

**LATINOAMÉRICA
Y DERECHO EN EXPOSICIÓN
– VOL. VII**

LATINOAMÉRICA Y DERECHO EN EXPOSICIÓN – VOL. VII

Coordinadoras

Francieli Iung Izolani
Jaqueline Sampaio de Oliveira

Colaboradores

Adja Maelle Freire
Ana Claudia Moreira Miguel Philippini
Ana Paula Gimenez
Antônio Jolima José
Carolina Izidoro do Nascimento
David Chingui Chissevo
Deborah Marques Pereira
Fabiana Juvêncio Aguiar Donato
Flaviano Marcelino Pereira
Isabela Cristina Leite Gonçalves
Ivo Jose Kunzler
Jannice Amóras Monteiro
Jean Patrício
José Borges Teixeira Júnior
Marcelo Lessa da Silva
Maria Gabriela de Assis Souza
Patrícia da Silva Morais
Plauto Cavalcante Lemos Cardoso
Sylvana Lellis
Tamara Luiza Dall Agnol Pinto
Vilma Fátima Freire Caldeira



LivroRápido

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Diagramação

Laysa Souza

Revisão

Da Autora

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ficha Catalográfica

L357

Latinoamérica y derecho en exposición. / Francieli Iung Izolani, Jaqueline Sampaio de Oliveira (Coordinadoras) ; Abelardo Inácio da Silva ...[et al.]. – Olinda: Livro Rápido, 2017.

364 p.: il. v. VI

Contiene bibliografía al final de cada capítulo
ISBN 978-85-5707-452-1

I. Derecho. 2. Administración pública. 3. Reforma constitucional no Brasil. I. Izolan, Francieli Iung. II. Oliveira, Jaqueline Sampaio de. III. Título

340 CDU (2007)

Fabiana Belo - CRB-4/1463

Editora Livro Rápido – Elógica

Coordenadora editorial: *Maria Oliveira*

Rua Dr. João Tavares de Moura, 57/99 Peixinhos

Olinda – PE CEP: 53230-290

Fone: (81) 2121.5307/ (81) 2121.5313

livrorapido@webologica.com

www.livrorapido.com

SUMARIO

¿ES LEGAL EL AUXILIO A LA VIVIENDA PARA SERVIDORES QUE RECIBEN SUBSIDIO?09

Francieli Jung Izolani

Jaqueline Sampaio de Oliveira

VITIMIZAÇÃO DE FILHOS NA DISPUTA POR SUA GUARDA E AFETO ENTRE PAIS EM PROCESSO DE SEPARAÇÃO: A Síndrome da Alienação Parental23

Adja Maelle Freire

Carolina Izidoro Do Nascimento

DIREITO COMPARADO: A guarda dos filhos no Brasil e na Argentina45

Ana Paula Gimenez

TRISTE 7 DE ABRIL PARA A MINORIA TSUSI: Análise jurídica do genocídio do Ruanda71

António Jolima José

HISTORIA DE LA CONSTITUCIÓN ANGOLEÑA97

David Chingui Chissevo

RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO E ARGENTINO119

Deborah Marques Pereira

DEMOCRACIA: Sistema eleitoral no Brasil e na Argentina .145

Fabiana Juvêncio Aguiar Donato

Jean Patrício

DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO: Uma abordagem jurídico-pedagógica do sistema de ensino brasileiro169

Isabela Cristina Leite Gonçalves

Flaviano Marcelino Pereira

Ana Claudia Moreira Miguel Philippini

A REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SEU CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA PROPRIEDADE PRIVADAS, COM A PERSPECTIVA DA SUPERAÇÃO DA LUTA DE CLASSES, NA REALIZAÇÃO DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DA PAZ ENTRE OS POVOS185

Ivo Jose Kunzler

ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA: Uno diálogo entre la teoría de la norma jurídica y la racionalidad económica ...215

José Borges Teixeira Júnior

LA REMOCIÓN FORZADA DE LOS HABITANTES DE FAVELAS EN RÍO DE JANEIRO PARA LOS JUEGOS OLÍMPICOS DE 2016: El caso de Vila Autódromo231

Marcelo Lessa da Silva

Jannice Amóras Monteiro

Maria Gabriela de Assis Souza

DIVORCIO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL ARGENTINO Y EL DIVORCIO EXTRAJUDICIAL EN BRASIL253

Patrícia da Silva Morais

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E VIOLAÇÃO
A DIREITO FUNDAMENTAL NO CONTEXTO DO
SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO265**

Plauto Cavalcante Lemos Cardoso

UMA TEORIA DA JUSTIÇA – JOHN RAWLS287

Sylvana Lellis

**A HIPERPOTENCIALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO:
Uma abordagem reflexiva da hermenêutica constitucional ..301**

Tamara Luiza Dall Agnol Pinto

ÉTICA315

Vilma Fátima Freire Caldeira

¿ES LEGAL EL AUXILIO A LA VIVIENDA PARA SERVIDORES QUE RECIBEN SUBSIDIO?

Francieli Iung Izolani¹
Jaqueline Sampaio de Oliveira²

1 INTRODUCCIÓN

El presente artículo trata del estudio sobre el auxilio a la vivienda, ventaja concedida a los magistrados brasileños desde la promulgación de la Ley Orgánica de la Magistratura de 14 de marzo de 1979, y también a los servidores públicos civiles de la Unión de acuerdo con la Ley n° 8.112 de 11 de diciembre de 1990.

La polémica sobre el tema reside en la concesión del auxilio a la vivienda para los magistrados, miembros de Ministerio Público y Defensores Públicos.

Inicialmente, la ayuda de costo para vivienda, en pecunia (resarcimiento), era pagada en ámbito de 10 (diez) magistraturas estaduais de Brasil (Santa Catarina, Ceará, Sergipe, Amapá, Rondônia, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará, Maranhão y

¹ Abogada graduada en la Universidad Regional del Noroeste del Estado del Rio Grande do Sul (BR), postgraduada en Derecho de la Seguridad, postgraduada en Derecho Constitucional y en Derecho Civil por la Facultad Anhanguera-Uniderp (BR), doctoranda en Derecho Civil por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (ARG).

² Licenciada en Administración de Empresas y habilitada en Administración Pública por la Universidad Estadual de Ceará (BR). Graduada en Derecho por el Centro Universitario Estácio do Ceará (BR) y Postgraduada en Administración Judicial por la Universidad Vale do Acaraú (BR). Funcionaria pública de Ministerio Público do Estado de Ceará (BR) y alumna regular del Doctorado en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (ARG).

Goiás), a los Ministros de la Corte Suprema, el Supremo Tribunal Federal (STF) – sesión administrativa de 18 de junio de 2003 –, del Superior Tribunal de Justicia (STJ) – reunión ordinaria de 29 de mayo de 2003, PA 1306/03 – y del Tribunal Superior del Trabajo (TST), y a los jueces auxiliares que actúan delante del STF (Resolución n° 413/2009), del STJ (Resolución n° 50/2009) y del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) (Portaría n° 251/2008 e IN n° 42/2011).³

En decisión con fecha el 15 de septiembre de 2014, Luiz Fux, relator Ministro del STF, decidió por medio de la Medida Cautelar en la Acción Ordinaria n° 1773 del Distrito Federal (DF), por el pago de auxilio a la vivienda a los jueces federales y amplió la ventaja para los miembros de la Justicia del Trabajo, de la Justicia Militar y para magistrados de nueve Estados: Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Sul y São Paulo, los demás Estados y el DF no fueron incluidos en la acción porque ya pagan la ventaja.

El Consejo Nacional del Ministerio Público reglamentó la ayuda de costo del auxilio a la vivienda para los miembros del Ministerio Público, a través de la Resolución n° 117, de 07 de octubre de 2014, publicada en el Diario Oficial de la Unión (DOU), Sección I, de 16/10/2014, pg. 45.

En relación a la Defensoría Pública de la Unión, a partir del Agravo de Instrumento 001917-64.2015.4.01.0000, la 2ª Turma del TRF-1ª Región acogió los argumentos de la Abogacía General de la Unión (AGU) en el análisis del caso y, por unanimidad, determinó que la institución se abstenga de hacer cualquier pago de la ventaja con base en resolución interna.

³ Disponible en: <<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100369529/eliana-calmon-vota-contra-auxilio-moradia-para-todos-os-juizes-federais-e-gera-polemica>>.

Aunque esté previsto en ley antes de la Constitución Federal vigente, no hay noticia de que el pago de esa ventaja haya sido requerida por los magistrados, miembros del Ministerio Público ni Defensores Públicos, luego después de instituidos, pero solo se resolvió requerir debido a la inercia del Poder Ejecutivo en conceder el reajuste del subsidio.

Delante de esa situación, cuestionase el contenido legal, ético y moral del recibimiento de ese beneficio para los agentes políticos que reciben subsidio.

Las justificativas para el estudio sobre ese tema es que mas allá de ser un tema polémico, trae a la discusión las matices éticas.

Desde la presente explanación, este estudio levanta el problema sobre las consecuencias para la sociedad en la concesión de esa ventaja pecuniaria para agentes políticos que reciben subsidio, del punto de vista social, económico y ético. La respuesta para ese problema sería el reajuste que actualizase el valor del subsidio de los agentes políticos. Por fin, los objetivos fueron alcanzados, en la medida que posibilitó verificar el embasamiento legal del auxilio a la vivienda, consecuencias económicas y éticas.

2 LEGALIDAD DEL AUXILIO A LA VIVIENDA

Antes de profundizar el estudio, es necesario que se haga la conceptualización jurídica de los términos que componen la ventaja en discusión.

2.1 Conceptos

Auxilio, según describe el Diccionario Técnico Jurídico⁴, significa ayuda, apoyo, tipo de beneficio pago a los trabajadores en determinadas circunstancias.

⁴ Dicionário técnico jurídico. Organização Deocleciano Torrieri Guimarães. 11 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

Los derechos, de acuerdo con Miranda (2007), benefician directamente al servidor y comprende ventajas pecuniarias, ausencia al servicio y aposentaduría. Cuanto a las ventajas pecuniarias, ellas abarcan el vencimiento, la remuneración y el subsidio.

A su turno, el vencimiento es la retribución pecuniaria fijada en ley por el ejercicio de cargo, o sea, es la retribución base, padrón, fijada en ley, la que el servidor tiene derecho, todos los meses, debido a su desempeño en las atribuciones inherentes al cargo. Ya, la remuneración consiste en la suma del vencimiento y de las ventajas pecuniarias (gratificaciones y adicionales), y de los beneficios de seguridad social, excluyéndose las indemnizaciones, porque estas no constituyen efectivo incremento patrimonial. Por fin, el subsidio es la modalidad remuneratoria que veda la inclusión de cualquier incremento y de acuerdo con lo que describe el Diccionario Técnico Jurídico, es la parte fija de los vencimientos pagos a los miembros de los Poderes Legislativo, Ejecutivo e Judiciario.

La Constitución Federal brasileña de 1988, después de la Emenda Constitucional n° 19, de 4 de junio de 1988, trae en el art. 39, § 4° esa modalidad⁵:

El miembro de Poder, el detentor de mandato electivo, los Ministros de Estado y los Secretarios Estaduales y Municipales serán remunerados exclusivamente por subsidio fijado en parcela única, vedado el

⁵ Art. 39, §4º, CF/88. O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

incremento de cualquier gratificación, adicional, abono, premio, verba de representación u otra especie remuneratoria, obedecido, en cualquier caso, el dispuesto en el art. 37, X y XI. (*Traducción libre*)

Hay una corriente doctrinaria donde el entendimiento es de que el auxilio a la vivienda tiene carácter indemnizatorio, lo que sería compatible con el régimen constitucional de subsidio aplicable a los jueces. Para esa corriente, la Carta Magna de 1988 de Brasil veda solo la conjunción del subsidio con verbas remuneratorias, no con aquellas de índole indemnizatoria, como es el caso del auxilio a la vivienda.

A lo que se refiere el caso de los servidores públicos civiles de la Unión, según prescripción legal, el auxilio a la vivienda consiste en el resarcimiento de las despesas comprobadamente realizadas por el servidor con alquiler de vivienda o con medio de hospedaje administrado por empresa hotelera, en el plazo de 1 (uno) mes después de la comprobación de la despesa por el servidor.

Para ser concedido el auxilio a la vivienda al servidor, deben ser atendidos los siguientes requisitos: I – no exista inmueble funcional disponible para uso por el servidor; II – el cónyuge o compañero del servidor no ocupe inmueble funcional; III – el servidor o su cónyuge o compañero no sea o haya sido propietario, promitente comprador, cesionario o promitente cesionario de inmueble en el Municipio donde va a ejercer el cargo, incluida la hipótesis de lote edificado sin registro de construcción, en los doce meses que antecedieren su nombramiento; IV – ninguna otra persona que resida con el servidor reciba auxilio a la vivienda; V – el servidor tenga cambiado del lugar de residencia para ocupar cargo en comisión o función de confianza del Grupo-Dirección y

Asesoramiento Superiores – DAS, niveles 4, 5 y 6, de Naturaleza Especial, de Ministro de Estado o equivalentes; VI – el Municipio donde asuma el cargo en comisión o función de confianza no se encuadre en las hipótesis del art. 58, § 3º, a lo que se refiere al lugar de residencia o domicilio del servidor; VII – el servidor no haya sido domiciliado o tenga residido en el Municipio, en los últimos doce meses, donde va a ejercer su cargo en comisión o función de confianza, desconsiderándose plazo inferior a sesenta días dentro de ese período; VIII – el desplazamiento no haya sido por fuerza de alteración de lugar o nombramiento para cargo efectivo; IX – el desplazamiento tenga ocurrido después de 30 de junio de 2006.

Vale resaltar que para fines del inciso VII, no será considerado el plazo cuando el servidor estaba ocupando otro cargo en comisión relacionado en el inciso V. El valor mensual del auxilio a la vivienda es limitado a 25% (veinticinco por ciento) del valor del cargo en comisión, función comisionada o cargo de Ministro de Estado ocupado. Otrosí, el valor del auxilio a la vivienda no podrá superar 25% (veinticinco por ciento) de la remuneración de Ministro de Estado.

Independientemente del valor del cargo en comisión o función comisionada, queda garantido a todos aquellos que cumplieren los requisitos el resarcimiento hasta el valor de R\$ 1.800,00 (mil, ochocientos reales).

En caso de fallecimiento, exoneración, colocación de inmueble funcional a la disposición del servidor o adquisición de inmueble, el auxilio a la vivienda continuará siendo pago por 1 (uno) mes.

2.2 Prescripción legal

La ventaja del auxilio a la vivienda para los magistrados está prevista en la Ley Complementar n° 35, de 14 de marzo de 1979,

art. 65, II, en los términos siguientes: “*ayuda de costo, para vivienda, en las localidades donde no haya residencia oficial a la disposición del Magistrado*”⁶. (Traducción libre).

Destacase que esa redacción no es la prescripción originaria, pero es resultado de alteración dada por la Ley n° 54, de 22 de diciembre de 1986. La redacción anterior era más restricta, sino veamos: “*ayuda de costo, para vivienda, en las Comarcas donde no haya residencia oficial para Juez, excepto en las Capitales*”⁷. (Traducción libre)

La referida Ley n° 54, en su art. 65, §3°, también definía el valor de hasta treinta por ciento calculado sobre los vencimientos. Todavía, la ejecución de ese párrafo fue suspendida por la Resolución n° 31 del Senado Federal, de 1993, juzgado inconstitucional por decisión definitiva del STF, el 9 de diciembre de 1987.

Merece la pena destacar que la Resolución del Consejo Nacional de Justicia n° 199, de 07 de octubre de 2014, reglamenta la concesión de ayuda de costo para vivienda de carácter indemnizatorio, y debe ser pagada a todos los miembros de la Magistratura Nacional.

Según la Resolución mencionada, el magistrado no tendrá derecho al pago de la ayuda de costo para vivienda cuando haya residencia oficial puesta a su disposición, aunque no la utilice. También, cuando El sea inactivo, licenciado sin percepción de subsidio y percibir, o persona con quien resida, ventaja de la misma

⁶ Ley Complementar n° 35, de 14 de marzo de 1979, Art. 65 (...), “II – ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado”. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>.

⁷ Ley n° 54, de 22 de diciembre de 1986. “II – ajuda de custo, para moradia, nas Comarcas em que não houver residência oficial para Juiz, exceto nas Capitais”. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>.

naturaleza de cualquier órgano de la administración pública, a la excepción si el cónyuge o compañero mantener residencia en otra localidad.

Por fin, para los servidores civiles de la Unión, el auxilio a la vivienda está previsto en la Ley n° 8.112, de 11 de diciembre de 1990, con naturaleza de indemnización, en el art. 51, IV, incluido por la Ley n° 11.355, de 19 de octubre de 2006.

Como ya ha sido dicho, la indemnización está reglamentada, específicamente en la Subsección de los art. 60-A hasta 60-E, puestos por las leyes arriba mencionadas.

2.3 Ética

El pago de ese auxilio, en algunas situaciones, no debe ser considerado ético. Para algunos magistrados, esa verba es considerada una especie de actualización monetaria de sus subsidios, lo que según ellos está desfasada, y sin reposición salarial de las pérdidas causadas por la inflación, conforme se refiere el art. 37, X, de la Constitución Federal.

En ese sentido, merece destaque una entrevista concedida por el juez de segunda instancia aposentado Dr. José Renato Nalini, hoy Secretario de la Educación del Estado de São Paulo, cuando era presidente do Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, *ipsis verbis*:

Ese auxilio a la vivienda, en verdad, mascara un incremento del subsidio que está desfasado hace mucho. Aparentemente, el juez brasileño gana bien, pero él tiene 27% (veintisiete por ciento) de descuento del Impuesto de Renta, tiene que pagar plan de salud, tiene que comprar traje y no puede ir a todo momento hacia Miami comprar uno, pues todos los días tiene que llevar uno

diferente, una camisa razonable, unos zapatos decentes, hay que tener un auto, ¿sí? Esperase que la Justicia allí que personifica una expresión de la soberanía esté presentable (...). (Traducción libre)

Por otro lado, no se puede dejar de mencionar el caso opuesto, del Juez del Trabajo Fernando Karsburg, de Santa Cruz, Rio Grande del Sul, que recusó el recibimiento del auxilio a la vivienda, públicamente, a través de artículo reproducido en el periódico Gazeta do Sul el 01.10.2014:

Si desde 1979 ya existía el derecho al recibimiento del auxilio a la vivienda, ¿por qué solo ahora, pasados 35 años, alguien se ha recordado de requerir su pago? ¿Será que nadie ha noticiado que ese derecho estaba al alcance de todos los jueces, pero que, por alguna insondable razón de bondad, no fue ejercitado a lo largo de todo ese rato? La evidencia es que no. Y la respuesta es simple. Porque a lo largo de todos estos años el pago de la ventaja, indistintamente a todos los jueces, era visto como algo indebido, para no decir absurdo, inmoral o antiético. Y solo dejó de ser visto así cuando la Magistratura notició que el Poder Ejecutivo no iba a conceder la reposición del poder adquisitivo causado por la inflación que él mismo produce. (Traducción libre)

Además, se entiende correcto que el beneficio debe ser concedido solo aquellos agentes políticos que tengan de ejercer las funciones del cargo ubicado en local diverso de su residencia o domicilio residencial. De esa manera, el auxilio a la vivienda tendría carácter indemnizatorio, de cuño compensatorio y la finalidad de restituir despensas con vivienda, aunque la realidad sea otra.

En los días de hoy, tiempo de crisis económica, donde las noticias de cortes de gastos del presupuesto público son frecuentes, destinar recursos del erario para costear vivienda de agentes políticos que poseen inmueble propio y domicilio en la sede de la comarca donde están ubicados para ejercer las funciones de sus cargos, pierde su carácter indemnizatorio, haciéndole en incremento de remuneración.

Esas disconformidades contrarían el principio de la moralidad administrativa. Los casos que quitan el carácter del beneficio como verba indemnizatoria, como cuando entiende debido el auxilio al beneficiado que posee inmueble propio en el lugar donde ejerce sus funciones, la concesión del auxilio es clasificada como indecente, inmoral, antiética.

2.4 Campo social

La principal consecuencia social de la concesión del auxilio a la vivienda es el impacto presupuestario en el ente federativo. Lo que equivale a menor utilización de recursos públicos en programas y proyectos sociales, en el mantenimiento y desarrollo de las estructuras de salud, enseñanza, seguridad pública, etc.

Para la AGU⁸, en argumentos utilizados en el Mandado de Seguridad (MS n° 33.245) junto al STF contra liminar deferida por el Ministro Luiz Fux en la Acción Ordinaria (AO n° 1.773), la decisión “*es flagrantemente ilegal*” y “*ya está ocasionando daño irreparable para la Unión*”, porque “*el monto de la despensa mensual, no prevista en el presupuesto, atinge cifras millonarias y de difícil resarcimiento*”. Teniendo por base el estudio del Ministerio del Planeamiento, la petición inicial del MS afirma que, “*proyectando la decisión de 15 de septiembre*

⁸ Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276625>>.

hacia el final del año, el impacto presupuestario es la orden de R\$ 101,2 millones”, considerándose que atinge el monto de 6.773 magistrados.

Además, la desigualdad social es evidente. La vivienda es un derecho social previsto en la Constitución, conforme su art. 6^o, *“son derechos sociales la enseñanza, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el transporte, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección a la maternidad y a la infancia, a la asistencia a los desamparados, de acuerdo con esta Constitución.”* (Traducción libre).

Ese derecho debe ser realizado con base em el salario-mínimo, conforme se desprende del inciso IV del mismo art. 6^o¹⁰:

Art. 6^o (...)

IV – salario-mínimo, fijado en ley, nacionalmente unificado, capaz de atender a sus necesidades vitales básicas e a las de su familia con vivienda, alimentación, enseñanza, salud, ocio, vestuario, higiene, transporte y seguridad social, con reajustes periódicos que le preserven el poder adquisitivo, siendo vedada su vinculación para cualquier fin. (Traducción libre)

Los datos del último Censo, realizado en 2010 por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE)¹¹, evidencian

⁹ Art. 6^o, CF/88: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹⁰ Art. 6^o, IV, CF/88: “IV – salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”.

¹¹ <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/trabalho-e-rendimento.html>

esa desigualdad social, dado que 46,37% (cuarenta y seis, treinta y siete por ciento) de las personas con edades de 10 (diez) años o más ganan hasta dos salarios-mínimos, mientras que 5,26% (cinco, veintiséis por ciento) ganan 5 (cinco) o más salarios-mínimos.

Desde el primer de enero de 2017, el salario-mínimo es R\$ 937,00 (novecientos treinta y siete) reales, aprobado por medio de la Ley n° 13.152/2015. Todavía, el auxilio a la vivienda solo para Magistrados y miembros del Ministerio Público es de R\$ 4.377,73 (cuatro mil, trescientos setenta y siete reales, setenta y tres centavos), teto fijado por el Consejo Nacional de Justicia.

Constatase que el salario-mínimo debe ser capaz de atender todas las necesidades vitales básicas del trabajador e de su familia, sin embargo, esos servidores afirman que el subsidio – más alto en varias veces si comparado al salario-mínimo – no atiende a esas necesidades.

3 CONSIDERACIONES FINALES

El presente artículo tuvo como objetivo realizar un estudio teórico sobre el auxilio a la vivienda para Magistrados, miembros del Ministerio Público y Defensores Públicos.

Primeramente, el tema fue introducido y después, ha sido tratado del proceso histórico de la ventaja pecuniaria desde su prescripción legal hasta las medidas judiciales en trámite para su concesión.

En segundo, ha sido hecha una concepción, la prescripción legal y el punto de vista ético del tema.

Cuanto a la legalidad, de hecho la ley prescribe en su art. 65, II, de la LOMAN, no dando lugar a dudas o cuestionamientos de que es obligación del Estado la disponibilidad de residencia oficial al Magistrado (prestación in natura o en especie) o de

resarcirlo, en la falta de inmueble para tanto, con el pago de ayuda de costo para vivienda (prestación en pecunia).

Aunque sea legal, cuestionase la ética de pagar esta tan onerosa indemnización para todos los Magistrados, indistintamente y sin obediencias al carácter de resarcimiento previsto por la ley, mientras en momentos de crisis económica.

4 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponible en: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/895-cnmp-detremi-na-que-mp-observe-parametros-atualmente-adotados-para-pagamento-de-auxilio-moradia>>. Accedido el: 30 ene. 2017.

Consultor Jurídico. TRF-1 anula pagamento de auxílio-moradia para defensores públicos federais. Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-03/defensores-publicos-federais-nao-direito-auxilio-moradia>>. Accedido el: 30 ene. 2017.

Dicionário técnico jurídico. Organização Deocleciano Torrieri Guimarães. 11 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponible en: <<http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/trabalho-e-rendimento.html>>. Accedido el: 30 ene. 2017.

JUSBRASIL. Disponible en: <http://revoltasdeumbrasileiro.jusbrasil.com.br/149210255/a-farsa-do-auxilio-moradia>>. Accedido el: 30 ene. 2017.

_____. Disponible en: <<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100369529/eliana-calmon-vota-contra-auxilio-moradia-para-todos-os-juizes-federais-e-gera-polemica>>. Accedido el: 30 ene. 2017.

MIRANDA, Henrique Savonitti. Curso de Direito Administrativo. 5 ed. Brasília: Senado Federal, 2007.

Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/lco/lcp35.htm>>. Acesso em: 30 ene. 2017.

_____ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

VITIMIZAÇÃO DE FILHOS NA DISPUTA POR SUA GUARDA E AFETO ENTRE PAIS EM PROCESSO DE SEPARAÇÃO: A Síndrome da Alienação Parental

Adja Maelle Freire¹

Carolina Izidoro do Nascimento²

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, será abordado o instituto da alienação parental, que se dá em razão do fim da relação conjugal dos pais, quando um dos genitores, não satisfeito com o desfazimento do laço familiar, utiliza os filhos menores como instrumentos de agressão ao ex-cônjuge.

Em razão da premente necessidade de defesa de seus interesses, movido por um forte sentimento de vingança, por entender sido desprezado por seu ex-parceiro, um dos genitores exerce forte influência sobre a criança de modo a comprometer o relacionamento desta para com o outro.

A prática da conduta descrita não se trata de realidade inédita. Esse tipo de influência negativa exercida por um dos pais é muito mais remota do que se imagina. Todavia, somente no ano de 2010, o Estado brasileiro procurou regular esse tipo de relação,

¹ Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina, Pernambuco.

² Doutoranda em Direito pela Universidad de Buenos Aires (Argentina). Mestra em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco. Defensora Pública da Infância e da Juventude de Pernambuco. Professora de Direito da Criança e do Adolescente na Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina, Pernambuco.

pretendendo defender o direito ao bom desenvolvimento do menor de idade. A tutela estatal sobre a questão em comento se deu por meio da Lei nº 12.318/2010.

Neste artigo, disporemos sobre os aspectos jurídicos que norteiam a Alienação Parental, considerando o atual enquadramento do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sobre o abuso emocional sofrido pelas crianças expostas ao fenômeno ora estudado.

2 O SURGIMENTO DAS FAMÍLIAS MONOPARENTAIS E PRINCÍPIOS DE DIREITO DE FAMÍLIA

Historicamente, a família sempre esteve ligada à ideia de instituição sacralizada e indissolúvel. Só se reconhecia a família heterossexual, matrimonializada e com ideologia patriarcal, atendendo à moral conservadora de outra época. Essa moral estava intimamente ligada aos valores estabelecidos pela igreja que, por ter forte vínculo com o Estado, com este se confundia, passando a estabelecer regras de conduta e convivência.

Com o afastamento do Estado em relação à igreja, o conceito de família se tornou muito mais abrangente, afastando-se de conceitos restritos de moralidade. Outras estruturas de família passaram a ser reconhecidas, a exemplo das monoparentais, quando uma pessoa encontra-se sem cônjuge ou companheiro e vive com uma ou várias crianças (LEITE, 2003, p. 22).

O Código Civil de 1916 regulava a família do século passado, a qual se constituía somente por meio do matrimônio, impedindo também sua dissolução. Qualquer relação havida sem o matrimônio não era reconhecida pelo Estado e os filhos frutos dessas relações extramatrimoniais eram chamados de filhos ilegítimos.

A Constituição Federal estendeu a proteção à família, abrangendo a constituída pelo casamento, bem como a união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de “família monoparental”. Ademais, também consagrou a igualdade dos filhos havidos ou não do casamento.

O Código Civil de 2002 procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família. Infelizmente, o legislador tratou, desigualmente, as entidades familiares decorrentes do casamento e da união estável. Todavia, a Constituição não estabelece qualquer hierarquia entre as entidades às quais o Estado confere proteção. E, aquilo que o constituinte não diferenciou, não poderá fazê-lo a lei ordinária.

Na legislação especial, temos o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990, uma ferramenta de amparo infanto-juvenil, estabelecendo, para o menor de idade, dentre outros, o direito à vida, à saúde, à educação e à convivência familiar e comunitária.

A convivência dos filhos com os pais é mais que um direito: é um dever, o que torna o direito de visitá-los, de zelar por sua segurança, de protegê-lo em obrigações. Assim sendo, em caso de separação dos pais, não deverá haver o afastamento do genitor que não fica com a guarda, pois a presença dos pais é de extrema relevância para o desenvolvimento da criança. Qualquer coisa que contrarie a boa convivência dos pais com os filhos pode vir a afetar, intensamente, o desenvolvimento emocional e psicológico da criança, capaz de gerar graves transtornos.

E, para garantir o pleno desenvolvimento biopsicossocial da criança e do adolescente, fruto da união entre seus pais, seja pelo casamento ou pela união estável, ou qualquer que seja a forma do relacionamento amoroso entre eles, são estabelecidos princípios de

direito de família, ressaltando-se o do melhor interesse da criança e do adolescente, da convivência familiar e o da afetividade, por terem relação direta com o tema ora tratado.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente visa consagrar-lhes uma maior proteção. O Estado assume o papel de garantidor desses direitos, dando maior dignidade àqueles que não têm condições de se defender sozinhos.

Quando os genitores, por qualquer razão que fosse, separavam-se, os interesses da criança eram sempre secundários. Os filhos são sempre a parte mais fragilizada das relações familiares, visto que devem sujeitar-se ao que lhes é imposto pelos pais. Desta forma, vendo seus interesses suspensos até que os dos pais fosse atendido, veio a Constituição Federal de 1988 elencar um rol de direitos às crianças e adolescentes, dentre eles o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, bem como à convivência familiar e comunitária.

Também como forma de defender seus interesses, o Estado implantou o Estatuto da Criança e do Adolescente, capaz de reger os direitos desses sujeitos com maior especialidade, reconhecendo-os como sujeitos de direitos, “como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorreria com a legislação anterior sobre os ‘menores’” (LÔBO, 2011, p. 75).

De acordo com o princípio da convivência familiar, a família é o primeiro meio social que a criança possui. É onde se desenvolvem os primeiros sentimentos, os primeiros laços de afeto, suas histórias, cultura e personalidade. Logo, é fundamental para o desenvolvimento mental e fisicamente saudável da criança.

É cediço que a criança possui o direito de conviver com seus genitores independentemente de eventual separação desses.

Não é irrelevante ressaltar, ainda, que essa convivência deve ser a mais sadia possível, garantindo equilíbrio emocional e estabilidade à vida da criança. “Viola esse princípio constitucional a decisão judicial que estabelece limitações desarrazoadas ao direito de visita do pai não guardião do filho, pois este é titular de direito próprio à convivência familiar com ambos os pais, que não pode restar comprometido.” (LÔBO, 2011, p. 74).

Nesse sentido, o Estado já tem tomado medidas de forma que se busque garantir a convivência com os pais aliada ao bom desenvolvimento dos filhos. É nisso que se justifica a criação de estatutos próprios para a defesa desses interesses, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente e até mesmo da própria Lei de Alienação Parental, nº 12.318/10.

O reconhecimento da afetividade como princípio mudou toda a estrutura da instituição família no ordenamento jurídico. O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto derivam da convivência familiar, não do sangue. Da condecoração desse instrumento no direito brasileiro, delinear-se novos paradigmas e novos modelos de família.

A afetividade é, antes de tudo, um fator preponderante na formação do indivíduo. É no processo de amadurecimento da criança que o afeto faz toda a diferença, garantindo-lhe uma vida digna e sendo responsável pela formação de um adulto sem demasiados problemas psicológicos e emocionais, que podem resultar da sua falta. “O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família” (DIAS, 2013, p. 73).

3 A SEPARAÇÃO DOS PAIS E O EXERCÍCIO DA GUARDA E O DIREITO DE VISITA E O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

No Código Civil de 1916, a guarda dos filhos menores pertencia ao cônjuge inocente, isto é, a aquele que não deu causa ao fim do relacionamento (art. 326, *caput*), mantida essa regra pela Lei do Divórcio. Todavia, estabeleceu um posicionamento a parte, no caso de serem os dois cônjuges culpados pelo fim do casamento. Nesse caso, a guarda ficaria com a mãe, ressalvados os casos de prejuízo de ordem moral ao filho.

Atualmente, tanto a Constituição Federal de 1988 como o Código Civil de 2002 defendem o direito de vida digna às crianças e adolescentes, garantindo-se-lhes o convívio familiar. Este, por sua vez, pressupõe uma estabilidade na relação entre os pais que, separados ou não, devem manter a criança a parte de qualquer questão emocionalmente negativa que envolva os genitores. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência com ambos os pais.

Por essa razão, o Código Civil de 2002 inovou ao abarcar o instituto da guarda. Não se analisa mais a culpa de qualquer dos genitores para que se estabeleça de quem será a guarda. O juiz, antes de tudo, analisará quem possui as melhores condições para garantir um desenvolvimento físico e emocionalmente saudável a sua prole. Todavia, estabelecida a guarda a um dos genitores, o outro não será cessado do direito de convivência com os filhos.

A ideia é fazer com que pais separados compartilhem da vida dos filhos. Em essência, essa atribuição reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar, de forma conjunta, em todas as decisões (VENOSA, 2012, p. 185).

Assim, a guarda é instrumento de que se valeu o legislador com o fim de garantir a ambos os genitores o direito de convivência com os filhos, sem admitir que a separação dos pais acarrete na perda do poder familiar de qualquer deles e que o divórcio ou qualquer forma de separação afete, de forma grosseira, a vida dos filhos.

Ao genitor que não possui a guarda da criança é dado o direito de visita. Esse direito se fundamenta no princípio da convivência familiar, essencial ao desenvolvimento do filho, como já dispomos. É direito do genitor a visita aos filhos e é direito dos filhos receber visita do genitor que não possui sua guarda, consoante preconiza o artigo 1.589 do Código Civil brasileiro.

O direito de visita é o meio de manter a convivência entre o filho e o pai não detentor da guarda, a fim de que possam continuar desfrutando do afeto que, reciprocamente, dispõem. Esse afeto é essencial à vida dos filhos, para que possam viver e se desenvolver em todos os aspectos, principalmente no que diz respeito à capacidade de lidar com os próprios sentimentos e emoções. Destaque-se que esse afeto deve ter uma natureza positiva, significando o amor entre filho e genitor (BOSCHI, 2006, p. 47).

O afeto com natureza negativa já pode ser resultado de engenhos desvirtuantes provocados por um dos pais. A prática de alienação parental por um dos genitores enseja aplicação da medida de reversão da guarda. O direito de visita deve ser regulamentado de forma a observar a perfeita igualdade de direitos dos genitores, sopesados os superiores interesses do filho, inclusive para a preservação dos laços afetivos entre o menor e o genitor que perdeu a guarda (GONÇALVES, 2015, p. 308).

Neste ponto, é relevante destacar a evolução da família perante o Direito Positivo. O Código de 1916 trazia o “pátrio

poder”, ou seja, o pai era o chefe da relação. A mãe só ocuparia esse posto em caso de falta ou impedimento do homem, ou, ainda, em caso de viuvez. A Constituição Federal, todavia, deixa de dar preferência à vontade do pai, o que ocasionou uma grande mudança no Código Civil para que se adequasse à Constituição Federal.

Adotou-se o termo “poder familiar” para atender à igualdade entre homem e mulher. O poder familiar será exercido, assim, igualmente, pelo pai e pela mãe, ainda que haja dissolução do vínculo conjugal, conforme disposição do Código Civil em seu art. 1632: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Não se pode perder, contudo, a essência da família na formação dos seus membros. Os pais devem saber da responsabilidade que possuem sobre a personalidade de seus filhos e trabalhar para que essa seja a melhor possível, sobretudo em razão do vínculo afetivo entre pais e filhos.

Na atualidade, o conceito de família está ligado ao de afetividade, cujo reconhecimento jurídico tem o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado (DIAS, 2013, p.73). É com fundamento nesse instituto que se resolve a maioria dos conflitos envolvendo as entidades familiares.

A família é o centro da vida de qualquer pessoa. É onde estão suas raízes, de onde provêm suas crenças, suas primeiras experiências para o convívio social e sua bagagem cultural. No ambiente familiar, o indivíduo passa por uma série de experiências genuínas em termos de afeto, raiva, dor, medo e outras diversas emoções que constituirão sua essência, sua personalidade para uma atuação futura.

Desde o primeiro ano de vida, a criança absorve as influências do ambiente em que vive, dando formato a sua personalidade. Os problemas psíquicos de um adulto, assim, muitas vezes, seriam resultado daquilo que ele vivenciou em sua etapa de formação. Eis, então, a importância exercida pelo seio familiar, geralmente formado pelo pai, pela mãe e pelos filhos, todos morando sob um mesmo teto.

Contudo, nem sempre as famílias se mantêm com essa estrutura inicial. São até comuns as questões de separação conjugal e divórcio, que acontecem todos os dias. O Poder Judiciário tem recebido, constantemente, conflitos resultantes desse tipo de dissolução que, muito raramente, ocorrem de forma apaziguada. Em sua maioria, geram intensos conflitos entre os ex-cônjuges, que refletem direta e intensamente nos filhos, frutos da relação.

Geralmente, o fim das relações são altamente desgastantes, trazendo, para uma das partes, sentimentos negativos, de troca, desprezo, abandono. Ocasionalmente grandes perdas emocionais e um verdadeiro luto afetivo pela morte de um projeto a dois. Quando se procura o Judiciário, na maioria das vezes, já se está fragilizado, coberto de mágoas, incertezas, medos.

O juiz que recebe a causa precisa estar consciente do estado da pessoa que o busca para tutelar a situação. “Assim, quando se rompe o sonho da plenitude da felicidade, as pessoas se deparam com o desamparo, com o desamor, e partem em busca de um culpado” (DIAS, 2013, p. 83), surgindo, muitas vezes, um desejo de vingança. Vingam-se uma traição, o desprezo, o abandono, a frustração de um sonho. Deposita-se a culpa no outro e procura vingar-se do mal gerado, advindo um conflito constituído.

O Judiciário é buscado a interferir. Mas a questão principal comumente dá-se sobre os filhos. São os mais vulneráveis.

Encontram-se entre os pais e são influenciados a tomar partido de um ou de outro.

Por vezes, é o que ocorre. O genitor, com sentimento de vingança, utiliza-se do filho como instrumento para agredir o ex-cônjuge. Injeta, na criança, sentimentos negativos contra o outro gerador, colocando-se em situação de vítima. Histórias são criadas, fazendo com que a criança se convença de uma má conduta do seu progenitor e dele se afaste, não querendo mais o contato com o mesmo. A criança cria um temor àquele que também detém sobre ela o poder familiar. E não somente isso. Mas que também lhe dedica muito amor, o que é fundamental para sua formação.

Alerte-se que não somente os genitores poderão ser identificados como sujeitos ativos da alienação parental. Também poderão sê-lo os avós, tutores ou qualquer pessoa que tenha a criança ou adolescente sob sua responsabilidade, inclusive o tutor ou o responsável por programa de acolhimento institucional (PEREIRA, 2012, p. 311).

A esse tipo de situação o Poder Legislativo já conferiu uma denominação jurídica: “Alienação Parental”, e sobre ela debruçou-se, apresentando suas incontáveis consequências. Não é difícil perceber que, desse tipo de relação, originar-se-ão adultos problemáticos que comporão a sociedade.

É preciso que o Estado se ocupe, então, com essas relações, levando-se em consideração que o bem-estar dos filhos depende do bem-estar dos pais e que a participação destes no desenvolvimento emocional daqueles é inevitável. Circunstâncias levianas decorrentes da ruptura conjugal que deflagram prejuízos emocionais aos filhos devem ser consideradas sob o ponto de vista jurídico e psicológico, bem como a presença do Estado (TOSTA, 2013).

4 A ALIENAÇÃO PARENTAL NA DISPUTA ENTRE OS PAIS E O PREJUÍZO CAUSADO AOS FILHOS

É certo que a alienação parental, em si, não é um fenômeno novo. A prática de se utilizar da influência que exerce sobre os filhos para colocá-los contra o outro genitor é muito comum na sociedade desde épocas bem remotas. Todavia, atualmente, a prática vem sendo denunciada de forma recorrente, despertando, cada vez mais, a atenção e a necessidade de estudos a respeito.

Considerando toda essa realidade da vida dos infantes no momento da separação dos pais, a atribuição da guarda e o direito de visita, e toda a disputa entre os pais, a Lei nº 12.318/2010, que trata da alienação parental, tenta trazer um lapso de lucidez aos pais que vivem em guerra constante pelo fim do relacionamento, utilizando-se das crianças para atingir o ex-parceiro.

A lei tem um caráter educativo voltado ao bom desenvolvimento do menor vulnerável. Quer-se evitar exposições da criança, influência negativa de qualquer dos pais frente ao outro, burlações do direito de visita a fim de preservar o bom desenvolvimento mental e emocional do infante. O ápice desse conflito entre genitores é exatamente a Síndrome da Alienação Parental – SAP.

Sobre o assunto, dispõe Silvio de Salvo Venosa (2015, p. 324):

A síndrome da alienação parental deve ser vista como uma moléstia. Em muitas situações o alienador não tem consciência plena do mal causado. Sua intenção é mais do que denegrir, destruir o outro genitor perante os filhos. Se necessário, o juiz determinará realização de perícia psicológica ou biopsicossocial (art. 5º da Lei nº

12.318/2010). A escolha do profissional capacitado para essa perícia será essencial, podendo ser realizada por equipe multidisciplinar. Psicólogos, psiquiatras, pedagogos, assistentes sociais poderão participar do exame. Provada a existência do desvio psicológico, essa sociopatia é sumamente prejudicial para os filhos e o genitor inocente.

O termo *alienação parental* foi proposto pelo psicólogo americano Richard Gardner em 1985 para definir situações em que a criança é induzida pelo pai ou pela mãe a romper laços afetivos com outro genitor, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação a ele (CONSTANTINO, 2010).

Historicamente, quando os pais dissolviam a relação conjugal, a guarda dos filhos ficava com a mãe, enquanto, ao pai, cabia a função de pagar os alimentos devidos, podendo, eventualmente, como determinasse o Judiciário, visitá-los.

Ocorre que os valores paternos se modificaram com o tempo. Os pais não se contentam meramente em adaptar-se a um sistema de visitas, fazendo questão de participar mais ativamente da vida de seus filhos, estando presentes de forma constante.

O Poder Legislativo teve que se debruçar sobre a questão, pois o costume não admitia mais que o papel do pai fosse resumido a simples reprodutor e provedor de alimentos. A sociedade passou a exigir mais. Não obstante, os sistemas de visitas eram, muitas vezes, boicotados pelas mães, que, para se verem vingadas pelo fim de suas relações conjugais, impediam o pai de ver seus filhos, utilizando-se de quaisquer justificativas fraudulentas.

Essa é a realidade sobre a qual se inclina a problemática da alienação parental. Fins de relações conjugais em que um ou outro não consegue superar. Sentimentos como rejeição, desprezo,

traição, despertam um desejo de vingança, destruição e desmoralização do ex-parceiro. Para tanto, utilizam-se dos filhos, desconstruindo a moral do outro genitor, colocando-se como vítima, para que a criança crie repúdio, temor e não queira o contato do outro.

Trata-se de um sentimento negativo de um dos ex-parceiros que é transferido para a criança e nela nutrido com o objetivo de humilhar o genitor a quem culpa o fim do relacionamento. Normalmente acontece por simples fatos falsos narrados de forma maliciosa, em que aquele que os descreve se coloca em situação de vítima, sofredora, rejeitada e, dessa forma, insere na mente da criança suas opiniões e crenças, de tal forma que o filho passa a ter uma intensa rejeição ao progenitor.

