en el marco de los crímenes de lesa humanidad enunciados en su artículo 7°, bajo la denominación de *Asesinato* o de *Persecución* el cual por principio de especialidad vendría a proteger a los grupos políticos.

4.1 La Negativa de Lemkin

En la Resolución número 96 (I) del proyecto de la Asamblea de la Secretaría General de Naciones Unidas convocando a una Convención sobre Genocidio (1946), la definición del crimen proyectaba en forma específica la protección de los grupos políticos en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Afirma Paredes (2006) que este hecho impactó de inmediato en forma negativa a Rafael Lemkin quien se mostró en total desacuerdo con esta inclusión. Su principal argumento estaba basado en que los “grupos políticos carecen de la permanencia y características específicas que poseen los otros grupos.”.

Lemkin insistía en que “no se podía poner en riesgo el éxito de la convención introduciendo ideas en las cuales el mundo se encuentra totalmente dividido.”. También el argumentaba “que la historia ha demostrado que los grupos raciales, nacionales y religiosos son los que encierran e l mayor número de víctimas”, por lo que su postura restaba importancia a dicha inclusión. En esta misma dirección se pronunció el Tribunal de Ruanda el cual también sostuvo que los “grupos políticos no son estables ni permanentes.”. Sin embargo, según Paredes (2006), la discusión no concluyó con esta resolución ya que el proceso de proyección del la Convención del Genocidio no había finalizado.

4.2 La Fallida Propuesta de Estados Unidos y Francia

La discusión se volvió a retomar cuando Estados Unidos y Francia propusieron la inclusión de grupos políticos a la definición de genocidio nuevamente. En principio Estados Unidos presentó una nueva propuesta de inclusión de los grupos políticos a la definición de genocidio a la cual se sumo Francia que fue un peldaño más allá proponiendo ambiciosamente la

inclusión de *opiniones* como grupo de protección en la definición del Genocidio. Esta última propuesta fue inmediatamente rechazada y criticada como “confusa y extremadamente amplia.”. Por el contrario la idea de incorporar grupos políticos en la definición del genocidio fue aceptada por la mayor parte de los países inmersos en la elaboración del proyecto de la Convención del Genocidio. Según relata igualmente Paredes (2006), solamente fue un organismo no gubernamental “*The Consultative Council of Jewish Organizations*” el que manifestó su desacuerdo con esta inclusión, requiriendo la eliminación inmediata de los grupos políticos so pena de rechazar la convención.

Esta discusión alcanzó los niveles del Comité *Ad Hoc* donde representantes de diferentes países de igual manera no pudieron arribar a un consenso de si se debería incluir o no a los grupos políticos. Entre los aspectos debatidos más sobresalientes se encuentra la participación del representante de la Unión Soviética quien explicó que desde un punto de vista científico y etimológico, Genocidio significa esencialmente “*persecución racial, nacional o religiosa*” ya que para los Soviéticos el crimen de Genocidio se ha originado a raíz del fascismo, racismo y otras teorías de raza similares que predicen odio racial y nacional (PAREDES, 2006).

Los representantes de Venezuela argumentaron desde una perspectiva práctica que la inclusión de los grupos políticos quizás ponía en peligro el futuro de la convención porque

muchos Estados no estarían de acuerdo con ratificar la convención por el miedo de ser después llamados por un tribunal internacional a responder acusaciones realizadas en contra de ellos. Lo peligroso es que aún aquellos casos infundados en contra de los gobiernos podrían llegar a ser sumamente perjudiciales para la gestión gubernamental y además podrían convertirse en un instrumento constante para derrocar y desprestigiar los gobiernos de turno.

Ligada a esta idea, afirma en el mismo sentido Paredes (2006), se encuentra la opinión del representante de la República de China quien expresó que la idea de incorporar grupos políticos en la definición del Genocidio traía “confusión al sistema gubernamental.”.

4.3 La Propuesta a Favor de la Inclusión

En contraposición algunos países estuvieron a favor de la incorporación de los grupos políticos. Según Paredes (2006), ese es el caso de Bolivia cuyo representante expresó que “genocidio significa la destrucción física de un grupo interpretado conjuntamente por medio de un origen o ideología común, por tal razón no existe razón alguna para restringir

el concepto de genocidio excluyendo los grupos políticos.”. De acuerdo a este tenor con Paredes (2006), en forma similar el representante de Ecuador expresó que

si la convención no extiende su protección a los grupos políticos, aquellos quienes cometen el crimen de genocidio pueden utilizar esta omisión como defensa o justificación para perseguir grupos de raza o religiosos por sus ideas políticas sin miedo la responsabilidad de una sanción internacional.

4.4 Las Razones Concretas de la Exclusión

Resumiendo las ideas expuestas por Paredes (2006), las razones más importantes para negar la inclusión de los grupos políticos a la definición del genocidio son: estabilidad, permanencia, homogeneidad, confusión, diferencias con respecto al origen etimológico y el miedo al rechazo gubernamental.

5 ARGUMENTOS PARA LA INCLUSIÓN DE LOS GRUPOS POLÍTICOS EN LA TIPIFICACIÓN PENAL INTERNACIONAL DEL GENOCIDIO

5.1 Existencia del Elemento Subjetivo de Destrucción de Grupos Políticos

Según Gramajo (1998), del conjunto de crímenes a los que se refiere el Estatuto de Roma, el crimen de genocidio ha sido la figura cuya inclusión en el ámbito de la competencia material de la Corte suscitó menos problemas durante el proceso de elaboración del Estatuto (art. 6). Ello se ha debido a que las disposiciones de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1948, se consideraron en su momento reflejo del derecho internacional consuetudinario en función del amplísimo y significativo número de Estados que son parte de la misma. Posteriormente, durante los trabajos del Comité preparatorio, Rosas y Rodríguez (2005) afirman que se discutió acerca de la conveniencia de ampliar la definición contenida en el art. II de la Convención con el objeto de incluir dentro de los grupos objeto de protección a los miembros de un grupo político o social.

Pero para evitar la ruptura del consenso en torno al concepto de genocidio y los problemas que posteriormente se podían plantear en los ordenamientos internos de los Estados partes en el Estatuto, señalan igualmente Rosas y Rodríguez (2005) que se optó por incluir dentro de la figura de los crímenes de lesa humanidad (art. 7.1.h), la persecución de un grupo fundada en otros motivos distintos de los que caracterizan al crimen de genocidio según la Convención de 1948. En consecuencia, el Estatuto recoge el mismo concepto de genocidio de la Convención de 1948, entendiendo por tal “los actos perpetrados con la

intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”, siendo la misma solución que se recoge en el Proyecto de Código de Crímenes de 1996 (art. 17), el Estatuto del Tribunal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (TPIY) (art. 4) y en el Estatuto del Tribunal Internacional *ad hoc* para Ruanda (TPIR) (art. 2).

Esta opción de mantener el tipo de la Convención de 1948 sin ampliaciones ha sido, en general, negativamente valorada por un gran número de Estados, en el sentido de señalar que con dicha tipificación no se contribuye a preservar la esencia elemental del crimen de genocidio. Así, este crimen se centra en la destrucción física de los miembros de un grupo y tiene como bien jurídico protegido, en palabras de Alicia Gil (1999) “determinados grupos humanos con una entidad y caracteres propios, que los convierte, al mismo nivel que los propios Estados, en las bases de la comunidad internacional.”. Desde esta perspectiva afirma Remiro (2004) que resulta injustificable la exclusión del genocidio político, y su consideración en el marco de los crímenes de lesa humanidad.

En el marco de la escasa práctica internacional existente de aplicación judicial del crimen de genocidio, la jurisprudencia del TPIY y del TPIR representa un valioso punto de referencia para la solución de los problemas interpretativos y de vacíos jurídicos que pueda suscitar la aplicación del Estatuto. Esta contribución se centra principalmente en la precisión del elemento subjetivo de este crimen que, como se señala jurisprudencialmente entre otras en la sentencia *Prosecutor v. Kambala* del Tribunal Internacional *ad hoc* para Ruanda del 4 de septiembre de 1998, es el que confiere al genocidio su especialidad. En el mismo fallo se señala que este elemento que se identifica con la especial intención de destruir en todo o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, es el que lo distingue del resto de las figuras del derecho internacional humanitario.

De acuerdo con Rosas y Rodríguez (2005), con la sistemática seguida por el TPIY y el TPIR, el análisis del elemento subjetivo del genocidio comprende dos aspectos. El primero se refiere a la intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, cuya precisión requiere, a su vez, la determinación de la naturaleza discriminatoria de los actos, la de los grupos protegidos en el marco del Estatuto y la prueba de la intención discriminatoria del genocidio. El segundo aspecto concierne a la intención de destruir, en todo o en parte, al grupo como tal. De esta manera, el primero de los aspectos se centra en los elementos discriminatorios que rodean la intención de destruir a un grupo determinado, mientras que el segundo se refiere a la intención de destruir el grupo en su conjunto, en tanto que entidad separada y distinta.

A este respecto, los TPIY y TPIR han estimado que la naturaleza discriminatoria del acto de genocidio se deriva de que la elección de las víctimas se lleva a cabo en función de su pertenencia al grupo particular que se pretende destruir. Desde esta perspectiva se pone de manifiesto que el genocidio se aproxima a la figura del crimen de persecución, incluido en el Estatuto del TPIY dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad (art. 5.h). En segundo lugar, y por lo que se refiere a la determinación del grupo que sea objeto de persecución, esta jurisprudencia apunta la dificultad de definir un grupo nacional, étnico o racial utilizando criterios objetivos y científicamente irrefragables. Por esta razón, en el caso *Prosecutor Vs. Jelusic* (1999) el Tribunal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia, ha considerado más apropiado establecer la condición del grupo desde la perspectiva de los que quieren singularizar o estigmatizar a los miembros del grupo respecto al resto de la comunidad, bien en aplicación de un criterio positivo en relación con el cual se distingue a un grupo de individuos por las características que lo singularizan, bien en función de un criterio negativo, de no considerar que un individuo se integra en el mismo grupo al que pertenece el genocidio.

Por lo que se refiere al tercero de los aspectos señalados, el relativo a la prueba de la intención discriminatoria, hay que destacar que la jurisprudencia del TPIY toma en consideración no sólo el contexto general en el que se cometieron los actos, sino, en particular, las declaraciones y hechos del genocidio, entendiéndose que un individuo que actúe conscientemente en un marco de violencia generalizada y sistemática que se dirija sólo sobre un grupo específico, no puede negar razonablemente que escoge a sus víctimas discriminatoriamente. En este mismo sentido, el TPIR se ha referido a la posibilidad de deducir la intención genocida de un cierto número de presunciones de hecho, como el contexto en el que el acto se ha cometido, la escala de atrocidades o el hecho de escoger deliberada y selectivamente a las víctimas en relación a su pertenencia a un grupo determinado, excluyendo a miembros de otros grupos.