Maria Berenice Dias (2013, p. 473) define, com excelência, a situação de vitimização do menor exposto à situação retratada:

O filho é utilizado como instrumento da agressividade, sendo induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é levada a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Este fenômeno manifesta-se principalmente no ambiente da mãe, devido à tradição de que a mulher seria mais indicada para exercer a guarda dos filhos, notadamente quando ainda pequenos. Entretanto, pode incidir em qualquer um dos genitores e, num sentido mais amplo, pode ser identificado até mesmo em outros cuidadores. Assim, alienador pode ser o pai, em relação à mãe ou ao seu companheiro. Pode ser levado a efeito frente aos avós, tios ou padrinhos e até entre irmãos. Muitas vezes ocorre quando ainda o casal vive sob o mesmo teto. Certas condutas, ainda que teoricamente protegidas sob o manto da licitude e das “boas

intenções”, podem ocultar verdadeiros indícios de tentativa de denegrir a imagem de um dos genitores ou membros de sua família.

Uma das formas em que a alienação parental se consuma é a implantação de falsas memórias, em que um genitor se utiliza de condutas doentias, como a implantação de fatos falsos, criando uma realidade totalmente fraudulenta na mente da criança. Funciona como uma “lavagem cerebral” com narrativas maliciosas a fim de denegrir a imagem do outro genitor. São condutas e fatos narrados minuciosamente que criam para a criança uma realidade que nunca existiu, mas que a aterroriza de tal modo a não mais querer contato com o progenitor sobre o qual recaíram as acusações.

O alienante se vale de diversas artimanhas para tal convencimento da criança. Os relatos são os mais absurdos possíveis, dentre eles, a falsa imputação de abuso sexual. “(...) a Síndrome de Alienação Parental pode não se limitar ao afastamento do não guardião, e, assim, por exemplo, o simples auxílio de um pai no banho de um filho, nada mais natural e até necessário quando a criança ainda é pequena, poderá se transformar em uma implantação de falsa memória, com futura denúncia de abuso sexual.” (DANTAS, 2011).

5 EFEITOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental é responsável por graves perturbações na vida da criança. É de tal forma que o conjunto de sequelas emocionais e comportamentais por ela ocasionados resultam em uma patologia denominada “Síndrome da Alienação Parental”.

Em seu artigo sobre alienação parental, a Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca (2006), faz ponderações na distinção entre o instituto da

alienação parental e a síndrome da alienação parental. Vejamos em suas palavras:

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. Essa conduta alienante, quando ainda não deu lugar à instalação da síndrome, é reversível e permite – com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário – o restabelecimento das relações com o genitor preterido. Já a síndrome, segundo as estatísticas divulgadas por Darnall, somente cede, durante a infância, em 5% dos casos.

A autora citada ainda menciona que a patologia afeta mais os meninos, considerando que são os que mais sofrem com a ausência paterna, o que reafirma a estatística de que, entre o maior número dos alienantes, estão as figuras maternas.

Notadamente, os resultados são extremamente negativos. TRINDADE (2014, p. 329, *apud* PODEVYN, 2001) faz relatos sobre as consequências possíveis:

A Síndrome de Alienação Parental pode produzir nas crianças problemas como depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização e, em extremos, levar ao suicídio.

É uma situação difícil de se lidar, pois, ao mesmo tempo em que a criança tenta se desfazer das falsas memórias que lhe foram implantadas, negá-las significa trair o genitor acusador, com o qual tem, na maioria das vezes, uma relação de dependência. Todo esse emaranhado de sentimentos pode causar uma lesão interna na criança, trazendo repercussões sérias na sua capacidade de se relacionar afetivamente no decorrer de seu desenvolvimento global (CALÇADA, 2005, p. 126).

A alienação parental requer um tratamento adequado ao infante, sob o risco de suas sequelas perdurarem pelo resto da vida, refletindo, inclusive, além do âmbito familiar, pois vejam que a sociedade recebe um indivíduo perturbado, que desconhece sua realidade, podendo responder a isso de diferentes formas, gerando um risco socialmente relevante.

6 A JUDICIALIZAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Desde os primeiros indícios de alienação parental é cabível a instauração de procedimento que tramitará com prioridade, devendo a perícia psicológica ou biopsicossocial ser apresentada em 90 (noventa) dias.

Configurada a alienação parental, o juiz poderá advertir o alienador, ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado, multar o alienador, inverter a guarda ou alterá-la

para guarda compartilhada, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal do alienador. Impera-se ressaltar que ainda é possível que o juiz decida pela suspensão do poder familiar. Alguns procedimentos que contavam no projeto de lei foram vetados, sobre eles eis as palavras de Maria Berenice (2010):

De forma para lá de desarrazoada foram vetados dois procedimentos dos mais salutares: a utilização da mediação e a penalização de quem apresenta relato falso que possa restringir a convivência do filho com o genitor. Assim a lei que vem com absoluto vanguardismo deixa de incorporar prática que tem demonstrado ser a mais adequada para solver conflitos familiares. Tal, no entanto, não compromete o seu mérito, eis que estava mais do que na hora de a lei arrancar a venda deste verdadeiro crime de utilizar filhos como arma de vingança!

A questão é demasiadamente delicada. O juiz, por vezes, não tem como ter certeza se a alienação efetivamente ocorreu, com base nos episódios apresentados. A situação pode levar anos para ser resolvida, pois são realizados diversos estudos sociais e psicológicos. Dessa forma, com o intuito de proteger a criança, o juiz pode reverter a guarda ou suspender as visitas.

Ocorre, ainda, que talvez passem anos, trabalhos sejam realizados, entrevistas, pesquisas, estudos psicológicos e, ainda assim, o juiz não consiga concluir pela ocorrência ou não de alienação parental, surgindo um novo desafio: o de manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar.

Na busca de solução aos conflitos ocasionados pela alienação parental, é indispensável a criação de Varas ou Juizados especializados. Tais Varam devem centralizar não só a ação criminal

contra o agressor, como também as ações de competência do Estatuto da Criança e do Adolescente e processos envolvendo a jurisdição de família, como guarda, alimentos, destituição do poder familiar, entre outros.

Todavia, faz-se necessário que se qualifiquem os magistrados e membros do Ministério Público, defensores, advogados e servidores para atuarem nesses Juizados. Uma outra medida relevante é a necessidade de atuação de equipe multidisciplinar nesses espaços preparadas para lidar com as situações com que se pretende trabalhar.

Berenice Dias (2012) faz referência a um modelo de trabalho já adotado no Rio Grande do Sul:

Todas as comarcas deveriam adotar, a exemplo do que já existe no Rio Grande do Sul, formas de colher o depoimento da vítima de maneira a evitar a ocorrência de danos secundários. A experiência gaúcha, com o nome de Depoimento sem Dano, criou ambiente adequadamente equipado em que a vítima é ouvida por um psicólogo ou assistente social. Na sala de audiência, o depoimento é acompanhado, por vídeo, pelo juiz, pelo representante do Ministério Público, pelo réu e seu defensor, que dirigem as perguntas, por meio de uma escuta discretamente colocada no ouvido de quem está colhendo o depoimento da vítima. O DVD com a gravação da audiência é anexado ao processo. Com este procedimento, a vítima é ouvida uma única vez, enquanto seu depoimento passa a poder ser visto, inclusive, no Tribunal, quando do julgamento do recurso.

Ainda nesse sentido, também sugestiona a referida autora:

É preciso ainda proibir que as vítimas sejam ouvidas por Conselheiros Tutelares, policiais civis e militares. Ao receber qualquer denúncia de abuso, os Conselheiros Tutelares precisam encaminhar a vítima ao Juizado da Infância e Juventude. A polícia, ainda que instaure o inquérito policial, não deverá colher seu depoimento no recinto da Delegacia. Deve solicitar que ela seja ouvida, em juízo, por um técnico e em ambiente adequado.

A judicialização da questão ainda é muito recente e tem muito a progredir. Não significa dizer que todas as sugestões apontadas sejam suficientes para erradicar essa realidade, mas faz parte de uma construção que busca cada vez mais efetividade no trato com a problemática.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alienação parental é, antes de tudo, um abuso emocional do menor vulnerável. A criança é sujeita à forte influência dos pais, que são responsáveis por seu caráter, bem como seu saudável desenvolvimento.

Há que se destacar que, para o Poder Judiciário, a maior dificuldade na solução desse tipo de litígio é a própria identificação do caso, tendo em vista a delicadeza da realidade abarcada. A criança, a quem se pretende proteger, encontra-se em uma realidade induzida por um dos genitores. Não se pretende colocá-la em uma situação ainda mais degradante, de forma que se desconstrua o que foi implantado por um dos pais, colocando-a contra o genitor responsável pela alienação. Quer-se defender o

interesse do menor, seu bom desenvolvimento psíquico e emocional.

A Lei da Alienação Parental traz ferramentas de modo a auxiliar o magistrado diante do conflito apresentado. Mas a legislação ainda se encontra em processo de amadurecimento quanto ao caso, embora não seja recente o instituto a tratar sobre o fenômeno.

O fato de o instituto ainda se encontrar em processo de maturação, necessitando de melhorias, mesmo em razão das novas realidades surgidas a cada dia, é que torna relevante a discussão do tema explanado. São muitas as críticas ao processo de identificação da alienação parental. Até que tenhamos um método suficientemente eficaz a proteger o desenvolvimento dos menores nessa situação, valer-se-á a pena trazer o assunto à baila de novas explicações.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 05 de outubro de 2016

_____. Lei nº 12.318/2010. **Lei de Alienação Parental**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm Acesso em: 03 de novembro de 2016.

BOSCHI, Fábio Bauab. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALÇADA, Andreia. **Guarda Compartilhada**: aspectos psicológicos e jurídicos. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Alienação Parental**. Disponível em: < <http://www.luciodeconstantino.adv.br/artigos/>

ALIENACAO%20PARENTAL.pdf> Acesso em: 17 de novembro de 2016.

DANTAS, Stephanie de Oliveira. **Síndrome da Alineação Parental**. Monografia. Curso de Direito. Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Paulista. São Paulo, 2011. Disponível em http://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap/StephaneMonografia-Sindromedaalienacaoparental-VERSOLIMPA__2_.pdf Acesso em 06 de outubro de 2016

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Alienação Parental: Uma nova lei para um velho problema! Disponível em: < [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_505\)alienacao_parental_uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_505)alienacao_parental_uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf)> Acesso em 06 de outubro de 2016.

Alienação parental e suas consequências. Disponível em: < [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_500\)alienacao_parental_e_suas_consequencias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_500)alienacao_parental_e_suas_consequencias.pdf)> Acesso em 07 de outubro de 2016.

FONSECA, Priscila Maria Córrea da. **Síndrome de alienação parental**. Disponível em: < http://www.wilsoncamilo.org/arquivos/alienacao_parental.pdf> Acesso em: 04 de outubro de 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 vol: direito de família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TOSTA, Marlina Cunha. **Síndrome de Alienação Parental: a criança, a família e a lei.** Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/marlina_tosta.pdf Acesso em 18 de outubro de 2016.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito.** 7. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 329. *In*: POVEDYN, F. Síndrome de Alienação Parental (2001). Disponível em: <HTTP://www.apase.com.br> , com a colaboração da Associação de Pais para Sempre. Disponível em: < <HTTP://www.paisparasemprebrasil.org>>. Acesso em 23 de março de 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção direito civil; v.6).

_____. **Direito Civil: direito de família.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIREITO COMPARADO: A guarda dos filhos no Brasil e na Argentina

Ana Paula Gimenez¹

1 INTRODUÇÃO

O direito de família, berço primário das relações pessoais, acompanha a evolução da sociedade. Se em tempos antigos, a família era somente aquela formada através do matrimônio entre homem e mulher, nos dias atuais, surgiram novas conformações familiares, como: união estável, monoparental, mosaico, homoafetiva e anaparental.

Com a dissolução de uma relação afetiva familiar, o primeiro cuidado a ser tomado é com os filhos, especialmente os menores. Geralmente, a criança é maior prejudicada com a separação dos pais, por se achar culpada pela solução do vínculo e pela falta do genitor que deixou o lar familiar. Este abalo natural dos filhos, diante desta situação, deve ser minimizado.

A guarda é direito-dever originário e natural dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, e é pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais. São previstas quatro modalidades: unilateral, compartilhada, alternada e aninhamento. Cada país adota o tipo mais adequado de guarda no seu ordenamento jurídico. Brasil e Argentina preconizam a guarda compartilhada como regra, com importantes exceções.

¹ Advogada. Mediadora. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil. Especialista em Direito de Família e Sucessões. Aluna do programa de Doutorado da Universidade de Buenos Aires.

Este trabalho visa analisar o conceito de guarda, diferenciá-la do poder familiar, analisar suas modalidades e fazer um estudo comparado da guarda dos filhos no ordenamento jurídico brasileiro e argentino. No Brasil, a guarda foi regulamentada pela Lei 13.058/14, que modificou alguns artigos do Código Civil de 2002, enquanto na Argentina, a guarda vem regulada no Código Civil e Comercial da Nação de 2015.

2 GUARDA DOS FILHOS NO BRASIL

O homem não consegue viver sozinho e necessita de um agrupamento para satisfazer suas necessidades patrimoniais e pessoais, vinculando-se aos seus semelhantes por meio de ideias, anseios e interesses recíprocos. Com isto, formam-se as organizações sociais, cujo o núcleo primário é a família, sendo esta a forma primária de convivência.

No momento em que o homem passou a viver em sociedade, foi necessário que surgisse uma forma de controle, ou seja, um poder maior que falasse por todos, assim surge o Estado. A forma mais eficaz de organizar a sociedade é através do Direito. Conforme a sociedade evolui, as famílias passam por diversas modificações que refletem no campo jurídico. “*Direito de família é o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que deles resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela*”, como define BEVILÁQUA (BEVILÁQUA, Clóvis. Código civil comentado. 1 ed. 1954. V.2. p.6).

Conforme afirma LÔBO (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias. 3 ed. De acordo com a Lei n. 12.010/2009. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 34), a família gera, em relação a cada um de seus membros, o “estado de família”, ou seja, “*atributo da pessoa humana,*

que engendra direitos subjetivos exercitáveis. Quem não está investido no estado de família tem ação para obtê-lo (ação de estado), a exemplo do reconhecimento forçado do estado de filiação (ou investigação da paternidade ou maternidade). Portanto, a família é um poder constituído da somatória de seus membros e a qual merece proteção estatal. O estado de família não abrange só o cenário jurídico, como também, este estado serve para determinar a constituição, identificação e autoestima das famílias.

No Código Civil de 1916, a família era formada apenas através do matrimônio, sendo impossível sua dissolução. As relações paralelas e os filhos havidos fora do casamento eram punidos e discriminados, tendo seus direitos excluídos. Com a emenda constitucional 9 de 1977 e a Lei 6.515/1977, foi instituído o divórcio para quem quisesse ter seu casamento dissolvido. A Constituição Federal de 1988, no seu artigo quinto, estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres, além de dar uma especial atenção à família.

Determina o artigo 226 da Constituição Federal de 1998: *“A família, base da sociedade, tem especial proteção estatal”*. A família possui igualdade, solidariedade e está submetida ao princípio da dignidade humana, conforme este artigo. Além disto, são definidos alguns tipos familiares no próprio artigo, como as famílias provenientes do casamento, união estável e monoparental (um dos pais com seus filhos). Porém a doutrina e jurisprudência brasileira reconhecem outros tipos familiares, como família anaparental, mosaico (pais e filhos de relacionamentos anteriores) e as homoafetivas. Com todas estas mudanças de paradigmas, a guarda passou a ter papel relevante para harmonização familiar. O artigo 227 da Constituição prevê a igualdade entre os filhos (naturais ou adotivos), consolidando ainda o princípio da afetividade.

Antes de adentrarmos ao assunto guarda dos filhos, é necessário esclarecer e diferenciá-la de poder familiar. Antigamente, no Código Civil de 1916, o poder familiar era denominado de pátrio poder, a ideia era um poder do pai sobre os filhos, amplo e que abrangia poderes de ordem pessoal e patrimonial. Porém, com a igualdade dos cônjuges prevista na Constituição Federal, o nome “pátrio poder” tornou-se incoerente e inadequado, sendo modificado para “poder familiar”. Segundo MADALENO (MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 693), “*o poder familiar, hoje, é visto como um dever dos pais em relação aos filhos. Ele não se limita à educação ou a cuidados físicos, mas se estende para proporcionar um desenvolvimento integral de todas as potencialidades das crianças e adolescentes, e os alimentos, por sua vez, são meios de obter melhores condições de crescimento físico, emocional e intelectual dos filhos*”.

Define DINIZ (DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 564), o poder familiar como “*pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõem, tendo em vista o interesse e a proteção do filho menor*”. É um múnus público, intermediário entre o poder e o direito subjetivo.

O exercício do poder familiar está previsto no artigo 1.634 do Código Civil brasileiro, competindo aos pais:

- Dirigir a criação e educação dos filhos.
- Ter filhos em sua companhia e guarda.
- Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem.

-Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar.

-Representá-los, até os 16 anos, nos atos da vida civil e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.

-Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha.

-Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O Artigo 1.631 diz que durante o casamento ou união estável, o poder familiar é exercido pelos dois genitores, ou na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade. A perda de poder familiar está definida no artigo 1.638 do código civil e difere da extinção por ser um ato judicial. Ocorre quando pai ou mãe castigar imoderadamente seus filhos, abandoná-los, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes ou reiteradamente abusar de sua autoridade e arruinar bens dos filhos.

A extinção do poder familiar se dá com a morte dos pais ou filho, pela emancipação, pela maioridade (18 anos), pela adoção ou por decisão judicial. Ou seja, não há extinção do poder familiar pelo divórcio dos pais, quando ambos continuam a deter este poder, mesmo que a guarda do filho seja somente de um dos genitores. De acordo com NADER (NADER, Paulo. Curso de direito civil: direito de família. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 258), *“a relação entre pais e filhos independe do status família e dos primeiros. Com o divórcio as responsabilidades com os filhos não são cessadas, pelo contrário, elas continuam”*.

Conforme entendimento de GRISARD FILHO (GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 59-60), a guarda *“surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência*

com seus filhos, e é pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas nos dispositivos do Código Civil que versam sobre poder familiar”. Já CARBONERA (CARBONERA, Silvana Maria. Guarda dos filhos constitucionalizada. 1 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000. p. 44) afirma: “o ato de guardar indica que quem, ou o que, se guarda está dotado de pelo menos duas características básicas: preciosidade e fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranhos o que tem sob a sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda”.

A guarda é uma decorrência do poder familiar, um de seus atributos, mas não se confunde com ele, podendo ser um direito autônomo. A guarda pode se desvencilhar do poder familiar, transferindo-se do pai ou da mãe ou de ambos, para uma terceira pessoa. LISBOA (LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, vol. 5: direito das famílias e das sucessões. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 189) diz “*Guarda dos filhos é o direito potestativo (direito-dever) conferido àquele que permanecer na posse da prole ou de parte dela*”.

Nas famílias primitivas patriarcais, a guarda dos filhos era atribuída ao homem. No Código de Hammurabi, a guarda era concedida ao novo marido da mulher abandonada. No direito romano, o poder familiar era exercido pelo chefe da família, podendo inclusive penhorar e vender seus filhos. Já a Constituição de Diocleciano, autorizou que a guarda fosse em favor das mulheres. Com o Cristianismo, o titular do poder familiar, o homem, possuía vários deveres em relação à sua prole.

No Brasil, o Código Civil de 1916 não previa a dissolução do casamento, para definir a guarda dos filhos menores era preciso verificar o cônjuge culpado pelo fim da união. A guarda era atribuída ao inocente como forma de recompensa. Se ambos os

cônjuges fossem culpados, a guarda era atribuída à mãe, desde que não tivesse prejuízos ao menor.

Em 1977, a Lei do Divórcio também privilegiou o cônjuge inocente. Definia que “os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa”, mas por motivos graves, sempre preservando os interesses do menor, o juiz poderia determinar a guarda de maneira diferente.

Na Constituição Federal de 1988 foi consagrado o princípio da igualdade entre homem e mulher, refletindo na sociedade conjugal, banindo discriminações, podendo a guarda dos filhos ser atribuída a qualquer um dos pais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, determinou a prioridade absoluta das crianças e adolescentes e o melhor interesse do menor, o que serviu para mudar a postura conservadora que vinha sendo adotada com a punição do cônjuge culpado.

O Código Civil de 2002, no seu texto original, dizia que os cônjuges poderiam acordar sobre a guarda dos filhos menores. Já a Lei 11.698/08 modificou o artigo 1.583, definindo a guarda como unilateral ou compartilhada, dando preferência à compartilhada (parágrafo segundo). O juiz passou a ter o dever de informar aos pais sobre as possibilidades da guarda compartilhada. Ou seja, a guarda compartilhada adentrou no ordenamento jurídico brasileiro com a referida lei.

O artigo 1.583, com a lei 11.698/08, passou a ter a seguinte redação:

A guarda será unilateral ou compartilhada.
Parágrafo primeiro: Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres

do pai e da mãe que não vivam sob mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Com isto, a própria lei já definiu e diferenciou os dois tipos de guarda previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Afirma GRISARD FILHO (GRISARD FILHO, W. Guarda compartilhada: Um novo modelo da responsabilidade parental. 7. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2014. p. 187) sobre a lei 11.698/08: “*A normatização legal trazida pela nova lei assegura a ambos os pais a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental*”. O texto legal modificado menciona duas formas de guarda: unilateral ou compartilhada, dando preferência à compartilhada.

Para DIAS (DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 432), guarda compartilhada “*é o modo de garantir, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estreita e a ampla participação destes na formação e educação dos filhos, a que a simples visitação não dá espaço*”. Ou seja, a guarda compartilhada propicia mais prerrogativas aos pais, que se mantêm em um convívio intenso com seus filhos, mantendo os laços de afetividade, diminuindo os efeitos da separação. O compartilhamento retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais. Os pais continuam a exercer a função parental de forma igualitária.

Esclarece DAVID ZIMERMAN (Guarda compartilhada, coordenadores Mário Delgado e Mathias Coltro. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 105) que

o princípio norteador da guarda compartilhada deve sempre obedecer à

premissa fundamental de que o espírito da lei deve, prioritariamente, visar os interesses, as necessidades e o bem-estar dos filhos menores, até porque eles ocupam uma posição jurídica de sujeitos de direitos, e não, como acontecia há décadas, quando as crianças funcionavam, na maioria das vezes, como meros objetos manipulados pelos pais, advogados e juízes.

A guarda compartilhada, portanto, só deve ser adotada quando houver o melhor interesse do menor envolvido, observando que nem sempre o que é bom para os pais, será bom para criança, protegendo o menor.

A lei 11.698/08 determinava que o juiz deveria esclarecer o significado do compartilhamento da guarda e qual era seu funcionamento. A guarda compartilhada poderia ser estabelecida mediante consenso ou por determinação judicial, em ação própria e autônoma ou no próprio divórcio, separação ou dissolução de união estável. Em qualquer uma das modalidades de guarda, havia a obrigatoriedade de obedecer aos compromissos constantes nos termos da guarda, sob pena de redução de prerrogativas previstas para o genitor desobediente.

A guarda unilateral foi a mais utilizada da história, onde um dos pais exerce unilateralmente os direitos e deveres referentes à prole. O outro genitor teria somente dever de pagar a pensão alimentícia e o direito à visitação. Geralmente, a guarda unilateral é exercida pela mãe, que é mais habilidosa culturalmente para os cuidados com os filhos. Com isto, a lei 11.698/08 apesar de prever a guarda unilateral ou compartilhada, poucos foram os adeptos do compartilhamento da guarda, preferindo assim a unilateral. Mesmo com a lei de 2008, a aplicabilidade da guarda compartilhada era baixa.

Com o objetivo de aumentar a aplicabilidade da guarda compartilhada, foi aprovada a Lei 13.058/14, o qual torna obrigatória a guarda compartilhada dos filhos. Com a nova lei, a guarda compartilhada torna-se regra. Porém há exceções, que neste caso prevalecem sobre a regra. O magistrado pode deixar de determinar a guarda compartilhada quando julgar falta de aptidão de um dos genitores ou quando algum dos pais renunciar o seu direito de guarda. Mas, é evidente, que o juiz pode alegar o princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, previsto no artigo 227 da Constituição Federal, para determinar a guarda unilateral ao invés da compartilhada, sempre que necessário.

Observa ROSA (ROSA, Conrado Paulino. Nova lei de guarda compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 51),

A lei n. 13.058/2014, determinando a guarda compartilhada como regra, pode diminuir essas concepções sociais, bem como o comportamento de decisões judiciais de que o pai somente é guardião quando ocorrem sérias perturbações com a mãe, diante de laudos psicológicos e sociológicos plenos de informações graves sobre o comportamento materno, ou quando ela concorda com o pedido. (GIUSTO, Eliana. Guarda dos filhos: quando os homens também são discriminados. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 3, 1999. p. 69)

O parágrafo segundo do artigo 1.583 do código civil determina: *“Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”*. Não podemos confundir a guarda compartilhada com a guarda alternada. Na guarda alternada, a criança passa metade do seu tempo com cada um de seus pais, ou seja, ela possui duas residências e divide seu tempo

de forma igualitária entre as duas casas. Na verdade, seriam duas guardas unilaterais em alternância. Quando o menor está com um dos genitores, ele possui a guarda e decide sozinho, e quando está com o outro genitor, inverte-se esta situação.

Um dos maiores erros, desde a previsão da guarda compartilhada em 2008, foi confundi-la com a guarda alternada, prejudicando sua aplicabilidade. Para ROSA (ROSA, Conrado Paulino. Nova lei de guarda compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 58):

o compartilhamento das responsabilidades foi reiteradamente confundido com a alternância de guarda, sendo que esta última nem sequer tem a possibilidade de ser fixada em nosso ordenamento jurídico. De forma equivocada, falava-se em divisão estanque do tempo em cada uma das casas, como se o filho passasse a ter sua mochila como o único objeto seguro na sua vida. Na verdade, a guarda alternada ocorre quando os filhos ficam sob a guarda material de um dos pais por períodos alternados.

A guarda alternada não é indicada pelos psicólogos em geral, por gerar uma falta de referencial na criança, já que esta possuirá duas casas. Além disto, pode aumentar o conflito, conforme LOTUFO (LOTUFO, Maria Alice Zaratini. Curso avançado de direito civil, v. 5: direito das famílias e das sucessões. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 281):

a guarda alternada irá facilitar o conflito, pois ao mesmo tempo que o menor será jogado de um lado para o outro, naufrago de uma tempestade, a inadaptação será característica também dos genitores, facilitando-lhes a fuga à responsabilidade, buscando o próprio

interesse, invertendo semanas ou temporadas, sob alegações as mais pueris ou mentirosas. Em suma, os adultos procurarão tirar vantagens desta situação indefinida, propícia ao desentendimento e à destruição de uma convivência sadia.

A guarda compartilhada não pode ser confundida, também, com o aninhamento. É chamada de guarda nidial, a qual os filhos têm sua própria casa e os pais se revezam por períodos de tempo na casa dos filhos. São necessárias três casas: a do pai, a da mãe e a dos filhos, aumentando demasiadamente os custos financeiros da família. A vantagem seria que o menor não precisaria se locomover entre a casa dos pais, fixando uma moradia e os pais se revezariam na casa dos filhos. Esta modalidade não é prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Entende-se por guarda compartilhada, a responsabilização conjunta de ambos os genitores, com a divisão de direitos e obrigações, sendo um dos pais residente com o menor, e o outro seria guardião não residente, mas com todas as prerrogativas. A divisão igualitária do tempo que se refere a lei, não é uma divisão matemática, mas sim, afetiva. Por certo, o guardião não residente terá um tempo maior com o filho, não somente direito de visitação como na guarda unilateral, mas a residência será única. Quanto maior a convivência da criança com ambos os genitores, melhor seu desenvolvimento psíquico e emocional e menores os traumas gerados.

O juiz poderá utilizar-se de orientações técnico-profissional ou de equipe disciplinar, de ofício ou a requerimento do Ministério Público para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada (artigo 1.583, código civil, parágrafo terceiro). O legislador acrescentou ao dispositivo: “que deverá visar à divisão equilibrada

do tempo com o pai e com a mãe”. Ou seja, como já foi dito, a divisão deve ser ampla, mas de forma equilibrada para não prejudicar o desenvolvimento do menor. É uma divisão da rotina, e não de residência. Para ROSA (ROSA, Conrado Paulino. Nova lei de guarda compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015), *“na fixação do regime de convivência deve ser buscada, em um ambiente ideal, uma construção conjunta de dias, horários e locais de retirada. Sempre pensando no melhor interesse da prole. Os horários devem atender melhor interesses dos filhos e não dos genitores”*.

A Lei 13.058/2014 trouxe considerações importantes, como: na guarda unilateral, aquele que não detém a guarda dos filhos é obrigado a supervisionar os interesses do menor, podendo solicitar até uma prestação de contas do outro genitor. Além disto, o genitor que desobedecer uma das cláusulas da guarda unilateral ou compartilhada, terá suas prerrogativas diminuídas. A lei também prevê o direito de visitação dos avós.

Estabelecimento público ou privado passa a ser obrigado a prestar informações a qualquer um dos pais, sob pena de duzentos a quinhentos reais por dia de não atendimento da solicitação. Ou seja, a lei teve o propósito de disciplinar e regulamentar o valor da multa a ser paga pelos estabelecimentos que se recusarem a prestar aos pais informações sobre seus filhos. Este aspecto é vantajoso na lei, já que ambos os genitores passam a ter direito às informações da rotina dos filhos, que inúmeras vezes poderiam ser negadas por pedido do próprio genitor que possuía a guarda com o intuito de afastar o não-guardião.

Se anteriormente o litígio impossibilitava a aplicação da guarda compartilhada, agora o conflito não seria mais obstáculo, conforme artigo 1.584, parágrafo segundo: *“Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda*

compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”. A falta de diálogo entre ex-cônjuges não inviabiliza a guarda compartilhada. Esse foi o entendimento firmado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao reformar decisão que negara a ex-marido o direito de dividir a criação dos filhos por ele não ter uma convivência harmoniosa com sua ex-mulher. O magistrado deve sempre analisar o caso concreto, aplicando o princípio do melhor interesse do menor previsto constitucionalmente.

O artigo 1.584, parágrafo 1.585, do código civil prevê como preferência, a oitiva de ambas as partes, em sede de medida cautelar. Porém, o próprio texto legal traz como exceção: “*salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte*”. Ambos os genitores devem conceder ou negar consentimento para viagens ao exterior dos seus filhos e para que mude sua residência de município permanentemente. A cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses do menor.

No que diz respeito à pensão alimentícia, esta continua existindo independente do compartilhamento, já que o filho possuirá uma residência, tendo que o guardião-residente maiores custos do que o não-residente. Para ROSA (ROSA, Conrado Paulino. Nova lei de guarda compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015. p.103), “*É equivocada a ideia de que a Lei n. 13.058/2014 poderia eximir um dos pais do pagamento da prestação alimentícia ne, ao menos, proporcionar-lhes redução na contribuição em curso*”. Portanto, para auferir o quantum alimentício devemos observar o trinômio: necessidade do menor, possibilidade financeira do genitor devedor e a proporcionalidade. O artigo 1.703 do código civil determina que cada genitor deverá contribuir na proporção de seus recursos, ou

seja, pode ser através do pensionamento ou dando-lhe hospedagem, sustento e educação, por exemplo.

O artigo 1.586 do código civil abre um leque de novas modalidades de guarda, não previstas no código, mas somente nos casos de motivos graves: “*Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais*”. O genitor que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, só podendo ser retirados por mandado judicial, somente se não forem tratados convenientemente.

3 GUARDA DOS FILHOS NA ARGENTINA

O novo Código Civil e Comercial da Nação argentina entrou em vigor em 2015 e não traz definição de família, porém a sociedade multicultural é um dos valores que guia a sua estrutura. O próprio código prevê as uniões estáveis, homoafetivas e famílias mosaicos (casamentos anteriores com filhos).

Define BORDA (BORDA, Guillermo A. Tratado de derecho civil. Buenos Aires: Perrot, 1993. p.29) o estado de família: “*El estado de familia es el lugar o la posición que ocupa una persona respecto de la familia a la que pertenece*”. A doutrina define a natureza jurídica do estado de família como sendo um atributo da personalidade das pessoas naturais ou de existência visível.

Enquanto no Brasil é chamado de poder familiar, o CCyCN o denomina como responsabilidade parental e o define no seu artigo 638: “*La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado*”. Nota-se que o artigo fala primeiro em obrigações, que significa as obrigações dos pais, seguido dos direitos. Além disto, usa o termo “genitores”, podendo ser uma mãe

e um pai, dois pais ou duas mães, deixando clara a possibilidade da família homoafetiva. Explicita os objetivos do instituto: proteção, desenvolvimento e formação integral do menor. Anteriormente, a responsabilidade parental era chamada no código de Vélez de “patria potestad”, cujo artigo não definia seus objetivos e só mencionava os filhos legítimos.

Os princípios que regem a responsabilidade parental são: superior interesse do menor, autonomia progressiva dos filhos conforme suas características psicofísicas, atitudes e desenvolvimento (quanto maior autonomia, menor representação dos pais) e direito do menor ser ouvido e sua opinião ser levada em conta segundo sua idade e grau de maturidade.

O código não define o superior interesse do menor, mas por analogia devemos usar a observação geral da Comitê de Direito dos Filhos da ONU, preconizando que o objetivo deste princípio é desfrutar e garantir todos os direitos reconhecidos na Convenção, não havendo hierarquia entre direitos, mas colocando o interesse do menor em primeiro lugar. Não são os interesses dos pais o principal, e sim o interesse dos filhos.

O segundo princípio definido pelo código argentino é a autonomia progressiva dos filhos, que significa, segundo LOPES e MASSANO (LOPES, Cecilia-MASSANO, María Alejandra. Una sola ley para todas las familias. Buenos Aires: Abeledo-Perrot), “*La aplicación del principio implica que a medida que el niño crece adquiere mayor autonomía en el ejercicio de sus derechos de acuerdo con la evolución de sus facultades*”. São considerados incapazes no direito argentino: o nascituro, a pessoa que não conta com idade ou grau de maturidade suficiente e a pessoa declarada incapaz judicialmente. Ou seja, a medida em que o filho cresce, sua maturidade vai aumentando, e menos representação dos pais ele necessita, adquirindo autonomia para realizar seus próprios atos.

O terceiro princípio determinado pelo CCyCN é o direito do menor ser ouvido em todo processo de tomada de decisão sobre assuntos de seu interesse. É a participação ativa da criança ou adolescente. Porém, para valorar a opinião do filho deve ser levada em conta sua idade e seu grau de maturidade; quanto maior for este binômio, mais importantes serão as palavras do menor.

O artigo 646 do CCyCN estabelece os deveres dos pais em relação aos seus filhos:

-Cuidar do filho, conviver com ele, prestar-lhe alimentos e educá-lo.

-Considerar suas necessidades específicas segundo suas características psicofísicas, atitudes e desenvolvimento de maturidade.

-Respeitar o direito da criança ou do adolescente de ser ouvido e participar na sua educação, assim como em tudo ao que se refere a direito personalíssimo.

-Prestar orientação e direção ao filho para exercício e efetividade de seus direitos.

-Respeitar e facilitar seu direito a manter relações pessoais com avós, outros parentes ou pessoas com as quais tenha vínculo afetivo.

-Representá-lo e administrar seu patrimônio.

O próprio código proíbe maus tratos e o castigo corporal, podendo ser violação física ou psíquica dos filhos, sendo que os pais podem solicitar o auxílio dos serviços de orientação a cargo dos órgãos estatais. O Estado torna-se o protetor do menor nos casos necessários, com política, programas e assistências apropriadas, avaliadas no caso concreto.

A guarda dos filhos está definida no artigo 648 do CCyCN : *“Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”*. Substituiu-se o termo detenção

(tenencia) dos filhos por cuidado, no Brasil seria a guarda. De acordo com CHECHILE (CHECHILE, Ana Maria. Derecho de familia/ Chechile Ana Maria y Cecilia Lopes; dirigido por Chechile Ana María. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015. p. 514), “*El cuidado personal se traduce en una serie de actos que llevan adelante los progenitores destinados a la crianza de sus hijos. Es imposible una descripción acabada de ellos, en tanto el concepto incluye toda la actividad que despliegan en pos de su crecimiento, educación, buena salud física y psíquica, esparcimiento, etc.*”. Portanto, apesar do código dar uma definição de guarda dos filhos, a doutrina considera sua definição mais ampla, sendo impossível delimitá-la devido a série de atos compreendidos.

Se ambos os genitores convivem com seus filhos, a guarda será de ambos. Contudo, se os pais não vivem mais juntos, terá que ver qual seria a melhor maneira desta convivência, sempre preservando o superior interesse do menor. A regra trazida pelo novo código civil argentino é a guarda compartilhada, tendo a guarda unilateral e a alternada como exceções. O CCyCN diz que quando os genitores não convivem a guarda pode ser exercida por um ou por ambos os pais. O código anterior de Vélez já previa a guarda compartilhada, como “tenencia compartida”, e a jurisprudência e doutrina enumeravam as vantagens deste tipo de guarda.

O Artigo 651 traz as modalidades de guarda compartilhada, que difere da guarda no Brasil. Na argentina, a guarda compartilhada é dividida em alternada e indistinta, ou seja, a guarda alternada seria uma modalidade de guarda compartilhada. Diz o artigo:

El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo

con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

Apesar dos conceitos serem os mesmos nos dois países, ou seja, na guarda alternada o menor possuiria dois lares e dividiria seu tempo na casa de cada um dos pais, e na guarda compartilhada haveria uma só residência com a divisão da rotina e tarefa dos filhos, a guarda alternada aparece como gênero da espécie compartilhada. No Brasil, não há a previsão da guarda alternada no ordenamento jurídico, mas juristas e leigos chegam a confundir os dois institutos pelo texto legal confuso brasileiro. Já o código argentino é claro na previsão e nos conceitos, esclarecendo eventuais questionamentos que poderiam surgir.

Os fundamentos do anteprojeto do CCyCN privilegia a guarda compartilhada indistinta por preservar o direito constitucional de manter as relações pessoais e o contato direto com ambos os pais de forma regular, pelo princípio da coparentalidade. O artigo 651 traz que a pedido de um dos pais ou de ambos, ou ainda o juiz de ofício deve determinar como primeira opção a guarda compartilhada indistinta, exceto se não seja possível ou o resultado prejudique o filho. Portanto, assim como no Brasil, na Argentina a regra é a guarda compartilhada comportando exceções. A guarda compartilhada, regra de ambos os países, é na mesma modalidade, onde o filho possui residência fixa com um dos pais, tendo plena convivência com o guardião não residente. Lembrando que a guarda alternada é prevista como exceção no ordenamento jurídico argentino, e no Brasil, não há sua previsão.

O próprio CCyCN incentiva que os próprios pais determinem um plano de convivência com seus filhos, sempre baseado no superior interesse do menor. Este plano de convivência elaborado pelos pais deve conter o lugar e o tempo que o filho passará com cada um dos genitores, responsabilidades que cada um dos pais assumem, regime de férias, dias festivos e outras datas significativas para a família, e ainda, regime de visitação e comunicação com o genitor não-guardião na guarda unilateral. Este plano de convivência serve para evitar conflitos posteriores e o mínimo de conflitividade. Os advogados o elaboram com as partes, inclusive com a possível participação do filho, ou seja, a autonomia da vontade está preservada. Este plano pode ser modificado por um dos genitores devido às necessidades familiares. Mudando a situação de origem, é possível a mudança do plano de convivência.

Quando não há acordo sobre a modalidade de guarda adotada ou não foi homologado o plano de convivência, juiz fixa a guarda, priorizando a compartilhada indistinta, exceto quando a guarda alternada ou unilateral for mais benéfica. Para o juiz determinar a guarda alternada ou unilateral, ele deve fundamentar sua decisão. As partes para pedir estes dois últimos tipos de guarda, devem sustentar e demonstrar a inconveniência da guarda compartilhada indistinta.

O artigo 656 estabelece: *“Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición”*. É necessária uma conduta de fato do genitor que prejudique realmente seu filho, não sendo permitida discriminações fundadas em sexo, orientação sexual, religião, política e etc. Ou seja, é uma garantia antidiscriminatória.

A guarda unilateral é prevista como exceção no CCyCN, onde será aplicada diante o caso concreto. O juiz deve ponderar a prioridade do genitor que facilita a visitação do outro genitor, a idade do filho, a opinião do filho e a manutenção da situação existente e respeito à rotina do filho. O Código de Vélez estabelecia esta modalidade de guarda para os filhos menores que cinco anos de idade, mas era criticado pela doutrina.

O código deixa claro que o genitor não guardião tem o direito e dever de participação e convivência com o filho. Antes era denominado direito de visitação. O próprio código determina, também, que o não-guardião tem direito e dever de comunicação facilitada com seu filho, nos casos da guarda unilateral. O direito-dever de comunicação deve ser exercido da forma mais ampla possível, com objetivo de manter o vínculo com o genitor que não possui a guarda. Esta comunicação pode ser feita pessoalmente, por telefone ou qualquer outro meio de contato virtual.

Estabelece o artigo 654: *“Cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo”*. Ambos os pais devem participar ativamente da vida do menor, independente do tipo de guarda. Este artigo esclarece que os genitores devem estar cientes da educação, saúde, bens e outras questões relativas aos seus filhos.

Em casos de extrema gravidade, o juiz pode deferir a guarda do menor a outro parente pelo prazo de um ano, prorrogável por igual período desde que haja justificativa. Passado este período, juiz deve solucionar o caso com base a outras formas previstas pelo CCyCN. Os pais, neste caso de guarda dos parentes, continuam com sua responsabilidade parental, sendo delegada apenas a rotina cotidiana do filho.

A obrigação alimentícia, pertencente a ambos os genitores, é prestada até os vinte e um anos dos filhos, exceto se este já

apresente recursos suficientes para sua manutenção. Tem por objetivo manter a rotina dos filhos, levando em conta, educação, moradia, alimentação, vestimentas, assistência médica, podendo ser prestada em espécie ou in natura. A prestação alimentícia é auferida de acordo com a necessidade do menor e a possibilidade dos pais.

Determina o artigo 666 que

En el caso de cuidado personal compartido, si ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores.

Ou seja, na guarda compartilhada, se os pais possuem recursos equivalentes, não há necessidade de prestação alimentícia, cada um sustenta seu filho durante sua convivência. Se os pais não possuem recursos equivalentes, aquele que possui mais recursos, deve pagar a pensão alimentícia. Assim como no Brasil, os avós podem ser obrigados a pagar pensão alimentícia para os netos.

Conclui a Suprema Corte de Justiça de Buenos Aires que a guarda compartilhada indistinta é mais vantajosa por permitir que o menor mantenha vínculo com os dois genitores, promove uma participação ativa dos pais na rotina dos filhos, atenua o sentimento de perda de quem não reside com o menor, facilita o trabalho dos pais, reduz a alienação parental, fomenta uma melhor comunicação de pais com filhos e entre os genitores, os filhos sentem que ambos os pais continuam seus responsáveis e o pai e a mãe vivem em igualdade em relação aos filhos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guarda é um direito-dever dos pais para com seus filhos, consistindo em cuidado, proteção, manutenção, educação e desenvolvimento psicológico, físico e social dos menores. É a responsabilização dos genitores em relação aos seus filhos menores. Não se confunde com poder familiar (Brasil) e nem com responsabilidade parental (Argentina). Mesmo com a dissolução da união dos pais, estes continuam a exercer o poder familiar independentemente da modalidade de guarda determinada.

No Brasil, a Lei 13.058/14 trouxe a guarda compartilhada como regra, comportando a guarda unilateral como exceção, nos casos de um dos genitores renunciar a guarda ou o magistrado observar a inaptidão para exercê-la de um dos pais. Mesmo assim, o juiz pode estabelecer a guarda unilateral com o objetivo de preservar o princípio constitucional do melhor interesse do menor. Não há previsão de guarda alternada no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de ser muito confundida com a compartilhada.

Na Argentina, o CCyCN traz como regra também a guarda compartilhada, só que na modalidade indistinta. As exceções são a guarda unilateral e guarda alternada, que é considerada como um gênero da espécie guarda compartilhada. O outro gênero da espécie compartilhada é a indistinta, regra no país. Do mesmo modo que a guarda compartilhada brasileira, na indistinta, o menor possuirá apenas uma residência, possuindo ampla convivência com o guardião não-residente. Já a alternada, o filho passa períodos de tempo com cada genitor.