De esta manera, como destaca Quel (2004), se establece la posibilidad de presumir la voluntad criminal genocida de los hechos y el contexto en que se producen. No obstante, el alcance de esta presunción puede matizarse en función de que se haga respecto de todos los acusados o sólo respecto de los máximos responsables, respondiendo, como apunta este autor, la práctica de los tribunales *ad hoc* a la utilización de estas presunciones esencialmente en los casos en los que la posición jerárquica del acusado, unida a su participación activa, lo convierte en un elemento clave de la destrucción de un grupo.

Según esta jurisprudencia, también cabría la posibilidad de deducir la existencia de la intención genocida del elemento material que se representa en el comportamiento del

individuo. En este supuesto el TPIY ha sido más exigente en su apreciación, valorando elementos tales como el que los crímenes cometidos no sean sistemáticos o no estén apoyados en una organización o sistema, como sería el caso de una persona que hubiese actuado de forma arbitraria y según su propia iniciativa. Y en toda caso, hay que destacar que la concurrencia de este dolo específico es el que permitirá los supuestos de complicidad, en los que la ayuda se lleva a cabo con conocimiento de la concurrencia de la intención genocida de los autores, aunque ésta intención como tal no se comparta por parte del cómplice.

Así pues, es dable afirmar que la determinación y prueba del elemento subjetivo específico de destrucción total o parcial de grupos políticos en la práctica es real y existe en infinidad de sociedades que han llegado a desarrollar procesos de supresión y persecución sistemática de fuerzas políticas o de grupos por razón de sus convicciones ideológicas. Ciertamente, el Derecho Penal Internacional y sus operadores jurídicos no pueden ser ajenos a esa realidad latente que se manifiesta por medio de miles de amenazas, muertes y desapariciones por razones políticas y que nos dice que esa intención genocida se ha practicado en muchas ocasiones y con fin específico y sistemático, en contra de grupos y movimientos de oposición, e incluso contra de partidos políticos que han ejercido tradicionalmente el poder. Al respecto Cepeda (2006) señala que la supresión violenta de los adversarios ideológicos ha operado continuamente en la historia contemporánea del mundo, y ha impedido el surgimiento de opciones pluralistas y de una participación realmente justa y democrática.

5.2 El Principio de Igualdad ante la Ley

A más de 60 años de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, surgen algunas reflexiones sobre la actualidad y los límites de dicha herramienta legal. La experiencia del nazismo generó la necesidad de tipificar jurídicamente una práctica que se había hecho común en la modernidad, desde el colonialismo hasta el genocidio armenio. En el Tribunal de Nuremberg surgió el concepto de crímenes contra la humanidad y, un tiempo después, se sancionó la figura de genocidio. En este sentido afirma Feierstein (2009) que el derrotero seguido por estos conceptos como modo de comprensión y castigo de los procesos de aniquilamiento ha sido confuso e ineficaz.

En el mismo sentido, señala Feierstein (2009) que pese a todos los borradores previos, la figura aprobada de genocidio vulneró el principio de igualdad ante la ley, al crear “grupos protegidos” (étnicos, nacionales, raciales y religiosos) y “grupos desprotegidos” (los otros). Las consecuencias de este error aparecieron toda vez que se intentó aplicar la Convención

desde 1948. Ante la comisión de matanzas masivas, se comienza a discutir la “existencia” del “grupo protegido” así como si el aniquilamiento se dirige a dicho grupo “en cuanto tal” o tiene motivos políticos (en verdad, todo genocidio tiene “motivos políticos”). Para cuando se establece un consenso, los muertos se cuentan por decenas de miles. Como ejemplo, aún no hay acuerdo sobre la calificación de los hechos en Sudán, Chechenia, Irak o Colombia. Bajo lo anterior, Feierstein (2009) concluye que un delito que requiere meses de discusión de especialistas para ser identificado es, claramente, un delito mal tipificado.

Cualquier persona entiende lo que es un homicidio o un robo. Simultáneamente, el concepto de crímenes contra la humanidad se convierte en una figura cada vez más laxa. El motivo de su creación —la concepción de que su gravedad radica en que es realizado por el Estado— comienza a ser revertido. La Corte Penal Internacional ha abierto cuatro casos: uno solo acusa a un Estado —Sudán— y los otros tres a grupos guerrilleros africanos, lo cual tergiversa el sentido de dicho delito. Para penar acciones como el terrorismo, la insurgencia o los secuestros extorsivos se comienza a exigir un estatuto que fue construido para las matanzas sistemáticas cometidas por los Estados. Para ciertos juristas, casi ningún crimen es calificable como genocidio e infinitas situaciones se califican como crímenes contra la humanidad. Las garantías del derecho penal comienzan a caer cada vez ante más casos (FEIERSTEIN, 2009).

Ante esta ofensiva, quizás valga la pena detener este proceso de inflación del penalismo internacional y, a más de 60 años de la Convención, volver a la categoría que Lemkin creara —el genocidio como aniquilamiento sistemático cuyo objetivo es “destruir la identidad nacional del oprimido a través del terror”— y tipificarla siguiendo los principios de igualdad, en tanto “intento de destrucción total o parcial de un grupo como tal.” (FEIERSTEIN, 2009).

Esta discusión comienza llegar a los tribunales internacionales. Feierstein (2009) expresa que quizás convenga repensar no sólo cómo respetar las garantías, sino también qué consecuencias conlleva calificar a los hechos ocurridos en muchos países como genocidio: entender la causalidad de un “proceso de reorganización”, que buscó transformar a la sociedad a través del aniquilamiento sistemático de una parte de su propio grupo nacional, un delito específico que no se encuentra explicitado en la figura más abierta de “crímenes contra la humanidad”.

5.3 El Genocidio Político como Crimen Internacional

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su Preámbulo señala que el Tribunal permanente busca que “los crímenes más graves de trascendencia para la

comunidad internacional en su conjunto”, “no queden sin castigo y que, a tal fin, [se adopten] medidas en el plano nacional [y se intensifique] la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.”.

De acuerdo con el artículo 5 del Estatuto de Roma (ER), se entiende por dichos crímenes el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y la agresión. El artículo 22.3 del Estatuto de Roma, sin embargo, reconoce que estos no son los únicos crímenes de derecho internacional. Según esta disposición, que consagra el principio de *nullum crimen sine lege*, la CPI únicamente tendrá competencia respecto a los crímenes ya mencionados, lo cual no obsta para que se tipifique “una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.”. Mateus y Martínez (2010) señalan que una interpretación sistemática del Estatuto confirma esta posición. El artículo 10 del ER, por ejemplo, permite afirmar que los redactores del Estatuto no pretendieron consagrar en los artículos 5 a 8 —incluyendo ahora el 8bis— todos los crímenes de derecho internacional, pues reconoce la existencia actual o futura de normas del derecho internacional no consagradas en el ER.

El crimen de genocidio político no hace parte de aquellos que conforman la competencia material de la CPI pero, jurídicamente hablando, a partir de las características propias que conforman los crímenes de derecho internacional, nada obsta para que en un futuro se incluya al interior de dicha tipificación, esto, por cuanto cumple con las características propias de los crímenes de derecho internacional.

Los crímenes de derecho internacional están encaminados a la protección de bienes jurídicos esenciales para la existencia misma de la sociedad internacional. Estos bienes jurídicos son la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. En otras palabras, cuando se comete una conducta constitutiva de un crimen de derecho internacional, se atenta directamente contra dichos bienes jurídicos colectivos que están en el centro de la sociedad internacional. Así lo reconoce tanto el ER en su Preámbulo, como la Carta de San Francisco en su artículo primero. Esto no obsta, sin embargo, para considerar que en algunos crímenes multinivel se pueda estar frente a un delito *pluriofensivo* como puede ser el caso de los crímenes de lesa humanidad. En esta medida, expresa Gil (1999), que no es incompatible señalar que el terrorismo no solo atenta contra bienes jurídicos individuales sino también colectivos como la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

Por otro lado, Werle (2005) afirma que un elemento característico y común a las conductas que tradicionalmente han sido consideradas como crímenes de derecho internacional es el “contexto de ejercicio de violencia sistemático o masivo.”. Para el mismo autor, este

elemento es el que permite la relación de los crímenes de derecho internacional con los intereses centrales de la sociedad internacional. En el caso del genocidio político, el mismo autor señala que este elemento se manifiesta dependiendo de la definición que se acoja, en los actos encaminados al exterminio parcial o total del grupo; o en “los actos que generan un peligro colectivo a la vida, la integridad o la libertad de las personas.”. Los crímenes de derecho internacional hacen parte de la materia comprendida por el DPI y se caracterizan, como se explicó, por los bienes jurídicos contra los que atentan, por el elemento internacional común que está presente en todas las categorías de este tipo de crímenes y por su punibilidad fundamentada directamente en el derecho internacional (WERLE, 2005). Así las cosas, es claro que la conducta constitutiva de genocidio político no tiene impedimento jurídico para ser tipificada como un crimen más de la competencia del Derecho Penal Internacional al cumplir con las características propias de los crímenes de derecho internacional.

5.4 El Genocidio y su Carácter Consuetudinario

Afirma Córdova (2009) que la obligación de prevenir y sancionar el genocidio es una norma consuetudinaria de carácter *ius cogens*, lo cual implica que el genocidio es sancionable, no importa el tiempo en que se haya cometido, es decir, la obligación de prevenir y sancionar el genocidio es imprescriptible. Ahora bien, hay que tomar en cuenta que para 1948 la Convención sobre Genocidio recogió el derecho consuetudinario formado con anticipación.

Al respecto asevera Lippman (2001) que en efecto, desde su gestación en 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha señalado que el genocidio es un crimen bajo el derecho internacional que el mundo civilizado condena y el cual trae por consecuencia responsabilidad criminal para los individuos o para los oficiales que lo cometan. En materia de genocidio la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva del 28 de Mayo de 1951 y en relación con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio ha declarado que “los principios en que se basa son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional.”. Es decir, aún cuando no exista un tratado internacional. Al respecto Gil (2001) expone que el carácter imperativo de prevención y sanción del Genocidio no se deriva solamente de los preceptos convencionales, sino de su naturaleza y, sobre todo, del bien jurídico protegido que no es más que la existencia de ciertos grupos humanos como tales definidos por su “estabilidad”, y en los que sin lugar a dudas se deben incluir los grupos políticos, toda vez que estos en el contexto jurídico, político, histórico, jurisprudencial y fáctico actual, reúnen ese requisito de “estabilidad” que los

hace merecedores de protección no solo por parte de las legislaciones internas de los Estados, sino también por parte del Derecho Penal Internacional, aún cuando no exista un documento formal que les otorgue tal salvaguarda.

Bajo los anteriores criterios, es de considerar que tanto la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio de 1948 como el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 deben actualizar sus tipificaciones del delito de genocidio en el sentido de incluir a los grupos políticos como grupos protegidos por este tipo penal, reforzando así la protección que dichos ordenamientos internacionales puedan otorgar en su conjunto, toda vez que los mismos grupos están protegidos por el tipo penal de crímenes contra la humanidad a la luz del ER.

Refuerza igualmente la teoría examinada en primer lugar, la previamente analizada tendencia de los Estados de incluir y tipificar en sus legislaciones internas la protección para los grupos políticos en el delito de genocidio, en la medida en que con dicha propensión se está generando una costumbre internacional que sirve de sustento jurídico a la necesaria ampliación de la protección tanto de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio de 1948 como el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 en relación con dichos grupos humanos.

Al respecto es de recordar que según Valencia (2008) la costumbre internacional es reconocida universalmente como una fuente de derecho internacional positivo. En efecto, el Art. 38 parte 1 inciso b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que dicho órgano internacional deberá aplicar la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

5.5 La Corriente Doctrinaria a favor del Genocidio Político

La falta de consenso en la definición y la percepción común del crimen de Genocidio con respecto a la incorporación de *grupos políticos* no se da solamente a nivel jurídico si no básicamente a todos los niveles. Por ejemplo, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española de 2012 y el Diccionario Inglés *Webster* establecen la protección de los *grupos políticos* en la definición del Genocidio. En la misma dirección el Instituto de Estudio del Genocidio perteneciente a la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) de Buenos Aires – Argentina, ha realizado disertaciones acerca de las inconsistencias y la diversidad de enfoques a la definición de este crimen. Para efecto ilustrativo se empleará el estudio realizado por Paredes (2006) quien logró determinar cinco definiciones básicas las cuales en su mayoría son inconsistentes con la definición

establecida en la convención del Genocidio de 1948. Entre ellas se analizaron la definición de Israel W. Charny, el aporte de Barbara Harff y Ted R. Gurr y la visión de Rafael Lenkin.

En este mismo orden de ideas, el sociólogo Israel Charny expresa que el genocidio en su sentido genérico “es la matanza en masa de un número sustancial de seres humanos cuando estos no se encuentran preparados para enfrentar fuerzas militares declaradas enemigas, por lo que las víctimas de esta agresión están bajo condiciones de indefensión y desamparo.”. Como contra respuesta a esta definición sociológica, el jurista Horacio Phillips comenta que para que exista Genocidio “no siempre es necesario una destrucción en masa” ya que el Genocidio es un crimen doloso cuyo *mens reus* establece el intento específico de realizar la matanza del grupo determinado en la ley. Si por razones ajenas a la voluntad del actor solo se ha producido la muerte de una persona, el crimen no dejaría de ser genocidio. Con respecto al estado de indefensión y desamparo es importante notar que si bien estas condiciones podrían limitar el ámbito de aplicación del crimen por un Estado o condición durante el ataque, este ámbito no afecta al tipo o clase de grupo por lo que todo individuo víctima de la agresión estaría implícitamente incluido y protegido por esta definición (PAREDES, 2006).

Igualmente señala Paredes (2006) que los profesores Bárbara Harff y Ted R. Gurr en su estudio “Hacia una Teoría Empírica del Genocidio y del Politicidio” (1988) afirman:

Para nuestra definición el Genocidio y el Politicidio son la promoción y la ejecución de las políticas de un Estado o sus agentes por las cuales resulta la muerte de un grupo sustancial de personas. La diferencia entre el Genocidio y el Politicidio está en las características en las que los miembros del grupo están identificados por el Estado. En el Genocidio los grupos victimizados están definidos primariamente por sus características comunales. Por Ejemplo, etnicidad, religión o nacionalidad. En los politicidios las víctimas se encuentran definidas primariamente por su posición jerárquica o su oposición política al régimen y a los grupos dominantes.

En esta definición se separan los grupos políticos del resto como una propuesta interesante al problema examinado. Sin embargo, en este mismo estudio estos expertos cuestionan la utilidad del genocidio como crimen excluyente de los grupos políticos basándose en información histórica consistente en el análisis de 44 casos que demuestran que en los últimos 50 años ha habido más politicidios que genocidios. El resultado establece que solo 6 de los 44 casos pueden ser considerados genocidio y los 38 restantes son politicidios de acuerdo a la mencionada definición (PAREDES, 2006).

Finalmente, estableció Paredes (2006) que para Rafael Lemkin, Genocidio es el crimen de la destrucción de grupos nacionales, raciales o religiosos empero cuando se habla de Genocidio no necesariamente se pretende magnificar la destrucción inmediata de una nación. Se intenta mas bien demostrar un plan coordinado de diferentes acciones que apuntan a la destrucción de las fundaciones esenciales en la vida de grupos nacionales con la intención de la aniquilación de los grupos por ellos mismos. Si bien en esta definición se omite a los *grupos políticos* no se llega a establecer en forma concreta el desacuerdo de Rafael Lemkin con respecto su inclusión. Esta posición se llegó a conocer más tarde a tiempo de debatir la inclusión de los grupos políticos en la Convención del Genocidio de 1948.

6 EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS Y EL GENOCIDIO POLÍTICO

La concepción de Genocidio ha sido constantemente modificada e incluso distorsionada por comunes asunciones tomadas por sociólogos, juristas y otros expertos. De hecho los códigos penales locales de muchos países latinoamericanos como Colombia, Panamá, Paraguay y Costa Rica han incluido la protección de los *grupos políticos* en la tipificación del genocidio. Al respecto **Paredes (2006)** alude que Perú y Bolivia fueron un peldaño más allá pues el código penal del primer país expresa su protección a favor de los *grupos sociales* en general, lo cual conlleva a un ámbito de aplicación más amplio que el de los *grupos políticos*.

De acuerdo con **Paredes (2006)**, en el caso de Bolivia el artículo 138 del Código Penal después definir el crimen de Genocidio y de determinar cómo grupos de protección a los grupos nacionales, étnicos y religiosos establece un segundo párrafo que expresa textualmente: “En la misma sanción (a la del genocidio) incurrirán el o los autores, u otros culpables directos o indirectos de masacres sangrientas en el país.”. En este párrafo no se establece la categoría o el tipo de grupo protegido para el término “masacre sangrienta” por lo que se considera que la protección se encuentra dirigida a cualquier individuo víctima de la masacre sin distinción de su militancia o participación en un determinado grupo. Lo que se sanciona en esta parte de la norma es la acción u omisión por la cual directa o indirectamente se ha producido la masacre. Este artículo bajo el *nomen juris* de Genocidio omite aclarar la separación de un nuevo tipo penal o la reformulación del crimen de Genocidio, pero en medio de esta confusión claramente amplía su ámbito de protección.

En Colombia el crimen *sub examine* ya fue incorporado al ordenamiento interno, como quiera que según Huertas (2001), el Estado es parte de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y, además, porque el artículo 322ª de la Ley 589 del 2000 y artículo 101 del vigente Código Penal o Ley 599 de 2000 tipifican expresamente el delito de genocidio. Las referenciadas leyes tipifican el delito de genocidio e incluyen además una categoría adicional de “genocidio político”, que como lo recordó Cáceres (2012), no se encuentra consagrada en la Convención sobre Genocidio de 1948 ni en el Estatuto de Roma de 1998.

Al respecto es de señalar que la legislación colombiana no encontró reparos para la ampliación del genocidio a los grupos políticos, pues es sabido que la regulación contenida en los Tratados y Pactos Internacionales consagra un parámetro mínimo de protección, de modo que nada se opone a que los Estados, en sus legislaciones internas consagren un mayor ámbito de protección. Así, pues, no hay óbice para que las legislaciones nacionales adopten un concepto más amplio de genocidio, siempre y cuando se conserve la esencia de este crimen, que consiste en la destrucción sistemática y deliberada de un grupo humano, que tenga una identidad definida. Y es indudable que un grupo político la tiene (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 2001).

Antes bien, en criterio de la Corte Constitucional de Colombia (2001), la incriminación de la conducta sistemática de aniquilación de un grupo político, mediante el exterminio de sus miembros, antes que suscitar cuestionamientos de constitucionalidad, encuentra pleno respaldo en los valores y principios que informan la Constitución Política de 1991 entre los que se cuentan la convivencia, la paz y el respeto irrestricto a la vida y a la existencia de los grupos humanos, considerados como tales, con independencia de su etnia, nacionalidad, credos políticos, filosóficos o religiosos.

De otro lado, la descripción típica colombiana sí exige “la muerte de sus miembros”, lo cual es más restrictivo que la definición internacional. En estas circunstancias se aplica el artículo 10 del Estatuto. La Ley 599 de 2000 o Código Penal colombiano establece:

Artículo 101. Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta meses (480) a seiscientos meses (600); en multa de dos mil seiscientos sesenta y seis mil punto sesenta y seis (2.666,66) a quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses. La pena será de prisión de ciento sesenta (160) a cuatrocientos cincuenta (450) meses, la multa de mil trescientos treinta

y tres punto treinta tres (1.333.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos setenta (270) meses cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos: 1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo; 2. Embarazo forzado; 3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; 4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; 5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Por lo anterior, que las legislaciones internas de los Estados incluyan y por lo tanto protejan a las víctimas de genocidio por razones políticas, reafirma el compromiso de estos frente a la inviolabilidad del derecho a la vida, protege el pluralismo en sus diferentes manifestaciones y garantiza el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por los Estados al ratificar la Convención de Genocidio, el Estatuto de Roma y otros instrumentos internacionales para la protección de los Derechos Humanos, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos I y II de 1977.

7 CONCLUSIONES

La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 no incluye el grupo político entre aquellos sobre los cuales puede recaer el genocidio. En el proyecto original de la Resolución 96 (I) de 1946 figuraba la destrucción de un grupo político como objeto del propósito genocida, pero tal hipótesis fue excluida del instrumento convencional atendiendo principalmente a tres razones: 1ª) Que el grupo de carácter político no era fácilmente identificable; 2ª) Que la inclusión de su figura en un tratado para prevenir y sancionar un crimen de derecho internacional podía servir como pretexto para reprobables injerencias, y 3ª) Que en el seno de cada Estado los miembros de los grupos políticos quedaban comprendidos en el concepto de grupo nacional.