No Brasil, a pensão alimentícia continua a ser paga normalmente pelo guardião não-residente, por se entender que o guardião residente possui mais gastos com os filhos. Já na Argentina, a lei prevê duas situações: em caso de possuírem a

mesma condição financeira, não há pagamento de prestação alimentícia, arcando cada um com os gastos durante a sua estada com seu filho; e em condições financeiras diferentes, o de maior condição deve prestar alimentos ao filho. Enquanto no Brasil, o quantum da prestação é auferido pelo trinômio: proporcionalidade, necessidade do filho e possibilidade do genitor; na Argentina, só é considerado o binômio: necessidade do filho e possibilidade do genitor.

Em ambos os países, o objetivo da guarda é o mesmo: minimizar os efeitos traumáticos da separação dos pais e manter o vínculo com aquele que saiu do lar da família. A determinação da guarda deve levar em conta sempre o melhor e superior interesse dos filhos, e nunca o que seria bom somente para os genitores.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias. 3 ed. De acordo com a Lei n. 12.010/2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: direito de família. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARBONERA, Silvana Maria. Guarda dos filhos constitucionalizada. 1 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, vol. 5: direito das famílias e das sucessões. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Guarda compartilhada, coordenadores Mário Delgado e Mathias Coltro. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GIUSTO, Eliana. Guarda dos filhos: quando os homens também são discriminados. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 3, 1999.

ROSA, Conrado Paulino. Nova lei de guarda compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOTUFO, Maria Alice Zaratín. Curso avançado de direito civil, v. 5: direito das famílias e das sucessões. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BORDA, Guillermo A. Tratado de derecho civil. Buenos Aires: Perrot, 1993.

LOPES, Cecilia-MASSANO, María Alejandra. “Una sola ley para todas las familias. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CHECHILE, Ana Maria. Derecho de familia/ Chechile Ana Maria y Cecilia Lopes; dirigido por Chechile Ana María. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

TRISTE 7 DE ABRIL PARA A MINORIA TSUSI: Análise jurídica do genocídio do Ruanda

António Jolima José¹

1 INTRODUÇÃO

Fruto da nossa vida profissional na qualidade de julgador, o mundo académico não se tem mostrado fácil, ante um infinito mar de litígios que os tribunais no mundo de modo geral, vão conhecendo; obviamente também fruto das grandes conquistas do homem em matéria de direitos liberdades e garantias; sem olvidar as exigências da própria vida profissional que exige um estudo constante das matérias de direito, neste ramo do saber, marcadamente flexível e de constantes mutações.

É justamente em função desta flexibilidade das matérias sociais; que atemo-nos a efeméride do dia 7 de Abril, remetendo ao leitor a uma interpretação do fenómeno do ponto de vista jurídico, e tendo em conta as premissas do mundo contemporâneo, no que a conquista de direitos, liberdades e garantias do homem diz respeito.

Trata-se de uma matéria enquadrável em direitos humanos e que vitimou grande parte da população ruandesa, aos olhos do mundo ocidental.

¹ Juiz de Direito no Tribunal Provincial/Benguela/Angola. Lic. em Historia pelo ISCED (Instituto Superior de Ciências da Educação) e posteriormente em Direito (ambos pela Universidade Agostinho Neto/ Angola); Mestre em Ciências Jurídicas Processuais pela Univer. Autónoma-Lisboa e aluno ao curso intensivo de doctorado - Contratos ESJUS/ UBA.

Entendemos por bem abordar a matéria, contribuindo na medida da nossa possibilidade como académicos, em introduzir a temática nas grandes discussões académicas nas universidades de modo que as sociedades vindouras possam conhecer reais causas do genocídio e concomitantemente encontrarem soluções de equidade no tratamento de casos similares, tendo sempre presente o respeito pelos direitos, liberdades e garantias da vida humana, entendidos estes como direitos fundamentais.

Tendo em conta que o fenómeno em si ocorreu em função de uma decisão política assente na relação: poder-território-identidade; a análise sucinta destes 3 factores; impõe-nos situar a república do Ruanda no contexto geográfico universal².

O partido no poder é a frente patriótica ruandesa, cujo presidente é Paul Kagame desde 2000.

Trata-se de um partido dominado pelos Tutsi.

² Situação geográfica

Localiza-se no continente africano, mas concretamente na parte oriental central.

Faz fronteira:

-**a oeste** com a República democrática do Congo;

-**a norte** com a república da Uganda;

-**a leste** com a república da Tanzânia; e,

-**a sul** com a república do Burundi.

Politicamente é hoje governado por...que restringiu o país de 12 a 5 províncias; sendo:

-Província de Kigali com capital em Kigali

Província do norte com capital em Byumba

-Província do sul com capital em Nyanza

-Província do leste com capital em Rwamagana; e,

-Província do oeste com a capital em Kibuye.

A capital do governo central é a cidade de Kigali.

Na verdade a sua população (hútus-84%, tsusi 15% e os twa 1%) radica de um único grupo linguístico os banyarwanda (embora não existe consenso em matéria respectiva se atendermos as posições contrárias do antropólogo Jean Hiernaux e as de Villiaje Fremovas.)

2 GENOCÍDIO NO RUANDA

Nos anais da história da humanidade, há o registo de inúmeros genocídios (dos Alemães contra os Hereros na actual Namíbia fazendo como vitimas cerca de 600 mil Hereros; Armenio-1915/1923, a mando do governo Otomano, e que fez cerca de um milhão e meio de vitimas Arménios; Cambojano; que consistiu na execução de cerca de 2 milhões de pessoas entre 1975 e 1979 pelo regime comunista Khmer vermelho de Pol Pot; Bosnia em Srebrenica no ano de 1995 em que exterminaram milhares de muçulmanos bósnios da Servia; Americano na guerra contra o Paraguai; mortes causadas pelo Brasil, Argentina e Uruguay e tantos outros que infelizmente ocorreram no universo.

No caso concreto do genocídio em estudo, dizer que este teve lugar aos 7 de Abril de 1994.

2.1 Causas

Conta a historia que Ruanda foi um reino centralizado Alemão, cujo território foi decidido em conferência de Berlin 1885 e entregue ao império Alemão em 1890 na conferência de Bruxelas.

Que com a derrota da Alemanha na primeira guerra mundial, por orientação da liga das nações aquele território foi entregue a Bélgica. A semelhança da vigência do mandato alemão, os belgas tiveram por sua vez um mandato duro naquele país chegando ao ponto de com auxílio da igreja católica atingir a elite alta dos povos Tutsi de tal modo que aceite a integração do seu povo minoritário na maioria Hútu, de modo a unificar-se os impostos aos povos e outras obrigações conexas a figura de administrado da época.

Sendo que, no período pré colonial, os Tutsis constituíam a classe dominante emergindo deste grupo étnico os reis que

governaram o país, por terem em mãos o poder político, enquanto os Hútus se dedicavam mais a agricultura, detendo por isto, o poder económico.

Criou-se em consequência disto um grande fosso social entre os povos, agudizando-se esta com o fim da segunda guerra mundial altura em que o país se torna um protectorado das Nações Unidas, com a Bélgica simplesmente a servir de autoridade administrativa; tudo porque, como se não bastasse a adopção de novas medidas de austeridade cada vez mais pesadas, para os povos, deu-se em 1959 o assassinato do rei Mutara III Charles. No mesmo ano assistiu-se a fuga do último monarca do Clanyiginya, bem como o rei kigeri V para o Uganda; o que fez com que os povos maioritários de etnia Hútu ganhassem o poder político; de tal sorte que no período em que chega a independência, isto é no ano de 1962 os Hútus já eram os políticos dominantes no Ruanda. Portanto, o fenómeno em questão estava muito longe de ser um caso fortuito, já que dotado de causas profundas na história dos povos; é diga-se, o culminar de um processo, excedendo por isto os meros limites temporais e geográficos de eliminação física dos povos minoritários.

Trata-se de uma ideia que se enraizou na concepção histórica do passado dos povos e que não obstante a convivência entre estes, abarcou na mente dos mesmos, a convicção de menoridade do próximo relegando-o a ser supérfluo se atendermos a qualificação de Hannan Arendt.

Vencedor das primeiras eleições realizadas na história daquele país Grégoire kayibanda teve um mandato marcado de instabilidades, tendo por isto tomado várias medidas contra os Tutsi.

Fruto da insatisfação social Grégoire kayibanda viria a ser destituído do cargo de 1º ministro aos 5 de Julho de 1973 pelo seu

primo Juvenal Habyarimana seu ministro da defesa, este que veio a realizar e vencer as eleições em 1978, 1988 em regime de partido único.

Habyarimana durante o seu consulado e fruto das pressões a que sofria por realizações de eleições em regime de partido único, prometera realizar reformas políticas, abrindo-se portanto ao multipartidarismo em 1990; justamente neste ano em que a natureza apregou para aquele país um conjunto de problemas climáticas que vieram agudizar a já débil vida social e económica dos povos do Ruanda.

Acompanhando a triste situação dos povos apartir dos países vizinhos no qual se radicaram, do Uganda, a Frente Patriótica Revolucionaria Ruandesa (RPF) (dominado por Tutsis), lançou ataques militares contra o governo Hútu liderado por Juvenal Habyarimana, ataques que tiveram o epicentro, o dia 6 de Abril de 1994, quando se atingiu o avião presidencial que aterrizava em Kigali, transportando Juvenal Habyarimana e Cyprien Ntaryamira presidente do Burundi, provocando a morte a ambos.³

Em resposta, o governo hutu respondeu com um programa genocida contra os tutsi, lançando mão a partir de 7 de Abril de 1994 e por cerca de cem dias⁴ o genocídio ruandês, cujas vítimas foram maioritariamente os povos de origem Tutsi e outros tantos povos Hútus opositores ao até então governo de Juvenal Habyarimana. A carnificina foi tão cruel, já que fazia de vítima, a minoria tutsi entre estes também mulheres e crianças;

³ Ambos eram hutus razão pela qual, extremistas hutus culparam a RPF e imediatamente começaram uma campanha bem organizada de assassinato. A RPF disse que o avião tinha sido abatido por Hutus para fornecer uma desculpa para o genocídio.

⁴ Já que teve o seu fim em meados de Julho do mesmo ano.

Veja-se que os executores chegaram a receber em muitos casos lista de opositores ao governo, integrando nela todos os membros da família, que eram assim executados conjuntamente. Assistiu-se maridos a matarem esposas de origem tutsi, sob pena de serem eles também mortos; vizinhos a executarem vizinhos, a criação de bloqueios nas vias de acesso de modo a obstaculizar as fugas e uma campanha anti tutsi foi desencadeada entre os povos, de tal sorte que a título individual a liquidação de um cidadão Tutsi por um hutu era tido como um acto patriótico e de cidadão exemplar.

O relato descrito por D'Artagnan Habintwali, referendo-se aos massacres em butare, sua cidade natal, sita a sul do Ruanda; retrata de alguma forma o clima que se criou durante os cem dias⁵.

Com isto assistiu-se também a exploração sexual das mulheres tutsi bem como a exploração da força de trabalho dos mesmos, como escravos.

Rezam as estatísticas que pareceram nesta guerra cerca de 800.000 pessoas.

Fruto disto, o país entrou-se numa guerra civil sem precedentes, cujos beligerantes eram de um lado os Hútus liderados por Pasteur Bizimungu e do outro a RPF de maioria Tutsi, liderados por Paul Kagame, guerra esta que, obviamente provocou também um número considerável de deslocados.

Chega-se a negociações e acordos tendo Pasteur Bizimungu tornado-se presidente e Paul Kagame vice-presidente.

⁵ "Vi pessoas incendiando casas e matando. É muito difícil esquecer essas imagens." O que ele vivi naquela época nunca mais deixou-me em paz. Durante três meses, entre abril e julho de 1994, o belo país, com suas milhares de colinas, foi palco de massacres hediondos". O governo havia planejado o extermínio da minoria tutsi e incitou a maioria hutu a acabar com os *inyenzi*, as "baratas".

Acontece que a coexistência de ambos na gestão do país não era salutar, dando origem a diferendos entre ambos; o que deu origem a renúncia ao cargo pelo primeiro, tendo o segundo, se tornado o presidente; vindo a ser eleito a posterior nas primeiras eleições democráticas realizadas em 2003.

Como que temendo represálias dos povos Tutsi, cerca de dois milhões de Hútus encontram-se ainda hoje refugiados na República Democrática do Congo.

2.2 Nossa análise acadêmica

A sobreposição de uns povos sobre os outros por via da força e culminando em muitos casos na eliminação dos povos vencidos; **infelizmente** sempre existiu na história da humanidade; sendo conhecidas múltiplas razões (raciais, políticas, religiosas).

O termo genocídio deriva do grego *genos*=raça ou tribo fundida com o latim=*caedere*=matar; criado 1944 por Raphael Lemkin um advogado judeu polonês; quando procurava descrever as políticas nazis de assassinatos sistemáticos.⁶ Literalmente descreveu o termo genocídio como: *“Um plano coordenado de diferentes ações destinadas a destruição das fundações essenciais da vida dos grupos nacionais, com objectivo de os aniquilar”*.

Do ponto de vista de linguagem não cuidada, tem se entendido o termo genocídio como um processo de limpeza étnica, ou seja, a eliminação de um grupo alvo numa determinada sociedade.

Sendo portanto um processo, entendemos que deve o mesmo na sua materialização observar algumas fases; a saber:

⁶ Vide Teresa Nogueira Pinto in **“Um Genocídio de Proximidade”** 1ª edic., Lisboa 2014. Pag. 33 e 34

O da superfluciosidade⁷ da concentração⁸ e o da execução⁹
Para Teresa Nogueira Pinto, o genocídio comporta 4 etapas
essenciais.¹⁰

Outros analistas do fenómeno entendem que o processo
comporta 8 fases¹¹.

Sendo portanto um processo, entende-se que são actos
precedidos sempre de violação dos direitos humanos, se
atendermos as condições a que vivem as vítimas nas diversas fases a
que são submetidas, os maus tratos a que sofrem, assim como a
violação dos mais elementares direitos humanos como a liberdade
de expressão, de opinião, de locomoção, de acesso a saúde, ao
ensino, bem como o direito ao emprego e da própria vida.

Como aliás acontece em quase todas as guerras, muitas
delas em muitos casos desprovidas de fundamento lógico, excepto

⁷ Altura em que se determina por via da identificação de que certo cidadão, por
razões políticas, religiosas, tribais e económicas é um sujeito a extinguir no seio
de certa comunidade maioritária.

⁸ Consistindo a concentração no aglomerado de sujeitos identificados em certo
campo a propósito criado, enquanto aguardam a fase posterior

⁹ Consiste na materialização do projecto em termos concretos, abatendo por
vias seleccionadas os sujeitos identificados.

¹⁰ Da humilhação e decadência; a da sinalização e marcação; a da deportação e
concentração e a da eliminação total.

¹¹ Classificação (classificar as pessoas em nos e eles) Simbolização (este que
uma vez combinado com ódio cria a separação entre os grupos) Desumanização (que consiste em o ser superior negar a humanização do outro,
passando por isto a comparar o outro a um animal, uma doença, um verme ou
insecto que carece ser por isto exterminado) Organização (treina-se as forças
especiais para o efeito) Polarização (que consistira em criar uma propaganda
negativa contra as vítimas) Preparação (consiste na marcação das vítimas
separando-os de acordo os critérios da classificação) Execução (é o abate por
extermínio das vítimas) Negação (a convicção dos agentes de que não
cometeram crime porquanto não abateram pessoa humana)-vide -
<https://pt.m.wikipedia.org/genocideo>

o *politicamente correcto*¹² os grupos tiveram apoio de países estrangeiros, destacando-se a título de exemplo e a nível regional:

- África do sul e o Egipto que auxiliaram militarmente o governo Hútu; enquanto países como Congo-Zaire, Uganda, Burundi e Tanzânia, procuravam nas suas relações obter influências entre si.¹³

Hoje procurando de alguma forma controlar eventuais manifestações e ou movimentos de vingança do genocídio, decorre naquele país um forte movimento de pacificação dos povos.

Complementar-se-a no próximo dia 07 de Abril de 2017 vinte e três anos desde aquele triste fenómeno histórico.

É verdade que hoje o país vive um estágio de desenvolvimento político e económico dos mais estáveis em países africanos em via de desenvolvimento; alias, já em 2009 a CNN considerou o Ruanda como tendo a história de maior sucesso do continente, em função da estabilidade que alcançou pós genocídio.

- Para o alcance deste desiderato, necessária foi a adopção de algumas políticas de governação:

2.3 Métodos usados a pacificação

Como sabemos, as guerras deixam sequelas entre os beligerantes e as vítimas.

Na sabedoria Umbundu¹⁴ diz-se a propósito que:

*“Tchimbapo tchovopeco tchutima kachitava”*¹⁵

¹² Atendendo ao facto de que os governos auxiliam em regra os beligerantes tendo em atenção as suas conveniências políticas e económicas em detrimento dos argumentos de razão.

¹³ Vide Teresa Nogueira Pinto-Ob.Cit pag 16)

¹⁴ Grupo etnolinguístico de origem centro e sul de Angola

¹⁵ - O que fica é somente aquilo que temos em mão, o que temos no coração jamais.

Assim, após devastação de vidas, tendo em atenção os métodos de caça homem que ocorreram, onde em muitos casos parentes tiveram de ser carrascos de parentes; para uma salutar convivência no pós guerra; havia necessariamente de encontrar-se métodos pacificadores.

Foram e tem sido varias as medidas de pacificação que o governo de Ruanda tem estado a lançar mão para de facto assistir-se a pacificação entre os povos; destacando-se entre estas , as seguintes :

-A eliminação das etnias nos bilhetes de identidade dos cidadãos, de tal maneira que, no que tange a etnia, todos passaram a ser designados apenas como ruandeses, afastando-se portanto a sua origem étnica (Tutsi , Hutu ou Twa).

-A divulgação da irmandade e do amor ao próximo entre os cidadãos; que tem se mostrado como um apanágio para igualmente se elevar o nível de consciência dos povos à necessidade de reconciliação entre estes; a título de exemplo destacamos os *Umuganda*¹⁶

-A criação em 1994 do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) apresenta-se como outro metodo lançado mao mao para unificar os povos .

Com sede em Arusha,isto é na vizinha Tanzânia, o tribunal tinha como objetivo obviamente julgar os principais responsáveis pelo genocídio. Há o registo de 65 pessoas foram levadas ao TPIR, dos quais, 38 foram condenadas a longas penas de prisão.a par deste tribunal, a partir do ano de 2001 foram relançados

¹⁶ Trabalhos comunitários regulares, também servem para a promoção de um sentimento de comunidade.nos termos do qual, todos os ruandeses são convocados, uma vez por mês, a construir uma casa para os necessitados, a construir estradas, a limpar uma praça.

a nível nacional os tradicionais tribunais “Gacaca”¹⁷ que chegou a condenar mais de um milhão de pessoas a penas de prisão e ou serviços comunitários; dada a sua intervenção no genocídio

Foram e são diga-se métodos tendentes a controlar a intolerância; mais, verdade se diga que, o problema da intolerância de um poder pós genocídio, e a necessidade de encontrar linhas institucionais que impeçam a repetição das atrocidades, é uma questão seria de certa forma colocadas no mundo subjectivo cujo controle em muitas das situações ultrapassa a força das instituições estatais sejam elas impostas ou não.

Salutar seria que estes instrumentos tivessem como fim tão só estes objectivos. Todavia, analisando politicamente o conjunto destes instrumentos legais aprovados, opositores actuais ao governo de Paul Kagame¹⁸, (excepto a primeira) entendem que tais medidas tem funcionando como uma autêntica repressão política dos partidos opositores, ferindo assim a liberdade de expressão e demais direitos humanos conexos.

O artigo 16º da Constituição daquele país, é claro quando equipara todos cidadãos do país independentemente da sua cor, raça ou etnia, ao afirmar que: -*“tous les citoyens sont, en droit, égaux devant la loi, sans distinction de race, de clan, de couleur, de sexe ou de religion”*.

Pelo que, proibir a existência de organizações políticas baseadas na raça, etnia, tribo, clã, religião, sexo, ou qualquer outra divisão que possa dar lugar a discriminação é de todo aceitável nos termos dos mais nobres pilares de direito hodierno.

Por tudo isto:

¹⁷ Criado para que nas comunidades se abrisse um espaço ao diálogo e a responsabilização dos sujeitos a actos cruéis durante o genocídio. São-lhes apontados muitos erros judiciais; o que de alguma forma ao nosso ver, era de esperar.

¹⁸ Lembre-se: Que assumiu o cargo em 2000 por renúncia de Pasteur Bizimungu. Ganhando a posterior as eleições em 2003 e 2010.

Assiste-se igualmente a introdução de instrumentos legais que criminalizam discursos de intimidação e ou difamatório, de negação de genocídio, assim como a de ridicularização das vítimas.

Entendemos nós que em atenção a situação ocorrida e visando de alguma forma acautelar manifestações que ponham em risco a vida das pessoas, a questão se admite como hipótese, porém não se compreende na lógica do homem e na *ratio* do direito; se atendermos ao facto de que, elas atentam contra os princípios mais nobres do estado de direito, legitimando de certa forma subtil a falta de censura a actuação do governo e ou outras entidades afins; sob pena da lei, o que conduz a institucionalização e perpetuação do ponto de vista material a falta de alternância do poder e portanto a existência de regime de partido único, própria dos países africanos. Basta ver que o partido RPF faz governos desde 2000.¹⁹

Finalmente destacamos o método de intervenção feminina na vida social e política do Ruanda o que de certa forma tem contribuído para amenizar os corações atingidos pelos efeitos do genocídio, já que, atendendo a natureza própria da mulher enquanto fonte do amor, da compaixão e do respeito da vida, quiçá por ser a ultima anfitriã neste discutível processo de concepção; aproveitando elas as circunstancias que o genocídio os criou²⁰ souberam contribuir para o desenvolvimento político e económico do país, assim como para a reconciliação dos povos.

¹⁹ Há casos piores em África, mas no caso concreto do Ruanda e estando agendado para 2017 eleições presidenciais e parlamentares no país, Frank Habineza, presidente do Partido Verde Democrático de Ruanda (DGPR, na sigla em inglês), e um dos poucos representantes de uma oposição política interna pretende para estas eleições lançar um candidato, oferecendo à população uma alternativa a Paul Kagame.

²⁰ Se atendermos ao facto de que dois anos depois do genocídio, 70% da população adulta no Ruanda era composta por mulheres.

Para tal e dado o número que representavam na altura, tiveram de adoptar medidas e realizar tarefas que em condições normais não fariam; alias a propósito afirmou Heartland, Elizabeth Powley- Diretora-Executiva da Aliança Internacional que trabalha com a protecção e promoção de direitos de populações extremamente vulneráveis no mundo que: "*O genocídio [em Ruanda] forçou as mulheres a pensarem nelas mesmas de forma diferente e, em muitos casos, a desenvolver habilidades que elas não teriam adquirido em outra situação.*"²¹

2.4 Posição da Comunidade Internacional

Protágoras, filósofo sofista grego afirmara que: "*O Homem é a medida de todas as coisas*".

Com a frase em questão, se expressa a ideia do relativismo das coisas, do ser e do não ser, querendo com isto dizer que cada pessoa e ou instituição nem sempre compreendem um certo facto da mesma forma que a outra a compreende daí dizer que: "*O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são.*"

Outro filósofo e desta heraclito, procurando descrever o fluir incessante da realidade, e tendo como base a ideia de Protágoras afirmou que: "*O conhecimento pode ser alterado graças às circunstâncias mutáveis da percepção humana.*"

As ideias acima convergem com a verdade absoluta e as verdades de valor universal defendidas por Sócrates outro filósofo grego, este que muito se terá debatido com a retórica e o

²¹ Vide – <http://www.brasilpost.com.br>. 2015/11/11-mulheres parlamentares.

relativismo dos sofistas, alegando Socrates que a teoria e o metodo usado pelos sofistas visa o alcance de objectivos particulares.²²

Enquanto estudiosos e apreendedores das ideias ,podemos aqui concluir que, em termos gerais, os sofistas defendem que :

-O homem tem o poder de determinar o valor e ou o significado das coisas, criando a sua propria realidade.

-Como tal, um certo fenomeno poder-se-à enquadrar como admissivel aos olhos de uma certa pessoa, comunidade,tribo , país e ou instituicao, conforme seja a conveniencia ou inconveniencia da sua admissibilidade.

Reflectindo nós sobre o mundo contemporaneo, achamos que os sofistas ganharam a guerra com Socrates já que de facto , assim vai o mundo hoje , isto é, mergulhado num “mar” de relativismo bastante visivel e não obstante ser com um sofisma insusceptíveis de iludir quem quer que seja.²³

As conveniencias e inconveniencias politicas e economicas, indicam hoje os rumos de governos e obviamente a dose de discurso sofista que o sustente.

Assim foi com o caso Ruanda e tem sido um pouco por todo mundo nas diversas relações internacionais que os estados entre si firmam e desenvolvem.

No caso genocideo do Ruanda , dizemo-lo porquanto :

²² Veja-se por exemplo que os sofistas cobravam dinheiro aos seus alunos para ensinar técnicas de discurso, para que pudessem persuadir os seus ouvintes.

²³ Se atendermos ao facto de que aumenta o número de escolaridade entre os cidadãos no mundo, o que ligado a globalização, oferece ao cidadão comum uma compreensão dos fenómenos que o impede portanto de deixar-se convencer por qualquer argumento político. Hoje é preciso muito mais oratória para se poder ludibriar o governado, neste jogo politico de convencer com recurso a promessas e ou factos muitos deles inatingíveis assim como os que se adoptam por conveniências diversas e não por razão.

É bem conhecida hoje a ideia de defesa dos direitos do homem na sua plenitude, defesa esta que emerge dos acordos do fim da segunda guerra mundial.

O respeito pelos direitos de personalidade, tendo o seu epicentro o bem vida, é um patrimonio que a todo mundo, através dos estados e ou organizações mundiais, cabe salvaguardar .

Visando este desiderato de paz no mundo e concomitantemente a garantia da salvaguarda do homem, instituiu-se a ONU.

Sendo portanto o individuo na sua singularidade patrimonio universal e cuja garantia de existencia deve estar assegurado pelo ONU e a carta universal dos direitos do homem, os estados devem pugnar por uma constituição que emerja da mesma .

Portanto, os cidadãos independentemente da sua cor, etnia, raça, religião ou cor partidária, não são patrimonio dos estados ou governos antes sim um patrimonio universal .

O patrimonio deve ser sempre protegido pelo seu legitimo utente sem prejuizo de o usufrutuário o poder fazer em nome daquele- assim ensina a boa doutrina civilista.

Assim sendo, e no caso do genocidio do Ruanda houve a tutela esperada, conforme se estatui na carta universal dos direitos do homem e legislação conexas ?

Dizer que a ONU conhecedora dos conflitos que se passavam na região enviou em outubro de 1993 uma missão denominada UNAMIR- *Assistance Mission for Rwanda* visando a mesma minimizar a situação do conflito entre os povos Hutus e a minoria Tutsi e promover o cessar fogo e o alcance da paz por via da desmilitarização. Foi nestas deslocações negociais visando o cessar fogo e o alcance da paz , que Juvenal Habyarimana até então presidente do Ruanda e Cyprien Ntaryamira presidente do

Burundi, morrem em acidente de aviação quando o avião em que seguiam é atingido ao tentar aterrizar. Sabe-se que começa ali a onda de violência.

A nível da ONU há o registo de um embargo de armas ao Ruanda de 17 de Maio de 1994, por reconhecer a ONU que o problema do Ruanda constituía uma ameaça a a paz e a a segurança internacional. O que no entanto contrasta com a retirada no momento que mais se precisava do maior contingente da UNAMIR por sinal tropas belgas.

Já no enclodir do genocideo, o comandante militar da UNAMIR o canadense Roméo Dallaire requisitou mais efectivos militares em numero de cinco mil homens e um novo mandato para impor o cessar-fogo. Kofi Annan,²⁴ terá a propósito perseguido o *agreement* dos países membros da ONU a fim de conseguir tropas; o que infelizmente não ocorreu, pelo contrário, o CSNU²⁵ reduziu o contingente e restringiu a ajuda da ONU em termos humanitários na medida do possível; o que criou uma crítica dos países africanos e em particular as organizações não-governamentais.

Tendo portanto a ONU criado por omissão condições a que o massacre prosseguisse.

Quiçá por tomar consciência da sua inércia, a ONU durante as reuniões do CSNU, quando o assunto fosse Ruanda evitou que entre os estados membros o uso do termo genocídio não fosse empregue de maneira a evitar-se assim a subsunção dos factos que ali ocorriam, na convenção sobre a prevenção e punição do genocídio esta que já existe desde 1948.

²⁴ Ate então Secretario Geral da ONU

²⁵ Conselho de Segurança das Nações Unidas

Ainda no capítulo humanitário, dizer que excepto a França²⁶ que fez uma intervenção após autorização da ONU, os países ocidentais ignoraram por completo o que ocorria na altura.

Sem sombra de dúvidas que tal evidencia uma autêntica ausência de falta de vontade política da ONU em encarar o genocídio como tal e por força disto em conformidade a carta das Nações Unidas adoptar a medida que se impunha.

Mostrou-se diga-se insensível a triste sorte dos povos tutsi se atendermos ao facto de que o massacre aconteceu no Ruanda sob os olhares de uma comunidade internacional “estática”.

No ciclo de palestras levadas acabo pela Universidade Católica de Angola, em 2016 Paulo Pinto de Albuquerque-Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, afirmou aos 08 de Abril de 2016 na sala de conferências do Tribunal Supremo da Republica de Angola; que: “-*A comunidade internacional encarou com algum desinteresse a situação do Ruanda.*”-fim de citação.

De facto assim foi, porquanto em termos concretos não se regista nos anais da historia uma adopção de medidas de instituições regionais e ou de caracter internacional em prol daquele acto bárbaro que decorria a “*olhos do mundo*”.

Vale dizer que, em matéria dos direitos humanos, não obstante a conquista de cada vez mais direitos reconhecidos e que tutelam a dignidade da pessoa humana; não obstante as lições de Nuremberga, a carta das nações unidas em matéria dos direitos do homem, a convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio assim como a existência do Tribunal Penal Internacional; o mundo vai conhecendo com alguma tristeza por parte de povos e governos a crescente violação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais de defesa dos direitos humanos.

²⁶ Resolução 929 que legitima a intervenção da França em Ruanda e para fins estritamente humanitária.

Estados há que acoberto do princípio da soberania, procuram justificar actos manifestamente violadores dos direitos humanos a luz da carta das nações e outros tratados internacionais do qual em muitos casos são membros; esquecendo estes que a matéria respeitante aos direitos humanos não cabe no conceito de soberania dos povos e estados; sendo sim uma matéria de cariz patrimonial universal e que por tanto deve ser protegido não são dentro das fronteiras internas de um país, mais sim também fora destas fronteiras como acima referimos.

Assiste-se ainda nestes estados o espírito de *Vestfalia*, no qual a razão de estado, e o princípio da soberania se mostra absoluto, já que entendem estes estados que a justiça é uma questão que se define nos estritos marcos territoriais, próprio de ideias que vigoraram ate metade do séc. XX.

Sendo os direitos e liberdades fundamentais um património universal²⁷, a sua violação sendo crime (o que normalmente é) constituirá portanto uma matéria de fórum internacional. Incidindo ele sobre o direito absoluto²⁸.

Como se explica portanto a passividade da comunidade internacional a propósito do genocídio do Ruanda?

As coisas que existem têm sempre um porque, uma causa ou um motivo.

Os filósofos da antiguidade não se bastaram com o espanto, não se limitaram a apreciar a beleza da natureza foram atrás do porque, das causas.

²⁷ Vide art. 1º da Convenção de Protecção.

²⁸ Embora Arthur Kaufmann entenda que os direitos humanos não gozam do carácter absoluto porquanto são protegidos sempre apenas na sua relação com os direitos dos outros; ou seja, são direitos pessoais já que não se supera o relativismo na sua tutela, e nada que é do homem é absoluto-vide Amílcar Mesquita escrevendo em direitos de personalidade e sua tutela; numa coordenação de Manuel da Costa Andrade, pag 51.

As causas nem sempre estão a vista, elas por vezes resultam de uma investigação aturada e baseada na lógica científica das coisas.

Assim e na busca de uma resposta despida de todo e qualquer preconceito, nos cruzamos com duas hipóteses que apresentamos neste humilde trabalho, como causas a passividade; a saber:

a) A Situação Geográfica do País.

As relações humanas são infelizmente interesseiras. Como já referido e hoje esta cada vez nítida a situação; ali onde não há grande força económica haverá muito pouca necessidade de se gastar avultadas somas financeiras em material militar e bens alimentares em defesa de uma honra que assente tão só na dignidade dos povos, naqueles casos em que a própria guerra não represente uma ameaça a paz mundial ou regional e ou não atente contra grande investimento estrangeiro na região.

Portanto, em atenção a situação geográfica do Ruanda, podemos constatar que ele situa-se em uma região de fraca influencia nas relações comerciais mundiais; aliado a sua pobreza económica.

b) O Orgulho Americano.

É conhecido a valoração que o governo americano atribui aos cidadãos do seu país , conferindo-lhe a nível internacional um estatuto que o sobrepõe aos demais cidadãos do mundo.

Não se trata de algo assumido e ou rubricado em leis, sendo sim interpretações que um *bónus praeter familie* é obrigado a fazer ante as posições da grande injectora de recursos financeiros nas grandes instituições internacionais, que é os EUA.

Sendo portanto os EUA a grande injectora de recursos financeiros e meios nestas guerras, acabava de sair de uma intervenção militar estrangeira no caso na Somália, onde fruto do fraco estudo de viabilidade da guerra, chegou-se a concluir naquele

país como opinião geral; doravante só devia haver intervenção americana em caso de extremo interesse e não somente na busca da concretização dos direitos humanos, já que a vida de um soldado americano tem muito mais valor.

Por tudo isto, países membros da ONU desgastados já com a guerra da Somália, ante a falta de interesse dos americanos; limitaram-se igualmente a apreciar a distância o que se passava, fazendo “ouvidos de mercador” ao genocídio do Ruanda; para a triste sorte de suas vítimas; Ora:

Um dos objectivos das nações unidas é manter a paz e a segurança internacional; sendo que para tal desiderato, deve tomar medidas colectivas eficazes para prevenir e afastar ameaças a paz e reprimir actos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz.²⁹

Um pouco por todo mundo se verifica a violação dos direitos humanos, nas suas diversas formas instituindo-se o medo; este que se manifesta na forma de pensar e agir dos cidadãos.

Países como Argentina, Portugal, Bolívia Chile, Paraguai, Brasil, conheceram por sua vez ditaduras militares nas décadas de 1960 a 1970, no qual o poder político era exercido na altura por altos oficiais castrenses gerando um regime de terror.³⁰

A epopeia de Guilgamesh no seu confronto com Humbaba; ilustra de alguma forma as condições dos povos vítima de genocídio, pelo menos, no momento da concentração seguido dos extermínios se atendermos as palavras de Humbaba que uma vez atingido por Guilgamesh e diante da morte suplica-o nos seguintes termos: “-*Déjame vivir ,Guilgamesh: voy a vivir contigo como*

²⁹ Vide artº1º carta das nações unidas.

³⁰ Vide Ricardo D.Rabinovich-Berkman-Como se Hicieron Los Derechos Humanos. Vol.I, pag 70

*siervo. Todos los arboles que me mandes cortar para ti, los cortaré. Te traeré madera buena como para hacer un palácio*³¹.

Admitimos assim que os povos identificados e concentrados, pelo menos na sua singularidade era capaz de proferir palavras semelhantes as de Humbaba, para escapar do massacre.

É a condição de superfluidade, que o professor Marcelo Raffin define como : *“-quitar a los seres humanos toda espontaneidad o creatividad, despersonalizarlos, privarlos de su dignidad como personas para así transformarlos en cosas y volverlos intercambiables y totalmente prescindibles*³².

Sendo portanto crime o genocídio; um crime de cariz internacional como referido; a ONU por resolução n.º 96-I de 11 Dezembro de 1946; aprovou em 1948, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.

Neste dispositivo legal, mormente no seu artigo 2º define-se o que se deve entender por genocídio.³³

Fruto da adopção conjunta dos estados modernos em matéria de defesa e protecção dos direitos humanos, de tal sorte que situações do género não voltem a acontecer; o art.º 3º da resolução, mormente na sua alínea c) e d) punem a incitação e a cumplicidade do crime de genocídio; querendo com isto dizer que todo e qualquer estado e ou pessoa jurídica, singular ou colectiva que por

³¹ Vide Ricardo D.Rabinovich-Berkman-ob.cit. pág. 187

³² Marcelo Raffin in La Experiencia del Horror. Pag 187

³³ Entende-se por genocídio qualquer dos seguintes actos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:

a)Assassinato de membros do grupo

b)Dano grave a integridade física ou mental dos membros do grupo

c) Submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física, total ou parcial;

d) Medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo

e)Transferência forçada de menores do grupo para outro

uma questão de domínio e ou outros interesses económicos e ou políticos incentivar a pratica do genocídio, será a nível do direito internacional, penalizado.

A ideia base da ONU é diga-se procurar de alguma forma reprimir no seio da humanidade que o facto ocorra; todavia a experiencia nos mostra que a previsão normativa não é condição bastante para que se erradique a pratica de crimes.

Neste sentido, Jesus Hernandez debruçando sobre os possíveis aprendizados da humanidade no pôs guerra; descrevia o surgimento de situações do tipo como a falta de aprendizado.³⁴

Particular destaque e que remete o assunto para o direito interno, é a matéria referente a jurisdição constante no art.º 6º da convenção³⁵.

Sendo o genocídio em regra uma acção praticada por regimes autoritários que semeiam o terror e o medo entre as populações; evidente que terão em regra o controle do poder judicial, já que este apesar de instituído formalmente, trabalhara tendo sempre em conta os ditames do poder político, pelo que nestes casos, o recurso ao tribunal como órgão encarregue de realizar a justiça quer por via da aplicação directa da lei constitucional quer por via da aplicação indirecta; não produzira uma decisão tendente a provocar uma dissuasão aos demais membros da sociedade de modo a elevar acima dos demais direitos,

³⁴ Ao afirmar que : “-pero no podemos llamarnos a engaño.....pero este castigo colectivo,al parecer, no fuel o suficientemente ejemplarizante, porque la humanidad volveria a tropezar con la misma piedra tan solo una generación más tarde:”³⁴

³⁵ -As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros actos enumerados no art.º 3ºserao julgadas pelo tribunal internacional que tiver competência quanto as partes contratantes que tenham reconhecido a sua jurisdição. Formas de protecção dos direitos humanos consiste em as pessoas jurídicas afectadas poderem recorrer em tribunal, naqueles países onde existe uma clara autonomia do poder judicial ante ao poder político.

os direitos humanos; pelo que, o recurso a meios judiciais nos termos das convenções assumidas e rubricadas e ou demais instituições afins, se mostra eficiente para divulgação da violação dos direitos humanos, de modo a que o assunto a nível internacional seja tratado nas instituições internacionais competentes sempre que a nível interna se mostre irrealizável a justiça; tendo sempre como base a ideia de que os direitos humanos são património universal e que não deve ser cercado pela soberania³⁶ dos estados.³⁷

Pois só assim se preenche a teoria da justiça nos termos em que Aristóteles o concebeu dentro de uma sociedade.³⁸

O homem como membro da sociedade no estado, deve ter uma participação que respeite a sua dignidade como pessoa, isto por via de cooperação como demais membros da comunidade.

O poder do estado só se justifica quando visa obter e alcançar a paz social numa comunidade estruturada e organizada segundo princípios jurídicos-como os de igualdade e

³⁶ Questão da soberania.

Bodin (1529/30-1596/97) foi quem teorizou o conceito de soberania como um poder absoluto-summa potestas in cives ac súbditos legibusque soluta). Não o considera como um poder arbitrário já que a soberania está subordinado ao direito natural e o direito natural tem como fim intrínseco a justiça. Neste sentido, no seu exercício, a soberania teria de realizar a justiça. Segundo Amílcar Mesquita in Direitos de Personalidade e sua Tutela, de Manuel da Costa Andrade, pag 21.

³⁷ No caso concreto da região sudamericana existe a comissão interamericana de direitos humanos e a corte inter americana dos direitos humanos, que tem esta função

³⁸ Aristóteles ao elaborar a teoria da justiça, define a polis como uma comunidade humana politicamente organizada, sendo este o melhor espaço sociopolítico para a realização e prática das virtudes intelectuais e éticas, onde a justiça é o valor supremo de garantia da convivência humana em ordem a felicidade, que realiza mediante o direito positivo. Segundo Amílcar Mesquita in Direitos de Personalidade e sua Tutela, de Manuel da Costa Andrade., Pag. 11

proporcionalidade-estes que conduzem a realização do direito e garantia da paz jurídica; sendo esta a situação em que os homens convivem sem medo, como seres livres, estando somente vinculados ao direito segundo princípios de um estado de direito que não persegue outros objectivos legítimos que não sejam do bem comum, da justiça social.³⁹

O princípio da igualdade entre os homens, é um dos elementos essenciais da justiça

Aristóteles afirma que : “- *O bem supremo do homem é o alcance da felicidade*”. fim de citação.

Diz que universalmente todos os homens tendem a alcançar a felicidade, reiterando a prudência como conhecimento a priori do homem sobre as consequências dos seus actos; o que deve fazer e o que deve evitar.

Kant a respeito lavrou o categórico imperativo da conduta humana, no qual se apresenta de forma absoluta a ética de todo ser humano na sua relação social; ao postular que:

–“ *Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa sempre simultaneamente valer como princípio duma legislação universal.*”

E Platão a respeito da justiça diz : “- A justiça tem a função de assegurar a ordem e conservação do estado, isto é, a unidade e continuidade do estado.”⁴⁰

³⁹ Vide Amílcar Mesquita in Direitos de Personalidade e sua Tutela, de Manuel da Costa Andrade. pag 35.

⁴⁰ Segundo Copleston, F. in Sócrates e Platão. Pensamento de Platão, grandes pensadores, 1, publico-comunicação social, SA, Pag 115 PLATON –La Republica 5ªediz., espasa-calpe Argentina, PP 10-19 e 49-80 citados por Amílcar Mesquita , numa coordenação de Manuel da Costa Andrade in Direitos de Personalidade e sua Tutela .vol I-PAG.65

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade no seu todo deve sim preocupar-se com as constantes violações dos direitos humanos no mundo, as instituições de carácter universal, continental, regional nacional e ou locais, devem continuar a divulgar pelos meios possíveis de modo a adoptar-se medidas contra seus protagonistas, a violação dos direitos do homem; sendo uma obrigação que diz respeito a todo e qualquer cidadão diligente e normal; independentemente da sua cor política, religião cor ou tribo.

A propósito a professora Flávia Piovesan escrevendo em prólogo da obra “Como se Hicieron los Derechos Humanos” do professor Ricardo D.Rabinovich-Berkman equipara o combate a luta e denúncia da violação dos direitos humanos, como o exercício quotidiano que incumbe a cada um visando a salvação de nossas próprias almas.

Para tal a professora equiparara aquele exercício as palavras da poetisa Sophia Andrensen⁴¹.

Portanto é justamente assim que igualmente concluímos este modesto trabalho, augurando que tenhamos de alguma forma contribuído para elevar o nível de consciência dos direitos liberdades e garantias do homem como ser social e da necessidade da sua protecção por via dos instrumentos jurídicos internos e ou internacionais como forma a garantir a sua existência e concomitantemente a sua paz mundial.

⁴¹- A poesia é uma das raras actividades humanas, que, em tempos actuais, busca salvar certa espiritualidade. A poesia não é uma religião, mas não há poeta, seja ou não crente, que não escreva para a salvação de sua alma, como quer que ela se chame-amor, liberdade, dignidade ou beleza” In Como se Hicieron los Derechos Humanos vol I. 1ª edic . de Ricardo D. Rabinovich-Berkman, Pag. 20

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **O Direito de Assistência Humanitária**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

-BERKMAN, Ricardo D. Rabinovich. **Como se Hicieron los Derechos Humanos**. Ediciones Didot. Vol.I,1ª edic. Buenos Aires 2013.

-Hernandez, Jesus-**Todo lo que Debe Saber Sobre la Primera Guerra Mundial**. Editora Nowtilus 2ª edic Madrid 2010

-MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. v. 1.

-RAFFIN, Marcelo-**La Experiencia del Horror**. Editora Del Puerto. 1ª edic.Buenos Aires 2006.