Tiempo después, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998, en un casi inexistente debate, contempló en su artículo 6º el crimen de genocidio en los mismos términos que lo hizo la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, sin mencionar entre los grupos susceptibles de ese crimen los de índole política.

Pese a la anterior tipificación, actualmente y después de 65 años de la firma de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la

Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, y 15 años de la expedición del Estatuto de Roma de 1998, existen suficientes razones jurídicas, históricas, jurisprudenciales y doctrinales que permiten sustentar la necesaria modificación y actualización de uno o de ambos instrumentos internacionales para plasmar sin más vacilaciones, el genocidio político al interior de dichos ordenamientos.

Entre las principales razones que sustentan la tipificación del genocidio político en el contexto del derecho penal internacional, se destaca la existencia en la historia contemporánea del mundo, de prácticas reales de destrucción total o parcial de grupos políticos en infinidad de sociedades, crímenes que se han materializado en forma específica y sistemática en contra de grupos y movimientos de oposición, e incluso en contra de partidos políticos tradicionales, por medio de miles de amenazas, muertes y desapariciones por razones políticas, impidiendo de esta manera el surgimiento de opciones pluralistas y de una participación realmente justa y democrática.

Finalmente se recomienda que el Derecho Penal Internacional por intermedio de sus diferentes órganos e instituciones de impulso a la creación y desarrollo de nuevas normas y formas legales que permitan enfrentar la sanción de todos aquellos que pretenden por muchas razones el exterminio de grupos humanos vinculados por sus convicciones políticas, así como invocar a los Estados para que promulguen o reformen sus legislaciones internas para garantizar que sus autoridades puedan iniciar investigaciones y enjuiciamientos por genocidio político de acuerdo con los requisitos del derecho internacional, toda vez que el Derecho Penal Internacional establece mínimos de garantías, estando los Estados en plena libertad de ampliar dichos estándares internacionales en beneficio de sus asociados.

REFERENCIAS

CÁCERES, V. **El genocidio político en el marco del derecho penal internacional**. Bogotá: Ibáñez, 2012.

CEPEDA, I. Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica en Colombia. **Revista Cetil**, v. 1, n. 2, p. 101-112, 2006.

CÓRDOVA, L. El tratamiento jurídico del genocidio en México. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM**, v. IX, n. 588, 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-177 de 2001. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. 14 de febrero de 2001.

FEIERSTEIN, D. **Genocidio, delito mal tipificado**. Buenos Aires: Centro de Estudios sobre Genocidio - Universidad de Tres de febrero, 2009.

GIL, Alicia. **Derecho penal internacional**. Madrid: Tecnos, 1999.

GIL, Alicia. **Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los elementos de los crímenes**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

GÓMEZ, A. El crimen de genocidio en Derecho Internacional. **Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Mexico, v. 105, p. 927, 2002.

GRAMAJO, J. **El estatuto de la Corte Penal Internacional**. Buenos Aires: Abaco, 1998.

HARFF, Bárbara; GURR, Ted R. Toward empirical theory of genocides and politicides: identification and measurement of cases since 1945. **International Studies Quarterly**, n. 32, p. 369-381, 1988.

HUERTAS, O. **Aproximaciones al concepto de genocidio en Colombia**. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2006.

HUERTAS, O. Aproximaciones al concepto de genocidio en Colombia: un estudio desde el margen. **Revista Diálogo de Saberes**, n. 25, p. 315-334, 2006.

HUERTAS, O. Genocidio. **Diccionario Histórico Judicial de México**: ideas e instituciones. Tomo II – G-O - Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

HUERTAS, O.; MORA, J. El genocidio político como expresión de violencia política en Colombia en la segunda mitad del siglo XX. **Revista Grafía**, n. 7, p. 93-104, 2010.

LIPPMAN, M. Genocide: the crime of the century: the jurisprudence of death at the dawn of the new millennium. **Houston Journal of International Law**, v. 23, n. 3, p. 437-535, 2001.

MADRID-MALO, M. Notas sobre genocidio III. Disponible en: <<http://marioenelblog.blogspot.com/2011/02/notas-sobreel-genocidio-iii.html>>. Acceso en: 7 de febrero de 2011.

MATEUS, A.; MARTÍNEZ, J. Derecho Penal Internacional y terrorismo: ¿crimen de Derecho Internacional?. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**. Ed. Universidad Pontificia Bolivariana Medellín, v. 40. n. 113, p. 386, 2010.

NACIONES UNIDAS. Conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Comisión Plenaria. **Acta resumida de la tercera sesión**. Roma: ONU, 1988.

PAREDES, R. **Exclusión de los grupos políticos en la tipificación internacional del genocidio**. Bolivia: Rigoberto Paredes, 2006.

QUEL, L. **Creación de una jurisdicción penal internacional**. Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2004.

REMIRO, A. **La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal**. Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2004.

REYES, C. **Teoría general del derecho internacional penal: una aproximación histórica-evolutiva**. Huelva (España): Universidad Internacional de Andalucía – Sede Iberoamericana Santa María de la Rábida, 2007.

ROSAS, J.; RODRÍGUEZ, M. **Principio de responsabilidad penal internacional del individuo en el estatuto de Roma**. Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005.

SARTRE, J. **El genocidio: situations VIII**. Buenos Aires: Gallimard / Losada, 1973.

VALENCIA, H. **Derecho internacional público**. Bogotá: Comlibros, 2008.

WERLE, G. **Tratado de derecho penal internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

Submissão em: julho de 2015

Pareceres favoráveis em: setembro de 2015

E C O S
A C A D Ê M I C O S

Teses de Direito Público: três doutoramentos e um mestrado em 2015: Paris, Porto, Burgos, Porto

PAULO FERREIRA DA CUNHA *

Resumo: Mesmo em licença das minhas funções académicas na Europa, por reconhecidas “circunstâncias de interesse público”, que se prendem com os esforços pela criação de uma Corte Constitucional Internacional, não deixo de, como digo em título da segunda parte, “voltar a Casa”, regressar e arguir ou acompanhar doutorandos nas suas provas. O texto seguinte reproduz, assim, as quatro arguições neste ano de intenso trabalho, desenvolvido especialmente no Brasil. A última das quais em antevéspera do dia de Natal.

Palavras-chave: Ministério Público, Direito e Informática, Controle da Constitucionalidade, Direito Internacional, Independência da Catalunha

* Doutor em Direito das Universidades Paris II (1992) e Coimbra (1995). Licenciado e Mestre pela Faculdade de Direito de Coimbra. Agregado (livre-docente) pela Universidade do Minho (2000). Pós-Doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Professor Catedrático de Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (desde 2001) e Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar (desde 2002).

Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); da Universidade Católica de Santos; da Universidade de Paris XIII; da Universidade de Direito de Kiev; da Academia Nacional das Ciências da Ucrânia, inter alia.

Professor associado da Universidade Laurentienne / Laurentian University, Canadá, e Professor Honorário da Universidade Mackenzie, entre outras.

Autor de mais de 90 livros, publicados em diversas Línguas (em Português, publicado em Portugal e no Brasil) e de mais de 500 artigos científicos.

1 LE PARQUET ET LA COUR

Intervention en tant que membre du jury de thèse de doctorat de M. Pierre Tcherkessoff, *Cohérence et Légitimité du Ministère Public*, à l'Université Paris II, le 30 juin 2015.

Monsieur le président du jury,
Messieurs les Professeurs, chers collègues,
Monsieur Pierre Tcherkessoff,

Il y aura bientôt 25 ans, et je m'en souviens comme si c'était hier, dans ce même bâtiment, un jeune enseignant portugais venait répondre au *quid petis* : il demandait à devenir docteur de l'Université Paris 2. J'évoque ce détail autobiographique parce que je me souviens bien d'une grave critique qui m'a été adressée (et il y a parmi nous un témoin privilégié de cela) : j'avais confondu "venin" et "poison". En portugais, il n'y a pas de différence linguistique entre les deux concepts (ils sont "homonymes")... Or, cette remarque m'a surpris à l'époque. Dans l'ensemble d'une thèse aussi volumineuse, cela me paraissait un détail. Un détail certainement linguistiquement grave, mais sans plus.

Cependant, 25 ans comme membre de plusieurs jurys dans plusieurs pays et sur plusieurs continents m'ont appris quelque chose que j'avoue volontiers au candidat, pour qu'il soit plus à l'aise face à mes remarques : j'ai découvert qu'il y a des thèses qui ne nous laissent pas le choix. Il y a des thèses dont les remarques concrètes ne peuvent être que de détail. Et bien, cela – me semble-t-il – est un bon signe pour une thèse.

On l'a déjà remarqué aujourd'hui : cette thèse se lit agréablement, elle est bien écrite. La Comtesse des *Plaideurs* de Racine a raison : "mais vivre sans procès, est-ce contentement?" (I, 7)

Ce texte me semble résulter de beaucoup d'étude, beaucoup de travail, beaucoup de mûrissement, mais il contient aussi de vraies thèses, qui (le style peut être plus ou moins attique, mais peu importe) sont des questions de tête, mais aussi de cœur. Par cela, Joseph de Maistre aurait tort quand, dans *Voyages autour de ma chambre*, il considère une dissertation comme un morceau de glace dans le cœur (chapitre XXIV). Non, il y a ici de vraies options, et cela me semble bien. D'autant plus que l'ensemble est très bien structuré, très bien développé, qu'il s'appuie sur une quantité de sources et que le temps de réflexion semble suffisant. Et quoi qu'on pense des thèses de M. Tcherkessoff, c'est vrai qu'il a suivi les bienséances académiques, il n'a notamment pas choqué du tout notre sensibilité stylistique, ce qui semble le plus important dans les dissertations, selon le témoignage peu suspect de Roland Barthes (au programme de télévision *Océaniques*). Et il faudrait le citer dans cette question, d'autant plus que l'on fête le centenaire de sa naissance cette année...

Du reste, le candidat répondra selon les règles de la bonne rhétorique, et en choisissant d'abord ce qui lui semblera le plus important. Nul besoin de répondre à tout ou de tout commenter.

Le candidat reconnaît qu'il pourrait y avoir plusieurs approches du sujet. Il affirme qu'il suivra celle d'un juriste de droit privé (p. 9). En lisant la thèse, cependant, bien qu'il y ait des apports civilistes qui pourraient ne pas être présents dans l'œuvre d'une personne dont les préoccupations sont strictement pénalistes (ce qui ne serait pas si inhabituel, vu le sujet de la thèse et quelques idées reçues), nous voyons des analyses pluridisciplinaires. Pourquoi cette profession de foi privatiste? La thèse n'est-elle pas un ensemble, un même regard de tous les côtés du prisme?

Une des fonctions des analyses critiques (au sens large), c'est le dévoilement. Pierre Bourdieu affirmait que voir ce qui est derrière le rideau serait la grande fonction du sociologue. Mais des juristes qui ne se bornent pas à la lettre morte des normes en elles-mêmes doivent certainement faire la même chose. Il y a un livre pas très récent d'Alain Caillé (*La démission des intellectuels*) qui parle de la démission des intellectuels qui renoncent à penser leur temps : or cette thèse est un bon exemple du fait que cela n'arrive pas toujours. L'auteur veut penser son temps, notre temps, en tenant compte du passé, des passés, et aussi des autres expériences et parcours.

En tout cas, on se demande si une partie empirique, sociologique, ne pourrait trouver sa place dans cette thèse. C'est, bien sûr, le choix du candidat. Et Caillé met en garde contre un piège dans les sciences sociales qui pourrait éventuellement s'aggraver dans un *corpus*

sociométrique. Le candidat nous expliquera certainement que précisément ce choix est cohérent avec la perspective de droit privé... Est-ce que son laboratoire a été ici le droit comparé ? Ce ne serait pas mal...

Des questions épistémologiques et méthodologiques passons à des questions historiques et philosophiques évoquées dans l'argumentaire préliminaire de la thèse, mais qui ne sont pas son essence.

Il est toujours important, sage et élégant de présenter une partie historique et philosophique dans une thèse de droit. Malheureusement il y a de plus en plus une certaine superficialité dans ces parties sur lesquelles les auteurs ne se sont pas concentrés.

Cette thèse démontre toujours la préoccupation de trouver des fondements historiques et philosophiques, et bien qu'elle maintienne le niveau général, qui est très haut, elle n'échappe pas à quelques petites remarques, pour une future discussion ...

Cette thèse soulève des questions très complexes : chacune pourrait être le sujet d'une autre thèse, voire de plusieurs.

- Note 46, p. 17 : c'est très bien d'évoquer Hans Kelsen pour l'Etat de droit, mais n'oublions pas Robert von Mohl, *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats* (Tübingen 1833), et même les origines kantienne du concept, selon certains.
- Note 55, p. 19 : les remarques de Michel Villey sur le droit familial ou le droit international sont très bien, mais il parle aussi, si ma mémoire est bonne, du droit du travail... précisément dans les *Précis de philosophie du droit*.
- La question de la souveraineté, d'ailleurs en toile de fond pendant presque toute la thèse, mérite quelques notes à partir de la page 21 (note 61 et suivantes). Je suis allé hier à la librairie Vrin, et on m'a informé, grâce à l'ordinateur, que les différentes éditions des *Six livres de la République* étaient épuisées, il ne restait qu'un premier volume d'une édition, mais ils ne l'avaient pas à la librairie. Je voudrais relire cet ouvrage si souvent cité, parce que récemment j'ai relu deux classiques contemporains qui m'ont bouleversé pour la première fois quant aux vraies idées de Bodin sur la souveraineté : la vieille *Histoire des idées politiques* dirigée par Jean Touchard, qui a mon âge, et le manuel *Law of Nations* de Brierly, qui est un peu plus âgé que moi. Serait-il possible que nous ayons tous reconstitué la pensée

de Bodin selon un paradigme déjà souverainiste ? Je vous soumetts cette hypothèse...

- Note 358, p. 85 : Est-ce que vous adhérez à la thèse de l'instauration d'une Cour suprême et non pas d'une Cour Constitutionnelle pour le contrôle de la Constitutionnalité? Et pourquoi? A cause d'un prétendu contre-pouvoir de magistrats non élus? Il serait intéressant de voir les débats dans les pays où des cours constitutionnelles existent ainsi que les différents systèmes de nomination des cours suprêmes et constitutionnelles... Cependant, comment rendre cela compatible avec d'autres idées de légitimation, par exemple, celle du parquet légitimé par la loi, en tant que délégué de la nation souveraine (p. 499, par exemple) ?

On pourrait continuer sur le détail infiniment, et toujours avec intérêt, car la dissertation soulève plusieurs questions très savantes, très actuelles, et très interpellantes. Mais je voudrais me concentrer sur une des grandes propositions de la thèse : la création d'un procureur général de la nation, ou de la république, "libéré du joug du pouvoir exécutif" (p. 501). Qui ne serait pas un *Attorney general*, ce personnage récurrent dans les romans policiers anglo-saxons

En effet, il ne semble pas qu'il s'agisse d'une proposition isolée, mais de toute une nouvelle construction du parquet à partir de cette institution. Il serait instructif d'en savoir plus sur ce projet pour la France, et de savoir comment il répondrait aux arguments de création d'un pouvoir dépendant de la politique (c'est la critique, à notre avis injuste jusqu'à présent, qu'on adresse à notre Cour constitutionnelle portugaise, elle aussi issue pour la plupart - 10/13 - d'une élection parlementaire), puisqu'une désignation de ce genre est prévue . 502).

En tout cas, après la révolution d'avril 1974, l'expérience portugaise d'une très grande indépendance du ministère public vis-à-vis du pouvoir exécutif, pourrait être un futur champ d'inspiration pour l'approfondissement de cette proposition.

Mais cela nous mène à une question récurrente dans la thèse : l'idée du "quasi-juge". Maurice Garçon disait que l'avocat est le premier juge – mais c'est une autre question. C'est intéressant, car il peut y avoir des quasi-juges de différents styles. Par exemple, un des arguments contre l'ancien système portugais, c'était que le parquet était alors une carrière de passage, pour devenir juge, ce qui donnerait aux juges une formation "d'avocats d'accusation".

Vous serez le bienvenu au Portugal pour vos recherches futures.

2 *HIMMER NACH HOUSE*

Palavras finais do orientador da tese na sessão de discussão da tese de doutoramento do Mestre Hugo Lança, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 28 de outubro de 2015.

Wohin gehen Wir? Immer nach House.
Hoelderlin

Se a Pátria é a Língua, como diz Pessoa, a casa académica será onde estiver a República das Letras. E naturalmente, no nosso caso, as Letras jurídicas inclusas. Mas há também a pátria telúrica dos lugares, e vir hoje aqui, atravessando para tal um Oceano em sentido não figurado, é retorno com o conforto de calor de um lar universitário. Saúde o Senhor Diretor, Doutor Pestana de Vasconcelos, o meu Caro Colega de há muitos anos e vários outros lares meus, outras tantas Casas, Doutor Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, e os três Colegas da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Doutora Cristina Quieroz, Doutora Raquel Guimarães e Doutor António Francisco de Sousa. E *in absentia* saúde também a Doutora Clara Sottomayor, que infelizmente não pôde estar connosco.

Até aqui já bem se viu quem está perante nós pedindo o grau de doutor. *Le style c'est l'homme même*, dizia Bossuet. Leonardo Coimbra alude a um sinistro pedagogo que teria inquinado as fontes e com mãos gigantescas estaria comprimindo à noite as cabeças das crianças. Hoje diríamos formatando os espíritos. Será hoje metáfora de quê? De muita coisa... Algumas presentes aqui e agora.

Roland Barthes recomendava que os candidatos a doutores se camuflassem *q.b.* para cumprirem as bienséances. Também o aconselharia, mas com toda a liberdade que seja possível. Como a que sempre tomei e continuo a tomar para mim. Porque firmemente creio na liberdade académica: uma tese é um exercício vivo dessa liberdade, e um exercício vivencial e sério (não uma experiência). E nunca uma encomenda de um *cappo di scuola*, de um *patron* ou de um mandarim. Nem fruto de *babby sitting*, evidentemente.

Mutatis mutandis, Jean Hypollite deveria ter continuado a orientar Julien Freund. O que importa é a qualidade do candidato. O que ele pense e a forma como o diz, dentro dos parâmetros barthianos mínimos, interessa menos. Jean Lauand explicou que Deus e a Bíblia não passariam em muitos critérios académicos de hoje. E já Umberto Eco tinha falado no presumível fracasso de muitos génios nos concursos hodiernos para professores

catedráticos. Enfim, não há teses que tenham tornado célebres os seus autores. O contrário é que pode, *a posteriori*, vir a ocorrer...

Foi para mim muito gratificante acompanhar esta caminhada. Estamos, pois, na República do saber. Estamos em casa.

3 LEVAR A SÉRIO

O CONTROLO DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE

Arguição da tese de Jefferson Schneider *El Control de Constitucionalidad Difuso de la Norma. Un Análisis a partir de sus presupuestos epistemológicos*, Universidade de Burgos, 27 de novembro de 2015.

Ex.mo Presidente do Tribunal, Prof. Rey Martínez:

Permítanme lacónicos saludos e ingratas gracias – porque el tiempo *es enemigo sutil que ataca huyendo* – para expresar mi gran honor por integrar este tribunal. Es para mí un placer también trabajar bajo su presidencia, señor Presidente, y encontrar a los queridos colegas, Profs. Alicia, Saulo, y José Luis Bolzan. Una especial palabra más para la Directora Prof. Nuria Belloso Martín, recordando la invitación inicial que ha permitido esta magnífica colaboración y mi saludo también para la Codirectora María Aránzazu Moretón Toquero.

Saludos cordiales y agradecidos.

Ao candidato Jefferson Schneider, desejo os maiores êxitos e tranquiliz-o: não farei uma das temidas “arguições portuguesas”... Vou pela tradição portuguesa de ler, *brevitatis causa*.