-PINTO,Teresa Nogueira-**Um Genocídio de Proximidade-Justiça, Poder e Sobrevivência no Ruanda**. Editorial Caritas,1ª Edic.Lisboa 2014.

Legislação

-Constituição da Republica do Ruanda

-Carta das Nações Unidas

-Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.

Outra fontes

-Filme Hotel Ruanda

-Filme Aperte as Mãos do Diabo

Vide- <https://pt.m.wikipedia.org/genocideo>

HISTORIA DE LA CONSTITUCIÓN ANGOLEÑA

David Chingui Chissevo¹

1 INTRODUCCIÓN

La palabra “Historia” etnológicamente, *significa, la información obtenida mediante una búsqueda de los hechos ocurridos.*² Los hechos entendidos aquí como algo que ocurrió, o sea, acontecimiento perceptible por medio de los sentidos. Algo muy parecido con lo que en filosofía se denomina “fenómeno.” *Quedando de fuera lo no fenoménico. Este último pasa solamente jurídicamente irrelevante.*³ Más tratándose de una análisis objetivamente desde la Mirada histórica, nuestro entendimiento es que lo no fenoménico, o mayor, aquello que es irrelevante para el derecho, si no mismo en la ciencia jurídica, para la historia, es relevante.

La enciclopedia libre,⁴ lo define *como ciencia cuyo su objeto del estudio es el pasado de la humanidad y como el método, el propio de las ciencias sociales.*⁵

¹Graduado en Derecho en la Universidad Lusíada de Angola, Pólo de Benguela, Especialista en Docencia Universitaria en la UTN Y Mestrando, Escrito en la modalidad de los cursos validos para Doctorado en Derecho Civil, en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires, Docente de los Niveles Secundarios y Abogado.

² Ricardo J. G. Harvey, Manual de Historia Constitucional Argentina, Ediciones Moglla, Pág. 9-

³ Ricardo D. Rabinovich- Berkman, Derecho Civil, Parte General, Pág. 345.

⁴ [http](http://)

⁵ CARR, Edward H. (1985). Que es la Historia? Barcelona: Ariela. ISBN 84 – 344 – 1001 X.; TUNÓN DELARA Manuel (1985). Porqué la Historia –

Es aun usado el termo Historia haciéndole valer al “cambio.” *Independientemente de las acepciones propias de la historia como ciencia, en el lenguaje usual, es la narración de cualquier suceso, incluyendo su imaginario y de mentiras.*⁶

Es así, que la historia ha venido a significar casi exclusivamente “la narración y exposición de los hechos pasados,” de la humanidad, como por ejemplo la historia universal, de un determinado grupo social, como por ejemplo la historia de Roma, o de un determinado aspecto de la actividad del hombre, por ejemplo: historia del derecho.⁷ Así, con base a esta exposición primaria de nuestro trabajo, cuyo tema es la Historia de la Constitución Angoleña, comprenderá el estudio de los antecedentes constitucionales y políticos que antecedieron toda la organización del Estado en la sociedad Angoleña a través de su ley Constitucional y las reformas introducidas, até llegar la actual Constitución vigente en la República de Angola. Que mientras siendo un documento fundamental de la nación, no está isenta de recibir contribuciones oportunas, gracias la profundización de la ciencia política.

Es un estudio que al longo de la abordaje, tendrá mucho paralelismo con el derecho constitucional, que sin dudas ninguna es la área del saber para dar todos los pormenores técnicos y científicos relacionados con la constitución del un Estado, mucho específicamente en los países democráticos y del derecho en cual nuestro no es una excepción.

Barcelona: Aula abierta salvat. ISBN 84 – 345 – 7814 – X; El pasado es el país Extraño, fluido y mudable, Sometido siempre a los câmbios que impone el presente, sufre estraños convulsiones en tiempo de crisis general: nada de él queda incólume (Santos Julia, 2 de Febrero de 2014.

⁶ Real academia Española (23ª Edición). Madrid España.

⁷ Ricardo j. G. Harvey, pág. 9.

2 CONSTITUCIÓN

Así, a groso modo y tal como aconseja los historiadores cuando se efectúa una narración, podemos decir en lenguaje simples y corriente, que la constitución *es un documento político jurídico por excelencia de un estado, que en los regímenes democráticos es regido, aprobado y publicado por una asamblea constituyente electa por el pueblo.*⁸

En misma idea, lo agrega Rabinovich.⁹ “En su versión moderna la constitución, es entendida como el Código del Derecho Político. Se rige, en consecuencia, por las mismas ideas y principios de todos los códigos (lenguaje comprensible, orden sistemático, división en preceptos breves, completitud de la materia tratada).”

Antes de hablarnos de la Historia de la constitución Angoleña propiamente dicha, nuestro objeto del trabajo, colocamos en primero momento un contenido sobre Angola, como país, estado, una sociedad y cultura!

Podemos percibir después de ascender su independencia como país libre del régimen colonial portugués, en 11 de Noviembre de 1975, nació así, la República Popular de Angola. Dado por medio de un de los representantes del pueblo Angoleño, El Movimiento Popular del Liberación de Angola (MPLA), en detrimento de la Unión Nacional por la Independencia Total del Angola (UNITA) y la Frente Nacional por la Liberación del Angola (FNLA). Con una ideología comunista en la época.

En este contexto fue concebido el primero instrumento jurídico constitucional llamado “ley Constitucional” de la

⁸ Gisela Maria Bester, Derecho Constitucional, Edición Manole-2005, I- Vol., San Pablo, Brasil.

⁹ Ricardo D. Rabinovich-Berkman, Principios Generales del Derecho Latino Americano, Edición-Astrea-2013, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina.

República Popular del Angola, promulgada por el primero presidente de la Nación, António Agostinho Neto, que fue vista y aprobado por un órgano denominado Consejo de la Revolución. Un órgano que en los días de hoy se equipararía con la Asamblea Nacional como se le denomina en nuestro país, el Parlamento. Este órgano gozaba de una supremacía, seno mismo hacia el papel, o mejor, el función de la institución “Asamblea del Pueblo”, por lo cuanto en esta altura el país estaba en Guerra civil y el gobierno salido de la proclamación de la independencia, entendía que el territorio nacional no estaba completamente libertado, por causa de un de los tres movimientos de liberación nacional la UNITA concretamente (Unión Nacional para la Independencia Total de Angola), estar refugiado en las matas ejerciendo la presión a través de la Guerra contra el gobierno que acababa de proclamar la independencia. Es así, que el artículo 35, del dicha ley y su capítulo III, con la epígrafe Consejo de la Revolución lo exprime, tal como lo transcribimos *“mientras no se verifícar la total liberación del territorio nacional y no estiver rellenas las condiciones para la institución de la Asamblea de Pueblo, el órgano supremo del poder del Estado es el Consejo de la Revolución.”*

Todas las funciones legislativas de este gobierno eran atribuidas sin dudas al Consejo de la Revolución.

En relación al capítulo de los principios fundamentales, salientóse la independencia de la República Popular del Angola, con perspectivas de continuación de la lucha para liberación del pueblo Angoleño. Dando la mayor soberanía al MPLA, Partido que proclamó la independencia.

Relativamente al derecho y deberes fundamentales de los ciudadanos, esta ley no trajo casi lo esencial. Porque para allá del reconocimiento de la dignidad humana, la igualdad de los ciudadanos delante la ley, su participación en la defensa de la

integridad del territorio, nada más estaba contemplado en la misma. Mirase más deberes de los ciudadanos do que derechos a que tenían como sujetos.

Cuanto a los órganos del Estado.

Destacó el Presidente de la República Popular del Angola, también como del Partido que gobierna, siendo él mismo como Jefe del Estado, con las siguientes competencias en el ámbito de esta ley:

- Presidir el Consejo de la Revolución;
- Declaración de la Guerra y hacer la paz, bajo el consentimiento del Consejo de la Revolución;
- Dar pose al gobierno nominado por el Consejo de la Revolución;
- Dar pose los miembros del gobiernos, nominados por el Consejo de la Revolución, con la indicación del MPLA;
- Asignar, publicar y promulgar leyes del Consejo de la Revolución;
- Dirigir la Defensa Nacional;
- Indultar y Conmutación de las penas;
- Ejercicio de todas las funciones conferidas por el Consejo de la Revolución;
- Caso de la muerte del Presidente o cualquier impedimento el órgano para tratar la materia de su sustitución, es de la competencia del Consejo de la Revolución.

El gobierno

Este era constituido por un Primero Ministro, Ministros y Secretarios de Estados. Bajo la presidencia del Primero Ministro.

3 PODER JUDICIAL

La ley ya atribuía el ejercicio de la función jurisdiccional a los tribunales, viene como la independencia de los mismos, o sea, de los jueces.

Nada fue contemplado en la ley, sobre el Ministerio Público. O mejor, la Procuraduría, con una importante función del fiscalizador de la legalidad, mucho menos el ejercicio de la abogacía.

Cualquier alteración de las leyes y reglamentos vigentes so tenían lugar desde que no violase el espíritu revolucionario Angoleño.

Con este resumen y breves contenidos de este instrumento legal considerado ley fundamental de la Nación de la época, entró en vigor cero (o) horas del día 11 de Noviembre de 1975. Exactamente en este momento se dio la independencia del país.

Más su proclamación concreta fue hecha por el Comité Central del Movimiento Popular de Liberación del Angola (MPLA), al 10 de Noviembre de 1975. Ya un día antes de la proclamación de la independencia nacional.

Así, este documento de solamente 60 artículos en su totalidad, distribuidos de la siguiente manera: con una vigencia de 17 años. O sea, duró hasta 1992, cuando fue sustituida, mejor, revisada por la ley n° 23/92, de 16 de septiembre.

Antes de continuación adelante, entendemos ser necesario decir que ya en esta data, acontece una realidad diferente porque fue en este momento en que el país deja el régimen mono partidario y pasa para el pluripartidarismo. Ingresa la verdadera democracia. A sí, la Ley Constitucional anterior no se presentaba suficiente para conducir la transición, consecuencia de la nueva realidad. Razón que ha hecho con que hubiese imperativamente la revisión constitucional. Para el primero lugar viabilizar la realización de las

primeras elecciones generales y democráticas del país terminada la Guerra civil que asolaba la Nación:

Con el primero título sobre la epígrafe de Principios Fundamentales, formado por 16 artículos desde el primero hasta 16.

El Título II – Derechos y Deberes Fundamentales, desde el artículo 17, hasta 30. O sea, 14 artículos lo componen.

El Título III - Órganos del Estado, desde el artículo 31, hasta 52.

El Título IV – Símbolos de la República Popular del Angola, desde el artículo 55, hasta 56. O mejor, 4 artículos lo componen.

El Título V, bajo el epígrafe Disposiciones Finales y Transitorias, compuesto de 4 artículos. Desde el artículo 57 hasta 60.

Así, terminada la Guerra, como resultado de los acuerdos de la paz, realizados en Portugal, al 31 de Mayo de 1991, conocidos como acuerdos de “ Bicesse,” supervisionadas por las Naciones Unidas. El país dejó el régimen Mono partidario para el pluripartidario. La contienda de la Guerra estaba al realizarse entre los dos partidos históricos; el MPLA y UNITA.

La República de Angola, es un país localizado en la costa occidental del África, en sud del océano atlántico, con una extensión fronteriza de 6.487 Km, cabiendo para la frontera terrestre 4.837 Km y 1.650 Km de frontera marítima.

Limitado al norte y nordeste por la República de la Zambia, en el sud por la República de la Namibia y al Oeste por el océano atlántico. Con una población de 24, 3 millones del habitantes siendo el sexo femenino constituyendo la mayoría de esto, comportando 52% de la misma, resultado obtenido mientras de

forma preliminar del recenseamiento general de la población y habitación realizada en 2014.¹⁰

País miembro de la Comunidad para el Desarrollo del África Austral (SADC),¹¹ *un bloco al semejanza de la Mercosur, creado en 17 de Octubre de 1992, conjuntamente con la Sud África, Botsuana, República Democrática del Congo, Lesoto, Madagascar, Malawi, Mauricio, Mozambique, Namibia, Seychelles, Suazilandia, Tanzania, Zambia y Zimbabue.*

Colonia portuguesa, tiendo alcanzado una ocupación efectiva, resultado del régimen dictatorial instaurado por António de Oliveira Salazar en siglo XV, cuyo objetivo fue la consolidación del estado Portugués.

En los años 1950, comienza las articulaciones para la Resistencia contra la dominación colonial portuguesa, cuyo su impulso materializase gracias el proceso de descolonización que se había iniciado case en todo continente Africano, después del fine de la II Guerra mundial, en 1945.

Esta Resistencia con el propósito de tornar independiente el país tuvo su inicio en concreto en 1961, en un combate armado contra Portugal, con tres principales protagonistas, o sea, movimientos de liberación:

➤ El Movimiento Popular de Liberación del Angola (MPLA), liderado por António Agostinho Neto, con su principal base social en Ambundos, una tribu del entre varias del mosaico que constituye la población Angoleña, cabiendo para esta franja de la misma 25% de la totalidad de pueblo Angoleño, cuya el dialecto hablado por esta es Kimbundu y la población mezclada, bien como partes de la inteligencia blanca, cabiendo para este 2% de la población. El otro elemento en consideración como base de apoyo del MPLA, fue los

¹⁰ Jornal de Angola online. Consultado en 16 de Octubre de 2014.

¹¹ www.suapesquisa.com>blocoseconomicos.

lasos que tuve con los partidos comunistas en Portugal y los países pertenecientes al entonces pacto de Varsovia.

➤ El segundo fue el Frente Nacional de Liberación del Angola (FNLA), liderado por Orden Roberto, con las raíces étnicas se basaron entre los Bakongos, con un porcentaje de 13%, con el dialecto hablado por los mismos llamado Kikongo. Tuvo la base de apoyo en el gobierno de los Estados Unidos de América y algunos países Africanos. Especialmente el régimen de Mobutu Sese Seko, del entonces Zaire, hoy República Democrática de Congo.

➤ El Tercero Movimiento es la Unión Nacional por la Independencia Total del Angola (UNITA), liderada por su fundador Jonas Malheiro Savimbi, que tuvo una socialización entre los Ovimbundu, una tribu considerada mayoritaria entre otras, cabiendo para ella 37%, de la población. El dialecto hablado por ellos es umbundu, correspondiendo a la zona centro y sur del país. Su apoyo externo tuvo como base en China.

Pero también es importante decir que los tres movimientos, mientras enraizados en aquellas bases, consideradas radicales, en verdad, había núcleos diversificados en cada uno de los tres movimientos presentados.¹²

4 LEY CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE ANGOLA

Conocida como Ley n° 23/92, de 16 de Septiembre, que en verdad es el producto de la anterior Ley Constitucional de la República Popular de Angola, de 16 de Noviembre de 1975. Esta recibió un nuevo ropaje o mejor, revisada, para ser capaz de solucionar el problema de Nuevo paradigma que el país presentaba en función de los siguientes presupuestos:

¹² Publicaciones de John Marcum de Dalila Mateus y de Carlos Pacheco, viene como las asociaciones Tchiweka de Documentación.

-Terminada la Guerra civil, había la necesidad de implementarse el proceso de paz y la consecuente reconciliación entre los angoleños;

-Transición del sistema político monopartidario, para el Nuevo sistema pluripartidario;

-Necesidad de realización de las primeras elecciones en la historia del Angola, con el carácter libre Justas y democráticas.

Así, con esos presupuestos, se estaba creando las bases para el nacimiento de una República de Angola verdaderamente democrática y que el Código político anterior ya no se presentaba suficientemente en condiciones para regular el sistema político que el país estaba pronto para abrasar. De tal forma que los fundamentos pretendidos para la Nación caminar adelante encontraban su razón del ser en este instrumento legal cuya revisión apuntó esencialmente en la creación de las premisas constitucionales para la implementación de la democracia multipartidaria, la ampliación y reconocimiento y garantías de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, así como la consagración constitucional de los principios basilares de la economía del Mercado. *La propia ley consideró dicha revisión de parcial.*¹³ Por cuanto otras materias constitucionales consideradas de dignas y importantes la organización del Estado Democrático y de derecho cuanto las consideradas necesarias, objetos de esta revisión, quedaron de ser tratadas para la posterior revisión constitucional que podría acontecer en un momento ulterior. En este caso estamos hablando de la según revisión constitucional.

Con esta revisión constitucional se pretendía encontrar un instrumento legal capaz como decimos en nuestra nota introductoria, asegurar la implantación de la democracia

¹³ Ley Constitucional de la República de Angola, Pág. 1.

pluripartidaria y de la asignatura al 31 de mayo de 1991, de los acuerdos del paz para la República de Angola, la realización en septiembre de 1992 y por la primera vez en la historia del país, elecciones generales multipartidarias asientes en un sufragio universal directo y secreto para la escolla del presidente de la República y de los diputados del futuro parlamento.

Así, la presente ley constitucional en nuestro análisis introdució de una forma general las siguientes alteraciones principales:

- ❖ La alteración al designación del Estado para la República de Angola, del Órgano legislativo por la asamblea Nacional y retirar la designación “ popular” en la denominación de los tribunales;

- ❖ En el título II, sobre los derechos y deberes fundamentales, introduce algunos nuevos artículos visando el refuerzo del reconocimiento y garantías de los derechos y libertades fundamentales, con base en los principales tratados internacionales sobre los derechos humanos al que en esta altura Angola ya tuviera adherido;

- ❖ En el III, sobre los Órgano del Estado, introduciéronse alteraciones del fondo que obligaron la reformulación del toda la redacción. El sentido de la alteración y el de la clara definición de Angola como Estado democrático, cuyo su base asienta en un modelo de organización del Estado que se basa en la separación de funciones y interdependencia de los órganos del soberanía y en un sistema político semi presidencialista que reserve al presidente de la República un papel activo y actuante. Introducen se también por medio de esta la sustantivas alteraciones en la parte respectante al la administración de la justicia y definió los contornos esenciales del estatuto constitucional de los magistrados judiciales y del Ministerio Público;

- ❖ La materia que trata la fiscalización de la Constitución por un tribunal constitucional, así como el proceso, competencias y límites de la revisión constitucional, pasaran siendo específicamente tratados

en un título al parte de la misma ley, después del título dedicado la defensa nacional.

Con 166 artículos, el Nuevo instrumento legal “ ley Constitucional de la República de Angola,” priorizó luego en su primero título (Título I), los Derechos Fundamentales, de entre los cuales podemos destacar la laicización del estado con la iglesia, el respeto y protección por la propiedad privada, donde estaban incorporados 17 artículos.

Seguido con en II Titulo, donde tenemos como epígrafe Derecho y deberes Fundamentales, con una cantidad de 35 artículos.

Los órganos del Estado están contemplados en el Título III, con 96 artículos, con 7 Capítulos, donde, en el primero están los principios que lo conforman, en el II Capítulo, tenemos el Presidente de la República y su atribuciones, en el III Capitulo, viene expreso la Asamblea Nacional, en lo cual salienta las materias que el parlamento debe legislar de forma exclusiva y por otro lado de forma relativa. El Capítulo IV, contempla el Gobierno. En el Capítulo V, la Justicia. Con destaque para la organización de los tribunales y su jerarquía, la Magistratura judicial, la Procuraduría general de la República. Mas una vez notase aquí, el claro desprimor por la abogacía.

El Capítulo VI, destaca la Proveduría del Justicia viene como su papel. El siguiente Capítulo, el VIII, colocó como prioridad el poder local. Que en algunos casos se le denomina poder tradicional.

El Titulo IV, habla de Defensa Nacional. Lo siguiente título, el V, destacó la fiscalización de la inconstitucionalidad, atribución entregue al tribunal Constitucional, que prácticamente no existía. Siendo que tales funciones eran tratadas por lo Tribunal Supremo, que en tales caso hacia las vestes de constitucional.

El Título VI, hace la consagración de los símbolos de la República de Angola. Donde se destaca la Bandera, la Insignia y el hiño nacional. Por último el Título VII, contiene las Disposiciones Finales y Transitorias, en lo cual destaca la aplicabilidad de todas las leyes y regalamientos en cuanto no se revocar la presente ley constitucional.

Fue exactamente este documento que condujo el país en la según República tales como se tiene considerado en la sociedad Angoleña, la realización de las elecciones generales libres y multipartidarias. Más infelizmente las cosas no acontecieron tal como previsto. Es así que después de la realización de las elecciones, el partido que representó la oposición contestó los resultados, esto en 1992, alegando ter existido el fraude electoral. Esta contestación tuvo como consecuencia el desencadenamiento de una Guerra civil tremenda entre el partido MPLA, que tiña Ganado las elecciones y la UNITA, que perdió las mismas, que dilaceró el país durante casi 12 años. O sea, terminó concretamente en 2002, cuando definitivamente se alcanzó una paz ininterrupta, até a la presente data. Durante este periodo, las instituciones del Estado, tales como los Órganos de soberanía, tuvieron bajo los presupuestos legales consagrados en la Ley Constitucional Angoleña.

Terminada la Guerra, la preocupación fue sin dudas en primera mano la reposición y normalización del parlamento con la realización de las elecciones legislativas, para después continuar con la realización de las elecciones presidenciales, que finalmente acontecieron. Imposibilitándose solamente las ultimas que no tuvieron lugar. Con la victoria más una vez del MPLA, que de esta le ganó con mayoría absoluta. Pero partiendo de esta realidad, es importante recordar las elecciones presidenciales que en las primeras por lo tanto en 1992, tenían que ir la según vuelta, porque los dos candidatos más votados ninguno de estos consiguió las cifras

deseadas. *El candidato del MPLA, José Eduardo dos Santos, quedó al menos de 1% de la mayoría absoluta requerida para la primera vuelta y el candidato de la UNITA, Jonas Malheiro Savimbi, por poco mas de 40%*¹⁴. Y por consecuencia de la Guerra, porque los candidatos más votados eran José Eduardo dos Santos, el actual Presidente de la República por el MPLA y Jonas Malheiro Savimbi, candidato presidencial por la UNITA. Como decíamos este último murió en combate, fruto de la Guerra civil desencadenada después de las elecciones de 1992.

Fueran entonces estos dos condiciones, la contestación de los resultados por parte del según candidato y posteriormente su muerte en combate, que inviabilizaran la realización de la según vuelta presidencial.

Como decíamos en párrafo anterior hubiera elecciones legislativas en el cuadro de la ley constitucional vigente. Que se realizaran en 2008. Una vez realizadas y con la vitoria ya referenciada del MPLA, de forma absoluta. Este presupuesto permitió al Partido que ganó las elecciones, este caso el MPLA, no solamente formar Gobierno, como también revisar la Ley Constitucional vigente para dar lugar la tercera Constitución de la República de 5 de febrero de 2010.

5 CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE ANGOLA

Esta al contrario del anterior, es una ley aprobada por los representantes del pueblo Angoleño salido de las elecciones de septiembre de 2008.

Aunque se tenga aprobado en un clima que importa recordar, donde toda la oposición Angoleña no botó, pasando el documento en el plenario de la asamblea nacional, con los votos del

¹⁴ <https://pt.wikipedia.org/wiki/Elieções...>

partido que sustenta el gobierno que compone la bancada mayoritaria, este caso el MPLA. Y la oposición como decíamos, utilizó la política de la silla vacía.

Más en verdad son cuentas de otro Rosario como se dice en nuestra sociedad. Porque el documento en análisis, es la constitución de Angola y que todos deben la obediencia, mismo la oposición que no la botó también tiene observado su cumplimiento.

Fue en aquel ambiente que se concedió la Constitución que comporta 244 artículos, con el primero Título la destacar los Principios Fundamentales. Luego en el su artículo 1, con el cuerpo República de Angola, la actual Constitución destaca con mayor acuidad la dignidad de la persona humana entre otros presupuestos que ya se hacía presente en la ley Constitucional revocada.

Partiendo de este pormenor mirase claramente una evolución positiva por parte del legislador constituyente en el concerniente la defensa de los derechos humanos. Por cuanto los estudiosos de esta temática de los derechos humanos, entienden las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales como sinónimas. Admitiendo solamente el distanciamiento de las mismas, o sea, los últimos, en el su positivación serán exigidos en el ámbito estadual interno (constitución de la Republica) y los primeros exigible en el ámbito del derecho internacional, cuya principal fuente reside en las convenciones internacionales.

Con 21 artículos propuestos sobre la materia, se destacan el primado de la constitución y de la ley, el reconocimiento y la validez jurídica del costumbre, el reconocimiento de la adquisición de la nacionalidad quiera de forma originaria como también adquirida.

El según Título, reservado los derechos y Deberes Fundamentales de los ciudadanos. De este aun tenemos el artículo

29, que destaca el acceso al derecho y la tutela jurisdiccional efectiva, consustanciando en el acceso el derecho y los tribunales.

Otros avances verificase aun en esta orden de los derechos, libertades y garantías fundamentales, pautados es la igualdad entre hombres y mujeres, al respecto de los derechos y deberes en el ceo de la familia. Otra protección que merece nuestro destaque en este ámbito también, es la protección de los derechos de los chicos que aunque tengan ya amplia abordaje en el ámbito de muchas convecciones internacional, más la constitución de la Nación hice la cuestión para mantenerlas bien patente.

El tercero Título, habla de Organización Económica, Financiera e Fiscal, donde resalta la idea de preservarse el principio fundamental que regle las economías en los países democráticos y de derecho, que es la economía del Mercado. O sea, donde el Estado desempeña un papel regulador en las actividades económicas garantiéndose desde ya la iniciativa privada.

De igual forma también, en el sistema financiero, para este fin, existe u órgano que se chama Banco Nacional de Angola (BNA), EL Banco central con la función de emisor, asegurando la preservación del valor de la moneda nacional y su participación en la definición de las políticas monetarias, financieras y cambiales.

Es partiendo de este mecanismo que también asegurese el sistema fiscal. Donde con una pertinencia la constitución pone la orientación de creación, incidencia y tasas de normas fiscales con base en leyes, para la garantía de los contribuyentes.

El Título cuatro, refiérase la organización del poder de Estado. En esta materia, nuestra constitución considera tres órganos del Estado:

- El Presidente de la Republica;
- La Asamblea Nacional (el parlamento);
- Y los Tribunales (el poder judicial).

Todos los Órganos en epígrafe, su formación, composición, competencia y funcionamiento, son los definidos en la constitución. Existe la garantía por el respecto de separación e interdependencia de los órganos de soberanía establecida en la constitución.

El Presidente de la Republica, es el titular del poder ejecutivo, jefe de la nación (Presidente de la República) y comandante en jefe de las fuerzas armadas Angoleñas.

En estas funciones, el Presidente de la Republica, es coadyuvado por el Vice-Presidente, Ministros del estado y Ministros. Los dos últimos son auxiliados por los secretarios del estado y vice-Ministros, se existieren.

La elección del Presidente de la Republica y jefe del Ejecutivo, es elegido el cabeza de la lista (el primero nombre de la lista), por lo circule nacional, del partido o coligación del partidos políticos más votado en el cuadro de las elecciones generales, realizadas en el ámbito del artículo 143 y siguientes de la constitución de la Republica. Este último artículo y los siguientes, tratan la cuestión del sistema electoral y su funcionamiento.

Aun en este particular del órgano de soberanía Presidente de la Republica, es importante decir las competencias del Presidente como Jefe del Estado del acuerdo el artículo: 119, de la constitución:

- ✓ Convocar las elecciones generales y las elecciones autárquicas;
- ✓ Dirigir mensaje en el Parlamento;
- ✓ Promover junto del superior tribunal constitucional la fiscalización preventiva y sucesiva de la constitucionalidad del actos normativos y tratados internacionales, viene como omisiones inconstitucionales, en los termos de la constitución;
- ✓ Nominar y exonerar los Ministros del Estado, Ministros, los secretarios del Estado y los Vice- Ministros;

- ✓ Nominar los Jueces del Tribunal Constitucional y demás Jueces del referido Tribunal;
- ✓ Nominar el Juez Presidente del Tribunal Supremo, el Juez vice-Presidente y los demás Jueces del referido Tribunal, bajo la propuesta del consejo Superior de la Magistratura Judicial;
- ✓ Nominar el Juez Presidente del Tribunal de cuentas, el Juez vice-Presidente y los demás Jueces del referido Tribunal, en los termos de la constitución;
- ✓ Nominar el Juez presidente, el Juez vice-Presidente y los demás Jueces del Supremo Tribunal Militar;
- ✓ Nominar y exonerar el Procurador General de la Republica, sus vice-Procuradores Generales de la Republica y los Adjuntos del Procurador General de la Republica, viene como los Procuradores Militares junto del Supremo Tribunal Militar, bajo la propuesta del consejo Superior de la Magistratura del Ministerio Publico;
- ✓ Nominar y exonerar el gobernador y vice-gobernadores del Banco Nacional del Angola;
- ✓ Nominar y exonerar los gobernadores y vice-gobernadores Provinciales;
- ✓ Convocar referendos, en los termos de la constitución y de la ley;
- ✓ Declarar el estado del Guerra y hacer la paz, con la auscultación de la Asamblea Nacional;
- ✓ Conferir condecoraciones y títulos honoríficos, en los termos de la ley;
- ✓ Indultar y comutar penas;
- ✓ Declarar el estadio del sitio consultado la Asamblea Nacional;
- ✓ Promulgar y mandar publicar la constitución las leyes de revisión constitucional y las leyes de la Asamblea Nacional;
- ✓ Presidir el consejo de la Republica;

- ✓ Nominar los miembros de los consejos Superiores de las Magistraturas, en los términos previstos en la constitución;
- ✓ Designar los miembros del consejo de la República y del consejo de Seguridad;
- ✓ Ejercer las demás competencias establecidas por la constitución.

Paralelamente a estas competencias, existen otras en el ámbito del artículo 120, de la constitución, en cuanto Titular del Poder Ejecutivo, en las relaciones internacionales, como comandante en Jefe, y en el ámbito de la seguridad nacional, que no merecerán nuestra observación taxativa por razones de economía del tiempo, plasmadas en los artículos 121, 122 y 123 de la constitución.

La Asamblea Nacional es el Parlamento de la República de Angola. Un órgano unicameral, representativo de todos los Angoleños, que expresa su voluntad soberana del pueblo y ejercer el poder legislativo del Estado. Así, lo expresa el artículo 141, de la constitución. El parlamento Angoleño, es constituido por los 220 diputados, donde 130 diputados son elegidos al nivel nacional, considerándose el país, que para todos los efectos, es un círculo electoral nacional único;

Un número de cinco diputados, es elegido en cada provincia, constituyendo para todos los efectos un círculo electoral provincial.

En este preciso momento en que se hace ese estudio, la composición de la Asamblea Nacional es la siguiente:

175 diputados para el partido que sustenta el gobierno (MPLA);

32 diputados para el mayor partido de la oposición (UNITA);

8 diputados para la coligación de los partidos denominada CASA-CE (Conversión Amplia del Salvación del Angola – Coligación Electoral);

3 diputados para el partido PRS (partido del Renovación Social);

y por lo ultimo 2 diputados para el partido FNLA (Frente Nacional Liberación del Angola). *De acuerdo los resultados que salieran de las últimas elecciones realizadas del 31 del Agosto de 2012.*¹⁵

Las competencias de la Asamblea Nacional están plasmadas en los artículos 161, la competencia política y legislativa; la competencia del control y fiscalización en artículo 162; la competencia en relación al otros órganos en artículo 163.

Existen dos perspectivas de la legislación. Una que tiene haber con la reserva absoluta de la competencia legislativa y la reserva relativa de la competencia legislativa.

El poder Judicial, es atribuido a los tribunales, órganos de soberanía con la competencia para la administración de la justicia en nombre del pueblo.

Donde tenemos el Tribunal Constitucional, en cual compete administrar la justicia en material de la naturaleza jurídico-constitucional;

El Tribunal Supremo, la instancia judicial superior de la jurisdicción común;

El Tribunal de Cuentas, el órgano supremo de la fiscalización de la legalidad de las finanzas públicas y juzgamiento de las cuentas que la ley sujetar su jurisdicción;

El Tribunal Supremo Militar, órgano superior de la jerarquía de los Tribunales Militares.

¹⁵ www.parlamento.ao. Noticias.

A par de estos órganos, existe un Consejo Superior de la Magistratura Judicial, un órgano superior de la gestión y disciplina de la Magistratura judicial, cabiéndole las plasmadas en lo artículo 184, de la constitución.

Al contrario de la ley constitucional anterior, en este capítulo, los servicios de abogacía, fueran tenidas en cuenta. Por lo cuanto la presente constitución, considera los servicios de los abogados esenciales para la defensa de los derechos y garantías de los ciudadanos, en un Estado democrático y de derecho. *Actuando de forma autónoma, bajo la orientación de la Orden de los Abogados del Angola (O.A.A), cuya su estructura jerárquica superior tiene un Bastonario, equiparado en termos de tratamiento, igual al Procurador General de la Republica de Angola.*¹⁶

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RICARDO J. G. HARVEY, Manual de Historia Constitucional Argentina, Moglia Edicione-2005, Buenos Aires, Argentina.

RICARDO D. RABINOVICH-BERKMAN, Derecho Civil, Parte general, 2ª Edición-2013, Astrea, Buenos Aires, Argentina.

GIZELA MARIA BESTER, Derecho Constitucional, Edición Manole-2005, I-Volume, San Pablo, Brasil.

RICARDO D. RABINOVICH-BERKMAN, Principios Generales del Derecho Latino Americano, Edición-2013, 1ª Edición, Astrea, Buenos Aires, Argentina.

JORNAL DE ANGOLA online

www.suapesquisa.com>blocoseconomicos.

¹⁶ Artículo 22, del Estatuto de la Orden de los Abogados del Angola.

www.Parlamento.ao. Noticias.

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Eleições...](https://pt.wikipedia.org/wiki/Elei%C3%A7%C3%B5es...)

LEY CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA POPULAR DEL ANFOLA, del 11 de Noviembre de 1975.

LEY CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DEL ANGOLA, Ley nº 23/92, del 16 de Septiembre.

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ANGOLA (CRA), Imprenta Nacional, 1ª Edición-2010, Luanda, Angola.

NÉLIA DANIEL DIAS, Estatuto de la Orden de los Abogados del Angola y Legislación Conexa, Textos Editores-2011, Luanda, Angola.

RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO E ARGENTINO

Deborah Marques Pereira¹

1 INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade muito se tem discutido sobre a Responsabilidade Civil e suas funções. É diante deste contexto que o presente estudo visa analisar o instituto da Responsabilidade Civil Preventiva no contexto brasileiro e argentino. Ressalta-se que antes de discorrer sobre o instituto primeiramente foi necessário tecer considerações sobre o fenômeno da Constitucionalização do Direito, que resultou em mudanças de entendimento em institutos há muito tempo consolidados, dentre estes a Responsabilidade Civil que prima por uma aplicação mais atenta a questões transindividuais.

A dicotomia apregoada entre público e privado foi asseverada nas legislações do século XX e o liberalismo valorizou excessivamente o homem e os seus bens, contudo com o advento do Estado Social houve a crítica da disparidade material entre os indivíduos, passando o Estado a conduzir normativas que incentivassem o equilíbrio entre os homens e a valorização da sociedade (BARROSO, 2005).

¹ Bacharela em Direito, professora de Direito, mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade de Montes Claros (UNIMONTES), aluna do Programa de Doutorado Intensivo em Direito pela Universidad de Buenos Aires, sob a coordenação do Dr. Ricardo Rabinovich e Coordenadora do Observatório FG do Semiárido Nordestino.

Diante disto o Direito Civil teve que ser reformulado para não acometer os princípios e diretrizes constitucionais, sobretudo para preservar a dignidade da pessoa humana, justiça e a solidariedade nas relações privatistas. Dentre os institutos civilistas remodelados, a presente pesquisa enfoca a Responsabilidade Civil, partindo do pressuposto que ela é fruto do Estado social e que muda conforme as demandas e transformações da sociedade. Assim, a Responsabilidade Civil assume diversas funções com o passar dos tempos.

A Responsabilidade Civil Preventiva surge como necessidade de impedir a acontecimento do dano, ou seja, responsabiliza-se para que não ocorra o evento passível de reparação. Logo, há a mudança do foco exarcebado da vítima para o potencial causador do dano futuro e com isso, evita-se a violação dos direitos fundamentais. Contudo, ressalta-se que o instituto não pretende retirar de foco a possível e eventual vítima, mas, ao contrário, priorizar-se a sua tutela, viabilizada de forma a evitar que aqueles credores ou titulares dos direitos passem à condição de vítimas (VENTURI, 2012).

Muito embora o objeto de estudo seja a Responsabilidade Civil Preventiva, reconhece-se a importância da função reparatória do instituto, contudo, o que se propõe com a presente abordagem é demonstrar a necessidade de refuncionalizar o contorno de aplicação da responsabilidade civil para inibir a ocorrência danosa e, especialmente, para permitir a adoção de mecanismos preventivos.

2 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Antes de discorrer de discorrer sobre a Responsabilidade Civil Punitiva, sobretudo no contexto brasileiro e argentino, torna-se necessário relatar sobre o fenômeno da Constitucionalização do

Direito Civil que asseverou a discussão da dicotomia entre o Direito Público e Direito Privado. Primeiramente torna-se necessário relatar que no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil a dicotomia público/privado não deve ser compreendida na perspectiva antagonista que divide o universo jurídico em duas esferas reciprocamente exclusivas. Pelo contrário, conforme afirma Bobbio (2007, p. 15) a *“dicotomia público/privado revela-se no fato de que ela compreende, ou nela convergem, outras dicotomias tradicionais e recorrentes nas ciências sociais, que a completam e podem inclusive substituí-la”*. Assim, a relação dicotômica entre público e privado devem ser correspondentes entre si.

Numa perspectiva histórica, observou-se que durante a Revolução Francesa a proteção do Estado era centrada em proteger as liberdades individuais. Conforme Dávila (2011, p. 58):

Con la Revolución Francesa de 1789 nace el Estado con funciones de policía para proteger la libertad y la propiedad, amparado en el principio de igualdad formal ante la ley, que implica que todos, incluidos los gobernantes, deben ser obligados a acatarla. Al efecto, se dota al Estado de poder punitivo y se crean los tribunales de justicia que tendrán como fuentes al Código Civil y Penal para resolver todo conflicto proveniente entre particulares y proteger los contratos y la propiedad.

Desse modo, nota-se um constitucionalismo libertário, pois o Estado passa a ser o guardião do desenvolvimento da autonomia privada, da liberdade contratual e da propriedade, garantindo ainda segurança jurídica para o capital (DÁVILA, 2011).

A discussão entre público/privado acirrou com a propagação das legislações estrangeiras, principalmente no início do

século XX, influenciado pelo Código Francês de Napoleão. Tepedino (2009) afirma que neste momento da história o indivíduo era accito como o valor principal, recebendo os adjetivos de indivíduo-proprietário e indivíduo-contratante. Assim, o liberalismo marca a valorização excessiva do homem e o Código Napoleônico consagra a separação entre sociedade civil e o Estado e a garantia absoluta do direito de propriedade. Entretanto, ao longo do século XX, com o advento do Estado social a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos veio à baila e o Direito Civil começou a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade (BARROSO, 2005). Foi desse modo que o Estado passou a tutelar as relações entre os indivíduos e a estabelecer normativas com cunho de ordem pública. A tutela do Estado nas relações privadas tornou-se imprescindível até mesmo pela necessidade de primar pela garantia da liberdade concreta, conforme apregoou Bobbio (1997, p. 131):

A conquista de uma liberdade concreta por parte de um indivíduo ou de um grupo sempre resulte numa liberdade para outros: a liberdade em face da tortura implica a não-liberdade dos torturadores, assim como a liberdade em face da exploração implica a não-liberdade dos exploradores; 2) a conquista da liberdade é sempre uma condição necessária (se não suficiente) para a conquista da potência, e a potência de uns se afirma, e não pode deixar de se afirmar, em detrimento da liberdade dos outros.

Salienta-se que após a II Guerra Mundial houve a fase de reconstrução dos direitos humanos que contribuíram para a elevação do debate sobre dignidade humana, tão invocada no âmbito internacional. Barroso (2005) afirma que a discussão sobre

direitos humanos e dignidade humana contribui para consubstanciação da fase do dirigismo contratual que consolida publicização, despatrimonialização e uma repersonalização do Direito Civil.

Após o período histórico da II Guerra Mundial Barroso (2005, p. 3) afirma que:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

Diante do exposto, observa-se que a Constitucionalização veio à baila redefinindo e expandindo o âmbito privado. As Constituições exercem o papel de norma maior e a partir da década de 1980 começou-se a discutir a separação entre público e privado sendo superada pelos textos constitucionais. Na América Latina muitas constituições incorporaram à “*carta fundamental direitos da personalidade, direitos humanos, direitos do homem ou do cidadão, avançando no processo de dignificação da pessoa humana*” (ITURRASPE, 2002, p. 09). Assim, nos anos 1980 houve a consagração da imprescindibilidade da aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado.

A partir de 1990 a constitucionalização das normativas civis encontrou forte resistência entre os civilistas, ao argumento de que

a constitucionalização do Direito Civil representaria a diminuição do papel da dogmática própria do direito privado no âmbito da Teoria Geral (TEPEDINO, 2007). Este pensamento dos anos 1990 corrobora com o momento econômico pautado no neoliberalismo e neindividualismo, de acordo com Iturraspe (2002) a década de 1990, foi marcada pela ausência de solidariedade, comunidade, sociedade, década caracterizada pelo “*salve se quem puder*”, um “*se para mim está bem, pronto, já é suficiente; não me importam os demais; que cada um cuide de si, individualmente*”. Deste modo, determinações que restringissem a autonomia da vontade, família, empresa e a propriedade deveriam ser reprimidas.

Depreende-se que a trajetória de constitucionalização do direito privado não ocorreu de forma linear e pacífica, gerando convergências e divergências entre doutrinadores, tribunais e cortes. Sobre esse processo destaca-se o entendimento de Alegre (2012, p. 01) ao expôr que “*la constitucionalización del derecho privado implica echar por tierra con la tradicional pretensión de aislar al derecho privado del alcance de los principios constitucionales, sobre todo en lo atinente a estándares de justicia distributiva*”. A exposição do professor Alegre (2012) demonstra a necessidade contemporânea de adequação das normativas privativas às determinações constitucionais, sobretudo na esfera principiológicas.

Assim, Talciani (2014, p. 03) afirma que “*la dogmática del derecho privado sufre entonces una inflexión al reconocer como nuevo ‘dogma’ el texto del Código Civil, que pasa a ser considerado el elemento constituyente de toda la sociedad en lo referido a familia, sucesiones, contratos, daños y propiedad*”. Há então uma nova forma de interpretação do direito privado.

La ciencia del derecho privado está en este momento en un proceso de cambios. Intenta mantener los ideales de igualdad,

impersonalidad de las normas, coherencia y sistematización (propias de la codificación), pero integrándolos en una comprensión más profunda y real del proceso de creación e interpretación jurídica y una consideración relevante de fines y principios morales como la dignidad de la persona, la justicia contractual y los valores de la solidaridad social que parecen insoslayables para fundamentar y dar legitimidad al sistema (TALCIANE, 2014, p. 06).

A mudança de exegese das normativas privadas à luz da constituição é profunda, sistemática e faz parte da transformação do contexto social que requer a incorporação dos princípios da dignidade, justiça e solidariedade nas relações privatistas. No Brasil, a Constituição da República Federativa, que foi promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe uma visão moderna e progressista, principalmente em relação à incorporação dos direitos civis. Tepedino (2007, p. 309) relata que o fenômeno da constitucionalização, consagrado na carta brasileira de 1988, trouxe uma nova proposta interpretativa, sem contudo *“subtrair o espaço de incidência do direito privado, visando, ao revés, a alterá-lo qualitativamente, potencializando-o e redimensionando-o, mediante a funcionalização de seus institutos e categorias à realização dos valores constitucionais”*.

Apregoando a construção unitária do ordenamento jurídico à uma nova roupagem legislativa civilista brasileira, foi promulgado 10 de janeiro de 2002 o novo Código Civil, que trouxe às esferas principiológicas e interpretativas do texto Constitucional. Iturraspe (2002) assevera que o Código Civil brasileiro de 2002, “longe de navegar pelas águas desses anos, opõe-se firmemente à sua tendência; é como uma forte reação à economia de mercado, ao retrocesso do Estado, à volta do ‘laissez-faire, laissez-passer’”. Assim, os institutos da propriedade, empresa, família e relações

contratuais ganham roupagem funcionalizadora de acordo com valores constitucionais, em especial a atenção à dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica (TEPEDINO, 2009).