A nosso ver a presente tese, além evidentemente de estar em geral bem escrita e adornada por outros méritos formais em que não há tempo para deter-me (descontados sempre os cochilos de Homero, por exemplo, bibliografia nunca se pode ler toda), é principalmente relevante por três razões:

- 1) Pela *démarche* epistemológico-vivencial. É uma tese de um juiz que sai do pedestal do seu alto múnus e se arrisca a ir estudar, e a estudar fora da sua zona de conforto: em duas academias de dois países que não são o seu (Espanha, principalmente, e também Portugal, em que tive o gosto de o acolher, no IJI da

FDUP¹). É portanto alguém que sai da teoria espontânea e empírica da onnipotência e onisciência da prática e do poder (mesmo o *poder hermenêutico*, que não é pequeno). Além de se submeter ao ritual acadêmico (todos os rituais de passagem, como este, para valerem, têm que ter um *Verfremdungseffekt*, que pode ser violento, mas é sempre sagrado, para glosar René Girard), vem fazê-lo não placidamente, por exemplo escudando-se atrás de um tema não polêmico, por exemplo algo de processualístico hipertecnista, mas vai direto ao olho do furacão (ou pelo menos um deles) da questão constitucional: a vivência (muito mais que a aplicação) da Constituição não apenas pelo controle concentrado de uma Liga da Justiça, mas por todo e qualquer juiz, difusamente. Não cremos que o uso que faz da expressão “epistemológico” e seus derivados, logo no próprio título da tese, aliás, coincida com o nosso uso semântico e técnico. Aliás, creio que poderia explicitar essa escolha para nós um tanto surpreendente. Também, agora que com a idade aspiramos à concisão e ao aticismo, duvidamos muito que tivesse sido imprescindível passar tantas páginas naquilo a que chama “Pressupostos Epistemológicos”, e que diríamos antes paradigmas fundadores, assim como nos Prolegômenos subsequentes, e excursos (como o Constitucionalismo Latino-americano). Compreende-se que haja querido embasar tudo com sólida argamassa (ao ponto de por vezes parecer que reforça em demasia a liga – já o veremos), mas não há dúvida que produziu *tese* e enfrentou com coragem problemas sérios. A alusão que faz aos concursos para magistraturas em Espanha, que não é uma mera nota, releva dessa coragem. Coragem epistemológica a nosso ver porque ousa casar Constituição e Filosofia, e coragem pessoal porque não hesita em dizer o que pensa, sem sacrificar ao academicamente correto.

2) Pela justa aplicação ao seu tema de uma mensagem ou “tese” da supremacia e hegemonia vinculante da Constituição. Aplicação mesmo e não simples declaração de princípio inconsequente, como em tantos. Apresenta-se-nos Jefferson Schneider como um eloquente profeta da plena e permanente necessidade de constitucionalidade das normas e de todo o procedimento judicial, incluindo o “ordinário”, que pretende rebatizar. A questão da prevalência do Constitucional (vizinha, como bem fica patente, da onnipresença constitucional) é uma questão essencial (é uma das grandes questões práticas do Direito em ação) e tem que ser levada a sério, apesar de haver quem, por subtilezas, sorrisos, ademanos e não sei mais que chicanas, procure tornear a imperativa vinculatividade desse vértice da

¹ Nota do Organizador da Revista: Instituto Jurídico Interdisciplinar (IJI). Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FADUP).

pirâmide normativa e procure por todas as formas escavar restrições e alçapões à sua concretização. Sim, é algo para ser levado a sério. Contudo, não nos convenceu a bandeira em que se aposta, de acrescentar o “constitucional” ao ordinário. Se há algo de divino na Constituição (D. Pedro I do Brasil e IV de Portugal parece ter sido autor do Hino da Carta Constitucional, cujo refrão repetia “divinal constituição”), guardemo-nos de *invocar o Santo Nome de Deus* excessivamente, porque tal pode ser *em vão*, como se dizia num tópico antigo, para que o diabo se não revele nos detalhes do processo... Já sabemos que tudo isso é constitucional: dizê-lo acabará por ser redundante. Esperemos pelo menos que o seja, e o mais depressa possível.

3) Pela recordação (e espera-se que a muitos colegas juízes e outros imediatos agentes da Justiça) de alguns pontos essenciais sobre o fenómeno não meramente cognitivo, logicista e subsuntivo da concretização jurisdicional da Justiça. Certamente muitos estranharão a necessidade de remissão para hermenêuticas hoje mais clássicas (especialmente convocando Heidegger e Gadamer): uns porque ainda estão nos “elementos da interpretação” de Savigny; outros porque gostariam de novidades mais na moda. Gostaria de sublinhar que um passo como de p. 481 ss. da tese e de p. 48 ss. do resumo português (que não puderam deixar de me recordar um trecho de Lenio Streck também muito desconstrutor de ideias feitas) é um *principium sapientiae*, um *prolegómeno a toda a hermenêutica futura*. O texto de Lenio todos se devem dele recordar. Só vou citar o princípio: “[...] o pensamento jurídico dominante continua acreditando que o jurista primeiro conhece (*subtilitas intelligendi*), depois interpreta (*subtilitas explicandi*), para só então aplicar (*subtilitas applicandi*); ou, de forma mais simplista, os juristas – inseridos nesse imaginário engendrado pela dogmática jurídica de cariz positivista-formalista – ainda acreditam que interpretar é desvendar o sentido unívoco da norma (*sic*), ou, que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, sendo tarefa precípua do intérprete procurar a significação correcta dos conceitos jurídicos (*sic*), ou que interpretar é buscar ‘o verdadeiro sentido da norma’, ou ainda, que interpretar é retirar da norma tudo que nela ((se)) contém (*sic*) tudo baseado na firme crença de que os métodos de interpretação são ‘um caminho seguro para alcançar correctos sentidos’, e que os critérios usuais de interpretação constitucional equivalem aos métodos e processos clássicos, destacando-se, dentre eles, o gramatical, o lógico, o teleológico objetivo, o sistemático e o histórico (*sic*); finalmente, para total desespero dos que, como eu, são adeptos da hermenêutica filosófica, acredita-se ainda que é possível descobrir a vontade da norma (o que isto significa ninguém sabe explicar) e que o legislador possui um espírito (*sic*)!” (STRECK,

2006, p. 280). Se tal é um esses são aplainar de caminhos, endireitar de veredas no grande sertão da Hermenêutica, ainda se nos afigura por vir aquela teorização simples e assimilável pelo Judiciário que irá mudar o rosto dos nossos tribunais. Haveria que dar o salto qualitativo. Um dia será dado. E se o controlo de Constitucionalidade fosse não do texto, nem tanto da “norma” (porque pode esta ter vários estratos ou níveis de consubstanciação), mas de uma dada interpretação da norma?

Evidentemente, para além das observações que já fomos fazendo, há algumas divergências, algumas dúvidas, etc. Só umas três questões:

1) A ideia de uma assumida “soberania popular limitada”, explanada por exemplo na p. 395, começando por dizer “El núcleo central de la Constitución, es decir, los derechos fundamentales, concreción de la fórmula política y de los valores superiores de la libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, actúa como un límite material de la democracia; es decir, los derechos fundamentales derivados de estos valores están “fuera de lo decidible” por las eventuales mayorías democráticas. Dicho de otra forma, la democracia, ejercida dentro de los marcos constitucionales, está limitada materialmente por la democracia constitucional” coloca-me muitas dúvidas. Não poderá vir a ser uma porta aberta a coisas perigosas? Talvez quando as maiorias sejam anticonstitucionais ela constitua a uma janela de respiração ou de resistência constitucional, mas já não quando as o sejam minorias que invoquem a Constituição contra a Constituição, o que pode ocorrer. Aliás, já que citamos os valores políticos superiores, que foram uma sistematização espanhola iluminadora no firmamento constitucional mundial, uma tese tão preocupada com eles e com o pluralismo talvez tivesse podido ser mais completa quanto à génese constitucional daqueles valores, e especificamente do último, o qual talvez no plano especificamente filosófico (axiológico, e especificamente ético) certamente não será da mesma natureza que os demais. Cremos que essa questão é tanto mais pertinente quanto o trabalho assume a interdisciplinaridade constitucional-filosófica.

2) Também, por exemplo, gostaria de o ouvir sobre uma opção que recorrentemente faz, mas que começa por associar (também na p. 395) precisamente à ideia de soberania limitada: a de *democracia constitucional*. É curioso como na expressão em si nada faria suspeitar esse sentido. E pergunto-me por que razão não navegou noutras águas teóricas. Por exemplo, a ideia de Estado Constitucional, com as suas diferentes dimensões, integradoras daquilo a que anteriormente se chamavam gerações de direitos, e que tão bem foi desenvolvida por um Peter Häberle, autor que aliás não desconhece, parecer-me-iam ter sido um caminho mais “amigo de

todas as dimensões constitucionais”. Porquanto uma pergunta radical se coloca: e essa limitação da soberania também se põe ao próprio poder constituinte? Seriam normas constitucionais inconstitucionais *à la* Bachof as que o fizessem? É claro que é uma ideia benévola essa blindagem, essas cláusulas pétreas, mas o problema é que podem ser manipuladas, e virar-se o feitiço contra o feiticeiro. Não seria melhor um catálogo mais pormenorizado que concretizasse o que contrariasse realmente esses valores, e o proscrevesse? A questão teve no Brasil intrépidos polemistas...

3) Pouco tempo resta para a questão do *quid* da tese, que é mesmo o controlo difuso. Essa a nossa última observação.

É sempre arriscado tentar entrar para o concurso de quem foi o primeiro ou os primeiros a estabelecer um precedente, a criar uma instituição, a dizer uma frase célebre. Antes de 1803 conhecem-se pelo menos 37 casos de *judicial review*, a que chamamos controle difuso graças, parece, a Carl Schmitt, no seu *Der Hueter der Verfassung*, de que há aliás trad. cast. de Manuel Sanchez Sarto, com um Prólogo de Pedro de Vega, *La Defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 52, n. 17. Por isso estranhámos um pouco o texto de p. 312 e o seu rol de pioneiros constitucionais. Será que não compreendemos bem? A Constituição republicana brasileira de 1891 (arts. 207.º e 280.º e a portuguesa de 1911 (art.º 63.º), já têm controle difuso, precisamente, só sendo ulteriores à Suíça. Aliás, podemos recuar até mais: um Decreto, de 11/7/1907, negou competência judicial em controlo difuso, já ocorrida antes (um juiz de 1.ª instância tinha-se negado a reconhecer a força obrigatória de um decreto ditatorial) estipulando a subida ao Supremo Tribunal de Justiça em pleno, por iniciativa obrigatória do Ministério Público de decisões do género. Querendo evitar o controlo difuso instituía-se uma forma de controlo concentrado (ou talvez misto). Este Decreto foi declarado nulo pela Lei de 9 /9/ 1908, publicada a 12/9.

E a história portuguesa do controlo difuso da Constitucionalidade diz que se contaram certamente pelos dedos da mão os casos de seu aparecimento nos tribunais, antes da Revolução dos Cravos, em 1974. As razões serão as mesmas, *mutatis mutandis*, das aduzidas pelo doutorando: falta de cultura constitucional, tanto em regime de república velha como de Estado Novo.

Estamos em Portugal em tempo de comemoração do filósofo autodidata Sampaio Bruno. Amigo de republicanos positivistas portugueses a quem não queria certamente chocar, Bruno escreveu um livro sobre o positivismo brasileiro, *O Brasil Mental*. Será alguns, ao lerem a sua tese, poderão pensar que escreveu sobre Espanha para (não) falar sobre o Brasil? O que lhes responderia? Se fizesse a sua tese no Brasil, o que teria sido diferente? A quaisquer perguntas, e especificamente a interrogações retóricas, não precisa de responder, evidentemente.

Dizem que os microfísicos e os astrónomos têm algo em comum, no estudo do incomensuravelmente pequeno e do indizivelmente grande. Ao meditar sobre os problemas do controlo difuso da constitucionalidade demos connosco a pensar nos obstáculos e nas dificuldades de um outro projeto, em que estamos empenhado, para levar a Constituição a sério: um Tribunal Constitucional Internacional. Não é para responder, é para que pense no tema. *Muito obrigado.*

Uma tese cujo texto levanta muitos e grandes problemas gerais para fundamentação do seu *quid*, e que foi defendida publicamente com inteligência.

4 DIREITO INTERNACIONAL, DIREITO E POLÍTICA

A Propósito da discussão de um Direito da Catalunha à Independência

Arguição da dissertação *A Secessão no Direito Internacional Público: o Caso da Catalunha*, de Fátima Marina de Azevedo Leitão, na Faculdade de Letras da Universidade do Porto, em 23 de dezembro de 2015, a partir das 18h.

Saúdo e agradeço as palavras amigas de boas-vindas do Senhor Presidente do Júri, Prof. Doutor Luís Grosso Correia. E na sua pessoa agradeço ainda, antes de mais, à Faculdade de Letras da Universidade do Porto, especialmente ao Mestrado de História, Relações Internacionais e Cooperação e muito em particular ao seu Diretor e orientador desta tese, Prof. Doutor Manuel Loff.

Não apenas o convite para uma tese que está cabalmente no âmbito das minhas preocupações mais prementes, já que, depois de ter coordenado o Direito Internacional na FDUP (há já uma quinzena de anos, certamente), sou professor de Direito Internacional e em breve também de Teoria Geral do Estado em São Paulo (e bolseiro de matéria conexa), e porque a licença em que me encontro na Universidade do Porto, por razões de interesse público, prende-se também com serviço internacional, a criação de um Tribunal Constitucional Internacional.

Mas o agradecimento é maior ainda porquanto, numa manifestação de grande consideração e maleabilidade académicas (como aliás deve ser), se teve em atenção a minha ocupação e a minha agenda fora do País neste convite. E estamos aqui em antevéspera de Natal (cabe aqui uma menção também apreciando a paciência da candidata, que aproveito para cumprimentar desde já) porque os meus Caros Colegas quiseram ter a bondade de esperar por mim. Ainda ontem por esta hora (um pouco antes), eu estava do outro lado do

mundo entregando os últimos livros de termos do semestre, na verdade o que lá corresponde a isso por cá...

Gostei de rever a Mestranda, Licenciada Fátima Marina de Azevedo Leitão, que não esqueceu as suas raízes jurídicas mesmo na evolução do seu percurso académico, agora na Faculdade de Letras. Tendo sido aluno desta Casa, e precisamente deste Departamento, e Professor nela, neste Departamento e em Sociologia, em dois momentos diferentes da minha carreira, não posso deixar de valorar muito positivamente esta opção.

Também queria desde já dizer que se me afigura que a tese é sem dúvida não só positiva, como revela muito estudo, muita pesquisa, e uma desenvoltura raras vezes ensombrada por pequenos descuidos, na exposição da temática escolhida.

Em tempos de *quicks and dirty*, esta tese está do lado ainda da antiga tradição, de estudo, antes de mais. Há uma preocupação de fazer mesmo uma tese, e de sacrificar aos deuses (quase todos) do estilo do género. Desde logo os metodológicos, e por vezes até com excesso de zelo, porque excesso de explicitação dessa preocupação. Não se acredita, e ainda bem, como alguns já creem, que o nível universitário bateu tanto no fundo que mais ou menos qualquer coisa serviria. Há preocupação em justificar opções, em delimitar abordagens, etc. Felicito-a por isso.

Porém, evidentemente que as arguições servem antes de mais, ainda segundo um velho ritual, para criticar, e, assim contribuir para o aprimoramento da obra apresentada, e, talvez mais ainda (se disso forem capazes) para que o pesquisador cresça enquanto tal.

Um arguente aprende sempre com uma tese. Curiosamente o que mais aprendi com esta foi sobre a natureza do Direito e do Direito Internacional... E não foi pouco. Temos de estar habituados a estas coisas, porque normalmente assim acontece, até aos escritores e artistas. Há uma flecha de Nemrod² em cada criador.

² Nota do Organizador da Revista: o próprio Paulo Ferreira da Cunha é autor do texto “A flecha de Nemrod” (disponível em: <<https://works.bepress.com/pfc/142/>>. Acesso em: 4 nov. 2015) em que escreve o que, por si só, explica o sentido da expressão: “O rei Nemrod, soberbo construtor da torre de Babel, quer ferir os céus com a sua flecha. Mas embora ele seja um excelente arqueiro, algo corre mal: lançado o projectil, vai-se logo cravar num pássaro que o vem colher antes que se eleve poucos metros. As línguas são confundidas, e a torre é abandonada. É uma cena muito impressivamente pintada no filme *The Bible: In the Beginning...* de John Houston (1966). E este drama da refrangência da ação humana a *fortiori* ocorre na arte.”

Li com gosto e com algum *suspense* esta dissertação. Confesso que até chegar ao cerne específico do que várias vezes se chama o caso “empírico” (expressão que parece relevar menos das ciências *moles*) fui adivinhando algumas coisas, que depois se confirmariam na parte final. Na verdade, vista a obra no seu conjunto, agora, tudo parece muito bem concorrer para o desfecho. E nesse sentido é de saudar a forma como a argumentação é conduzida...

Embora pareça que o tema específico acabe por ser desenvolvido em relativamente curto espaço. Cremos que mereceria mais...

No plano formal, poderei depois fornecer à mestranda as minhas anotações: reparei numa meia dúzia de vírgulas a mais, um par delas a menos, uma ou outra expressão que me pareceu de sabor brasileiro e dois ou três de toada castelhana (por exemplo, o uso do “distinto”), algumas (poucas) discrepâncias no modo de citar (destaque de certas citações, outras pesadamente diluídas no texto), certas citações que pareceriam escusadas, e uma ou outra com verdades de Monsieur de La Palice³, mas tudo isso são coisas de somenos.

Tivéssemos tempo (esperemos que sobre um pouco para isso), e gostaria de perguntar por algumas opções e certas afirmações. Mas vou ao cerne da questão.

A primeira grande questão não pode deixar de ser contextual. Num mestrado de História, Relações Internacionais e Cooperação, uma tese com esta temática tem sentido. Contudo,

³ Nota do Organizador da Revista: A expressão é uma referência ao guerreiro francês Jacques de Chabannes tinha como cognome Senhor de La Palice, nascido em 1470 e falecido em 24 de fevereiro de 1525. O fato quanto ao falecimento é o importante da nota. A morte se deu em pleno combate. E o guerreiro demonstrava extrema coragem, mesmo preso e ferido. Assim que faleceu, seus colegas soldados, que não eram poetas de alta classe, compuseram em sua homenagem a canção que continha a parte mais simples e ingênua que se pode imaginar. Dizia: “O Senhor de La Palice / Morreu em frente a Pavia; / Momentos antes da sua morte, / Podem crer, inda vivia.”. Quiseram os soldados dizer que mesmo e imediatamente antes do exato momento da morte, o soldado se mostrava bravo, destemido. Mas, os versos soaram tão simples (dizer que estava vivo quando morreu) que demonstraram uma evidência tão clara que sequer deveriam ter sido escritos ou compostos. Por isso, uma verdade de La Palice (ou de La Palisse, que em Portugal se chama de “lapalissada” ou “lapaliçada”) representa uma verdade tão clara e credora de uma afirmação tão incontestável que se mostra ridícula, absurda, desnecessária. Algo como o que Eça de Queirós utilizou no livro “O Primo Basílio”, ao colocar na boca do personagem Conselheiro Acácio frases tão evidentes ao elogiar pessoas que se tornou o estilo empregado pelos políticos, para quem, por exemplo, qualquer interlocutor - se eleitor - é a mais respeitável pessoa.

Quanto à referência a Pavia, é o nome da “Batalha de Pavia”, quando, em quatro horas de lutas, o exército espanhol/italiano, sob o comando de Carlos I, derrotou os franceses a ponto de tomar parte do território e ainda prender ao Rei Francisco, da França, que, na prisão, escreveu à sua mãe: “Para informar-te de como vão ocorrendo-me as desgraças, tudo está perdido, menos a honra e a vida, que estão a salvo.”.

a forma de tratamento, que metodologicamente é em vários momentos reivindicada, e sublinhada, não nos parece realmente atentar muito às racionalidades próprias da História, e também da disciplina politológica das Relações Internacionais, deixando agora de lado a Cooperação... A Catalunha, em vários passos, parece a um observador vindo de Sirius, um agregado quase só em diálogo com a Constituição Espanhola de 1978, que aliás é invocada para, apenas pelo seu texto formal, serenar qualquer problema de direitos humanos ou afim, sem qualquer referência (embora algumas estratégicas ressalvas aqui e ali) à constituição real. Para quem tenha tem alguma má consciência histórica coletiva, por acreditar no talvez mito (talvez não) que 1640 só triunfou aqui porque a Catalunha perdeu, o “presentismo” da tese choca não pouco.

Mas esse ucronismo de presente, ou presente passado talvez, parece estar em consonância com algumas opções que, sendo obviamente legítimas, apenas chocam com uma regra de ouro da discussão universitária, que também tem reminiscências jurídicas: ouve a parte contrária. Vemos excessivas fontes espanholas e espanholistas, e não notamos a presença do exigível punhado de juristas catalães ou pró-Catalunha a defender juridicamente os seus pontos de vista. Não os haverá? A luta estará só no plano político desse lado? É que, se assim o for, isso também é muito eloquente... E pode significar que este estudo, que tanto trabalho lhe deu, acabará porventura por ser encarado como discurso legitimador de uma parte, e não dialética entre as partes. Não posso deixar de recordar que no meu doutoramento em Paris sempre nos diziam que uma tese deve ser o desenvolvimento de um ponto de vista, depois de expostos com rigor e abundância pelo menos duas teses antagónicas.