Diante do Código Civil brasileiro de 2002 vê-se concretizar o processo de recodificação brasileira incorporando os princípios e cláusulas gerais constitucionais. Assim, também ocorreu na Argentina, que refletindo a aderência constitucional, promulgou seu atual Código Civil e Comercial pautado nos ditames da Constituição da Nação reformada em 1994. Deste modo, o decreto presidencial 191/2011 instituiu a Comissão para a Elaboração do projeto de reforma, atualização e unificação dos Códigos Civil e Comercial da Nação, trazendo características inerentes à constitucionalização do direito. Conforme expõe CHAUMET (2005, p. 38) *“El ‘nuevo código’ asume estas características de constitucionalización del derecho y de una normatividad con una creciente presencia de reglas indeterminadas, principios y directrices”*.

Assim, o anteprojeto do Código Civil e Comercial da Nação presidido pelo doutor Ricardo Lorenzetti da nação primou pela constitucionalização do direito privado. Lorenzetti (2012) afirma que o anteprojeto leva em conta os tratados em geral, os direitos humanos e os direitos reconhecidos em todo o sistema constitucional. O autor ainda explica o caráter inovador do projeto ao relatar:

En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la

protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado (LORENZETTI, 2012, s.p)

Portanto, a constitucionalização do direito privado é consequência de um sistema jurídico que se modifica de acordo com as normas de caráter público em distintas e relevantes esferas do direito. Ressalta-se que a intervenção do direito público o âmbito privado não significa agigantamento do direito público em detrimento do direito civil, pelo contrário, o fenômeno da constitucionalização possibilita o revigoreamento dos institutos que compõem o direito privado, potencializando-os e tornando-os compatíveis com as demandas sociais e econômicas contemporâneas (TEPEDINO, 2009).

Neste condão, afirma-se que a constitucionalização do direito privado deve ser compreendida como forma de inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis. E como tal, faz parte da composição do processo de transformação social.

3 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil perpassa pelo fenômeno da constitucionalização do direito privado, reconhecendo que o direito acompanha a evolução social. Com propriedade Gagliano e Pamplona Filho (2003, p.42) declaram que:

[...] se deve destruir é a ideia de que o dano, para o Direito Civil, toca, apenas, a interesses individuais. O Direito Civil não deve ser produto do cego individualismo humano. Diz-se, ademais, nessa linha equivocada de raciocínio, que somente o dano decorrente de um ilícito penal teria repercussões sociais. Nada mais falso. Toda forma de dano, mesmo derivado de um ilícito civil e dirigido a um só homem, interessa à coletividade. Até porque vivemos em sociedade, e a violação do patrimônio — moral ou patrimonial — do meu semelhante repercute, também, na minha esfera pessoal.

Nesta perspectiva, a Responsabilidade Civil repercute sobre toda sociedade, deixando de lado o antigo pensar individualista do direito privado. Logo, quando se está diante de um ilícito civil deve-se analisar à luz dos princípios e cláusulas gerais constitucionais. Tepedino (2009) reforça que os desafios relativos à responsabilidade civil devem ser observados diante da realidade social emergente e sobre os ditames da funcionalização das relações patrimoniais aos valores constitucionais.

Compreendendo o instituto da Responsabilidade Civil como inerente à sociedade moderna, Gonçalves (2012, p. 19) conceitua Responsabilidade Civil como:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia

de restauração de equilíbrio, de
contraprestação, de reparação de dano.

As ações que visam compensar, equilibrar ou harmonizar constituem as diretrizes da responsabilidade civil, que primam pelo ideário de reparação do dano moral ou patrimonial provocado, garantindo a ordem social. Este ideário dinâmico, deve adaptar-se e transforma-se na mesma proporcionalidade em que envolve a civilização, considerando em cada tempo as condicionantes sociais vigentes.

Neste diapasão, a Responsabilidade Civil está correlata ao dever jurídico sucessivo que deve recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico (CAVALIERE, 2012). Assim, se torna responsável por ressarcir a vítima, aquele que por ação ou omissão viola um preceito jurídico originário e provoca danos a outrem. Salienta-se ainda que o ressarcimento das vítimas não é simplesmente uma regra da responsabilidade civil, mas sim um verdadeiro princípio constitucional.

A constitucionalização do direito privado contribui de forma primorosa para a revigoração da Responsabilidade Civil. Ao tratar sobre os novos paradigmas da responsabilidade civil, Schreiber (2009) assevera que o fenômeno da constitucionalização na responsabilidade civil possibilitou a formulação de um moderno universo de interesses merecedores de tutela. Com brilhantismo Tepedino (2007, p. 08) declara que:

À luz do princípio fundamental da dignidade humana têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade

econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil.

O autor expõe a mudança densa do instituto civilista da responsabilidade, sobretudo no que concerne ao princípio fundamental da dignidade humana, assim os preceitos civilistas devem atentar não somente para a esfera privatista, mas também para os preceitos coletivos.

Diante disso, a responsabilidade civil deve ser compreendida à luz da evolução social e dos preceitos jurídicos constitucionais e infraconstitucionais, uma vez que é instituto dinâmico que tem se aperfeiçoado ao longo do tempo.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE

O instituto da Responsabilidade Civil foi moldado com a evolução social e conseqüentemente pelo Direito. Ao discorrer sobre os novos marcos da Responsabilidade Civil Cordobera (2009) afirma que noção de Responsabilidade Civil é única e ressalta que os elementos comuns da responsabilidade que pode partir do não cumprimento da obrigação ou da violação de preceitos jurídicos. Assim, observa-se que a ordem máxima da Responsabilidade Civil reside no preceito Romano de Ulpiano *neminem laedere*, ou seja, as condutas positivas (obrigação de fazer e não fazer) ou negativas (de não fazer ou tolerar algo) devem ser pautadas no dever geral de não causar prejuízo a ninguém (ACQUAVIVA, 2004).

Cordobera (2009, p. 36) ainda relata que a evolução da sociedade contribuiu para a “socialização do direito” e esse fenômeno é vislumbrado na Responsabilidade Civil, nas palavras da

autora “[...] si observamos la evolución de la sociedad notaremos que los estudiosos del derecho se han ido ocupando de un fenómeno que se ha denominado la “socialización del derecho”, que caracteriza a los estudios modernos y los distingue de la manera clásica de abordar el tema”. Na contemporaneidade percebe-se a valorização da vítima, esta visão advém da perspectiva solidarista do Estado Social, que apresenta a necessidade de cumprimento de princípios de eticidade e socialidade.

Como percepção contemporânea vislumbra-se mudanças gradativas “ou do incremento dos fundamentos da responsabilidade civil, tanto em dimensão analítica como funcional, parece deixar bem claro que se trata de processo natural e necessário para compatibilizar o Direito com a realidade social no tempo e no espaço” (VENTURI, 2012, p. 36). Desse modo, é notável que a Responsabilidade Civil se molda para atender as ações sociais.

Noronha (2007) apregoa que em decorrência das modificações ocorridas no âmbito social mundial, sobretudo com a revolução industrial a responsabilidade civil assumiu um “triplo fenômeno” de desenvolvimento: a) objetivação da responsabilidade - em rompimento, ainda que parcial, do paradigma da responsabilidade fundada na culpa); b) a coletivização da responsabilidade - em ruptura, ao menos parcial, do paradigma da responsabilidade individual; e c) a expansão dos danos suscetíveis de reparação – através da tutela responsabilizatória de bens que anteriormente não eram protegidos civilmente.

Salienta-se ainda que a socialização da Responsabilidade Civil e a valorização da vítima foi “fruto de um Estado social no qual uma concepção solidarista assume destaque, urgindo o cumprimento dos princípios de eticidade e sociabilidade” (PEDRO, 2011, p. 65-66).

Logo, a Responsabilidade Civil se traduz como o dever de indenizar o dano, que surge sempre quando alguém deixa de

cumprir um dever contratual estabelecido, ou quando deixa de observar o sistema normativo. O dever de indenizar pode ser de forma objetiva (conduta lesiva, nexó e evento danoso) ou de forma subjetiva (conduta lesiva, culpa, nexó e evento danoso). Significa dizer que a responsabilidade objetiva como norma geral se caracteriza quando por ato ilícito, o agente causar dano a outrem, restando a obrigação reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2014). Já a responsabilidade subjetiva, como preceito especial, requer voluntariedade do comportamento do agente, previsibilidade e violação de um dever de cuidado.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA

A responsabilização civilista possui diversos papéis que visam equilibrar, reparar e restabelecer a vítima da ação danosa. Venturi (2012, p. 37) expõe que tradicionalmente a Responsabilidade Civil encontrava “*a sua máxima síntese na ideia de reequilíbrio das relações sociais, a partir da violação dos direitos e da geração de danos. Assim sendo, é essencialmente pela função da reparação de danos que a noção de justiça como equilíbrio é estabelecida*”. Pode-se vislumbrar que a responsabilização era pautada no binômio dano-reparação, pensada a partir de uma visão patrimonialista na qual o dinheiro é a forma principal de mensurar a reparação e a prestação.

Marinoni (2011) citando Adolfo di Majo (1993, p. 144) ressalta que:

[...] universalização da tutela pelo equivalente e da indenização em dinheiro reflete um ordenamento jurídico neutro em relação aos direitos e à realidade social. A

tutela específica, por supor uma consideração articulada e diferenciada dos interesses e das necessidades pelos quais se pede a tutela, não se conciliava com os princípios da abstração dos sujeitos e da equivalência dos valores, próprios do direito liberal.

Diante do exposto nota-se o viés patrimonialista exacerbado no instituto da Responsabilidade, entretanto com o passar dos tempos o ressarcimento feito através da pecúnia foi sendo refuncionalizado. Marinoni (2011) destaca que a reparação não passou a ser vista não somente como uma obrigação de pagar soma em dinheiro, “porque se tal maneira de ver o dano era natural ao direito liberal, ela é completamente imprópria às novas situações de direito substancial”. A forma de equilibrar, reparar ou compensar o dano sofrido foi sendo aprimorado com a evolução da sociedade e em decorrência do amparo jurídico foram fortalecidos vários contornos passíveis de responsabilização como: direito ambiental; tutelas dos direitos consumeiristas; proteção à saúde; entre outros.

No decorrer dos anos foram atribuídas à responsabilidade civil várias funções, Püschel (2005) afirma que as funções distintas deste instituto encontram-se correlacionadas entre si e podem ser expressas através da: punição do culpado; vingança da vítima; indenização à vítima; restabelecimento da ordem social; e prevenção de comportamentos antissociais.

Contudo, com a evolução social, principalmente a partir do século XIX – com a ocorrência do processo de industrialização e de exacerbado danos acidentais, reparações coletivas e fortalecimento dos seguros – a responsabilidade civil passou por profundas transformações em relação às suas funções e no contexto contemporâneo pode-se vislumbrar três funções: a) indenização da vítima – ressarcimento do dano causado; b) distribuição dos danos

entre os membros da sociedade – distribuição do dever de indenizar entre os membros de uma coletividade, diminuindo o ônus individual.; e c) prevenção de comportamentos antissociais – eliminação de certas atividades perigosas como consequência da imposição de responsabilidade em uma economia de mercado (PÜSCHEL, 2005).

Diante da evolução das funções da Responsabilidade Civil, admite-se a relevância da Responsabilidade Civil em caráter preventivo. Apesar da tendência latente de ressarcimento das vítimas através do binômio dano-reparação, nota-se a necessidade de se pensar medidas que voltem o olhar para o causador do dano para que ele não faça vítimas sujeitas à reparação, ou seja, deve-se adotar condutas para que a pessoa não chegue à condição de vítima.

Nesta perspectiva a Responsabilidade Civil deve buscar mecanismos para agir antes do evento danoso, tendo como desígnio a inviolabilidade dos direitos e a prevenção de danos. Logo, é preciso desestimular o cometimento de novos ilícitos.

O Novo Código Civil y Comercial de la Nación, nos artigos 1710 e 1711, expõe sobre o dever de prevenção do dano e as ações preventivas:

ARTÍCULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c. no agravar el

daño, si ya se produjo. ARTÍCULO 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución (ARGENTINA, 2014, p.300).

Pelo exposto, observa-se que o diploma argentino é inovador e contemporâneo, pois prevê a não provocação de danos injustificáveis; a análise da boa-fé para evitar os danos e seus efeitos; e não potencializar os danos já causados. Outra inovação trazida pela carta civilista argentina refere-se à definição da ação preventiva ao expor no art. 1711 que a ação preventiva ocorre quando por ação ou omissão antijurídica é previsível na produção do evento danoso.

Cordobera (2010, p. 21) ao tecer reflexões sobre a Responsabilidade Civil e o Direito de Danos ressalta que a tutela preventiva também tem respaldo Constitucional e afirmando “*em el art 43 de la C.N. que habilita a interponer el Amparo Colectivo contra los actos de particulares o autoridades que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías reconocidos en la Constitución*”.

Dias (2006, p. 103-104) declara que a prevenção possui caráter intimidativo visando:

[...] evitar o dano, dá à responsabilidade civil o aspecto de meio relacionado ao futuro; enquanto a restituição lhe atribui um meio ligado ao passado, porque trata de restaurar. Ora, entre esses dois termos fica, como contemplação presente da responsabilidade civil, a manutenção do equilíbrio social, que se afere de acordo com a ordem jurídico-política vigente. Parece-nos preferível

colocar, como fundamento primário da responsabilidade civil, o interesse da manutenção do equilíbrio social estabelecido, porque contém os dois elementos.

A tutela preventiva contribui de sobremaneira para a justiça social, porém compreender a Responsabilidade Civil Preventiva depende prioritariamente, *“dos juristas para aceitar a revisar conceitos e premissas que, por estarem muitas vezes enraizadas tão profundamente, acabam se perpetuando”* (VENTURI, 2012, p. 152). Assim, é preciso reformular os conceitos pré-estabelecidos no instituto da Responsabilidade Civil, fazendo com que a iminência de uma atuação humana lesiva seja passível de responsabilização.

Pereira (1999, p. 362) afirma que *“a evolução da responsabilidade civil gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante dos códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça”*. O autor reforça a necessidade de redefinir o sistema de Responsabilidade Civil para que se tenha, cada vez mais, um número menor de vítimas a serem ressarcidas.

Ao explicar a necessidade da Responsabilidade Civil Preventiva Hironaka (2007, p. 02) assevera:

Este caráter de prevenção da ocorrência de danos busca seu espaço no sistema de responsabilidade civil, em paralelo ao espaço sempre ocupado pela reparação dos danos já ocorridos. Há um novo sistema a ser construído, ou, pelo menos, há um sistema já existente que reclama transformação, pois as soluções teóricas e jurisprudenciais até aqui desenvolvidas, e ao longo de toda a história da humanidade, encontram-se em

crise, exigindo revisão em prol da manutenção do justo.

Não basta somente a interpretação judicial ou soluções teóricas é preciso cortar as amarras com o tradicional sistema reparatório e focar em um mecanismo para evitar a ocorrência do dano. O Código Civil brasileiro de 2002, apresenta evolução em relação ao de 1916, principalmente ao positivizar valores éticos, tais como a probidade, a boa-fé, equidade e solidariedade. Isto ratifica o novo perfil normativo e confere ao magistrado a responsabilidade na composição pecuniária da indenização, tornando-a equânime e, por isso, mais justa (HIRONAKA, 2007).

Assim, a função de prevenção pode trazer maior ajustamento social à Responsabilidade Civil. Adotar esta função é buscar o aperfeiçoamento do instituto da Responsabilidade. Entretanto, de modo óbvio o que se pretende não é acabar com todo o risco efetivo de dano, pois isto seria intangível e inimaginável. A pretensão é diminuir a incidência de dano a partir da responsabilização prévia, desde que ela tenha razão de ser e faça valer o dever jurídico de proteção.

A partir do momento em que a impossibilidade de evitar o dano é aceita, a disciplina jurídica da responsabilidade civil deveria visar a redução do custo social que ele representa, seja por meio da adoção de medidas de prevenção, ou seja porque alguém responderá por ele, por força de uma responsabilidade pressuposta, fundada num critério-padrão de imputação (HIRONAKA, 2007, p. 22).

Ressalta-se que o campo de incidência da Responsabilidade Civil Preventiva independe do regime negocial ou extranegocial, pois em ambos campos é possível adotar a prevenção, objetivando

conceder adequada proteção tanto ao adimplemento das obrigações como à concretização dos direitos (VENTURI, 2012).

Tem-se então o fundamento da tutela inibitória cuja atuação à sanção pecuniária compulsória contribui para *“incentivar, pela pressão que exerce sobre o autor da ofensa ou da ameaça, o que atesta bem a importância, no direito moderno, esta técnica compulsória na defesa da pessoa humana”* (SILVA, 1995, apud VENTURI, 2012, p. 216). Alguns institutos brasileiros e argentinos trazem em seu seio as tutelas inibitórias, mesmo que de forma implícita, como as Constituições; as leis que resguardam os consumidores; as normativas que protegem o meio ambiente; os diplomas processuais; entre outros.

Observa-se também que a tutela inibitória tem sido discutida de forma ampla no âmbito jurisprudencial, empregando nas pretensões de tutela de direitos individuais e transindividuais, quando demonstrados a plausibilidade da tese invocada, perigo de ocorrência, reiteração ou continuidade da ilicitude, tanto na seara do direito material quanto na esfera processual (MARINONI, 2011). Assim, os meios inibitórios materiais e processuais possibilitam o aprimoramento da Responsabilidade Civil Preventiva.

No que interessa ao aprimoramento do sistema de responsabilidade civil, a racionalidade de eficiência econômica consegue demonstrar de que forma é possível ao Direito reger as relações sociais por meio da implementação de incentivos e desincentivos não apenas para oportunizar os melhores métodos de indenização mas, também, para a prevenção dos danos, na medida em que o benefício social representado pela aplicação das regras de responsabilidade civil não é o de compensar

a vítima, mas sim, o de evitar ou dissuadir condutas que possam causar acidentes (VENTURI, 2012, p. 299-300).

Pelo exposto, observa-se a necessidade de refuncionalizar a Responsabilidade Civil para atender aos anseios sociais que requerem além da repressão a tutela preventiva nas esferas individual e transindividual.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento do Estado Social o Direito Civil passou a sopesar as tutelas individualistas em prol da coletividade e o fenômeno da Constitucionalização trouxe novas perspectivas principiológicas e conceituais para os institutos civilistas.

A responsabilidade civil possui um contexto complexo e mutante em função do desenvolvimento da convivência humana. Diante disto, Responsabilidade Civil foi sendo reformulada, tanto no seu foco indenizatório e compensatório, quando no caráter de discutir mecanismos para prevenir a incidência do dano.

Apesar da vítima e do evento danoso firmar o plano central da Responsabilidade civil ao longo dos anos, no contexto atual constitucionalizado o Direito Civil assume a responsabilidade de resguardar a inviolabilidade dos direitos fundamentais individuais e transindividuais. Para tanto, cabe ao Direito Civil estudar formas para que se diminua o número de vítimas e, conseqüentemente, não ocorra o evento danoso.

Salienta-se que a função reparatória da Responsabilidade Civil é de grande importância, porém a presente pesquisa se posiciona na necessidade deste instituto ser reformulado para atender as atuais demandas sociais, adotando uma função

preventiva, respaldada na proteção de direitos e evitando a ocorrência de danos individuais e sociais.

Em suma, conclui-se o presente ensaio afirmando que a Responsabilidade Civil Preventiva pode ser vista como uma remodelação do instituto reparatório para atender as demandas da sociedade atual. Admite-se ainda que o Direito deve não só tutelar a responsabilização após a ocorrência do evento danoso, mas necessita adotar ações para antever a ocorrência dos danos e, por conseguinte, garantir os direitos civis e constitucionais.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico brasileiro Acquaviva**. 12º ed. amp., rev. e atual. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004

ALEGRE, Marcelo. A propósito de la reforma del Código Civil: Duguit y la constitucionalización del derecho privado. **Pensar en Derecho**. Buenos Aires: UBA, 2012.

ARGENTINA. **Códigos Código Civil y Comercial de la Nación**. - 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.

ARGENTINA. **Boletín Oficial de la República Argentina**. 1ª sección. Legislación y Avisos Oficiales, Año CXXII, número 32.985 de 8 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://www.boletinoficial.gob.ar/>>. Acessado em 13 de fev. de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL. **Código Civil** - Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 87ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALIERE, Filho, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10ª. ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

CORDOBERA, Lidia María Rosa Garrido. **Los daños colectivos: prospectiva general** / Lidia María Rosa Garrido Cordobera. — 1a ed. — Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009.

CORDOBERA, Lidia María Rosa Garrido. **Reflexiones sobre la responsabilidad civil y el Derecho de daños**. Publicado en Libro del Bicentenario de la Revolucion de Mayo, Facultad de Derecho, 2010. Disponible em: <<http://www.cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/reflexiones-sobre-la-responsabilidad-civil-y-el>>. Acessado em 18 de fev. de 2016.

CHAUMET, Mario E., El Estado Constitucional y el Derecho Privado. IN: El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani. p. 29 y ss, Buenos Aires: La Ley, 2005.

DÁVILA, Richard Honorio González. La constitucionalización del derecho privado y la acción de protección frente a particulares. **Revista de derecho Foro**. v. 16 (II Semestre), p. 57-95, 2011.

DIAS, José de Aguiar, **Da responsabilidade civil**. 15ª ed, v. 1, rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. Abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Responsabilidade Civil, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta - Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista Autônoma de Direito Privado**, v. 1, p. 1-26, 2007.

LORENZETTI, Ricardo L. **Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Codigo Civil y Comercial de la Nacion**. en L.L., diario del 23 de abril de 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao Direito Material e à realidade social. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, 2011. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni%20\(9\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni%20(9)%20-%20formatado.pdf)>. Acessado em 27 de jan. de 2016.

NORONHA, Fernando, **Direito das Obrigações**. 2a ed., vol. I. São Paulo: Saraiva, 2007.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Conferência de encerramento da I Jornada de Direito Civil** - promovida pelo Conselho da Justiça Federal no Auditório do Superior Tribunal de Justiça em 12 e 13 de setembro de 2002, Brasília. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf>>. Acessado em 04 de fev. de 2016.

PEDRO, Fabio Anderson de Freitas. A socialização da responsabilidade civil: a evolução do subjetivo-liberal ao objetivo-social. **Revista da SJRJ**. Vol. 18, nº 32, 2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/277/260>. Acessado em 23 de jan. de 2016.

PÜSCHEL, Flavia Portella Püschel. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único do Código Civil. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, p. 91-107, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos – 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

TALCIANI, Hernán Corral. Constitucionalización del derecho civil: Reflexiones desde el sistema jurídico chileno. IN: AEMENGO, Carlos Villabella; GALLARDO, Leonardo B. Pérez; CARRILLO, Germán Molina. **Derecho Civil Constitucional**. 1ª ed. México: Mariel, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Marchas e Contramarchas da Constitucionalização do Direito Civil: A Interpretação do Direito Privado à Luz da Constituição da República. In: VIEGAS, Frederico (Organizador). **Direito Civil Contemporâneo**. 1ª edição. Brasília-DF: Obcursos, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: Daniel Sarmiento; Cláudio Pereira de Souza Neto. (Org.). **A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 309-320, 2007. „

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo 3. Rio de Janeiro. ed. Renovar. 2009.

TALCIANI, Hernán Corral. Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado. **Derecho Mayor** (Universidad Mayor) N° 3, octubre, pp. 47-63], 2004.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, 2012.

DEMOCRACIA: Sistema eleitoral no Brasil e na Argentina

Fabiana Juvêncio Aguiar Donato¹
Jean Patrício²

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem objetivo de analisar o processo democrático no sistema eleitoral no Brasil e na Argentina foram utilizados para a construção do trabalho, livros e artigos jurídicos, brasileiros e argentinos. Assim, considerados fundamentos essenciais para construção da cidadania de povos, pois tratando-se da democracia e ideais que esses dois países construíram ao longo de suas histórias. Nesse contexto, referindo-se ao sistema eleitoral brasileiro, analisaremos: a forma de governo e o sistema de governo.

A democracia conforme Arnaldo Miglino (DIDIER JR, 2007, p. 42-43) sendo considerada uma esteira que não deve significar apenas o estabelecimento de um procedimento de atuação do Estado, ou apenas um procedimento, mas também uma garantia de valores que, da mesma forma, condicionam as decisões a serem tomadas. As democracias modernas se caracterizam pelas relações estabelecidas entre os cidadãos e as autoridades estatais. Àqueles

¹ Doutoranda em Ciências da Educação - UHLT/ PT. Pós-Graduada em Direito Penal na Universidade de Buenos Aires- UBA/ Argentina. Mestre em Ciências da Educação/ULHT. Especialista em Educação, Desenvolvimento e Políticas Educativas/ISED. Especialista em Psicopedagogia Institucional/IESP. Pesquisadora do projeto de Extensão do IESP. Licenciada em Letras/CESMAC. cursando Direito/IESP.

² Mestre em História Social – UFPB. Pós-Graduado em ciências Criminais – IBCCRIM. Graduado em História e Direito, Professor Universitário do IESP e da FPB. Membro do Observatório de Violências na Paraíba/ Brasil

sendo garantida, indiretamente, a participação política, e, são assegurados a todos os direitos civis que lhes garantem liberdade e independência, bem como, por parte do Estado, de melhores condições de vida, com a criação de oportunidades. (LUQUE, s/d). Os princípios regentes da democracia são, assim, a liberdade, a igualdade e a solidariedade. (LUQUE, s/d). Ele afirma que o contraditório torna possível a resolução da dúvida (COUTINHO, 1989) através do debate, e não da violência, argumento que também pode ser encontrado, em Foschini, que acredita que o contraditório, encontra-se bem longe de ser uma luta [...] caso em que o processo seria uma guerra e logo a presença efetiva do contraditório que garante o efetivo exercício do direito de defesa (DAHL, 2001), sendo o direito de defesa condição essencial para o estabelecimento do diálogo (DALIA, 1970, p. 65 e 77).

Originariamente, a democracia teve um conceito político, mas com o avanço da sociedade, ela foi adquirindo uma definição social, industrial ou econômica (SARTORI, 1994). Bobbio (2002, p. 30) afirma que “a democracia é entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático e caracterizada por um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”.

Para tanto entender o conceito de democracia conforme Robert Dahl, que considera a democracia como característica básica a permissão para que a oposição se organize de forma aberta e legal em partidos políticos, com o direito a fazer oposição ao governo em eleições livres e idôneas (DAHL, 1997, p. 26).

Sendo assim, a democracia fundamenta seu conceito político, com o avanço da sociedade, ela foi adquirindo uma definição social, industrial ou econômica (SARTORI, 1994). O mesmo autor comenta que todas as definições são arbitrárias, e por isso, à mercê da liberdade de estipulação do indivíduo. Segundo ele

revela que pensar a democracia exige a construção de argumentos corretos, pois o seu funcionamento tem como premissa que ideias erradas sobre a democracia fazem a democracia dar errado, especificamente, a democracia significa “poder do povo”, ou seja, o poder pertence ao povo.

Ademais, o processo democrático possui demandas específicas, consideradas há alguns anos pelos filósofos, operadores do direito e da própria história, para garantir através do Estado, os institutos democráticos do contraditório e da ampla defesa. Ao analisarmos as origens dessas expressões e o seu significado, (JUROW, 1975, p. 265-266) remontamos à Magna Carta Inglesa, de 1215, o primeiro documento a trazer, mesmo que indiretamente, a noção de devido processo legal (JUROW, 1975, p. 265 e PERCHINUNO, 2005, p.14-15 262 —39), ao falar, em seu artigo (BACELLAR FILHO, Op. Cit. P. 218), que nenhum homem será levado, preso, privado de seus bens, exilado ou de algum modo molestado, e não se procederão tais medidas, nem contra ele se mandarão proceder, senão através de um julgamento regular por seus pares ou de acordo com a lei do país. (PIOVESAN, 2006). Entretanto, a expressão em si aparece também em uma lei inglesa de 1354, do vigésimo oitavo ano do rei Eduardo III, em seu capítulo III, onde consta que nenhum homem, seja de qual estado ou condição for, será expulso da terra ou do domicílio, nem detido ou aprisionado, nem deserdado, nem punido com a morte, sem que isto resulte de um devido processo legal (http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/aep/1354/caep_1354_0003).

Na evolução histórica da Justiça Eleitoral brasileira, existem diversas normas que tratam do Sistema Eleitoral Brasileiro: a Constituição Federal (05.10.1988), o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº

64/1990), a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995) e a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97)³.

Ao longo da década de 1990, um ideário de Reforma do Estado espalhou-se pela América Latina onde ocorreu uma modificação do arcabouço legislativo, via de regra com a promulgação de novas constituições, alterações dos códigos processuais e novos modelos de gestão pública. Neste contexto ligado ao fim dos regimes ditatoriais e abertura democrática, as atenções voltam-se para as instituições ligadas ao Sistema de Justiça. Deve-se ressaltar que o processo democrático ganha contornos próprios em cada país, obedecendo a uma cronologia e a um arranjo político-social particular a cada realidade. Não obstante nos processos, essa particularização deriva de uma conjuntura maior. Em torno de 1995 e 1996, o Banco Mundial publica três documentos técnicos (WORLD TECHNICAL PAPER) abordando a necessidade de reformular as instituições jurídicas: WTP280, WTP350 e WTP3193).

Entretanto, acreditando-se nos estudos realizados sobre mudanças de regimes políticos na América Latina possuem o mérito de discutir conceitos sobre democracia e o sistema eleitoral entre os dois países. Há alguns anos, foi determinante a característica da orientação seguindo o modelo europeu (NOHLEN, 1994, p. 04-05).

Para o filósofo Norberto Bobbio a democracia não pode ser definida e nem atribuída a um elevado número de cidadãos o direito de participar direta ou indiretamente das decisões coletivas, nem a

³ MOREIRA, Ricardo. Sistema eleitoral brasileiro: evolução histórica. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 60, nov. 2002, disponível no site: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3468>>. Acesso em: 22.04.2016.

existência de regras de procedimento como o da maioria. É imperiosa uma terceira condição:

É preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que vão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de escolher entre uma ou outra. Para que se realize essa condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. – os direitos à base dos quais nasceu o Estado liberal e foi construída a doutrina de Estado de direito em sentido forte, isto é, do Estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos “invioláveis” do indivíduo.

A frase proferida pelo ministro inglês Winston Churchill, em 1947 pode resumir essa assertiva: “a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos”. Na escolha pela democracia, o homem percorreu vários caminhos, pois a busca pelo ideal democrático tem várias facetas conforme Robert Dahl (2001) em sua obra “Sobre a democracia”, revela isso. Para ele, muitas pessoas preferem a democracia por acreditar que um governo democrático possa lhe dar maior oportunidade de enriquecer.

Outrossim, embora a democracia suscite várias considerações, Robert Dhal (2001) estabelece cinco critérios que podem identificar o processo democrático. O primeiro deles, diz respeito a participação efetiva de todos os membros, que devem ter oportunidades iguais para definirem suas opiniões acerca da política ideal para uma associação. No caso de uma decisão sobre a política

a ser tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto. Há necessidade de um entendimento esclarecido, ou seja, todos devem ser informados sobre as políticas alternativas importantes e suas consequências, para que todos possam opinar e estarem atentos às políticas da associação. O último critério abrange a inclusão dos adultos que devem ter o pleno direito de cidadãos.

2 O SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO

No período republicano editou-se o Código eleitoral (1932) responsável por todos os trabalhos eleitorais. No Estado Novo, a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, retirou a Justiça Eleitoral dos órgãos do Poder Judiciário. Após a queda do Estado Novo, o parlamento, eleito em 2 de dezembro de 1945, votou a nova Constituição. Em 5 de outubro de 1946, os Tribunais Regionais Eleitorais foram extintos e reinstalados a seguir nos moldes estabelecidos pela Constituição de 1946. O Código Eleitoral hoje em vigor teve origem na Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que estabeleceu os princípios básicos do atual sistema eleitoral brasileiro e ampliou o campo de atuação desta Justiça Especializada⁴.

Com a promulgação da Constituição de 1988, foi estabelecido o sistema de eleição em dois turnos para os cargos de presidente da República e de governador, além do voto facultativo para os analfabetos; para os maiores de setenta anos; e para os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos. Previu, ainda, a realização de plebiscito para escolha do sistema de governo bem

⁴ MOREIRA, Ricardo. Sistema eleitoral brasileiro: evolução histórica. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 60, nov. 2002, disponível no site: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3468>>. Acesso em: 22.04.2016.

como assegurou ampla autonomia aos partidos políticos para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento⁵.

Considerado por Mario Vliante, o direito de defesa deriva da lei natural, que induz o indivíduo à luta pela existência e à rejeição de qualquer intrusão em sua esfera de interesses. Como, sempre por todos os povos e por todos os ordenamentos. A civilidade jurídica depois o disciplinou com regras uniformes e objetivas, fazendo-o perder o caráter de uma mera autotutela e o transformando-o em instituto jurídico (VALIANTE, 1975, p. 239).

Para Piovesan (2006) no período militar a prática de detenção arbitrária e de tortura foi denunciada por várias organizações. Setenta e oito casos de desrespeito aos direitos humanos contra o Estado Brasileiro foram denunciados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Dentre esses casos, nove deles eram de tortura, as vítimas eram lideranças da Igreja Católica, líderes de trabalhadores, estudantes, professores universitários, advogados, economistas e demais profissionais e outros profissionais que tentavam se opor ao regime repressivo que perdurou no País de 1964 a 1985. Treze casos envolveram situação de violência rural e trinta e quatro foram de violência policial ocorridas no Brasil a partir de 1982. Em todos esses casos, a Comissão condenou o Estado brasileiro a processar e punir os agentes responsáveis pelas violações cometidas, bem como a indenizar as vítimas das violações nos casos em que isso ainda não tinha ocorrido.

Após a abertura de 1984 e a “democratização” de 1985 é campo propício para a elaboração da Constituição de 88, denominada de constituição cidadã. Contudo, só em 1989 que aconteceram as primeiras eleições diretas desde 1960, com a vitória

⁵ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 3. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

de Fernando Collor de Mello, que prometeu acabar com a inflação e moralizar o país. Segundo Piovesan (2006) a Constituição brasileira de 1988 foi um marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e da transição democrática no País, pois consagra o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional. Essa Carta Magna rompeu com as constituições anteriores, pois incorpora os direitos humanos que passam a apresentar hierarquia de norma constitucional, diversamente dos tratados tradicionais.

A Nova República nasceu em 1989 trazendo novas perspectivas democráticas, criando-se conselhos de políticas públicas, nos âmbitos federal, estadual e municipal, que reuniram representantes da sociedade civil e integrantes dos diversos níveis do governo brasileiro. Apareceram os fóruns de debate, fiscalização e prestação de contas. Contudo, a política monetária e a diplomacia são as exclusões mais significativas desta onda de participação cidadã nos assuntos públicos segundo Dagnino et al (2006).

Aduz Vianna (2002) que a Carta de 1988 inovou e abriu espaços para a recriação do Ministério Público, incumbindo-lhe da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Essa Carta Magna converteu todos os direitos da Declaração da ONU em direitos legais no Brasil, além de instituir uma série de mecanismos processuais que buscam dar a eles eficácia. Parece não haver dúvida de que o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, especialmente quando estabelece a dignidade da pessoa humana, quando estabelecidos no Título I – dos princípios constitucionais – os fundamentos (art. 1º) e os objetivos (art. 3º) do Estado Democrático de Direito. Certamente, esse constitucionalismo democrático, calcado no binômio dignidade humana/solidariedade social dá lugar às

liberdades positivas. Os direitos fundamentais não mais podem ser pensados apenas do ponto de vista individual, mas devem ser pensados do ponto de vista da comunidade, ainda, segundo o mesmo autor.

Já Silva (2006, p. 123) acredita que “a democracia fundamenta-se na garantia da igualdade, por isto não pode tolerar as extremas desigualdades entre trabalhadores e classe dominante”. No Brasil, ainda existem várias desigualdades sociais, preconceitos de várias espécies, entre outros, portanto, a democracia ainda não é praticada. De acordo com Silva (2006, p. 123) “A Constituição estrutura um regime democrático consubstanciado nos objetivos de igualização por via dos direitos sociais e da universalização de prestações sociais (seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura) ”.

3 O SISTEMA ELEITORAL ARGENTINO

A Argentina adotou a forma de governo republicana. O Sistema de governo sendo o Presidencialista. O artigo 1º da Constituição da Nação Argentina dispõe que “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, (...)”. O artigo 14 estabelece o Princípio da soberania do povo. O sistema de governo argentino está previsto no referido artigo 22 da Constituição da Nação Argentina, ao estabelecer que “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. (...)” Trata-se de uma democracia representativa eleita pelos constituintes como forma de expressão da soberania popular. O artigo 33, em sintonia com os referidos artigos, especialmente o art. 22 da CN da Argentina, dispõe sobre direitos implícitos amparados por aquela

Constituição, decorrentes do princípio da soberania do povo e da forma republicana de governo⁶.

Na Argentina - como no Brasil - são eleitos os integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, tanto nas representações federais, como nas províncias e nos municípios. No Executivo Federal, são eleitos o Presidente e o Vice-Presidente do país. Nas províncias, que correspondem aos Estados brasileiros, são eleitos governadores e vice-governadores; nos municípios, são eleitos alcaides (que correspondem aos prefeitos, no Brasil). No Legislativo Federal, são eleitos deputados e senadores. Nas províncias, são eleitos legisladores provinciais (como Deputados Estaduais) e Conselheiros Municipais (como vereadores, no Brasil). Essa pesquisa dá ênfase ao sistema eleitoral nas representações federais e tem como principal fonte de investigação la Constitución de la Nación Argentina e o Código Electoral Nacional (Lei n° 19.945)⁷.

A democracia conforme Arnaldo Miglino (DIDIER JR, 2007, p. 42-43) é considerado uma esteira que não deve significar apenas o estabelecimento de um procedimento de atuação do Estado, ou apenas um procedimento, mas também uma garantia de valores que, da mesma forma, condicionam as decisões a serem tomadas. As democracias modernas se caracterizam pelas relações estabelecidas entre os cidadãos e as autoridades estatais. Àqueles é garantida, ainda que indiretamente, a participação política, e, são assegurados a todos os direitos civis que lhes garantem liberdade e

⁶ LÓPEZ, Mario Justo. Manual de Derecho Político. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005, p.163-164.

⁷Lupercina Rocha Conte, Safira Maria de Figueiredo Doutorandas em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA).

independência, bem como, por parte do Estado, de melhores condições de vida, com a criação de oportunidades. (LUQUE, s/d).

Os princípios regentes da democracia são, assim, a liberdade, a igualdade e a solidariedade. (LUQUE, s/d). Ele afirma que o contraditório é o que torna possível a resolução da dúvida (COUTINHO, 1989) através do debate, e não da violência, argumento que também pode ser encontrado, em Foschini, que acredita que o contraditório, encontra-se bem longe de ser uma luta [...] caso em que o processo seria uma guerra e logo a presença efetiva do contraditório que garante o efetivo exercício do direito de defesa (DAHL, 2001), é o direito de defesa condição essencial para o estabelecimento do diálogo (DALIA, 1970, p. 65 e 77).

Ao analisar as relações civis e militares no processo de "democratização" da Argentina, Brasil e Espanha para Jorge Zaverucha (s/d) que demonstra em ser os espanhóis os que mais avançaram no desenvolvimento de meios institucionais de controle civil sobre os militares, podendo-se tranquilamente afirmar que a Espanha pós-Franco é uma democracia política. A Argentina até que tentou, mas não conseguiu levar a cabo a instrumentalização dos governos civis contra o assanhamento do grupo "cara-pintada" conforme relata o mesmo autor. No caso específico do Brasil, o autor retrata as relações entre civis e militares consideradas como "tutela amistosa", o que significa alta convivência civil na manutenção do comportamento autônomo do militar, ou seja, a preservação de enclaves autoritários dentro do aparelho de Estado. Demonstra o autor que, numa situação de tutela, o militar se encontra fora das posições mais importantes do Executivo, mas suas ações não são fiscalizadas pelas autoridades legalmente constituídas de acordo com a mesma autoria.

A forma de governo na Argentina como uma república federal, no Brasil, foi estabelecida no artigo primeiro de La

Constitución de la Nación Argentina , in verbis: “Art. 1º. La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.”. Este art. 1º expresa que a Nação – o povo – “adota” o sistema com que se governará. Corroborata que os constituintes elegeram entre as diversas modalidades que haviam concebido e experimentado ao longo da história e do direito, tomando o sistema governamental que já existia em funcionamento nos Estados Unidos da América. Sendo eleita a forma de governo da Argentina, suas tradições e realidade social, moldando-a e condicionando-a as próprias normas que a mesma Constituição determina: “según lo establece la presente Constitución”. Helio Juan Zarini⁸, ao comentar a Constituição Argentina sobre a forma representativa de governo afirma que “En virtud del contenido de la Constitución y del espíritu que la anima, nuestra forma de gobierno presupone una democracia representativa, (...)”

No entanto foi observado o desrespeito aos direitos humanos no país e os ideais democráticos de liberdade foram esquecidos, dando lugar ao autoritarismo exagerado. Durante todo o regime militar que se estendeu até 1983 o país conheceu toda espécie de brutalidade contra o povo (LUQUE, 2011). Há indícios que foram assassinadas ou desapareceram vítimas da tortura ou que tinham ideias contrárias ao estado, mais de trinta mil pessoas nesse período. Segundo Luque (2011) a última ditadura militar foi o processo mais criminoso de que se tem conhecimento na Argentina. Além dos 30 mil desaparecidos registrados pelos organismos de direitos humanos, deve-se somar um número de

⁸ ZARINI, Helio Juan. Constitución Argentina. Comentada y concordada. Texto según reforma de 1994. 3ª. reimpressão. Buenos Aires: Astrea. 2004, p. 25-27.

crianças estimado entre 250 e 500, que foram adotadas ilegalmente logo após o seu nascimento nos centros clandestinos de detenção.

Contudo perante tantas crises permeadas na Argentina, Luke (2011) comenta que o País tem sido um exemplo para a América Latina em direitos humanos, especialmente quando se fala na aplicação da justiça aos responsáveis pelos crimes de lesa humanidade em períodos de exceção. O presidente da Corte Suprema, Ricardo Lorenzetti declarou que os julgamentos dos crimes cometidos durante a ditadura militar servem de subsídio para construir uma democracia que nunca mais deve sair das mãos dos argentinos citado por Lorenzetti.

4 TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA NO BRASIL E NA ARGENTINA

Em relação as transições políticas que correspondem a um período de troca de regimes políticos. Como no caso da América Latina, com o fim das ditaduras militares – marcadas pelo desrespeito a inúmeras garantias e direitos individuais –, foi dado início a uma busca pela democracia, também se faz necessário compreender o conceito de democratização, que muitas vezes é confundido com o conceito de liberalização. É claro que a relação entre eles é estreita, contudo, não são sinônimos (O'DONNEL e SCHMITTER, 1988, p. 22). De acordo com O'Donnell e Schmitter, liberalização diz respeito ao “processo de tornar efetivos determinados direitos que projetam tanto os indivíduos como os grupos sociais de atos arbitrários ou ilegais cometidos pelo Estado ou por uma terceira parte” (O'DONNEL e SCHMITTER, 1988, p. 22). A democratização, por sua vez:

Refere-se aos processos mediante os quais as regras e procedimentos da cidadania são

aplicados a instituições políticas previamente dirigidas por outros princípios [...], ou são expandidos, para incluir pessoas que antes não gozavam desses direitos nem estavam submetidas a essas obrigações [...] ou, ainda, estendidos de forma a dar conta de temas e instituições que previamente não se encontravam sujeitas à participação dos cidadãos (O'DONNEL e SCHMITTER, 1988, p. 26).

Nota-se que a liberação e a democratização estão muito interligadas, contudo, é importante destacar que a liberalização pode existir sem a democratização. Ela pode possibilitar o início da transição política, mas ela não é a democratização em si. A democratização de um país implica na consolidação de um novo regime político. Segundo Nohlen, para que a democracia se consolide, se faz necessário que todos os grupos sociais significativos entrem em um consenso com relação a escolha deste regime político (NOHLEN, 1994, p. 06).

Considera-se que na Argentina, a queda do regime militar e a eleição de Raúl Alfonsín para a presidência ocorreram devido a uma crise interna ao aparelho militar argentino, levando ao desgaste da ditadura (OLIVEIRA & SOARES, 2000). Desse modo, as Forças Armadas argentinas passaram por um processo de despolitização e profissionalização, adequando os militares ao novo papel que deveriam desempenhar em um governo democrático, que garante a segurança e a defesa do Estado. No Brasil, diferentemente da Argentina, não houve uma crise que levasse à derrubada do regime, pois o processo transitório foi implantado e dirigido pelos próprios militares no poder, segundo os parâmetros definidos intramuros pelo próprio regime. O processo transitório chegou ao fim com a eleição indireta de Tancredo Neves, em 1985, que não chegaria a

tomar posse de seu cargo, assumindo o poder o, então, vice-presidente José Sarney (SAIN, 2000) e Oliveira & Soares (2000).

Contudo, apesar das divergências processuais de transição democrática, Brasil e Argentina confirmaram o compromisso de preservar a estabilidade democrática no Cone Sul da América Latina, por isso prevalece “na Casa Rosada e no Palácio do Planalto a visão de que hoy por hoy o eixo Inter democrático Argentina-Brasil representa a principal fonte de estabilidade na América do Sul” (HIRST, 2005: 4).

Todavia, sendo o fato nos dias atuais, onde vivemos num mundo competitivo, cruel, desigual, no qual os conceitos chamados “democráticos” são solapados segundo a mesma autoria. Embora os problemas nos dias de hoje sejam de difícil solução sendo certo que uma série de medidas precisam ser tomadas sob a égide dos valores democráticos. Buscando em Chauí (2000) o problema dos postulados democráticos que eles configuram a democracia como uma forma de vida social abrangendo: cidadania, direito, eleições, partidos e associações e diversidade de reivindicações, entre outros, que só se manifestam no processo eleitoral, na mobilidade do poder. Já para Bobbio (2002), analisar os problemas da democracia moderna, deixa claro que quando se fala de democracia, necessita considerá-la como um conjunto de regras primárias ou fundamentais que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas.

Sendo os países latino-americanos, que passaram por processos de democratização durante a década de 1980, não se diferenciam apenas na forma como seu deu a transição. Como existiram diversos tipos de autoritarismos no continente, os processos de transição também tiveram pontos de partida diferenciados (NOHLEN, 1994). Entretanto, estes países tiveram experiências pré-autoritárias completamente distintas demonstra

Dieter Nohlen que alguns países – tais como Chile e Uruguai –tais como Brasil e Argentina – passaram por alternâncias entre governos autoritários e democráticos. Existem ainda casos como o do Paraguai, cujo desenvolvimento foi marcado pelo autoritarismo (NOHLEN, 1994, p. 02).

Diversos outros países, que não compartilham tais características, também passaram por processos de redemocratização durante esse curto período de tempo para Samuel P. Huntington, na sua obra “A terceira onda: a democratização no final do século XX”, cerca de 30 países europeus, asiáticos e latino-americanos fizeram parte da terceira onda de democratização, que foi inaugurada pelo fim da ditadura portuguesa em 1974. Contudo, a maré democrática que pouco a pouco iria começar a ganhar proporções mundiais, se manifestou primeiramente na Europa. Após Portugal, países como Grécia e Espanha significaram seus regimes políticos autoritários por governos democráticos (HUNTINGTON, 1994, p. 30-31). Mas a semelhança para o autor, se refere às transições políticas. Estes dois grupos de países passaram por processos de democratização rápidos e sofrem pressão por parte das “velhas democracias” para que atinjam um nível de excelência democrático que as próprias apenas alcançaram com o tempo (HERMET, 2001, p. 32-33). Tal pressão ignora o contexto e as particularidades das novas democracias que os estudos comparados ajudaram a enxergar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito desse estudo buscou analisar a evolução do processo do sistema eleitoral democrático no Brasil e na Argentina. Sistemas Eleitorais e suas possíveis evoluções permitem uma maior participação das pessoas no seu próprio destino e iria melhorar a qualidade de vida e tornar uma ferramenta importante para a

compreensão da democracia, eis que, se não determinar, pelo menos, ter um forte relacionamento com os sistemas partidários e sistemas de governo, como suas diferentes formas influenciar o eleitor ou não restringir sua liberdade de escolha, dando-lhe maior ou menor grau, não há dúvida, portanto, que nem todas estas questões sejam resolvidas com apelos éticos ou partidários.

Sendo assim, Fausto e Devoto (2005) fazem ressalvas às comparações entre os governos de José Sarney (1985 a 1989) e Raúl Alfonsín (1983 a 1989), principalmente em relação a falta de legitimidade do primeiro que assumiu a Presidência após a morte de Tancredo Neves, mas também destacam pontos de proximidade:

O governo de Sarney e Alfonsín que, aliás se aproximaram, com eficácia, no plano das relações internacionais, assemelharam-se pelo fato de terem logrado êxito político, em maior ou menor grau, e terem fracassado no plano econômico. Também, em ambos os casos, o êxito político diz respeito a construção institucional, e não ao prestígio dos dois governantes, que saíram do governo com níveis de rejeição muito altos, embora o desastre final de Alfonsín não se compare à impopularidade de Sarney. (FAUSTO; DEVOTO, 2005, p. 459-460).

Na Argentina, as mudanças na Justiça também têm estreita relação com a redemocratização, com a Reforma Constitucional e, em especial, com a série de acordos conhecidos com o Pacto de Olivos. No entanto, destaca-se na Reforma do Judiciário argentino uma clara intenção de viabilizar um governo liberal. É sabido que Proclamação da República Brasileira em 1889 permitiu que se escolhessem os presidentes dos estados, descentralizando o poder, mas não houve sinais de que a democracia tenha sido praticada. Na

era Vargas, na década de trinta, o parlamento foi fechado, partidos políticos extintos e cárceres cheios e tortura, solapando os ideais democráticos conforme o mesmo autor.

Conseqüentemente, só no período de 1946 a 1964 é que foi mantido o sufrágio limitado aos cidadãos alfabetizados, piorando a situação com o golpe dos militares em 1964. A ditadura que permaneceu até 1984, nada representou de democracia, mas houve sim perseguições, violências e até torturas de compatriotas. Embora os generais falassem que estavam “preparando terreno” para a volta à democracia e entrega do poder aos civis, a ditadura continuou perseguindo e torturando muitos brasileiros (VICENZO CAVALLARI s/d)

Após a abertura política em 1984, o Brasil conheceu os primeiros sinais de volta à democracia, oportunizada principalmente com a Constituição de 1988, denominada de constituição cidadã. Nos dias atuais a democracia no Brasil ainda não é praticada em sua totalidade, embora já houvesse grandes conquistas sociais. Porém, os direitos humanos ainda são desrespeitados no País. Diferente do Brasil, a evolução da democracia na Argentina tem sido bastante lenta e só em 1983 aconteceram as eleições democráticas, elegendo Raul Alfonsín que se preocupou em trazer o país de volta à democracia.

Diante do que foi exposto, o comparativo entre o processo eleitoral no Brasil e na Argentina tornou-se necessário, pois os países possuem algumas semelhanças no período da democratização. Entretanto, as similaridades apontaram para o desafio comum de superar o passado totalitário, governo populista, estabilizar a economia diante de uma crise inflacionária e, sobretudo, criar instituições que garantam a solidificação do Estado Democrático. Contudo, Fausto e Devoto (2005) fizeram ressalvas às comparações entre os governos de José Sarney (1985 a 1989) e

Raúl Alfonsín (1983 a 1989), principalmente em relação a falta de legitimidade do primeiro que assumiu a Presidência após a morte de Tancredo Neves.

Podemos compreender por regime político, um dos componentes do modelo ou sistema político, a mediação institucional entre Estado e sociedade que resolve os problemas de cidadania e o Estado e o governo da sociedade. Encontramos a definição de democratização política como um processo de regime democrático, entendido como o regime fundamentado em princípios e instituições que consagram a soberania popular, a eleição dos governantes e autoridades pelo voto democrático, a vigência de direitos humanos e liberdades públicas, a separação de poderes, o pluralismo político, a alternância no poder com relevância primordial na cidadania.

Outrossim, as transições políticas deixaram os problemas de democratização social e passa a ser, uma das condições da consolidação democrática. Resume-se, que na transição lograram-se avanços divergentes com o que a solução de problemas que têm relação com os processos de modernização e de democratização sociais foi retardada.

Em suma: o Brasil, em consequência, do período da ditadura militar adentrou um lapso temporal com bastante sofrimento para seu povo em decorrência do fato ocasionado pelo regime militar e, na atualidade a Argentina considerada, um país exemplo para toda a América Latina, no sentido, efetivo aos direitos humanos, relacionado a aplicabilidade da justiça, aos responsáveis pelos crimes de lesa humanidade em períodos de exceção. A democracia brasileira atual ainda está longe de ser o modelo correto que se deseja e precisa, mas mesmo esse pouco conquistado teve o preço de muitos sacrifícios. O correto modelo está descrito na Constituição Federal de 1988, onde se define uma Democracia

baseada na soberania popular e que deve seguir um caminho ascendente, que certamente passa pelo controle do processo eleitoral. Democracia é muito mais que o direito de votar e ser votado. É preciso democratizar a vida social, as relações entre homens e mulheres, crianças. Democracia é muito mais que o direito de votar e ser votado. É preciso democratizar a vida social, as relações entre homens e mulheres, crianças e adultos, jovens e idosos, na vida privada e na esfera pública, as relações de poder no âmbito da sociedade civil. Portanto, é mais que apenas um sistema político formal e a relação entre Estado e sociedade. É também a forma como as pessoas se relacionam e se organizam. A Reforma Política que defendemos visa radicalizar a democracia para enfrentar as desigualdades e a exclusão, promover a diversidade, fomentar a participação cidadã de adultos, jovens e idosos, na vida privada e na esfera pública, as relações de poder no âmbito da sociedade civil.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTURI, Carlos S. O debate teórico sobre mudança de regime político: o caso brasileiro. *Revista de Sociologia e política (Dossiê Transição Política)*, Curitiba, n° 17, p. 11-31, 2001.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios...* Op. Cit. P. 218.

BADIE, Bertrand e HERMET, Guy. *Política comparada*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 24.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 170-171.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

CHAUÍ, Marilena. Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas. São Paulo: Cortez, 2000.

CAVALLARI, Vincenzo. Voce: Contraddittorio – b) Diritto Processuale Penale. In: Enciclopedia del Diritto. v. IX. Milano: Giuffrè, 1961, p. 730.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba, Juruá, 1989.

COLLIER, David. El método comparativo: dos décadas de câmbios. In: SARTORI, G.; MORLINO, L. (Comps.). La comparación en las ciencias sociales. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

DAHL, Robert A. A poliarquia. São Paulo: Ed. USP, 1997.

DAHL, Robert Alan. Sobre a democracia. São Paulo: Editora UNIB, 2001.

DALIA, Andrea Antonio. Le regole normative per lo studio del contraddittorio nel processo penale. Napoli: Jovene, 1970, p. 65 e 77.

VICENZO CAVALLARI: —Essenza del contraddittorio. —difesa tecnica. (destaques não constam no original)

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. v.1. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 42-43.

EDGARDO, Buscaglia. Judicial reform in Latin American courts: the experience in Argentina and Ecuador (World Bank technical paper no.350. Washington: The World Bank/Library of Congress, 1996. Disponível em: <http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1996/10/01/000009265_3970128132105/Rendered/PDF/multi_page.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2015.

FAUSTO, Boris; DEVOTO, Fernando J. Brasil e Argentina: Um ensaio de história comparada (1950-2002). São Paulo: Editora 34, 2005.

FOSCHINI, Gaetano. Sistema del diritto processuale penale. v. I. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1965, p.272-276.

JUROW, Keith. Ultimately thoughts: a reconsideration of the origins of due process of law. American journal of legal history. v. 19, 1975, p. 265-266.

JUROW, Keith. Ultimately thoughts: a reconsideration of the origins of due process of law. American journal of legal history. v. 19, 1975, p. 265 e PERCHINUNO, Francesco. Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione. Bari: Cacucci Editore, 2005, p.14-15 262 —39.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 384.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 385.

LUQUE, Francisco. Argentina, exemplo em direitos humanos. Disponível em: www.viomundo.com.br/politica/francisco-luque-argentina-exemplo-nos-direitos-humanos Acesso em: 09 out 2015.

MIGLINO, Arnaldo. A cor da democracia. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 134.

MIGLINO, Arnaldo. A cor da democracia. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 112:

MIGLINO, Arnaldo. A cor da democracia. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 114.

O'DONNELL, G. e SCHMITTER, P. Transições do regime autoritário: primeiras conclusões. São Paulo: Vértice, 1998.

O documento WTP280, de 1995, uma coletânea dos debates realizados na “Conferência sobre Reforma do Judiciário na América Latina e Caribe” (World Bank Conference on Judicial Reform in Latin America and the Caribbean)

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2006.

http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/aep/1354/caep_13540003_enm_1. Acesso em 27.07.15.

VALIANTE, Mario. Il nuovo processo penale: principi fondamentali. Milano: Giuffrè, 1975, p. 270.

VALIANTE, Mario. Il nuovo processo penale: principi fondamentali. Milano: Giuffrè, 1975, p. 239.

ZAVERUCHA, Jorge. Rumor de sabres. São Paulo: Ática, 1994, p. 5.

DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO: Uma abordagem jurídico-pedagógica do sistema de ensino brasileiro

Isabela Cristina Leite Gonçalves¹

Flaviano Marcelino Pereira²

Ana Claudia Moreira Miguel Philippini³

1 INTRODUÇÃO

Como forma de possibilitar o fortalecimento e a aplicação dos direitos fundamentais, o Estado brasileiro introduziu em seu sistema de ensino a disciplina Direitos Humanos como forma de possibilitar ao docente trabalhar com os conceitos de democracia e a cidadania. Trata-se de uma tentativa de formar cidadãos conscientes e preocupados com as transformações sociais por meio de uma educação voltada para a compreensão dos conceitos de dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, cooperação, justiça e paz.

¹Formada em Estudos Sociais com habilitação em Geografia pelas Faculdades Integradas de Cruzeiro, Pedagogia pela Faculdade de Ciências Humanas de Cruzeiro; integra atualmente no Programa de Ensino Integral do Governo do Estado de São Paulo na Escola Oswaldo Cruz.

²Formado em Filosofia pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Pedagogia pelas Faculdades de Ciências Humanas de Cruzeiro, Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade de Conhas; leciona no Ensino Superior e integra atualmente no Programa de Ensino Integral do Governo do Estado de São Paulo na Escola Humberto Turner.

³Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Salesiano e em Direito em Administração Pública pela Universidade Castelo Branco. Mestre em Ciência Política (Aeroespaciais) pela Universidade da Força Aérea e aluna Regular do Curso de Doutorado da Universidade de Buenos Aires; leciona no ensino superior e atua como advogada.

Considerando que nas escolas brasileiras é possível visualizar a diversidade de classes, etnias, religiões, formas de deficiências, orientação sexual, entre outros, a introdução da disciplina tem como escopo conscientizar os alunos, de modo a evitar a discriminação e o preconceito. Neste sentido a Declaração e Programa de Ação de Viena (CEDIN, 1993, p. 20):

A educação em direitos humanos deve incluir a paz, a democracia, o desenvolvimento e a justiça social, tal como previsto nos instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos, para que seja possível conscientizar todas as pessoas em relação à necessidade de fortalecer a aplicação universal dos direitos humanos.

Parte-se do princípio de que quanto mais cedo a criança e o adolescente começam a refletir os conceitos de direitos humanos maior a probabilidade de consciência por trabalhar o respeito, a tolerância e a paz, além dos valores do ser humano, como a vida, fraternidade, liberdade, solidariedade e igualdade.

Observa-se que os direitos humanos aplicados corretamente protegem o cidadão de ser lesado ou até mesmo que não sejam respeitados princípios como o da dignidade da pessoa humana, uma vez que os direitos humanos não fazem distinção de qualquer indivíduo, ou seja, todos são inerentes dos mesmos direitos. Nessa esteira, postula Bonavides (2006, p. 106):

direitos comuns a todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, classe social, religião, etnia, cidadania política ou julgamento moral. São aqueles que decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca a todo ser humano. Independem do reconhecimento formal dos poderes

públicos – por isso são considerados naturais ou acima e antes da lei –, embora devam ser garantidos por esses mesmos poderes.

Não obstante, é pluralista, visto que abrange muitas concepções em torno do ser humano, conforme ensina Moraes (2006, p. 37):

conjunto institucionalizado (positivado) de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade o respeito à sua dignidade por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e o desenvolvimento da personalidade humana

É fato que a base dos direitos humanos é a dignidade da pessoa humana, sendo o seu marco inicial e aquele que direciona todo direito internacional e interno. Piovesan (2000) ensina, inclusive, que a dignidade da pessoa humana é um verdadeiro superprincípio a orientar toda a ordem normativa, quer interna, norteando as Constituições e garantindo a limitação do Estado para proteger os cidadãos de possíveis abusos, quer externa, por meio de tratados.

Destarte, a introdução da disciplina logo no ensino fundamental tem o condão de permitir que o discente adquira conhecimentos em situações novas, tomada de decisões e solução de problemas, colaborando para aproximação da teoria e da realidade.

Assim sendo, a presente pesquisa busca analisar de que maneira a disciplina Direitos Humanos influencia na formação dos alunos do ensino fundamental.

Por conseguinte, existem duas perguntas que se impõem obrigatórias: Como se estrutura o sistema de ensino fundamental

brasileiro?; Como a inclusão da disciplina Direitos Humanos pode contribuir para a educação das crianças e adolescentes?

2 ENSINO FUNDAMENTAL

É fato que no ano de 1996, com a Lei nº 9.394, denominada Lei de Diretrizes e Bases da Educação (BRASIL, 1996), o ensino fundamental passou a ter a duração de nove anos. Não obstante, o Plano Nacional de Educação, conforme a Lei nº 10.172/2001 (BRASIL, 2001), alterou a inserção das crianças a partir dos 6 anos no ensino fundamental. Como aponta o plano (2001, p. 14) objetiva-se: *“Oferecer maiores oportunidades de aprendizagem no período da escolarização obrigatória e assegurar que, ingressando mais cedo no sistema de ensino, as crianças prossigam nos estudos, alcançando maior nível de escolaridade”*.

A meta do ensino fundamental de nove anos é que as crianças ingressem mais cedo na escola, aumentando o nível de aprendizagem e estendendo as crianças a partir dos seis anos.

Atualmente o governo prioriza uma escola inclusiva, cidadã e solidária, que possa atender crianças e jovens, implementando políticas públicas que estruturam a escola, reorganizando os espaços e o tempo, assim, ampliando a aprendizagem, o ensino, o conhecimento em geral. Essa mudança exige além de políticas públicas uma atenção pedagógica, pois ampliando os anos de ensino permite-se que a criança tenha o convívio maior na unidade escolar, possibilitando maior oportunidade de ensino e aprendizagem.

O ensino fundamental tem como um dos princípios a aprendizagem, e com aumento da permanência no ambiente escolar, pode contribuir para o ensino eficaz. Todavia, o tempo de permanência na escola não é único fator para o aumento da aprendizagem, uma vez que cabe ao docente administrar o tempo, aproveitando da melhor maneira possível. Outros fatores

importantes são: a efetividade e legitimidade das políticas educacionais, priorizando a igualdade de ensino para todos os alunos.

Para que as políticas de ensino sejam implementadas faz-se necessário que haja a introdução de uma orientação pedagógica que foque a criança como principal expectador para a aprendizagem. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (BRASIL, 1996) enfoca, inclusive, os princípios devem ser obedecidos⁴, tendo como paradigma, em síntese, a igualdade, a liberdade, o pluralismo de ideias, entre outros que nortearam o ensino a caminho de ensino para todos. Busca-se, assim, com a renovação pedagógica que a escola seja visualizada como polo irradiador de cultura e conhecimento.

Não fosse só, objetiva-se a transformação da escola em um espaço que pudesse abrigar não somente alunos, mas também a comunidade⁵, de modo que, além do ensino, a unidade escolar atue

⁴Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
- III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;
- IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância;
- V – coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- VII – valorização do profissional da educação escolar;
- VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta lei e da legislação dos sistemas de ensino;
- IX – garantia de padrão de qualidade;
- X – valorização da experiência extraescolar;
- XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.
- XII – consideração com a diversidade étnico-racial.

⁵Nesse sentido o artigo 1º da Lei de Diretrizes e Bases que assim dispõe: “A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos

através dos pais, docentes, alunos e gestores, constituindo diversos saberes e influenciando positivamente o conhecimento e a cultura, formando uma cidadania solidária, assegurando o acesso e participação de todos.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e os Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN) orientam e direcionam a educação, assim como prepara os alunos para a cidadania⁶, com o objetivo de assegurar a todos os alunos que além do ensino e aprendizagem, o docente desenvolva-se socialmente, tendo oportunidade de se qualificar profissionalmente.

O pleno desenvolvimento que assegurado pela Constituição tem intuito não só o desenvolvimento cognitivo, mas também o desenvolvimento motor, psíquico, afetivo e social. Nesse sentido Chalita (2001, p. 36) salienta: *“Pleno significa o oposto da visão conteudista ou reducionista, que tem como foco apenas o desenvolvimento da habilidade cognitiva. Trata-se de ampliar a responsabilidade da educação para as habilidades sociais e psicológicas priorizando a afetividade, o equilíbrio e a convivência plural”*.

A educação além de visar pela melhora de ensino deve incentivar a cultura, a preservação do meio ambiente e convivência em sociedade, priorizando a cidadania. A LDB e PCN incentivam promover a cidadania, ou seja, vai muito além da educação, visa o desenvolvimento social do aluno.

movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”.

⁶Nessa esteira a Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece em seu artigo 205: “A educação, direito de todos e dever do estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Os princípios básicos da LDB podem ser comparados com os princípios fundamentais elencados na Constituição Federal, posto que visam à liberdade e solidariedade⁷.

Em suma, a LDB (BRASIL, 1996) tem a proposta no ensino fundamental de melhorar a educação básica e diretamente trabalhar a cidadania, criando condições de aprendizagem, assim como aproximar o aluno da realidade, da política, do mundo físico e natural, proporcionado ao discente um aprendizado de qualidade e eficaz, criando uma escola com condições para trabalhar as capacidades dos alunos, desenvolvendo habilidades e agregando valores sociais que acompanharam o indivíduo no decorrer da vida.

Já o PCN (BRASIL, 2001) tem como objetivo direcionar o docente na aplicação do ensino, propondo de maneira eficaz as diferentes formas de atuação que atinja a todos os discentes.

Tanto a LDB como o PCN tem como meta o ensino de qualidade, formando cidadãos que possam interferir e transformar a realidade, desenvolvendo competências e conscientizando o aluno profissionalmente. As escolas devem exercer uma função social, buscando atender as expectativas dos alunos, professores, pais e da comunidade.

Em que pese todas as propostas de melhoria no sistema de ensino, o cenário da educação atual é bastante conflitante e contraditório. Houve queda da taxa de analfabetismo, porém aumento do analfabetismo funcional. Além disso, o aumento expressivo do número de matrículas em todos os níveis de ensino e crescimento sistemático das taxas de escolaridade média da

⁷Nesse sentido o art. 2º da LDB salienta: “A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

população não foi capaz de aproximar o aluno da realidade nem diminuir o índice de violência nas escolas.

3 DIREITOS HUMANOS E ENSINO FUNDAMENTAL

Cada país possui um método educacional próprio. De acordo com Rizzi (2011, p. 24):

Cada país tem autonomia para definir como oferecerá à população o acesso à educação e ao ensino. Entretanto, as normas internacionais determinam que a educação, em todas as suas formas e níveis, deve ser sempre: disponível, acessível, aceitável e adaptável.

No entanto, embora com sistema próprio, são as normas internacionais que determinam as quatro características primordiais da educação: disponibilidade, acessibilidade, aceitação e adaptação. Ser disponível significa estender para todas as pessoas, ou seja, a possibilidade de que todas as pessoas frequentar a escola. Rizzi (2011) assevera que a disponibilidade significa, além de uma educação gratuita, que ela deve estar à disposição de todas as pessoas. Da disponibilidade advém a obrigação de o Estado brasileiro assegurar a existência de creches e escolas para todas as pessoas, garantindo, para isso, as condições necessárias como instalações físicas, professores qualificados, materiais didáticos, entre outros. Deve existir, ainda, a disponibilidade de vagas para todos os que manifestem interesse na educação escolar.

Observa-se, no entanto, que o Estado não é necessariamente o único responsável pela realização do direito à educação, mas as normas internacionais de direitos humanos obrigam-no a ser o principal responsável e o maior investidor, assegurando a universalização das oportunidades. Deste modo,

sempre que o aluno procurar deve haver vagas disponíveis, ou seja, nenhum aluno poderá ficar sem matrícula. A disponibilidade tem intuito de assegurar para que todos tenham direito ao ingresso.

A acessibilidade, por outro lado, visa assegurar que todos tenham direito à educação pública. A finalidade, portanto, é tutelar para que alunos não sofram nenhum tipo de discriminação, e que também possam ter acesso ao material escolar. Neste sentido, ensina Rizzi (2011, p. 25):

Acessibilidade – É a garantia de acesso à educação pública, disponível sem qualquer tipo de discriminação. Possui três dimensões que se complementam: 1) não discriminação; 2) acessibilidade material (possibilidade efetiva de frequentar a escola graças à proximidade da moradia ou à adaptação das vias e prédios escolares às pessoas com dificuldade de locomoção, por exemplo) e 3) acessibilidade econômica – a educação deve estar ao alcance de todas as pessoas, independentemente de sua condição econômica, portanto, deve ser gratuita.

A acessibilidade visa também à economia do cidadão, ou seja, a educação deve ser estendida a todos, independentemente do padrão econômico, de maneira com que toda a população tenha acesso à educação.

Com relação à aceitabilidade, esta é a garantia de que as normas e os métodos pedagógicos devem ser aceitos e o Estado fiscalizar seu conteúdo. Assim explica Rizzi (2011, p. 25):

Garante a qualidade da educação, relacionada aos programas de estudos, aos métodos pedagógicos, à qualificação do corpo docente e à adequação ao contexto cultural. O Estado está obrigado a assegurar que todas as escolas

se ajustem aos critérios qualitativos elaborados e certificar-se de que a educação seja aceitável tanto para as famílias como para os estudantes. A qualidade educacional envolve tanto os resultados do ensino como as condições materiais de funcionamento das escolas e a adequação dos processos pedagógicos.

A educação deve ser aceitável para todos, não somente para os alunos, mas também para suas famílias. A qualidade do ensino envolve a aceitação da família e da sociedade, e resultados obtidos através dos processos pedagógicos.

Por fim, a adaptabilidade visa à realidade dos alunos, ou seja, a escolas tem que estar aptas para receber os estudantes de culturas diversas, religiões diferenciadas e alunos os quais necessitem de inclusão social. Nesse sentido Rizzi (2011, p. 25) assevera:

Requer que a escola se adapte a seu grupo de estudantes; que a educação corresponda à realidade das pessoas, respeitando sua cultura, costumes, religião e diferenças; assim como possibilite o conhecimento das realidades mundiais em rápida evolução. Ao mesmo tempo, exige que a educação se adeque à função social de enfrentamento das discriminações e desigualdades que estruturam a sociedade. A adaptação dos processos educativos às diferentes expectativas presentes na sociedade pressupõe a abertura do Estado à gestão democrática das escolas e dos sistemas de ensino.

Adaptar significa adequar os alunos, fazendo com que as diferenças entre eles sejam minimizadas, afastando qualquer tipo de discriminação e desigualdade, proporcionando que a inclusão social esteja presente.

Destarte, a educação obrigatoriamente deve conter essas quatro características para que esteja inserida no contexto escolar, não impedindo que os estados-membros e municípios complementem os currículos com outras necessidades que entendam importantes para o aluno.

Com relação aos direitos humanos, observa-se que esta ainda não é uma disciplina oficial nos currículos estaduais, estando, por vezes, inserida em outras disciplinas como a História e Geografia. Segundo a LDB, trata-se de um tema transversal, incluído nos currículos escolares tanto no ensino infantil como no ensino fundamental e médio que tem como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), observada a produção e distribuição de material didático adequado.

A inclusão do tema tem como objetivo trabalhar a dignidade de todos os seres humanos. Neste sentido:

Os Direitos Humanos são direitos que pertencem a todos os seres humanos, em razão da dignidade que possuem. A dignidade, portanto, é o fundamento dos Direitos Humanos estabelecido na maior parte dos documentos e leis internacionais dessa área. Eles são direitos que não deixam de existir, nem podem ser retirados das pessoas, porque ninguém perde sua condição de ser humano. Esses direitos são considerados fundamentais porque, sem eles, a pessoa não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. (BRASIL, 2008, p. 14).

Os direitos humanos quando inseridos no contexto escolar pode ajudar os alunos a conhecer as normas jurídicas que protegem os seres humanos, do desrespeito, discriminação, desigualdade, entre outras atitudes preconceituosas ou que impedem o cidadão de procurar seus direitos.

Não obstante, quando trabalhado em sala de aula, mesmo que em outras disciplinas, tem o condão de possibilitar aos alunos entender melhor a democracia. Essa vivência colabora de forma direta para a formação de cidadãos que possam debater e lutar pelas suas verdades, auxiliando também no desenvolvimento da cidadania.

O currículo oficial do estado de São Paulo trata de questões dos direitos humanos pertinentes e de grande valia, que auxilia no processo da cidadania. Nesta esteira:

Quando se fala em Direitos Humanos, não se pensa em direitos apenas para alguns, para os “bons”, para os que “merecem”. São direitos de todos os seres humanos e, por isso, é preciso compreender que todas as pessoas têm o direito a ter seus direitos respeitados. Ao mesmo tempo, todo direito gera deveres e responsabilidades. (BRASIL, 2008, p. 19)

É importante que sejam firmados os direitos humanos no contexto escolar no ensino fundamental nos anos finais, com intuito de conscientizar os alunos para a cidadania, cabendo aos Conselhos Escolares, juntamente com outras instituições da comunidade escolar, instigar sua permanente reflexão, bem como apontar as formas e os mecanismos para sua viabilização e efetivação.

Além de possibilitar ao aluno expandir seus conhecimentos, permite compreender a extensão dos direitos que

cabem a todo cidadão. Para tanto, deve ser inserido pelos Conselhos educativos com vista ao incentivo e apoio à organização de reuniões, palestras, debates sobre temas como discriminação, violência escolar, igualdade de gênero, igualdade étnico-racial, entre outros.

Não obstante, deste acompanhamento e discussão das situações de desrespeito aos Direitos Humanos, busca-se soluções conjuntas, participação junto com outros segmentos da escola, além de campanhas informativas e de conscientização sobre os direitos e deveres dentro da escola através de processos em que o docente aplica em sala de aula.

A disciplina é importante para que o aluno tenha contado com a realidade normativa internacional e compreender a sua influência na ordem jurídica interna, visualizando o Estado como um sujeito de direito internacional e passível de responsabilidade.

Observa-se, todavia, que a postura do docente é primordial para a consecução da tarefa de ensinar cidadania ao discente. Ele não pode agir como um mero transmissor de conteúdos, mas ter a convicção de que o respeito aos Direitos Humanos é fundamental para todas as pessoas. Não obstante, o discurso apresentado não pode estar desconectado da prática para que não gere o inverso do que se pretende.

Os direitos humanos são de fundamental importância para todas as pessoas, daí o motivo de ser instituído desde cedo para que as crianças tenham noção dos direitos e princípios existentes em lei ou em tratados internacionais, além de contribuir para a formação do caráter por estar ligado às noções de igualdade e respeito ao próximo.

Assim os direitos humanos devem ser instituídos logo no ensino fundamental com a finalidade de ajudar o aluno compreender e a desenvolver valores como de igualdade e a cidadania.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos constituem parte fundamental na formação do ser humano, já que através dele se permite que o docente trabalhe a democracia e a cidadania, buscando formar cidadãos que se preocupem em respeitar o próximo e também consciente das transformações sociais através da educação.

Em que pese o fato de não ser uma disciplina independente, sendo tratado como tema transversal em disciplinas como História e Geografia, trata-se de um ponto essencial no fortalecimento e aplicação dos direitos fundamentais.

A educação em direitos humanos busca o respeito da dignidade da pessoa humana, através da liberdade, igualdade, cooperação, justiça e paz, ou seja, é uma cultura que visa consolidar mentalmente os valores sociais postos em prática, considerando que no ambiente escolar os alunos são diferentes, seja pela raça, classe social, etnia, religião, deficiência, orientação sexual entre outras características e que, por esta razão são alvos de discriminação e preconceito.

Em suma, o ideal seria a inclusão do tema como uma disciplina própria por desenvolve o social da criança que passa ser mais tolerante e ter respeito pelo próximo, pois direciona aluno a compreender seus direitos e deveres, afastando a desigualdade e discriminação. Portanto, quando o aluno estuda direitos humanos, não só coloca em prática os direitos fundamentais, como se torna consciente da aplicação da justiça e da democracia.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Imprensa Oficial, 1988.

_____. **Programa nacional de direitos humanos (PNDH)**. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República – Brasília: SEDH/PR, 1996.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília: Imprensa Oficial, 1990.

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Brasília: Imprensa Oficial, 1996.

_____. **Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001**. Brasília: Imprensa Oficial, 2001.

_____. **Conselho escolar e direitos humanos**. Brasília: 2008

CEDIN. **Declaração e programa de ação de Viena**. 1993. Disponível em:
<<http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>.
Acesso em: 29 ago. 2016.

CHALITA, Gabriel. **Educação: a solução está no afeto**. 16. ed. São Paulo: Gente, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana**: substrato axiológico e conteúdo normativo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RIZZI, Ester. **Direito humano à educação**. São Paulo: UNESCO, 2011.

A REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SEU CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA PROPRIEDADE PRIVADAS, COM A PERSPECTIVA DA SUPERAÇÃO DA LUTA DE CLASSES, NA REALIZAÇÃO DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DA PAZ ENTRE OS POVOS

Ivo Jose Kunzler¹

1 INTRODUÇÃO

Do debate nas aulas e seminários sobre Direitos Humanos, envolvendo a Constitucionalização do Princípio da Dignidade Humana, se pode chegar ao valor elevado e a importância que tem este direito, eis que se encontra previsto no inciso II, do artigo 1º, da CF/88, e se põe como fundamento da República. Segue-se que são objetivos fundamentais da República, construir uma sociedade livre, justa e solidária, previsão constante no artigo 3º., inciso I da CF/88. Ainda, no artigo 4º, encontramos que a República em suas relações internacionais, se regerá pela prevalência dos Direitos Humanos, e no inciso IX, temos a previsão da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Em seguida, prevê a CF/88

¹ KUNZLER, Ivo José. Atualmente é aluno do programa de Doutorado da UBA - Universidade de Buenos Aires. Tem formação em Direito pela UFPEL, cursou ainda Filosofia e Ciência Política nesta mesma Universidade. Cursou Ciências Econômicas na UNISINOS. Cursou Mestrado pela UNISC. Cursou Pós graduação pelo IBET, em Direito Tributário. Cursou Pós Graduação em Gestão Ambiental pela FEEVALE. Cursou os cursos preparatórios para carreira da Magistratura, FEMARGS e AJURIS.

em seu artigo 5º, que todos somos iguais perante a lei, e no inciso XXII garante o direito a propriedade, e no inciso XXIII afirma que a propriedade atenderá a sua função social.²

Deste conjunto de princípios e normas sobre Direitos Humanos e sobre o Direito Privado, surge o desafio de pesquisar e escrever sobre a solidariedade humana no tempo, e como atualmente poderia ou pode ser efetivado esse direito considerando o Constitucionalismo Contemporâneo, sua inclusão na perspectiva da realização da Dignidade Humana, e como a atividade privada se opera. Obriga-nos a chamar a atenção de que se teve que ir até os tempos pré-humanos para encontrar a primeira manifestação de solidariedade, e se caminhar com o debate até chegar ao Estado Constitucional de Direito, em sua formatação atual.

A ousada pretensão é chegar ao final e comprovar que a sociedade dos homens ao nascer, logo no seu limiar se dividiu entre possuidores e não possuidores, entre ricos e pobres, entre proprietários e não proprietários, e que as relações de produção e de apropriação de bens da natureza, impediu e impede até hoje que o princípio da solidariedade humana, e por consequência o da Dignidade Humana sejam levados a sua efetividade atualmente. Este é o grande desafio contemporâneo a ser superado.

2 A SOLIDARIEDADE: Da selvageria até a civilização

A teoria política, a filosofia, e a história nos dão uma dimensão mais precisa sobre as primeiras manifestações de solidariedade humana, que são buscadas na pré-história humana, na era primitiva. Neste rumo é decisiva a participação da atividade

² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Atualizada até a Emenda Constitucional N. 39, de 19.12.2002, 31ª. Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 3,4.

produtiva do homem, inclusive ao ponto de Engels afirmar que o trabalho é infinitamente mais do que fonte de toda a riqueza, é condição fundamental de toda a vida humana.³ Por este caminho investigativo chegamos à conclusão de que o primeiro movimento de solidariedade foi pré-humano e nos tempos tribais, e foi na união comunal em torno do enfrentamento da natureza, das feras e em torno da caça para sobrevivência do medo do desconhecido. Ao explicar o surgimento da sociedade humana em seus primórdios, Engels afirma que:

Nossos antecessores simiescos eram sociáveis. A primeira vista, é impossível admitir que o homem, o mais sociável dos animais, proceda de um antepassado direto insociável. O domínio da natureza, iniciado com o aperfeiçoamento da mão, com o trabalho, ampliava o raio de percepção do homem, a cada novo progresso. Nos objetos naturais, descobria ele constantemente outras qualidades até então desconhecidas. Por outro lado, o aperfeiçoamento do trabalho, contribuía para aproximar, cada vez mais, os membros da sociedade; para multiplicar os casos de ajuda mútua, de ação em comum, criando, em cada um, a consciência da utilidade dessa colaboração. E resumo: os homens em formação atingiram um ponto em que tinham alguma coisa a dizer uns aos outros.

Para diferenciar a ação do animal e do homem o autor afirma que os animais apenas *utilizam* a Natureza, nela produzindo modificações somente por sua presença; o homem a submeteu,

³ ENGELS, Friedrich. *A Dialética da Natureza*. 4ª ed. São Paulo. Paz e Terra, 1985, p. 215.

pondo-a a serviço de seus fins determinados, imprimindo-lhe as modificações que julgava necessárias, isto é, *domina* a Natureza. E esta é a diferença essencial e decisiva entre o homem e os demais animais; e por outro lado é o trabalho que determina essa diferença.⁴ O autor chama a atenção ainda, de que somos a cada passo advertidos de que não podemos dominar a Natureza como um conquistador domina um povo estrangeiro, como alguém situado fora da Natureza; mas sim que lhe pertencemos, com a nossa carne, nosso sangue, nosso cérebro; que estamos no meio dela; e que todo o nosso domínio sobre ela consiste na vantagem que levamos sobre os demais seres de poder chegar a conhecer suas leis e aplicá-las corretamente.⁵ Disto se destaca a relação que os homens estabeleceram com a Natureza e entre si mesmos, quando atuam em sociedade. Desta relação do homem com a natureza, e do homem com seu semelhante decorreram as primeiras relações de produção através do trabalho humano. Enquanto o homem em comum buscava na Natureza a satisfação de suas necessidades, não havia o conflito, senão apenas solidariedade, mas quando o homem coloca seu semelhante como possível de ser explorado e dominado, ele quebra esse conceito central de solidariedade. Engels diz que todos os modos de produção só tiveram por objeto, até agora, o efeito útil, mais imediato, do trabalho. As demais consequências, que só apareceram mais tarde, tornando-se evidentes por sua repetição e acumulação gradual, foram completamente descuidadas.⁶ De acordo com essa teoria todas as formas mais evoluídas de produção foram avançando até á separação da população em classes diferentes, estabelecendo-se, dessa maneira, a

⁴ Ibidem, p. 223.

⁵ Ibidem, p. 224.

⁶ ENGELS, Friedrich. *A Dialética da Natureza*. 4ª ed. São Paulo. Paz e Terra, 1985, p. 225.

oposição entre uma classe dominante e outra de oprimidos; mas, em virtude disso, o interesse da classe dominante foi o elemento que impulsionava a produção, enquanto esta não se limitava a uma estreita margem no que diz respeito às necessidades para a subsistência dos oprimidos. Sob uma forma mais avançada, esse processo de produção atualmente se realiza através do modo capitalista de produção, imperante na Europa Ocidental e no mundo.⁷

Disto concluímos que a descoberta da dominação da Natureza pelo trabalho trouxe o primeiro elemento de solidariedade que foi quebrado com o surgimento da oposição das classes entre dominantes e oprimidos. E este elemento de disfunção, apesar de todas as tentativas de recomposição, permanece até os dias atuais, sendo esta mais uma tentativa de demonstração que o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade-fraternidade, ponderado com o princípio da autonomia da vontade privada deverá levar a superação da divisão da população em classes sociais opostas, como justa aplicação do Direito Fundamental da Dignidade Humana, resolvendo-se desta forma, e positivamente em favor dos despossuídos e estabelecendo-se novas relações de produção, respeito e solidariedade entre os homens e a natureza.

3 O INDIVIDUALISMO E A SOLIDARIEDADE NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA

Não cabe aqui analisar com a profundidade necessária o surgimento da célula familiar, apesar de sua importância para a explicação da manifestação de solidariedade entre grupos parentais, mas é imprescindível analisar quem são as pessoas que se

⁷ Ibidem, p. 226.

destacaram e se beneficiaram na acumulação de bens e como se deram as relações de produção dos mesmos, e como o poder fora exercido no limiar da formação do Estado grego e romano, que estavam mais adiantados neste tempo. E é Marx que leciona dizendo que os gregos, no tempo em que entraram na história, estão no limiar da civilização; entre eles e as tribos americanas iroquesas, estão quase dois grandes períodos de desenvolvimento inteiros, em que os gregos do tempo dos heróis têm de avanço em relação aos iroqueses.⁸ Nos poemas homéricos encontramos, na maioria dos casos, as tribos gregas já unidas em pequenos povos, no seio dos quais as *gens*, *fratrias* e tribos mantinham ainda, no entanto, completamente a sua autonomia.⁹ Habitavam já em cidades fortificadas com muralhas; o número de habitantes crescia com o desenvolvimento dos rebanhos, da agricultura e o aparecimento das artes manuais; desse modo, cresciam as diferenças de riquezas e, com elas, o elemento aristocrático no seio da antiga democracia natural, veja-se:¹⁰

É que nesse tempo, em que cada membro masculino adulto da tribo era guerreiro, não havia ainda nenhuma força pública separada do povo que lhe pudesse ser contraposta. A democracia natural estava ainda em pleno florescimento e isto deve manter-se como nosso ponto de partido para o ajuizamento

⁸ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado*. in: Obras Escolhidas, Tomo III, Moscovo: Edições Avante, 1985, p. 300.

⁹ HOMERO. *Iliada*. Tradução: Manuel Odorico Mendes. São Paulo: Editora Martin Claret. Canto II.

¹⁰ MARX, *Op. Cit.* p. 305.

do poder e da posição tanto do conselho como do *basileus*.¹¹

Assim, entre os gregos, com a dominação do direito paterno, o cargo de *basileus* (*chefe do exército*) passava em regra para o filho ou para um dos filhos, isso é apenas uma prova de que aí os filhos tinham a seu favor a probabilidade da sucessão por meio de eleição popular, mas de modo nenhum prova de sucesso com força de lei sem eleição popular.¹² Na organização grega dos tempos heroicos vemos, pois, ainda a velha organização gentílica como uma força viva, mas também já o princípio do seu desaparecimento: direito paterno como transmissão hereditária dos bens para os filhos, como o que se favoreceu a acumulação de riqueza na família e esta se tornou um poder em relação a *gens*; repercussão da diferença de riqueza na organização social, por meio da formação dos primeiros embriões da nobreza e realeza hereditárias; escravatura, a princípio ainda limitada a prisioneiros de guerra, mas abrindo já perspectivas para a escravização dos próprios companheiros de tribo e mesmo de *gens*; a antiga guerra de tribo contra tribo degenerando já em pilhagem sistemática, na terra e no mar, para conquistar gado, escravos e tesouros, em fonte normal de aquisição; em resumo, a riqueza passou a ser apreciada e respeitada como bem supremo e as antigas ordenações gentílicas foram pervertidas para justificar a obtenção de riquezas pelo roubo violento, como observa:¹³

Só uma coisa faltava ainda: uma instituição que não só protegesse as riquezas recém adquiridas por cada indivíduo contra as tradições comunistas da ordem gentílica, que não só consagrasse a propriedade privada,

¹¹ Ibidem, p. 307.

¹² Ibidem, p. 307.