A escolha da questão em si mesma de novo choca com o contexto. Num mestrado de História e Relações Internacionais, o mais importante seriam essas dimensões, e não uma questão prejudicial ou liminar de Direito, que em boa verdade, tal como é estritamente recortada, nos parece de algum modo em sério risco de se ver ultrapassada pela aceleração histórica. É que encontrar no domínio do Direito Internacional Positivo (para usar uma mais feliz expressão, aliás citada na tese, do tempo da Sociedade das Nações) uma norma que autorize a secessão, ou os requisitos todos de Montevideu (e o último dos quatro tem sido muito criticado por si só, e já mesmo os de Jellinek), evidentemente nos leva à óbvia conclusão a que se chega na dissertação: e levaria não só à conclusão de que a Catalunha não poderia ser independente, como qualquer outro caso, hoje em dia, uma vez passados os tempos coloniais...

Como a tese não deixa aliás de *en passant* assinalar, o Direito Internacional Público (ao menos o mais clássico) é produto dos Estados. E, como também se cita, não é a comunidade

internacional um clube de suicidas. O problema é que não pode ser uma sociedade de avestruzes. E aqui, realmente, a realidade das relações internacionais, e portanto da política, tem muito mais importância que o Direito. Aliás, o Direito virá depois justificar (com maior ou menor demora) o que a força normativa dos factos vier a ditar.

Se fosse de colocar a tônica na questão jurídica, confessamos que consideramos muito mais interessante, complexo e útil, por exemplo, analisar a questão da separação política da Catalunha nas suas relações com a União Europeia, por exemplo.

A escolha do tema, e da metodologia, parece levarem sem apelo nem agravo à conclusão a que se chega. E contudo, o problema de fundo é realmente metodológico. Porque não está provado que a metodologia escolhida seja a única no plano jurídico. Falo, é claro, de uma metodologia profunda.

Confesso que tive a tentação de pensar que, estando agora na Faculdade de Letras, a candidata teria tido a reação de enfatizar o excesso de legalismo e normativismo que já não se usa nas boas Faculdades de Direito... Que é coisa do séc. XIX, na verdade... E de umas reminiscências museológicas.

Quero dizer que perpassa pela tese um legalismo que, se em Direito *tout court* já não tem qualquer justificação (na verdade nunca teve), em Direito Internacional muito menos. A recorrência da sigla DUI é um sinal apenas: como se se tratasse de um impresso a apresentar. Uma Declaração de Independência não é simples DUI...

A tese acaba por tomar posição, e com veemência, por vezes parecendo, no final, uma peroração de uma peça forense em que se dá por provado o que decorre de artigos de um processo – *quod erat demonstrandum*. Apesar de se querer não política (e de o sublinhar explicitamente), receio que não tenha conseguido manter-se nessa assepsia. Como sempre dizia Orlando de Carvalho, caímos tanto na política, quando falamos em Direito, quanto mais pretendemos não o fazer. Não só pelas fontes específicas escolhidas e invocadas, como nas posições acolhidas, algumas delas bem dogmáticas (como as que fazem apelo para o “óbvio” – normalmente quando se diz que algo é óbvio é porque não o é nem um pouco). Não entendo bem como tendo estado em Barcelona não tenha visto essa outra dimensão...

Todas as peças do seu *puzzle* encaixam perfeitamente (e isso é de louvar). Só que falta a problematização mais profunda da questão. Viu o filme Michael Collins? Guardadas as devidas proporções, acha que na Irlanda este problema jurista e esta específica

interpretação que poderíamos dizer literatista e positivista dos documentos internacionais pesou alguma coisa no processo histórico? E achamos por exemplo curioso como considerou o caso do Kosovo uma exceção, um caso à parte...

Mas, mesmo nesta linha de ideias, teríamos gostado de análises comparatísticas (não gosto de dizer, nestes casos, “empíricas”) do Sudão do Sul, da Eritreia (que se separou da Etiópia, como sabe) e, evidentemente, o caso mais clássico do Paquistão. Isso daria a componente histórica e sociológica, e também de constituição real e Direito Internacional *in action* que parece faltar, apesar de em vários passos haver muitas manifestações de vasta documentação.

Mais História, mais comparatismo, mais Sociologia, mais Relações Internacionais, e, dentro do Direito, mais alto e problematizado Direito (direito pensado), e não tanto a malha tantas vezes burocrática de textos internacionais em grande medida mero *law in books*.

Vemos uma colagem excessiva e exagerada crença na efetividade (que no âmbito desta tese aparenta ser mágica, quando não o é – havendo para certas questões uma grande inefetividade) no real valor e aplicação dos documentos internacionais recentes (da ONU e afins), que por algum processo alquímico passariam a ser Lei. Há várias referências a lei e seus derivados no texto, como se houvesse uma lei internacional. Ora essa expressão só faz sentido para os jornalistas que traduzem como podem “international law”. O Direito é muito mais que isso... E em Direito Internacional Público o Direito ainda é fundamentalmente o Costume. Aliás, como sabe, tem havido vários casos de convenções internacionais paradas à espera da via-sacra do procedimento de conclusão de tratados, mas que já valem por via consuetudinária. Pode ser que um dia deixe de ser assim, mas para já é o que é...

Em várias passagens de tópicos sempre invocados e glosados, acabamos por nos deparar com o relativo impasse de fórmulas que, por um lado não podem deixar de proclamar (até pela pressão da opinião pública e pelo próprio complexo do politicamente correto, numa das suas versões) a autodeterminação e até eventualmente abertura para algo mais... Mas... evidentemente que sempre se esbarra com os princípios constitucionais. Ao nível interno também nenhuma revolução é legal. Do mesmo modo que não pode haver uma norma de Direito Internacional permitindo a separação de um território, e muito menos determinando quais são os seus requisitos, também uma Constituição dificilmente pode prever o seu *hara-kiri* ou do Estado que enforma.

O curioso é que à candidata parece não escapar (mas talvez o diga um pouco tarde) uma evidência, que outros já viram e explicitaram: que o Direito Internacional Público clássico

é obra dos Estados, e que daí deriva a sua configuração. Assim, os representantes diplomáticos *lato sensu* desses mesmos Estados (mais ou menos teleguiados, ou eventualmente agindo com mais autonomia, mas sempre em sintonia com os parâmetros de um espírito mais ou menos nacional e estadual - não diríamos nacionalista nem soberanista, que têm conotações complicadas e precisas) mesmo quando em assembleias internacionais eufóricas e generosas, não embarcam em posições suicidas, e sempre se procura a perenidade do Estado, e com a sua grandeza e poder acrescidos, nunca diminuídos. Faz parte da sua história natural, ou do seu ADN⁴.

Coisa obviamente muito diferente seria se esses documentos houvessem sido elaborados pelos independentistas. Não são.

Ter ou não ter *direito* a separar-se do Estado-mãe pode ser reconhecido internacionalmente nos casos gritantes e aflitivos referidos, coloniais ou de espezzinhamento continuado de elementares Direitos Humanos. Mas o princípio de autodeterminação não nos parece comportar limitações tão rígidas quanto os quesitos apresentados. (Aliás, o princípio da integridade territorial não é absoluto. O caso é típico de necessidade de harmonização. Conhece-se em direito interno também...). Pode dizer-se que, segundo essa normatividade vigente (não “lei internacional”), falhará talvez o argumento jurista e positivista para reforçar o anelo independentista.

Mas do mesmo modo que uma revolução não pede licença às leis e à Constituição vigente, assim também um processo de independência é primacialmente político e de pouco valerão os argumentos jurídicos.

Contudo, tenho consciência de que o seu texto não seria nada de desprezar numa polémica jurista, admitindo mesmo que, se for conhecido, possa mesmo até ser invocado pelo Estado Espanhol...

Fica aqui o meu apelo – sem que eu próprio queira tomar posição, e na verdade não quero nem é esse o meu papel – para que se promova um debate na FLUP⁵ sobre o tema, com juristas, historiadores e outros, de um e outro lado das posições.

⁴ Nota do Organizador da Revista: no Brasil, diz-se “DNA” como iniciais para Ácido Desoxirribonucleico e como cópia de se dizer e escrever em Inglês, “Deoxyribonucleic acid”. Em Portugal, diz-se e escreve-se “ADN”, na ordem correta do termo em bom Português.

⁵ Nota do Organizador da Revista: Faculdade de Letras da Universidade do Porto (FLUP).

O meu desafio, se estivéssemos num debate da Sociedade de Debates (mas creio que mesmo não o estando seria admissível), seria a que procurasse justificar a tese contrária à sua com argumentos jurídicos. Não porque eu ache que teria mais força, mas porque creio que realmente seria um exercício enriquecedor. E talvez se pudesse concluir (eu preferiria essa conclusão, confesso) que nem de um lado nem do outro imperam argumentos de Direito Positivo vigente, antes realmente o que está em causa, por detrás de tudo, é uma coisa bem simples e rude, como diria Lord Acton (ou quiçá muitos antes dele e depois), a política. Isto não desmerece o Direito, apenas o baliza. É que há, realmente, e no Direito Internacional mais ainda, zonas livres de Direito. Nem tudo o que parece ser de direito o é... E, felizmente, há mais Mundo...

REFERÊNCIAS

SAMPAIO BRUNO [José Perreira de Sampaio]. **O Brazil mental**: esboço crítico. Porto: Chardron, 1898.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Trad. cast. de Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998. Prólogo de Pedro de Vega. Título original: *Der hueter der verfassung*.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. in: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Submissão em: novembro de 2015

Acréscimo do texto do item 4 em: dezembro de 2015

Pareceres favoráveis em: dezembro de 2015

N O R M A S T É C N I C A S
D E P U B L I C A Ç Õ E S

- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br com cópia para eltondx@hotmail.com, em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados. Sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, quanto à versão impressa. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpis. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração sequencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.
- 6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre linhas de 1,5 linha.
- 6.1 Artigos deverão ter, no mínimo, dez páginas, incluindo referências. A Revista considera como ideal entre quinze a vinte páginas. Mas, analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

6.2 Entrevistas, Notas de Leitura e Resenhas devem ter entre cinco e dez páginas. Igualmente, a Revista analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:

7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;

7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre linhas simples;

7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente, o resumo em Português e Inglês.

7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do *abstract* e receber alinhamento justificado;

7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com espaço duplo de um para outro;

7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

7.11.1 Publicações Impressas

7.11.1.1 Livros

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

7.11.1.2 Artigos em publicações avulsas

XAVIER, Elton Dias . A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

7.11.1.3 Artigos em publicações periódicas

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, Ed. Santo Agostinho, v. 1. n. 1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: *In praise of theory*.

XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a resignificação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, Ed. CFM, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

7.11.2 Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. Lua Nova, São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 nov. 2006.

7.11.3 Casos omissos nestas normas

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT referentes à publicação acadêmica.

7.12 As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o fim do texto;

8 A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.



Impressa

ISSN 1809-7278



9 771809 727009

Eletrônica

ISSN 2358-9744



9 772358 974005