¹³ Ibidem, p. 309.

antes tão menosprezada, e declarasse essa consagração como o fim supremo de toda a comunidade humana, mas que também apusesse a marca do reconhecimento social geral às novas formas da aquisição de propriedade que se iam desenvolvendo umas a seguir às outras, e portanto, ao aumento cada vez mais acelerado de riqueza; uma instituição que eternizasse não só a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito da classe possidente à exploração da não possidente e a dominação daquela sobre esta. E esta instituição veio. Foi inventado o *Estado*.⁴

Da mesma forma, e em geral, portanto, as tribos alemãs reunidas em povos têm a mesma organização que se tinha desenvolvido entre os gregos do tempo dos heróis e os romanos do chamado tempo dos reis: assembleia popular, conselho dos chefes das *gens*, chefe de exército que aspira já a um poder real efetivo.¹⁴ Disto se pode afirmar ainda, que as primeiras manifestações de solidariedade humana se situam em tempos quase perdidos no passado da civilização pré-humana, senão na forma mais primitiva da manifestação da criação, a literatura mais recente, aponta na Antiguidade Clássica as primeiras manifestações sobre a solidariedade entre os homens, na *polis* grega. Os primeiros documentos escritos sobre o sentimento e a valorização do sentimento de solidariedade, surgiram como oposição às ideias e a teoria do individualismo da escola sofista na formulação de Protágoras que lecionava que, “*O homem é medida de todas as coisas*”, no axioma: “*A medida de todas as coisas é Deus*”.¹⁵ O pensamento de

¹⁴ MARX, *Op. Cit.* p. 343.

¹⁵ JAEGER, Werner Wilhelm. *Paidéia, a Formação do Homem Grego*. Tradução Artur M. Pereira. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2001, p. 351

Protágoras traduz com perfeição o individualismo do pensamento sofista, onde o homem individual aparece como centro de tudo, bastando por si mesmo e só, revelando com o desprezo a vida em sociedade. De sua vez está nas lições de Sócrates, Platão e Aristóteles o enfrentamento do individualismo de Protágoras. É esclarecedor a referência feita por Platão na República:

Essa tese defendida por Trasímaco, de que o justo é o mais vantajoso para o mais forte, aparece também no diálogo Górgias defendida por Cálicles, apesar de haver diferenças na formulação.¹⁶

Desta forma, e como se pode observar, ainda prevalece entre os Sofistas o pensamento individualista, segundo o qual o homem individual é que importa:

O justo é o homem superior dominar os inferiores e ter mais posses do que eles (cf. 483d). Essa tese, que dá a primazia ao mais forte, ao homem superior, e que define a justiça como o que lhe convém, é atribuída por Platão aos sofistas de um modo geral. Portanto, refutar a tese de Trasímaco significa aqui a vitória da filosofia, representada pela figura de Sócrates, sobre os sofistas, os grandes adversários de Platão, representados na República por Trasímaco.¹⁷

Com esta forma como os Sofistas sustentavam seu pensamento, o direito natural era entendido como uma construção normativa de disciplina das relações humanas, que privilegiava o

¹⁶ PLATÃO. *A República*. J. Guinsburg organização e tradução. São Paulo: Perspectiva. 2006, p. 39

¹⁷ *Ibidem*, p. 39

mais forte e subjugava os mais fracos. Muito oportuno, adveio a superação desse pensamento sofista individualista, que era em verdade um conceito equivocado de norma de direito. Tal formulação surge na *República* de Platão, quando este afirma e defende sua inclinação para um ponto de vista geral, em favor da cidade, do coletivo, em vez daquela teoria do individualismo sofista. É o que se pode observar no diálogo travado entre Sócrates e Glauco:

É a justiça, afirmamos nós, um atributo não só do indivíduo, mas também da cidade inteira? Por certo - confirmou. Ora, a cidade é maior do que o indivíduo? Maior sem dúvida. Talvez num quadro maior, a justiça seja maior e mais fácil de estudar. Por conseguinte, se quiserdes, procuraremos antes a natureza da justiça nas cidades; em seguida, examiná-la-emos no indivíduo, de maneira a perceber a semelhança da grande na forma da pequena.¹⁸

Com estas referências nos diálogos de Platão, fica demarcado a abertura do caminho da solidariedade humana como uma nova maneira de assegurar e garantir a existência harmoniosa das pessoas em sociedade, na cidade. Seguindo o caminho de seu Mestre, Aristóteles opõe-se igualmente ao individualismo dos Sofistas, lecionando em *A Política*, que *o homem é um animal cívico, mais social do que as abelhas e outros animais que vivem juntos*. A teoria aristotélica afirma que o Estado, ou sociedade política, é mesmo o primeiro dos objetos a que se propôs a natureza.¹⁹ Ainda de acordo com o pensamento de Aristóteles:

¹⁸ PLATÃO. *A República*. J. Guinsburg organização e tradução. São Paulo: Perspectiva. 2006, p. 75.

¹⁹ ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3a. edição

As sociedades domésticas e os indivíduos não são senão as partes integrantes da cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e funções, e todas inúteis quando desarticuladas, semelhantes às mãos e aos pés que, uma vez separados do corpo, só conservam o nome e a aparência, sem a realidade, como uma mão de pedra. O mesmo ocorre com os membros da cidade: nenhum pode *bastar-se a si mesmo. Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bônio*. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade.²⁰

Chama a atenção o fato de que Aristóteles enfrenta os Sofistas individualistas diferentemente de Platão. Enquanto Platão cuida do todo como uma necessidade inafastável e natural. Aristóteles cuida também do individual, porém confere especial importância à vida do homem em sociedade, e vê neste homem cívico mais do que um ente natural apenas, mas um homem em sociedade. Desta forma, liga um fim ao homem em seu convívio na coletividade social, e vê a possibilidade de melhorar a convivência da sociedade e também como cada membro da sociedade pode ser melhor na convivência de sua comunidade.

Hannah Arendt, em seus estudos sobre a tradição e a época moderna refere e ratifica o que acima referimos, dizendo, entre outras coisas, que:

A tradição de nosso pensamento político teve seu início definido nos ensinamentos de Platão e Aristóteles. Creio que ela chegou a um fim não menos definido com as teorias de Karl Marx. O início deu-se quando, na

São Paulo: Martins Fontes. 2006, p. 5.

²⁰ Ibidem, p. 5.

alegoria da caverna, em *A República*, Platão descreveu a esfera dos assuntos humanos, tudo aquilo que pertence ao convívio de homens em um mundo comum, em termos de trevas, confusão e ilusão, que aqueles que aspirassem ao ser verdadeiro deveriam repudiar e abandonar, caso quisessem descobrir o céu límpido das ideias eternas.²¹

A relação do homem com a Natureza se torna um tormento, e o medo do pecado e da punição divina fizeram surgir o tempo de trevas no mundo do pensamento, a “idade obscura” ou “noite de mil anos”. Com o advento da Idade Média por volta do século IV, em torno dos anos 390 d. C., surge um período de afastamento dos pensadores e dos filósofos que se preocupavam com o homem. E assim, em um período que perdurou por aproximadamente dez séculos, o poder exercido pelo senhor feudal tinha caráter absoluto na relação que estabelecia com seu subordinado, o servo e o servo da gleba. Não havia direito deste para com aquele, apenas dever de servir. Com estas relações sociais de servidão, e a forte influência da Igreja junto ao poder do rei, o pensamento sofreu refluxo, e acabou por adotar uma linha de religiosa, o *teocentrismo*. A ideia central era a de Deus, e o homem era posto em segundo lugar. Se é que se pode falar em alguma manifestação de solidariedade, era um humanismo de matiz religioso, mais para enfrentar os castigos divinos do que associar o homem diante das dificuldades reais e cotidianas.²²

²¹ ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Equipe de realização - tradução: Mauro W. Barbosa de Almeida; Revisão: Mary Amazonas Leite de Barros; Produção: Ricardo W. Neves e Adriana Garcia. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001, p. 43.

²² CHASSOT, Attico. *A Ciência Através dos Tempos*. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 2004, p.101.

Com a volta das luzes do pensamento, a crise e o advento do protestantismo, vem acompanhado da conseqüente ascensão da burguesia como classe ao poder, tendo como corolário imediato a mudança da forma de pensar e ver as coisas. O centro divino é deixado para trás, o velho sistema feudal se mostra superado, e o homem reencontra o caminho com o pensamento e com a filosofia, isto é, com a ciência. No centro deste caldo de cultura, desencadeia-se o pensamento renascentista e o iluminista. Os direitos das nações e dos cidadãos passaram a se sobrepor à tradição universal da autoridade eclesiástica.²³ Neste período de transformações, os pensadores, cientistas e artistas puderam redescobrir o belo e a profundidade no pensamento da Antiguidade Clássica grega, identificando novamente o homem como centro das atenções, o *homocentrismo*. Começa o tempo de retirada da Igreja do cenário pensante e se afirma o jeito iluminista de pensar. É a chegada do século da luz,²⁴ e a verdade é buscada pela ação racional, que tem o homem no centro da investigação, e a ciência pede passagem à Igreja e à teologia.²⁵ O jusnaturalismo é a corrente de pensamento do jurídico. Com o pensamento iluminista é retomado em grande parte, um conceito sofista e individual do homem protagórico e no qual o homem é a medida do mundo, senão do próprio Deus.²⁶ Neste sentido, a solidariedade tem a dimensão da individualidade e a lei do mais forte, isto é, não existe praticamente manifestação solidária.

²³ CHASSOT, *Op. Cit.* p. 127.

²⁴ *Ibidem*, p. 165.

²⁵ *Ibidem*, p. 128.

²⁶ PLATÃO. *A República*. J. Guinsburg organização e tradução. São Paulo: Perspectiva. 2006, p. 39.

4 O INDIVIDUALISMO E A SOLIDARIEDADE SAÍDA DA MODERNIDADE E DA REVOLUÇÃO FRANCESA DE 1789, BEM COMO DA DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS EUA DE 1776

Os principais pensadores do Iluminismo, Hobbes (1588-1679), Locke (1632-1704) e Rousseau (1712-1778) construíram a ideia da teoria do contrato social,²⁷ onde o Estado é eleito como ente ficcional do homem organizado em sociedade, e que torna possível a vida em sociedade, como segue:

É certo que há, entre as concepções de contrato social adotadas pelos diversos pensadores iluministas, diferenças substantivas. Jean Jacques Rousseau, por exemplo, enfatizava a importância da democracia e da soberania popular, erigindo, a partir do seu conceito de *volonté general*, uma teoria que confiava cegamente na sabedoria das maiorias. No seu contrato social, os indivíduos alienavam toda sua liberdade, mas não para um terceiro, que, como em Hobbes, assumiria a função de governante absoluto, e sim para um corpo social o qual todos pertenciam. Governantes e governados passariam a se identificar plenamente, e isto, na sua visão, representava a liberdade. Sem embargo, é evidente que tal concepção abria espaço para um absolutismo das maiorias, que poderia atropelar os direitos das minorias. No campo oposto, Locke defendia a “liberdade dos modernos” preocupando-se, sobretudo com a proteção dos direitos individuais em face do Estado. No modelo

²⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Jurídica. 2004, p. 21-22.

de contrato social formulado por John Locke os indivíduos não alienavam todos os seus direitos, como em Hobbes e Rousseau. Eles retinham direitos naturais, inatos e inalienáveis, que os governantes tinham de respeitar, e cuja infringência justificaria até mesmo o exercício do direito de resistência.²⁸

Embora as ideias de Rousseau tenham exercido grande influência em eventos como a Revolução Francesa, e possibilitado a redescoberta da democracia, esquecida desde os pensadores gregos, o fato é que, no ideário liberal vencedor, prevaleceu a visão lockeana de direitos humanos, identificada com a "liberdade dos modernos".²⁹ De acordo com este, o homem pela sua própria natureza é livre, igual e independente, todos devendo respeitar esse direito, nem mesmo ser subjugado pelo poder político sem que tenha manifestado sua concordância, e unidos em uma sociedade. Locke tem um conceito de Estado nitidamente diferente de Aristóteles, que tem no Estado uma origem natural e até mesmo anterior ao homem, enquanto Locke diz que o Estado é uma criação ficcional buscada pelo homem para possibilitar a vida em sociedade.

Com a afirmação dos direitos individuais dentro da teoria lockeana, por muito tempo, estes direitos não eram mais do que deveres de abstenção do Estado, que deveria manter-se inerte para não violá-los. O essencial era salvaguardar as liberdades privadas do indivíduo, o que impunha o estabelecimento de limites ao exercício do poder político. O Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso cumpria limitá-lo, em prol da garantia dos direitos do homem. Sob este prisma, foi de enorme utilidade a técnica da separação de poderes, divulgada por Montesquieu, que

²⁸ SARMENTO, *Op. Cit.* p. 22.

²⁹ *Ibidem*, p. 23.

tinha como finalidade conter o poder estatal para assegurar o governo moderado. Esta era a engenharia institucional do Estado Liberal, que tinha como *telos* a liberdade individual.³⁰

Já a democracia, conceito central do pensamento de Rousseau, foi por muito tempo postergado, já que os direitos políticos foram conferidos apenas à burguesia, através da instituição do voto censitário. Apesar do reconhecimento jurídico da igualdade formal entre as pessoas não faltaram justificativas para a exclusão dos direitos políticos dos pobres, como a esboçada por Benjamim Constant, para quem o lazer era indispensável para o exercício do poder, pois se trata de condição necessária a aquisição da “luzes”, e só os mais abastados tinham acesso ao lazer.³¹ Disto podemos concluir que desde a selvageria, do pré-humano primitivo que dominou e domesticou a primeira fera selvagem, cultivou pela primeira vez a terra, aprisionou o guerreiro e fê-lo escravo seu, passando pela idade média onde o rei era o senhor das terras e o servo apenas o braço da força de trabalho, até chegar à Revolução Francesa dos operários e burgueses, o homem sempre conviveu com a solidariedade, ou melhor, com a falta dela intencionalmente e deliberada, mas nunca perdeu a perspectiva de que era sociável, e que apesar da divisão entre dominantes e dominados, entre pobres e ricos, alimentou o sonho de *fraternidade*, de *solidariedade* e principalmente de *igualdade*, e sabia que não alcançaria tal intento sem *liberdade*.

Evidentemente, derrotada a linha de pensamento democrático de Rousseau dentro da Revolução Francesa de 1789, se estabeleceu a visão individualista de Locke complementada pela engenharia social da divisão e separação dos poderes de

³⁰ Ibidem, p. 23.

³¹ Ibidem, p. 23.

Montesquieu, para contê-los - *le pouvoir arrête le pouvoir*.³² Com isso se consolidara a visão individualista do homem, grosso modo podendo ser equiparada a visão dos sofistas, ao tempo do desenvolvimento da *polis* grega. A fórmula utilizada para a racionalização e legitimação do poder, leia-se, imposição do ideário do individualismo burguês - pelo Iluminismo era a Constituição, lei escrita e superior às demais normas, que deveria estabelecer a separação dos poderes. O papel que então se atribuía à Constituição estava bem delineado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo a qual ***“toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinadas, não tem constituição”*** Sem embargo, as ideias dos pensadores iluministas permearam dois grandes eventos do final do século XVIII, que foram absolutamente decisivos para a consolidação e juridicização dos direitos do homem: a Revolução Francesa e o movimento que culminou na Independência e na fundação do Estado norte-americano. Neste sentido, o tom jusnaturalista³³ e liberal, ressoam ainda hoje as palavras solenes da Declaração da Independência dos Estados Unidos de 1776, redigida por Thomas Jefferson:

Nós consideramos as seguintes verdades como auto evidentes: que todos os homens são criados iguais, que eles são dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. E é para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os

³² SARMENTO. *Op. Cit.* p. 24.

³³ BARROSO, Luiz Roberto. (org.) *A nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.21.

homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados.³⁴

A doutrina jurídica constitucional norte-americana saída do laboratório do processo de independência de 1776, e com a experiência da *Guerra Civil Americana* também conhecida em português como *Guerra de Secessão*, que ocorrera nos Estados Unidos da América entre 1861 e 1865 e que tivera como uma de suas explicações no preconceito racial dos estados do sul carrega consigo durante os tempos, belas declarações e juramentos ao povo pobre, mas como se pode perceber, a realidade foi muito mais dura e longe dos céus prometidos pela Constituição. Cooley diz categoricamente em sua obra intitulada *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*, cuja primeira edição foi em 1880:

Igualdade. A teoria que preside as nossas instituições é a seguinte: a liberdade civil de um homem vale tanto quanto a dos outros homens, todos são iguais perante a lei nos seus direitos, privilégios e na capacidade legal. Toda pessoa, por má, degrada ou pobre que seja, tem direito a que os seus direitos sejam submetidos às leis gerais que governam as demais pessoas. Um miserável tem tanto direito de ser ouvido, antes de ser enviado à assistência, quanto o tem qualquer pessoa ameaçada na sua liberdade. Nenhum louco pode ser posto num manicômio conta a sua vontade, sem previa investigação policial, nem tampouco os bens de alguém podem se embargados ou destruídos ou removidos a pretexto de causarem incomodo por simples resolução ou decisão de um agente ministerial. Por conseguinte, nenhum

³⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Jurídica. 2004, p. 25.

Estado pode outorgar favores, nem estabelecer injustas distinções. Entretanto, ao bem-estar geral convém a concessão de privilégios especiais, em certos casos, quando, por sua natureza, não possa haver uma participação geral. Se se torna essencial a criação de um banco nacional, todo o mundo não pode ser seu membro; se construir-se uma estrada de ferro, a concessão necessariamente há de pertencer a poucos.³⁵

E ainda continua o citado autor, afirmando que a garantia de proteção igual não deve ser entendida, não obstante, no sentido de que toda pessoa, no país, tem, precisamente, de possuir os mesmos direitos e privilégios que qualquer outra. A emenda (a referência é a Emenda 14) visa categorias de pessoas, e a proteção dada pela lei devera considerar-se igual, se a todas as pessoas da mesma categoria ela trata do mesmo modo, sob as mesmas circunstâncias e condições, tanto acerca dos privilégios conferidos como das obrigações impostas.³⁶ Talvez o autor estivesse propondo uma pauta de realizações futuras, na tentativa de eliminar o preconceito e o racismo contra o povo negro de vários estados do sul escravista. Para se ter uma ideia dos anos 1960 nos EUA, indiquemos a biografia do militante da causa negra, Martin Luther King Jr:

Along with the economic exploitation that the whole state of Mississippi inflicts upon the Negro, there was the ever-present problem of physical violence. As we rode

³⁵ COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, São Paulo: Russel. 2002, p. 222.

³⁶ *Ibidem*, p. 223.

along the dusty roads of the Delta country, our companions cited unbelievable cases of police brutality and incidents of Negroes being brutally murdered by white mobs.³⁷

Portanto, desde a independência até os anos sessenta do século XX, os EUA confessadamente não foram um bom exemplo de solidariedade humana, apesar das declarações e promessas dos céus aos pobres. No entanto, a riqueza e a vida farta na terra ficaram reservadas e garantidas pela Constituição apenas aos poderosos.

Nada diferente, a não ser a violência e os saques de guerra, na jovem e revolucionária França napoleônica, exemplo de declarações enfáticas sobre liberdade, igualdade e fraternidade, e aos operários chumbo e prisões. Autoritário, expansionista, colonialista, tal qual um *Cesar* romano, em quase nada diferente de seu fiel seguidor do século XX, num cenário que mais parece reedição do que originalidade. E se estamos de acordo com Marx onde refere que Hegel observa algures que todos os grandes fatos e personagens da história universal aparecem como que duas vezes. Mas esqueceu-se de acrescentar: uma vez como tragédia e a outra como farsa. *Caussidière* por Danton, Louis Blanc por Robespierre, a *Montagne* de 1848 a 1851 pela *Montagne* de 1793 a 1795, o sobrinho pelo tio.³⁸ Hitler ao tentar conquistar a Europa, e impor seu império foi uma destas farsas, ou senão a tragédia que desencadeou todas as alterações e mudanças que o século XX e XXI terá que levar a efeito, para afirmar seu contrário, sob pena de validar tudo o que fizeram e do jeito que fizeram os algozes do passado.

³⁷ CARSON, C. *The Autobiography of Martin Luther King Jr* New York: Warner Books. 1998, p. 249.

³⁸ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O 18 de Brumário de Louis Bonaparte*. In obras escolhidas, Moscovo: Edições Progresso. 1985. p. 417.

Justamente aqui começa o embate jurídico entre o direito a autonomia da vontade e da propriedade privada, isto é, da propriedade e da liberdade burguesa em detrimento da igualdade formal entre o operário e o burguês perante a Constituição, e dado que são iguais, são deixados cada um a sua sorte, e claro quem tem dinheiro sempre tem mais sorte, evidentemente. E por conta disso, a solidariedade e fraternidade ficou completamente no campo da abstração filosófica e jurídica, até o advento dos embates e guerras que permearam todo o século XIX na Europa, e culminaram com a grande 1ª. Grande Guerra Mundial.

5 A AUTONOMIA DA VONTADE E DA PROPRIEDADE PRIVADA E A SOLIDARIEDADE HUMANA. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO E NA SUPERAÇÃO DAS DIFERENÇAS OU A AFIRMAÇÃO E A VALIDADE DO PRIMADO DA LUTA DE CLASSES, DA GUERRA, E DA VIOLÊNCIA. O DESAFIO CONTEMPORÂNEO

Para todos aqueles que quiseram ver, estava claro que a pura declaração abstrata e formal de igualdade, liberdade e solidariedade, seja na melhor Constituição do mundo, seja na melhor Lei, ou pelo melhor e mais justo governo, onde quer que ele tenha existido, de nada adiantou, para o povo pobre e despossuído, que não pode se alimentar de palavras, Leis e Constituições bem escritas, nem morar dentro de estantes de livros e enciclopédias guardadas em palácios, por mais confortáveis de manusear que sejam. Era preciso encontrar uma forma de tornar efetivas as garantias e os direitos inseridos nas cartas constitucionais.

Segundo a doutrina, o ideário da Revolução Francesa de 1789, *liberdade, igualdade e fraternidade*, em verdade teria caráter de uma pauta de direitos que a humanidade deveria perseguir. E então, se

reconhece pelo menos três gerações ou dimensões de direitos humanos.³⁹ Os direitos humanos de primeira geração referem-se aos direitos e liberdades de caráter individual: direito à vida, a uma nacionalidade, a liberdade de movimento, liberdade religiosa, liberdade política, liberdade de opinião, o direito de asilo, a proibição de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, a proibição da escravidão, ao direito de propriedade, a inviolabilidade de domicílio, etc. e teriam nascido sob a bandeira da *liberdade*, da Revolução Francesa de 1789.⁴⁰ Ao que se pode perceber é o tempo do poder legislativo, da força da lei e do parlamento na condução da coisa pública e dos destinos. Não se tem notícia de que efetivamente a liberdade foi alcançada pela massa de pessoas pobres do mundo ao tempo em que vigorou esta bandeira. Na tradição romano-germânica, foi a vigência do Código de leis, na forma napoleônica: onde o juiz era a boca da lei.

De todas as frustrações políticas e jurídicas, e como caldo de cultura das revoluções e guerras em que a Europa esteve imiscuída no século XIX, a revolução Russa de 1917, e o movimento constitucional de Weimar de 1919 na Alemanha.⁴¹ Com isso o surgimento do *Welfare State*. Para citar a força do Estado Socialista, consta na Carta da U. R. S. S. de 1936, no seu artigo 123, a igualdade dos direitos dos cidadãos da URSS, sem distinção de nacionalidade ou de raça, em todos os domínios da vida econômica, pública, cultural, social e política é uma lei imprescritível.⁴² No contexto da Segunda Guerra Mundial fez surgir a Declaração

³⁹ GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos. Dos Primórdios da Humanidade ao Brasil de Hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre. 2005, p. 74.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 74.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: editora Lumem Júris. 2004, p. 33.

⁴² CONSTITUIÇÃO da U. R. S. S. de 1936. Traduzido da edição francesa. Moscovo: 1965, p. 23.

Universal dos Direitos Humanos em 1948, não haveria como a antiga instituição resistir. Neste sentido, os Direitos Humanos, segundo Flávia Piovesan, "os Direitos Humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução".⁴³

Com o *Welfare State* e a bandeira da igualdade de direitos surge a segunda geração dos direitos humanos. E se na primeira geração de direitos o que se queria era o afastamento do Estado das relações entre particulares, agora com a segunda geração, o que se quer é que o Estado garanta os direitos, através da atuação decidida dos governos, do poder executivo. Ainda, permanece a autonomia privada intocável, a liberdade e a propriedade privada ficaram incólumes da atuação estatal, no entanto, o Estado se tornou uma espécie de pai dos pobres, assumindo para si a responsabilidade de garantias mínimas e providências de bem estar mínimo.⁴⁴

Com o fim da Segunda Guerra Mundial desperta a consciência de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, divisão esta que se reproduz no interior dos Estados, e faz surgir um novo grupo de direitos com características claramente diferenciadas dos anteriores. Possuindo uma índole universal, de incidência a toda população mundial, a denominação de direitos humanos de terceira geração.⁴⁵

Correspondem ao terceiro elemento preconizado na Revolução Francesa: o princípio da fraternidade. Se a liberdade foi o valor que fundamentou as liberdades públicas (direito de primeira geração), e a igualdade fundamentou o acesso a todos aos

⁴³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 124.

⁴⁴ GORCZEWSKI, *Op. Cit.* p. 75.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 76.

bens econômicos, sociais e culturais (segunda geração), e o princípio da fraternidade que fundamenta estes novos direitos.⁴⁶

O Princípio da Fraternidade, entenda-se Solidariedade, foi elevado à categoria de direito fundamental e constitucionalizado em muitas nações, entre as quais na Constituição Federal do Brasil, no artigo 3º, inciso I. Neste sentido, a noção de que a Constituição é uma norma jurídica, dotada de caráter imperativo, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados, embora possa hoje parecer uma completa obviedade, demorou algum tempo para se firmar.⁴⁷ Novamente, invocando lições de Flávia Piovesan, para afirmar "que o movimento de internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, surgindo a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo".⁴⁸

Pretende-se com a doutrina colacionada demonstrar que a solidariedade enquanto valor humano sempre existiu e permeou a conduta humana desde o mais remoto momento da vida tribal. Transformou-se, quando o homem se apossou da terra para cultivar e isso criou a possibilidade de anexação e colonização, e como consequência da escravidão do semelhante e as guerras de subjugação de povos. Este movimento foi largamente demonstrado acima, e que perpassou as três gerações de direitos humanos, a Revolução Francesa de 1789 e a Independência Americana de 1776,

⁴⁶ Ibidem, p. 76.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: editora Lumem Júris. 2004, p. 70.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 131.

para chegar ao limiar do século XX, e ainda a liberdade afeta ao legislativo na primeira geração, a igualdade ao executivo na segunda geração, não puderam ser vislumbradas como soluções no horizonte, pelos pobres do mundo. Surge o tempo do Estado Constitucional, e onde os direitos fundamentais de terceira geração - *da fraternidade e solidariedade*, devem ser garantidos pelo poder judiciário, por intermédio da garantia jurisdicional.

Neste sentido, a impossibilidade de manter separada a teoria da interpretação das leis ordinárias e a teoria da interpretação das normas constitucionais.⁴⁹ O princípio da autonomia da vontade, direito privado por natureza, e o princípio da garantia da dignidade da pessoa humana são colocados para sopesamento desses direitos e valores constitutivos da República frente à ponderação no caso concreto, para prevalecer à justiça ao final e no caso concreto. Cumpre destacar que a constitucionalização do Direito Privado não se resume ao acolhimento, em sede constitucional, de matérias que no passado eram versadas pelo Código Civil. O fenômeno é muito mais amplo, e importa “(...) releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição Republicana”. Propriedade, posse, contato, empresa e família são exemplos de institutos centrais do Direito Privado, que terão de ser redefinidos para harmonizar-se com os princípios solidarísticos inscritos na Constituição.⁵⁰

Decorre, pois que, de acordo com Flávia Piovesan, "os Direitos humanos tornam-se uma legítima preocupação internacional com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. *A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do In Congresso Internacional de Direitos Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2002. p. 3.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. *Direito Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: editora Lumem Júris. 2004, p. 99.

Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948 e, como consequência, passam a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais".⁵¹

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do confronto entre os dois magnos valores da República, o princípio da autonomia da vontade e da propriedade privada, e o da dignidade da pessoa humana consubstanciado aqui como solidariedade-fraternidade, tendo como centro nefrágico a relação de produção liberal-capitalista e a propriedade privada dos bens de produção, o conflito de classe entre possuidores e não possuidores chega-se com certa tranquilidade à conclusão de que tal conflito de valores, ou é intransponível política, econômica e juridicamente pela atividade capitalista e pelo modo de produção mercadológico atual, ou as aparentes dificuldades enfrentadas pelas duas gerações anteriores de direitos humanos, e pelas revoluções libertárias, francesa, americana, alemã, mexicana, e o próprio *Welfare State*, é um grande disfarce declaratório, senão uma falácia sobre solidariedade-fraternidade. Ou então, é hora de a terceira geração de direitos humanos, ao tempo do Estado Constitucional e de Direito em que estamos metidos, com a possibilidade de uso da ponderação de dois dos mais importantes princípios de direitos fundamentais, e diante da constitucionalização o direito privado, da liberdade, da iniciativa e autonomia da atividade e vontade privadas e de outro lado os direitos da pessoa humana, o pleno emprego, a vida digna em comunidade, salário, saúde, educação com qualidade, serem garantias que a jurisdição constitucional poderá garantir. O que se quer por como desafio à hermenêutica atual, é que o Estado

⁵¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 133.

Constitucional e Democrático de Direito, utilize a oportunidade inédita e inusitada, histórica, de tornar factível esta possibilidade da solidariedade-fraternidade, como um direito inarredável à Dignidade Humana, ou então deverá declarar a falência do sistema mercantil e consumeirista atual, e permitir a validade dos pressupostos de seu contrário, o sistema coletivista de propriedade e a apropriação estatal dos meios de produção.

A falta de respostas e de tomada de consciência de que os métodos hermenêuticos tradicionais não dão conta da realidade social judicializada, também não pode levar o intérprete ao outro extremo, qual seja, à interpretação do direito como um ato de simples intuição, carregado com o maior grau de subjetividade possível, a fim de angariar/distribuir/aplicar o “seu justo” ao caso concreto, não se olvidando de que o segundo extremo relatado seja pior ou mais danoso que o primeiro (hermenêutica tradicional).⁵²

Salta aos olhos, a necessidade da lição oferecida pelo orador, ativista e palestrante inglês do século passado, Peter Howard, nesta conclusão, senão vejamos:

Quais são as causas do comunismo? O comunismo é criado não somente por homens malvados, mas pelo vazio nos estômagos e nos corações de milhões de pessoas. Onde quer que exista comunismo, este vazio ainda não foi realmente preenchido. O trabalho não constitui a única necessidade humana, mas também a *dignidade*. É preciso que cada homem faça parte de um plano para transformar e construir o mundo. Karl Marx conseguiu o

⁵² REIS, Jorge Renato dos; FISCHER, Eduardo Ferreira. *Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. In Direitos Sociais e Políticas Públicas. Organizadores, Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1644.

combustível para essas labaredas vermelhas observando em Manchester, no meu país, como os ricos se tornavam cada vez mais ricos e os pobres continuavam mais pobres. Se dois ou três industriais daquele tempo tivessem tido a paixão de transformar o mundo com idêntica intensidade à de Karl Marx, o comunismo nem teria chegado a nascer"⁵³

Salta aos olhos a possibilidade de fazer justiça finalmente, e fazer valer a máxima da fraternidade-solidariedade humanas na comunidade ativa e real, e não apenas entre a família, grupo parental, como outrora, mas entre toda a comunidade de pessoas humanas. Dos mais potentados e possuidores, aos menos privilegiados, e que o Estado Constitucional e Democrático de Direito, pela força da jurisdição o garanta como valor constitutivo da República. A natureza é prodigiosa, e não colocou seus bens e fontes de matéria prima a disposição de uns para não serem alcançados por outros, apenas que o sistema de produção tornou-os seletivos para algum, e inclusive apropriou a força de trabalho de uns pelos outros. Substitua-se então o sistema de produção, e mantenha-se a natureza una para tornar o homem parte dela, e retorne aos homens a fraternidade e a solidariedade entre si, tal qual sua razão os privilegiou diante dos animais selvagens, e lhes deu o que se chama de Dignidade Humana.

⁵³ HOWARD, Peter. *Peter Howard Fala do Brasil*. Conferências realizadas durante a sua visita ao Brasil em janeiro de 1965. Prefácio de Assis Chateaubriand. Associação Brasileira para o Rearmamento Moral. Petrópolis, Rio de Janeiro, 1965, p. 18.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Roberto L. Ferreira. 3a ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. (org.) *A nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

CARSON, Clayborne. *The Autobiography of Martin Luther King Jr.* New York: Warner Books. 1998.

CHASSOT, Attico. *Acência através dos tempos*. 2a. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

CONSTITUIÇÃO da U.R.S.S. de 1936. Traduzido da edição francesa. Moscovo: 1965, p. 23.

COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, São Paulo: Russel. 2002.

ENGELS, Friedrich. *A Dialética da Natureza*. 4ª ed. São Paulo. Paz e Terra. 1985.

GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos Humanos. Dos Primórdios da Humanidade ao Brasil de Hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre. 2005.

HOWARD, Peter. *Peter Howard Fala do Brasil*. Conferências realizadas durante a sua visita ao Brasil em janeiro de 1965. Prefácio de Assis Chateaubriand. Associação Brasileira para o Rearmamento Moral. Petrópolis, Rio de Janeiro, 1965.

JAEGER, Werner Wilhelm. *Paidéia, a Formação do Homem Grego*. Tradução Artur M. Pereira. 4a ed. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. In Obras Escolhidas, Tomo III, Moscovo: Edições Avante. 1985. HOMERO. *Íliada*. Tradução: Manuel Odorico Mendes. São Paulo: Editora Martin Claret. Canto II.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O 18 de Brumário de Louis Bonaparte*. In obras escolhidas, Moscovo: Edições Progresso. 1985.

PERLINGIERI, Pietro. *A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direitos Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002.

PLATÃO. *A República*. J. Guinsburg organização e tradução. São Paulo: Perspectiva, 2006.

REIS, Jorge Renato dos; FISCHER, Eduardo Ferreira. *Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. In *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Organizadores, Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris. 2004.

ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA: Uno diálogo entre la teoría de la norma jurídica e la racionalidad económica

José Borges Teixeira Júnior¹

1 INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como su objetivo a realizar un diálogo entre la Teoría de la Norma Jurídica, en especial obrando con su aspectos de ciencia del derecho, concediendo a ella forma lógica y estructural, de manera a llegar a las limitaciones de la lenguaje jurídica para, así, inserir la doctrina de la análisis económica de lo fenómeno jurídico.

Su propósito primordial es demostrar la compatibilidad e la validad de los estudios y postulados de la economía como vector de interpretación (*rectius*, concreción) de normas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico, inclusive en preponderancia a valores hay mucho refutados como vagos, ambiguos y huérfanos de certeza, como la noción de justicia.

Ciertamente, no se estás aquí a mirar la análisis económica del derecho como lo solo fundación para la construcción de normas jurídicas dotadas de contenido semántico, pero que apenas se busca a demostrar o significativo grado de seguridad e objetividad que esta doctrina concede al científico del derecho en su trabajo.

¹ Experto en Ciencias Criminales pela Universidad Cândido Mendes (UCAM) e Juez de Derecho da Corte del Estado de Espírito Santo, Brasil.

2 LA TEORÍA DE LA NORMA Y LA ANÁLISIS ECONÓMICA DEL DERECHO

El derecho es formado por lenguaje.

Sea el lenguaje formateado bajo el discurso prescriptivo de las declaraciones oriundas del Derecho Positivo o bajo el discurso descriptivo de los enunciados por la ciencia del derecho, el lenguaje es el coeficiente universal sobre el cual se forma.

En verdad es posible decir que el derecho positivo se encuentra cobertizo de una lenguaje, propia a su modo de expresión, la cual hasta mirada a la disciplina de lo comportamiento humano, en el cuadro de sus relaciones de intersubjetividad.

Por otro lado, sobre el universo de estas declaraciones preceptivas el científico del derecho se centra, observándolas, investigándolas, interpretándolas y describiéndolas segundo determinada metodología teniendo, como el producto de su trabajo, otras declaraciones, pero de carácter descriptivo, con el fin de operar un metalenguaje de núcleo científico.

Eso es lo que esclarece TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM:

A Ciência do Direito (dogmática) descreve o direito positivo na sua estrutura hierárquica a partir do postulado da norma hipotética fundamental, 'cuja função consiste em legitimar a Lei Constitucional, outorgando-lhe validade sintática'. Portanto, a função da Ciência do Direito é eminentemente descritiva de normas jurídicas válidas. Trata-se de uma metalinguagem. Nesta esteira, os enunciados científicos adquirem valência ou falsidade. Por sua vez, o direito positivo é vazado em linguagem empregada em sua função prescritiva (linguagem diretiva de condutas), motivo pelo qual seus elementos (as normas jurídicas) são válidos ou inválidos

(critério de pertinência) (MOUSSALLEM, 2006. p. 50).

Importante así la hábil observación de LOURIVAL VILANOVA para afirmar que “altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito” (VILANOVA, 1977. p. 3-4).

En ese diapason, para la ciencia del derecho, el discurso producido por el legislador se muestra reducible siempre en reglas jurídicas, cuya composición sintáctica, en la visión de PAULO DE BARROS DE CARVALHO, si revela en la constante de un juicio condicional, en que se asocia un resultado a la realización de un acontecimiento fatico previsto en el antecedente (CARVALHO, 2013. p. 93).

Para la formación de este juicio condicional, es el científico quien asocia los enunciados prescriptivos constantes del Derecho Positivo para la formación de esa unidad lógica, de ese juicio condicional.

En una abstracción lógica, la norma jurídica puede a ser reducida en una fórmula que así se presenta:

$$N_j = \{(Cm \cdot Ct \cdot Ce) \rightarrow (Cp \cdot Cq)\}^2$$

O sea, sin embargo da estructura lógica de la norma, cuando esta hay concretizada en el ordenamiento jurídico, o agente emisor de declaraciones prescriptivas o hay mediante o uso de su lenguaje propia, completando a los criterios hasta hablados.

² Abstractamente reproducidas arriba están los códigos lógicos a la respecto de la acción (Cm), tiempo (Ct) y espacio (Ce) e que estarán semánticamente desarrolladas en cualquier proposición hipotética o descriptiva. Además, en lo esquema lógico de la norma jurídica también están contenidos dados a respecto dos sujetos (Cp) e comportamiento (Cq) que deben a hacer.

Por lo tanto, es punto de partida inexorable para la formación de esta norma jurídica – dita por el referido jurista cómo “unidad mínima e irreductible de significación del deóntico” – que el intérprete entre en contacto con el lenguaje utilizado por el legislador.

Ocurre que, según los ensañamientos doctrinarios modernos, el sujeto cognoscente simplemente no “descubre” o “desenreda” lo que se encontraba oculto en el texto, pero sí lo construye, a partir de sus prejuicios, de su ideología y de su conocimiento de mundo, o, como afirma el referido doctrinador, “de su universo de lenguaje” (op. cit., p. 197).

Tanto es así que HANS KELSEN ya se dijo lo siguiente acerca de la interpretación de la ley:

[...] a questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito Positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito [...] Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas (KELSEN, 1998. p. 393).

Igualmente el jurista RICARDO A. GUIBOURG, para estudiar la cuestión de los criterios de las resoluciones judiciales, por lo pontificara:

[...] advertiremos que la confusión en la que se debate la teoría general del derecho no es fruto del azar, sino consecuencia del conflicto entre propósitos simultáneos y, a su

vez, fuente de buena parte del poder persuasivo de la argumentación jurídica. [...] Verdad es que esta inconsecuencia es a menudo asumida alegremente por los abogados; pero tal hecho no es sino una muestra de la preeminencia que, en la práctica jurídica, suele darse a la persuasión respecto del rigor sistemático. La profesión jurídica, en efecto, se halla dedicada desde hace milenios a la tarea de *persuadir* (GUIBOURG, 2011. p. 25-26).

Realmente, la concretización de normas jurídicas trabaja con significaciones diversas a depender de sus intérpretes y, como establecido también por HANS KELSEN en su obra *El Problema de la Justicia*, hay una nítida fragilidad semántica del concepto de *justicia* como vector interpretativo (y, vía de consecuencia, creativo) de las normas jurídicas.

Eso porque, en un proceso comunicativo, lo contenido de la mensaje si encuentra **siempre** en lo sujeto receptor de la mensaje, e no en su emitenente, de modo que cabe aquello la construcción de lo sentido.

Así, correcto LUDWIG JOSEPH JOHANN WITTGENSTEIN en hablar que “los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo”, una vez que “[...] no podemos pensar lo que no podemos hablar” (WITTGENSTEIN, 2001. p. 116).

Con lastro en otras premisas pero llegando a la idéntica conclusión, mira a la argumentación de MISAEL TIRANO ACERO:

[...] la justicia como un concepto abstracto y fundante de los modelos sociales, no es una única y estable noción en el tiempo, por lo contrario, consiste esta categoría en un fenómeno mutable, así pues existen múltiples y variadas nociones del concepto

de justicia en sí, sino también de la posibilidad o imposibilidad de llevar a cabo la misma de manera efectiva, por tanto la justicia no es plena, es fragmentada [...] (ACERO, 2017. p. 68).

Es por esa razón que consideramos lo aspecto del análisis económico del Derecho como un norte hermenéutico válido y dotado de bases lógicas – no tan ambiguo, tan fluido y controvertido – para la construcción de normas jurídicas.

El raciocinio de economía vuelto al Derecho significa cuestionar, en el proceso de consolidación de las normas jurídica, cuáles las consecuencias que aquella regulación producirá en el mundo fenoménico, en el cual individuos racionales³ ajustan sus acciones en consonancia con las reglas del Derecho Positivo puesto en la cara de sí mismo.

De acuerdo con STEVEN SHAVELL, la vista económica puede tener su origen principalmente en sus escritos acerca de la criminalidad en BECARIA (1767) y, especialmente, por la pluma de JEREMY BENTHAM (1789).

Esto último hay desarrollado en significativos detalles la idea de que sanciones pueden a la desalentar conductas negativas e que sanciones deberían ser empleadas cuando efectivamente función pero no cuando se muestren insuficientes a su propósito (SHAVELL, 2004. p. 4).

El campo del análisis del Derecho a través de la economía visa tanto explicitar y predecir el comportamiento de las personas reguladas por las reglas jurídicas cuánto si presta a intentar mejorar

³ La racionalidad de los actores sociales, para los fines de este trabajo, será **presupuesta**, dejándose de lado, sólo para los fines propuestos en el trabajo, los recientes trabajos, *v.g.*, en psicología comportamental y conexos, los cuales ampliarían por demás el alcance.

las reglas puestas, apuntando aspectos en enunciados existentes o constantes de proyectos legislativos acerca de consecuencias no imaginadas o deseadas.

Así haciéndolo, es posible también a ese campo de análisis que auxilie en la propia formación de las normas jurídicas en sí, asegurando significados compatibles con los propósitos del sistema de Derecho Positivo, por una apreciación que, segundo entendemos, se revela más pasible de controle social del que el socorro a valores de ínfima concreción semántica, como la justicia.

Conforme dicho por DAVID D. FRIEDMAN acerca del valor justicia, ella “[...] no otorga una explicación adecuada a las leyes, tanto porque es irrelevante a un sorprendente número de cuestiones legales y porque no poseemos una teoría adecuada del que hace algunas reglas jústalas y otras injustas” (FRIEDMAN, 2000, p. 03. Traducción libre).

Y se va a afirmar que:

[...] en muchos casos, aunque probablemente no todos, es que las reglas que creemos que el apoyo porque son justas, en realidad son eficientes. **Para aclarar esto he elegido ignorar por completo los problemas de justicia al realizar el análisis.** Al medir en qué grado un conjunto de reglas legal tiene éxito en dar a cada uno lo que quiere, y lo juzgar en consecuencia, **trato en un plan idéntico mi deseo de mantener la mi propiedad y el deseo del ladrón de tomarla para sí.** A pesar de esto, por lo que, como veremos, gran parte de lo que parece ser justo – por ejemplo, las leyes contra el robo y lo deber de que las personas no hagan el desorden a ellas solucione – revelar otros valores. (op. cit. Énfasis añadido. Traducción libre).

La mayoría de los análisis económicos del Derecho consiste en trazar las consecuencias de asumirse que las personas son más o menos racionales en sus interacciones sociales y, conforme magisterio de RICHARD A. POSNER, la racionalidad implica en la toma de decisiones, las cuales deben ser tomadas, de vez en cuando, en condiciones de incertidumbre profunda al que los economistas devotaran una gran atención; de estos estudios surgen los principios lógicos de esta doctrina (POSNER).

Aún acerca de la dicha elección racional, afirman CRISTIANO CARVALHO y ELY JOSÉ MATOS que el método económico aplicado al comportamiento humano implica que los individuos normalmente actúan de forma racional, buscando mejorar su bienestar y evaluando sus elecciones a través de una evaluación coste/beneficio, con el alerta de que no hay de confundirse decisión racional con la decisión acertada o correcta, no significando, con eso, que la alternativa optada por el sujeto sea, de hecho, la mejor para sí o para otros.

El punto nuclear de la elección racional, así, se encuentra en la ponderación coste/beneficio realizada por el individuo, raciocinio que funciona así como mecanismo regulador, punto de partida, así, del análisis económico del Derecho (CARVALHO y MATOS).

Un muy importante ejemplo de funcionamiento práctico del análisis económico del derecho hasta presentada pelo ya citado DAVID D. FRIEDMAN.

El autor truje uno caso de garantía de habitabilidad no reversible (*nonwaivable warranty of habitability*), una doctrina legal de algunas Cortes para la cual departamentos necesitan atingir a la ciertos padrones acerca de mejoras como calefacción, agua caliente e por veces mismo la presencia de aire acondicionado, estaban o no previsto en el contrato.

Aparentemente, estas son fallos justos a los casos propuestos.

Las personas, en teoría más frágiles (dado no tener bienes raíces), son beneficiadas pelas determinaciones de las Cortes, asegurando un bienestar general que, de otra forma, no o sería, de manera que, en el aspecto de la justicia, tales fallos encuentran-se correctamente fundamentados.

Pero a lo largo del tiempo, o raciocinio económico muestra que estas obran en un sentido absolutamente contrario.

Como lo hay dicto, en todo contrato de renta ahora automáticamente se incluye una garantía de calidad. Esto torna la renta más atractivo a lo inquilino e más caro a lo propietario. La curva de oferta, la curva de demanda e o precio, lo valor de la renta do departamento, todos se elevan.

La cuestión, delo punto de vista do propietario, no es se las mejoras valen alguna cosa pero se ellas valen o que a ele costarán, y la respuesta poden muy bien ser “no”.

En esta hipótesis, los propietarios por supuesto irán a reajustar el valor de los alquileres en consonancia con los costes que tuvieron en la implementación de las mejoras, lo que, a bien de la verdad, hará los contratos más caros.

Contratos más caros evidentemente no estarán al acceso de los mismos inquilinos que otrora y, en verdad, sólo los locatarios con mayor poder adquisitivo podrán alquilar tales inmóviles, generando con eso una situación peor tanta al locador (sin la misma demanda por su bien), cuanta el locatario (defenestrado de su casa), en peor situación que otrora.

En verdad, o autor concluye que, pela mira de un observador cínico, podrá se afirmar que “[...] a real función de esta doctrina é a de obligar personas pobres para fuera de las jurisdicciones que la adoptan [...] con vistas a proporcionar

viviendas de calidad para los que efectivamente pueden delas disfrutar” (op. cit. 10-11).

Otro ejemplo, esto diste autor, dice respecto a lo acceso a la justicia.

Ora, en Brasil, la Constitución Federal de 1988 hay traído varias determinaciones con lo objetivo de asegurar a los ciudadanos que a ellos no fose negado o amplio acceso a los órganos jurisdiccionales, trayendo para tanto una serie de medidas das más diversas, entre ellas a noción de gratuidad de justicia.

En brevísimas palabras, o ingreso de expedientes judiciales demanda o pagamento de un tributo (las “custas”, según la práctica forense). La Ley, todavía, asegurara a las personas que sean pobres o acceso judicial sine cualquier contraprestación a lo Estado, o sea, gratuitamente.

Tales declaraciones prescriptivas, a una primera mira, podrían ser consideradas como “justas”, de manera absoluta. Sin embargo, cuando se ve que aquella Ley no establece – con el fulcro de no obstaculizar lo acceso a la justicia – mayores requisitos para la comprobación de la condición de miseria, resta evidente o campo abierto para abusos de todos los tipos.

Eso porque es *racional* do individuo que, a ser confrontado con una situación de pleno gaño⁴, inmediata e prontamente dela se valla.

⁴ Llamamos situación de pleno gaño aquella en que un sujeto (S_1) encuentre-se en un estado “X” de bienestar e que a él se ponga una oportunidad “Y” cualquier, capaz de llevar su estado de bienestar a “X₂”. Como todo ser racional, S_1 ponderará sus riesgos y beneficios de la oportunidad de lanzamiento de Y. Ocurre que, en esto caso, S_1 , acaso no logre éxito en se salir bien sucedido en ninguna hipótesis se terminará en una situación inferior a X (v.g., una situación X₃). Podrá si, atingir a X₂ (mayor bienestar que X), pero nunca caer en un plano menor; o sea, su gaño es pleno en cualquier hipótesis.

Las lecciones de PONTES DE MIRANDA son muy claras no sentido de que no momento en que alguien si siente herido en algún derecho que suponga tener, tale hecho es puramente psicológico; la busca de la tutela jurídica se da no porque lo ciudadano tenga – e tampoco así sería asumido – algún derecho subjetivo cualquier ante otro actor social, pero apenas porque lo ciudadano declara esa pretensión ante lo Estado-juez (PONTES DE MIRANDA, 1970. p. 233-234).

En así seno, a si tratar de un sentimiento meramente psicológico, es bien verdad que lo individuo, pudiendo resolver tal cuestión en una situación de “pleno gaño”, **independientemente** de poseer o no o derecho, exclusivamente por no ariscar a nada de su bienestar, venga a ingresar con peticiones as más diversas en juicio, apenas con lo propósito de incrementar su estado.

Todavía, es preciso pontificar, desde logo, que **derechos cuestan dinero**.

Tal asertiva, pero que obvia, es tan relegada e olvidada, sea pelo legislador o pelo aplicador do Derecho, que justifica sea dicha.

Apenas como un ejemplo, la propuesta de presupuesto para lo año de 2017 o Poder Judicial de lo Estado de Espírito Santo (Proyecto de Ley n.º 293/2016) contemplaba un gasto total de R\$1.113.708.359,00 (un bilao, ciento e trece millones, setecientos e ocho mil e trescientos e cincuenta e nove reales).

De estos, vendrán exclusiva y directamente del tesoro del monedero estadual el valor de R\$948.244.359,00 (novecientos e cuarenta y ocho millones, doscientos e cuarenta e cuatro mil e trecenos e cincuenta e nove reales), correspondientes a 85,14% del total, mientras que los demás valores (R\$165.264.000,00) saldrán de recaudaciones propias del Poder Judicial, a saber, las cuestras y emolumentos.

Tal cuantía (ácima de uno bilao de reales), es bueno que si diga, se destina a la satisfacción de un derecho fundamental dicho de “primera dimensión”, en la expresión de INGO WOLFGANG SARLET, cual sea, lo derecho de acción, de si buscar una tutela jurisdiccional de lo Estado-juez ante una pretensión fática o jurídicamente resistida (SARLET, 2007. p. 49-50).

Ocorre que, lo derecho de acción es apenas uno de los derechos de tutela judicial de lo ciudadano, de manera que también él tiene derecho a amplio acceso judicial (o que obliga a lo Estado la pulverización de unidades judiciales pelo territorio, pondo los órganos judiciales próximos a lo pueblo) e la razonable duración de lo proceso (que inevitablemente exige un aparato judicial, técnico y humano, capaz de dar celeridad a las demandas ajuiciadas); todo eso, evidentemente, a un coste.

Por lo tanto, se exhibe que si demuestra de manera tranquila que la búsqueda de la tutela jurisdiccional posee costos, y significativos, a los pagadores de tributos, os cuales apenas se aumentan cuando se permite un acceso indiscriminado a cualquier servicio público, aunque con las mejores de las intenciones.

Esta percepción ya fuera objeto de las lecciones de STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN, que así dijeron:

[...] à óbvia verdade de que os direitos dependem dos governos precisa ser adicionado seu corolário lógico, um rico em implicações: direitos custam dinheiro. Direitos não podem ser protegidos ou aplicados sem fundos e suporte públicos. [...] Tanto o direito ao bem-estar quanto à propriedade possuem custos públicos. O direito à liberdade contratual possui custos públicos não menores do que o direito à saúde, o direito à liberdade de expressão não menos do que o direito à moradia. Todos

direitos exigem do erário (HOLMES e SUSTEIN, 1999. p. 15. Tradução livre).

Apenas a título de ejemplo de situaciones en que una determinada declaración prescriptiva del derecho puede ser ineficaz para los intereses pretendidos pelo legislador, el Consejo Nacional de Justicia del Brasil (CNJ) realizara pesquisa no alcance do sistema de cortes de causas de menor complexidad (de acceso franco a cualquier ciudadano) e observa situaciones impensables e no previstas pelo constituyente de 1988⁵.

3 CONSIDERACIONES FINALES

Ante todo cuanto fuera expuesto, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. El Derecho Positivo es un sistema formado de lenguaje, consistente en declaraciones lingüísticas de naturaleza prescriptiva y, sobre ello, se forman los enunciados de moldes descriptivos emitidos pela ciencia del derecho;

2. La norma jurídica, mientras estructura lógica de uno deber-ser, no se encuentra en lo ordenamiento jurídico en sí mismo, pero reside, al revés, en la ciencia de derecho, que une las declaraciones prescriptivas del Derecho Positivo;

⁵ De acuerdo con los registros de discusión en el Asamblea Constituyente de 1988, los “tribunales de pequeñas causas”, como se tornaran llamados popularmente, tenían como objetivo o de “identificar las barreras teóricas y prácticas existentes no Poder Judicial para la realización de la justicia”, asegurando un brazo del Poder Judicial simples, próximo a lo ciudadano, célere y cuyo procedimiento fuera dotado de una oralidad y sencillez non posibles en el proceso ordinario. Entretanto, en esta pesquisa lo CNJ hay observado un uso masivo de estos tribunales por personas jurídicas contra personas naturales (superior a la 50% dos expedientes) para la satisfacción de pequeñas dividas comerciales, o sea, imputando lo riesgo de sus negocios a la colectividad, en ración da gratuidad plena de acceso de esto ramo de la justicia brasileña.

3. A lo mismo tiempo, sin embargo, lo científico del derecho cuadra por atribuir sentido a los signos servidos pelo Derecho Positivo según sus prejuicios, valores y cultura, con lo fulcro usual de encontrar lo significado que él se revele más “justo”;

4. Todavía, lo concepto de justicia es una expresión dotada de vaguedad y de ambigüedad pasibles de intercambio a longo de lo tiempo y espacio, ración pela cual inclusive a ciertos autores no puede servir a la ciencia del derecho;

5. En esto momento, la análisis económica del derecho, marcada pela apreciación de las conductas humanas dejando do principio de la *racionalidad* de las decisiones tomadas pelos individuos en sus vidas, puede servir a lo derecho no solo para juzgar la efectividad de una regla legal o para proponer otra que sea más económicamente adecuada a lo caso concreto, pero también para operar en la **formación** de la norma jurídica, evidentemente no como único y exclusivo criterio para lo hermeneuta, más como importante herramienta de construcción de un sentido a las reglas jurídicas de conducta, concediendo su objetividad y comprobación empírica de resultados a lo labor do intérprete legal.

4 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACERO, Misael Tirado. Trata de personas: implicancias de la política pública y su efectivización. In: NIEVES, Isabel C. González y DONZIS, Rubén (Coord.). **Trata de personas**: análisis socio-jurídico y socio-económico de los recursos disponibles para la eficacia de la ley. Buenos Aires: Heliasta, 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: linguagem e método. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Cristiano Rosa de e MATOS, Ely José. **Análise Econômica do Direito Tributário e Colisão de Princípios**

Jurídicos: um caso concreto. Disponível em: http://works.bepress.com/cristiano_carvalho/20/. Acesso em 29/12/2016.

DA SILVA, Paulo Eduardo Alves et al. **Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>>. Acesso em 19 de janeiro de 2017.

FRIEDMAN, David D. **Law's order: what economics has to do with Law and why it matters**. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

GUIBOURG, Ricardo. **El fenómeno normativo: acción, norma y sistema**. La revolución informática. Niveles del análisis jurídico. Buenos Aires: Astrea, 2011.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on Taxes**. New York: Norton & Company, Inc, 1999.

KAPLOW, Louis e SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**. Cambridge, [?]. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/251.pdf>. Acesso em 28 de dezembro de 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **O Problema da Justiça**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2007.

POSNER, Richard A. **Values and Consequences: an introduction to economic analysis of law**. Cambridge, [?]. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf>. Acesso em 28 de dezembro de 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SHAVEL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e Sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. São Paulo: Edusp, 2001.

LA REMOCIÓN FORZADA DE LOS HABITANTES DE FAVELAS EN RÍO DE JANEIRO PARA LOS JUEGOS OLÍMPICOS DE 2016: El caso de Vila Autódromo

Marcelo Lessa da Silva¹
Jannice Amóras Monteiro²
Maria Gabriela de Assis Souza³

1 INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 conjuntamente con el Código Civil Brasileño de 2002 y la Ley 10.257/2001 establecieron una nueva forma de interpretación del derecho real de propiedad, que antes considerado absoluto, pasa a sufrir severas interferencias en consonancia con la existencia o no de una adecuada función social, una de las funciones esenciales apuntadas por el ordenamiento jurídico brasileño y que merece total protección jurídica es su utilización para fines de vivienda.

¹Profesor de la Facultad Nacional de Derecho, Maestro en Derecho por la Universidad Católica de Petrópolis ; Alumno del Programa de Doctorado en la Universidad de Buenos Aires; Mestrando en Derecho por la Universidad Veiga de Almeida; Especialista en Derecho Público, Derecho Civil, Derecho Internacional y Derecho Notarial y Registral.

² Doctora en Derecho Internacional por la Universidad de São Paulo (USP) y en Derecho Civil y Comparado de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Master en Derecho de las Relaciones Sociales por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista en derecho notarial y registral. Registradora de Inmóviles en Minas Generales.

³ Profesora en los cursos de graduación en la FANORTE; Alumna del Programa de Doctorado por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Abogacía Laboral, Docencia de la Enseñanza Superior, Derecho Constitucional. Abogada actuante en las áreas Civil, Laboral y de consultoría empresarial.

Sin embargo, con los diversos cambios observados en el escenario urbano carioca en los últimos años, principalmente, por la realización de la Copa del Mundo de 2014 y, más recientemente, por la instalación de los aparatos necesarios para los Juegos Olímpicos de 2016, el Poder Público Municipal viene actuando de forma incisiva en un proceso de embelesamiento de la ciudad maravillosa utilizándose para tanto de medidas de desapropiaciones y remociones que tiene como objetivo principal las comunidades o barrios más carentes, imperando, sobre todo, técnicas y estrategias violadoras de los derechos humanos, previstos en los tratados internacionales de la cual lo Brasil es signatario, y de los derechos fundamentales previstos en la constitución de la República Federativa de Brasil de 1988.

Al avanzar en las obras por la ciudad, familias son retiradas de sus casas y, consecuente-mente, de las regiones donde viven sin el menor resguardo de su ciudadanía por parte del ente público. Además de eso, en el caso especial de Vila Autódromo, comunidades de pescadores, que es localizada entre el Parque Olímpico y la Laguna de Jacarepaguá, cerca de 2.500 habitantes sufren, constantemente, con la posibilidad de ser removidos, de manera forzada, para reasentamientos que quedan en áreas distantes de la ciudad, sin ningún poder de elección.

Delante de este escenario nace un movimiento social por parte de los habitantes de estas áreas, principalmente de Vila Autódromo, en el mantenimiento de sus casas y del derecho de vivir en el lugar donde construyeron sus raíces e identidades culturales, sociales y laborales.

La comunidad se organizó a través de la asociación de habitantes y buscó compañeros externos para fortalecer el movimiento de resistencia a la pretensión del poder público

municipal, inclusive con la judicialización de sus derechos de permanecer en el local donde viven hace más de 50 años.

La Defensoría Pública del Estado de Río de Janeiro en asociación con habitantes de las áreas alcanzadas elaboró un documento, indicando al Poder Judicial todo el des respeto que ha sido practicado por las acciones equivocadas y por la lamentable interpretación obsoleta realizada por los patronos de los gestores públicos.

De esta forma, por más que el principio de la supremacía del interés público sobre el interés privado haya encontrado resguardo, casi que de forma absoluta, en los enseñamientos jurídicos de las doctrinas patrias, tiene se observado un movimiento que realiza una interpretación humanista, creando excepciones, cuando tal principio confronta el derecho a la vivienda por exceso o abuso de poder por parte de la Administración Pública Municipal de Río de Janeiro.

El problema de la investigación consistió en la investigación acerca de las acciones realizadas por el Poder Público Municipal de la ciudad de Río de Janeiro que en consecuencia interfiere en el derecho a la vivienda de los habitantes de las áreas removidas, a partir del análisis doctrinaria, jurisprudencial y por medio de documentos elaborados pela Defensoría Pública de Río de Janeiro, para que, al final de la investigación, si pueda presentar el proceso de política pública implementada por el Municipio con respecto a las acciones relativas a los Juegos Olímpicos de 2016 y las consecuencias/reflejos en la violación al fundamento constitucional de la dignidad de la persona humana a través de la violación al derecho humano y fundamental a la vivienda como resultado de las remociones forzadas directa o in-directamente por el poder público.

El principal objetivo es identificar, pautándose en los pensamientos jurídicos actuales, que la supremacía del interés público no puede ser invocada sin, al menos, ser ponderado el principio fundamental de la dignidad de la persona humana, interpretado en correlación con el derecho a la vivienda, en el que concierne al destino de los habitantes de las regiones afectadas por las obras para los Juegos Olímpicos de 2016.

La metodología utilizada está pautada en la investigación bibliográfica, realizando investigación doutrinária más actualizada relacionada al tema, así como en el estudio jurisprudencial, principalmente en las decisiones que valoran, cada día más, los derechos de los habitantes de las áreas afectadas, por medio de un control del principio de la supremacía del interés público, además de la investigación empírica en el acompañamiento del deslinde del caso.

La investigación, en fase preliminar, ya identificó una nueva interpretación que ha sido dada al derecho de los habitantes residentes de las regiones afectadas por las obras, así como la elaboración de una serie de nuevas tesis que suministran guarda a los desalojados, para que en las presentaciones de las demandas judiciales, que pleitean en contra el Municipio de Río de Janeiro, puedan requerir de forma digna, valores justos y razonables por los cuales puedan alcanzar lo que es estipulado constitucionalmente en el derecho fundamental a la vivienda.

Existen varios factores presentados por la administración para tal remoción, sin embargo, ninguna consigue justificar la clara ofensa al derecho constitucional a la vivienda y al derecho de posesión pertenecientes a las familias que allá residen a tantas décadas. Sumado a ese derecho, se hubo los años 90, la concesión por el Gobierno del Estado a los habitantes a Concesión del Derecho Real de Uso con duración de 99 años, y posteriormente,

en 2005, la aprobación de la Ley Complementaria n° 74/2005, donde el área de Vila Autódromo fue transformada en Área de Interés Social, que con el advenio de la Ley n° 11.977/09 a elevó la condición de prioridad para la implementación, por parte del poder público, de la Regularización de tierras de Interés Social.

2 DE LA DINÁMICA DEL FUNCIONAMIENTO DEL MOVIMIENTO

Considerando que movimientos sociales surgen de determinadas coyunturas o movimientos específicos, evidenciase que están sujetos la fases distinguidas durante el proceso de surgimiento y extinción, para Sztompka (p. 480) entre la fase inicial y final “los procesos y cambios constantes ocurren en su interior, envolviendo sus miembros y sus organizaciones, instituciones y sistemas normativos constitutivos.” Sztompka afirma aún, que la dinámica interna de los movimientos sociales tiene fases principales distinguidas: Origen, Movilización, Desarrollo estructural y Término.

En este estudio se analizará la primera fase como forma de desarrollar más precisamente los cuatro campos de la realidad sociocultural. Así, será presentado los cuatro campos de estructuras preexistentes que influyen en la origen de los movimientos: ideal, normativa, interactiva (organizacional), intereses (desigualdades sociales). En cuanto al origen, Sztompka (1998) afirma que todo movimiento social nace en el interior de una estructura anteriormente concebida (preexistente) que provee inicialmente el movimiento.

La dimensión ideal consiste en el conjunto de las ideas que envuelven, en este caso, tanto las acciones del poder municipal como el movimiento de resistencia iniciado por los habitantes, a partir de las cuales son moldeadas sus convicciones e ideologías,

donde se definen sus objetivos como también se identifican posibles aliados y adversarios.

El movimiento de resistencia de los habitantes tiene sus ideales clavados en los propios movimientos sociales tradicionales por la lucha del derecho a la tierra y de no ser removidos de sus viviendas.

En esta dimensión se observan ideales estatales de embelesamiento e higienización de la ciudad, ya empleados en otras gestiones y colocados en práctica actualmente, teniendo como argumento fundamental los Juegos Olímpicos de 2016.

En el caso de Vila Autódromo, durante la preparación de los Juegos Panamericanos, la Prefectura había condenado el barrio a la muerte. Sin embargo, la resistencia de los habitantes se mostró eficaz y la ciudad democrática fue capaz de asociar instalaciones deportivas con vivienda social.

Sin embargo, anunciadas las Olimpíadas en Río de Janeiro, vino nueva condena: la comunidad amenazaría la seguridad de los atletas. Sin embargo, se constató que Vila Autódromo es uno de los pocos barrios populares de la ciudad que no está sometido a traficantes o milicias. Otro argumento surgió, ahora de protección al medio ambiente, alegando la necesidad de remoción para preservar las márgenes de la Laguna de Jacarepaguá.

Los habitantes con el apoyo de la Universidad Federal Fluminense (UFF) y la Universidad Federal de lo Río de Janeiro (UFRJ) mostraron que es posible a la recuperación ambiental, sin destruir las casas a través del Proyecto popular de Urbanización vencedor de premio internacional.

La cuestión de la ideología estatal fundada en el interés público de sus acciones es objeto de estudio de algunos investigadores en el trato de las necesarias remociones ocurridas en la ciudad de Río de Janeiro. Al contrario de la naturalidad de

remociones o desapropiaciones para la realización de grandes intervenciones urbanas en la organización de Mega eventos como la Copa del Mundo o los Juegos Olímpicos de 2016, para el arquitecto Lucas Faulhaber (2015), la cuestión es otra: Tantos los BRTs como el Parque Olímpico o la revitalización de la Zona Portuaria son usados, moldeados, justamente para viabilizar la retirada de una favela. *“No es que ellas necesitan salir porque el trayecto pasa en medio. No. El trayecto fue intencionalmente colocado encima de la favela.”*

Y continúa afirmando que en las áreas donde las ocupaciones son irregulares, siendo lo morador sólo poseedor y no propietario, que el argumento utilizado por la prefectura para a remoción o desapropiación era en más del 40% de los casos, por tratarse de área de riesgo.

Es un argumento difícil de ser refutado, porque el motivo es querer salvar su vida. Pero existen ejemplos en la estradinha Botafogo, en el Muero de la Providencia y en Santa Marta, que habitantes consiguieron una asesoría técnica para hacer uno contra laudo. En el muero de la Providencia, habían marcado 800 casas en riesgo, e inmediatamente quedó probado que no era así. [...]Para la construcción del BRT Transoeste, por ejemplo, favelas como Vila Recreio II fueron retiradas, pero el terreno continúa vacío. Si alguien necesitara salir de hecho, podría haber sido reasentado en la propia comunidad. El correcto debería ser urbanizar esos espacios, no remover. (Faulhaber, 2015)

Los ideales que motivan el poder estatal que se utilizan de esos grandes proyectos para remover y desapropiar esa población refleja lo que realmente esas comunidades representan históricamente para la ciudad.

Los territorios populares siempre fueron algo que tiene que ser combatido. Desde la época de las viviendas muy pobres colectivas, en la era del Prefecto Pereira Pasos. Y eso hasta hoy. La favela es vista como el espacio de la criminalidad, de la indignidad humana. Y algo que tiene que ser combatido a partir de argumentos morales, estéticos o ambientales. [...] nadie quiere tener una favela frente a su ventana. Eliminar las favelas significa, por lo tanto, "liberar terreno" y valorar lo que está cerca. La propia política de las UPPs es eso, valorar lo que está en el entorno de la comunidad. (Faulhaber, 2015)⁴

La comunidad de Vila Autódromo surgió como Villarejo de pescadores en los años 60, en una época en que la zona Oeste de Río de Janeiro era prácticamente desierta. A partir de los años 90, bajo la gestión del Prefecto César Maia, la comunidad pasó a convivir con la amenaza constante de ser removida debido a su privilegiada posición geográfica, en la mira constante del expansivo sector inmobiliario.

Aún en los años 90, el Gobierno del Estado finalmente concedió a los habitantes el uso del área por 99 años a través de la Concesión del Derecho Real de Uso. Años más tarde, en 2005, la Cámara legislativa municipal aprobó la ley complementaria

⁴ UPP es un programa gubernamental de Unidad Pacificadora de Policía implantado en las favelas cariocas, en lo Río de Janeiro.

74/2005, que transformó la comunidad en Área Especial de Interés Social.

La historia de Vila Autódromo simboliza todo un legado de remociones y desapropiaciones dejado por la organización de las Olimpíadas de Río de Janeiro. Sólo entre 2009 y 2013, 20.299 familias (cerca de 67.000 personas) fueron removidas — e indemnizadas o reasentadas — de sus casas por la Prefectura debido las recientes intervenciones urbanas o al argumento de que viven en zonas de riesgo, según los datos de la Secretaría Municipal de Habitación (SMH) presentados en el libro SMH 2016: Remociones no Rio de Janeiro Olímpico (Mórula Editorial), del arquitecto e investigador de la UFRJ Lucas Faulhaber y de la periodista Lena Azevedo. Otras miles — no se sabe el número exacto — fueron desapropiadas por decreto (cuando la familia posee la propiedad legal del inmueble).⁵

En el caso específico de Vila Autódromo, la resistencia de sus vecinos hizo con que las compensaciones fueran más altas que las normales, más bien abajo del que realmente valle para la región, lo que inevitablemente ocasiona la expulsión indirecta de la región, pues no consigue adquirir otro inmueble en las proximidades.

La arquitecta Regina Bienenstein, coordinadora adjunta del proyecto y del Núcleo de Estudios y Proyectos Habitacionales y Urbanos (NEPHU), de la UFF explica que:

⁵ BETIM, Felipe. Remoções na Vila Autódromo exponen el lado B de las Olimpíadas del Río. El País, Rio de Janeiro, 05 ago. 2015. Disponible en: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/20/politica/1434753946_363539.html>. Accedido el: 10 out. 2015.

"Muchos están allá hace más de 40 años. Comenzaron con barracos y, al largo del tiempo, fueron invirtiendo en sus casas. Algunos de mis alumnos se sorprenden porque muchas son grandes, pero es que las personas tienen el derecho de mejorar sus viviendas. ! Es natural, es deseable! Lo que siempre faltó fue la presencia del poder público, urbanizando el área".⁶

De esta forma, se percibe que la dimensión ideal, consistente en el conjunto de los ideales, envuelven, en este caso, tanto las acciones del poder municipal como el movimiento de resistencia desarrollado por los habitantes, a partir de las cuales son moldeadas sus convicciones e ideologías, que alimentan y motivan sus acciones

El movimiento de resistencia de los habitantes tiene sus ideales clavados en los propios movimientos sociales tradicionales por la lucha del derecho a la tierra y de no ser removidos de sus viviendas.

Ya al municipio se observan ideales estatales de embelesamiento e higienización de la ciudad, ya empleados en otras gestiones y colocados en práctica actualmente, teniendo como discurso fundamental los Juegos Olímpicos de 2016.

En la estera de la Teoría Analítica de Sztompka la dimensión normativa se constituye de valores, normas e instituciones. En ese sentido en cuanto a la estructura preexistente normativa, o sea, valores, normas e instituciones de la orden normativa establecida, comúnmente, en tratándose de movimientos sociales, en regla, son evaluadas como: ineficientes, inadecuadas o impropias; por obvio, haciéndose objetivo del movimiento en el sentido de modifica-la. Citando Smelser,

⁶ *Ibíd.*

Sztompka (p. 481) afirma que el cambio cualitativo de las reivindicaciones ocurre cuando surgen en el movimiento a “orientación para los valores” frente a la imposibilidad del movimiento “orientados para las normas” por ser fuertemente contrapuestos por contra movimientos, bloqueados por las autoridades, reprimidos o amenazados.

En el caso de Vila Autódromo, el movimiento de los habitantes se subleva contra el modelo de urbanización propuesto por el Poder Público Municipal donde se preveía la demolición de gran parte de Vila, frente a la necesidad de cambio en las vías de acceso al Parque Olímpico que pasarían por dentro de la comunidad.

Existen varios factores presentados por la administración para tal remoción, sin embargo, ninguna consigue justificar la clara ofensa al derecho constitucional a la vivienda y al derecho de posesión pertenecientes a las familias que allí residen las tantas décadas.

Los moradores de la Vila Autódromo recibirán, en los años 90, del Gobierno de Estado, la Concesión del Derecho Real de Uso con duración de 99 años, lo que vencería sólo el año de 2089. Y, posteriormente, en 2005, fue aprobada la Ley Complementaria Municipal n° 74/2005, donde el área de Vila Autódromo fue transformada en Área de Interés Social, que sumándose al advenimiento de la Ley n° 11.977/09 (Programa Mi Casa, Mi Vida – PMCMV) trae para el poder público, en especial el Municipio, el poder-deber de efectuar la Regularización de tierras de Interés Social.

Vale transcribir el tramo de obra publicada por uno de estos autores que analiza la responsabilidad y el poder-deber del municipio en el que se refiere la regularización de tierras de interés social traída por la Ley n° 11.977/09 (PMCMV):

Al Municipio fue asegurada, aún, la posibilidad de permitir, por decisión motivada, la regularización de tierras de interés social en Áreas de preservación permanentes (APPs), desde que tales áreas se encuentren ocupadas hasta 31 de diciembre de 2007, e insertadas en área urbana ya consolidada, haciéndose necesario, en este caso, previo estudio técnico comprobando que tal intervención implicará en mejoría de las condiciones ambientales en relación a la situación de ocupación irregular (art. 54, § 1° de la Ley 11.977/09), o sea, es un modo de mitigar los daños al medio ambiente, ya existentes por fuerza del asentamiento irregular.

En ese punto, resta clara la preocupación del legislador en dotar el Municipio de poder, para efectivamente, mejorar la calidad de vida de la población, ampliando lo que preveía el Estatuto de la Ciudad, ya que en este diploma las áreas de preservación permanentes no eran posibles su regularización, no obstante, sea público y notorio que, en la ocupación irregular del suelo urbano, varias áreas de preservación ambiental también fueron (y porque no decir aún son) ocupadas de forma desordenada. (SILVA, 2015, p. 14)

Importante destacar que la innovación legislativa arriba presentada representa fruto de presiones oriundas de los movimientos sociales en favor de la reforma urbana y rural y de la regularización dominial de las áreas tradicionalmente ocupadas como consecuencia de la exclusión socio espacial vivida en Brasil hace siglos e intensificadas principalmente en la década de 50 con el aumento frenético de la urbanización.

El mantenimiento, regularización y urbanización de Vila Autódromo es un derecho de los moradores conforme dispone el ordenamiento jurídico brasileño actual, resultado de décadas de organización de los habitantes para la urbanización del barrio, a pesar de la omisión del poder público municipal, pero detentores de la concesión del derecho real de uso concedido por el Estado de Río de Janeiro desde 1990.

Además de eso, tiene el respaldo jurídico de los tratados internacionales del derecho a la no remoción forzada y del derecho de vivienda adecuada, prevista de entre otros, en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales promulgado y en vigor en Brasil a través del Decreto n° 591/1992. Además, el derecho a la vivienda es protegido por la constitución federal brasileña como derecho fundamental previsto en el artículo 6°.⁷

En relación al Plan Popular de Urbanización presentado por la comunidad en asociación con las universidades, explica Regina Bienenstein, coordinadora adjunta del proyecto y del Núcleo de Estudios y Proyectos Habitacionales y Urbanos (NEPHU), de la UFF:

No es necesario ser un especialista para constatar el obvio: Vila Autódromo, con su terreno plano, calles abiertas, casas bien estructuradas, además de una población unida, es perfectamente urbanizable. Basta gana política. Y siempre tuvimos una

⁷ Prevé el TÍTULO II - De los Derechos y Garantías Fundamentales en su CAPÍTULO II - DE Los DERECHOS SOCIALES que: Art. 6° Son derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el transporte, el ocio, la seguridad, la sanidad social, la protección a la maternidad y a la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución.

preocupación ambiental. El plan resguarda un rango de protección de la laguna de Jacarepaguá [en teoría, una área de protección ambiental], la recuperación del mangue y de la vegetación nativa, además del reasentamiento de las personas que viven en los márgenes de la laguna para el núcleo de la comunidad. Y desde el inicio nos adaptamos al proyecto del Parque Olímpico.⁸

Ella afirma aunque a pesar del proyecto haber sido enviando para el gobierno municipal aún en 2013, el Prefecto sólo decidió negociar después de las manifestaciones de junio del mismo año.

Él hizo una autocrítica y dijo que ya no quería retirar Vila. Montó un grupo con secretarios de la Prefectura, los habitantes de la comunidad y sus asesores técnicos, en el caso nosotros de la UFF y de la UFRJ. Comenzamos a debatir y la Prefectura presentó una propuesta. Y sobraba muy poco de Vila, muchos tendrían que salir (Regina Bienenstein).⁹

A pesar del proyecto popular presentar soluciones posibles para diversos problemas de la comunidad, y aún estar adaptado al proyecto del Parque Olímpico no fue aprobado por el gobierno municipal.

Más tarde fue presentado un nuevo Plan Popular de Vila Autódromo por la asociación de habitantes juntamente con la UFF

⁸ EL PAÍS. Felipe Betim. **Remoções na Vila Autódromo expõem o lado B das Olimpíadas do Rio**. Rio de Janeiro. 2015. Disponible en: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/20/politica/1434753946_363539.html>. Acceso em: 10 out. 2015.

⁹ Ibid.

y UFRJ con adaptaciones más favorables al ente municipal, pues el primero no fue acepto, aun así no aceptaron y se rompió la negociación con la comunidad y la Prefectura pasó a negociar individualmente con los habitantes. Estrategia de desarticulación de la estructura interaccional ya alcanzada por la comunidad.

La gente fue haciendo algunos ajustes encima del plan original, adecuando a la nueva situación. Era sólo una cuestión, por ejemplo, de alejar un poco esas salidas. Pero en la solución de la Prefectura, quedaba clara la intención de retirar un gran número de familias. Técnicamente había otras soluciones. Conseguimos probar con el plan popular que la permanencia es viable (Regina Bienenstein).

Así, se observó que a pesar de la estructura normativa preexistente de protección a los habitantes de Vila Autódromo el poder público municipal opta apoyarse en la valoración de la supremacía del interés público en la búsqueda de realización en verdad de intereses, tal vez, utilitaristas buscando el embelesamiento e higienización de la ciudad aún delante de la violación de los derechos humanos y fundamentales a la vivienda adecuada, y de la no remoción forzada de los habitantes de esas áreas. Esta tesis evidenciase delante de la negación en adoptar el Plan Popular de Urbanización propuesto por los habitantes y vencedor de premio internacional y que viabilizaba la planificación municipal para los Juegos Olímpicos.

3 CAMPO DE LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA: Dimensión interaccional

La dimensión Interactiva (organizacional) preexistente ha como función posibilitar la interacción entre los individuos de la sociedad, auxiliando en el reclutamiento o movilización de personas, grupos o instituciones para el movimiento. Esa estructura puede ser compuesta por asociaciones, sindicatos, iglesias, grupos organizados, centros de investigaciones de universidades, entre otros, de los cuales los agentes ya participen o que de alguna forma pueda auxiliar el movimiento, o sea, buscar el máximo de aliados que unidos acaban por constituir una red de apoyo social la causa.

Considerando el movimiento social de la comunidad de Vila Autódromo, podemos des-tacar el papel de la asociación de habitantes, de la iglesia local donde todos se reúnen semanalmente para evaluaciones, y aún, buscaran apoyo técnico en la Universidad Federal Fluminense (UFF) y en la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ) a través de sus Núcleos de Estudio e Investigación relacionado al tema de la Habitación. Además de eso, buscaran apoyo de la Defensoría Pública del Estado de Río de Janeiro para las tutelas necesarias junto al Poder Judicial.

La Defensoría Pública del Estado de Río de Janeiro en asociación con habitantes de las áreas alcanzadas elaboró un documento, indicando al Poder Judicial todo el des respeto que ha sido practicado por las acciones equivocadas y por la lamentable interpretación obsoleta realizada por los patronos de los gestores públicos.

Los encuentros de los habitantes de Vila Autódromo son realizados en la iglesia y en la asociación de habitantes y tiene como objetivo reafirmar la unión entre ellos. A pesar de ser violentamente reprimidos continúan.

Es evidente la importancia de fuerzas externas en ese proceso de construcción y fortalecimiento de la identidad del movimiento, teniendo como pre-condición la capacidad del externo en efectuar una lectura de los problemas enfrentados y de la realidad vivida capaz de motivar no sólo una movilización inicial, pero principalmente, su persistencia/mantenimiento continuo y duradera. Delante de eso, se colocan los desafíos del papel y de las formas de mediación.

4 CAMPO DE La ORGANIZACIÓN JURÍDICA: Dimensión de intereses

Por fin, el último análisis del que influencia el origen de los movimientos sociales se refiere a la dimensión de intereses preexistentes (desigualdades sociales preexistentes), o sea, las jerarquías constituidas de riqueza, poder y prestigio. En ese sentido, Sztompka (p. 483) afirma que “las desigualdades económicas y de poder preexistentes y las consecuentes contradicciones y conflictos entre segmentos poblacionales (clases, estratos, grupos de interés, entre otros) son en su mayoría consideradas el principal motivo de la ocurrencia de movimientos sociales”. Está en el cerne de la sociedad esta diferenciación jerárquica.

Después que presentaron esta última versión del plan, las negociaciones fueron abandonadas y el gobierno municipal pasó a negociar individualmente con los habitantes. Comenzó, a partir de entonces, un asedio cotidiano de los operarios de la prefectura, según relatan los habitantes. “El Prefecto mente. Los habitantes están siendo coagidos a aceptar la indemnización”, dice una pichação inmediatamente en la entrada de la vila. Bienenstein explica: “Esos operarios

dicen que la familia debe salir sino van a perder todo. Hacen presión, dentro de la comunidad y dentro de las familias”.¹⁰

Los ideales que motivan el poder estatal que se utilizan de esos grandes proyectos para remover y desapropiar esa población refleja lo que realmente esas comunidades representan históricamente para la ciudad.

La estrategia de desarticulación de las estructuras interactivas (organizacional) ha sido una táctica utilizada por el poder público municipal para conducir la cuestión y dominar poco a poco el territorio en una táctica de guerra fría y aislamiento de los habitantes.

Según testimonios de habitantes están sufriendo asedio y presión de los prepuestos del municipio que cada conquista delante del desistimiento de moradores, entran con los tractores y máquinas pesadas para la demolición de aquella residencia y a la vez destruyen tubería inviabilizando el acceso del agua potable o contaminándola por el contacto con lo agoto ocasionado por su rotura. Usan equipamientos pesados que sacuden las estructuras de las casas vecinas, un recado para desistir también.

Esa presión es la misma estrategia (documentada en el libro SMH 2016: Remojones no Rio de Janeiro Olímpico) aplicada en otras desocupaciones: las personas acaban cediendo y abandonan el lugar, las casas son demolidas y varias pertenencias — fogones, neveras, móviles — son dejados en la calle. Los que quedan pasan

¹⁰ EL PAÍS. Felipe Betim. **Remoções na Vila Autódromo expõem o lado B das Olimpíadas do Rio**. Rio de Janeiro. 2015. Disponible en: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/20/politica/1434753946_363539.html>. Acceso em: 10 out. 2015.

a vivir en un insoportable escenario de guerra, a la vez que son presionados a hacer el mismo. Los habitantes van quedando unos contra los otros y la favela acaba dividida. Y así, poco a poco, va siendo removida.¹¹

Los habitantes tienen certeza que el objetivo es la remoción completa de las familias para que, finalmente, algún tipo de emprendimiento inmobiliario sea realizado.¹²

5 CONSIDERACIONES FINALES

Desde el anuncio de la realización de la Copa y de las Olimpiadas en Brasil, los habitantes de Vila Autódromo se hicieron víctimas de amenazas de remoción. Esta región está situada en zona que, con el proceso de expansión de la ciudad, se hizo mirada de la codicia de especuladores y grandes constructoras. Porque, es uno de los metros cuadrados más caros de la ciudad de Río de Janeiro. Sin embargo, como venimos durante todo ese estudio sus habitantes aprendieron a resistir, afirmando su derecho a la vivienda delante del poder del mercado inmobiliario aliado a los sucesivos gobiernos.

Por fin, la dimensión de intereses preexistentes esclarece las jerarquías constituidas de riqueza, poder y prestigio que envuelve el conflicto. De un lado el poder público municipal con todo su poder Estatal a representar la Supremacía del Interés Público utilizándolo como fundamento para por en práctica las ideologías de una gestión de gobierno clavada en la estratificación

¹¹ EL PAÍS. Felipe Betim. **Remoções na Vila Autódromo expõem o lado B das Olimpíadas do Rio**. Rio de Janeiro. 2015. Disponible en: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/20/politica/1434753946_363539.html>. Acceso em: 10 out. 2015.

¹² Ibid.

socio espacial excluyente a las poblaciones de baja renta que deben ser removidas de las áreas más prestigiadas dando lugar a emprendimientos que deben ser ocupados por poblaciones de renta más elevadas, aprovechándose de los grandes eventos Olímpicos para por en práctica este modelo de urbanización embelesadora e higienizadoras de las áreas nobles de la Ciudad del Río, siguiendo la lógica utilitarista donde los pobres deben ser removidos para otras áreas, de preferencia bien distantes, para que los “ricos” o “no pobres”, puedan vivir más felices.

Actualmente, Vila Autódromo pasa por un intenso proceso urbanístico. Sin embargo, de las 600 familias originarias, sólo 11 permanecieron en la localidad. La propuesta de la Prefectura que está siendo implementada es la reconstrucción da Vila a través de un proyecto urbanístico que cuenta con 20 casas. Además de las viviendas, hay la pavimentación de las calles y la propia urbanización del ahora sub-barrio Vila Autódromo, que costaron cerca de R\$ 3 millones al municipio.

La mediación del proyecto fue hecho por la Defensoría Pública, pero el resultado es fruto de la resistencia de esos habitantes contra la especulación inmobiliaria, además de contar con la opinión pública. La principal cuestión aún es el título de propiedad que aún es una promesa de la Prefectura, responsable directo por la obra.¹³

¹³ Disponible en: < <http://www1.folha.uol.com.br/esporte/olimpiada-no-rio/2016/08/1797472-apos-resistencia-moradores-da-vila-autodromo-recebem-casas-no-rio.shtml>>. Accedido el: 25 de nov. 2016.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Maurício de Almeida. Evolução Urbana do Rio de Janeiro. 4ª edição. Rio de Janeiro: Instituto Pereira Passos, 2013.

AMADO, Aécio. Moradores da Vila Autódromo no Rio fazem manifestação contra a desocupação do local. Agencia Brasil – Empresa Brasileira de Comunicação, Rio de Janeiro, 26 jul. 2012. Disponible en: < <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-07-26/moradores-da-vila-autodromo-no-rio-fazem-manifestacao-contra-desocupacao-do-local>>. Accedido el: 10 out. 2015.

AZEVEDO, Lena; FAULHABER, Lucas. SMH 2016: remoções no Rio de Janeiro Olímpico. 1ª edição. Rio de Janeiro: Mórula, 2015.

BETIM, Felipe. Remoções na Vila Autódromo expõem o lado B das Olimpíadas do Rio. El País, Rio de Janeiro, 05 ago. 2015. Disponible en:

<http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/20/politica/1434753946_363539.html>. Accedido el: 10 out. 2015.

BIAGI, Marta Cristina. Pesquisa científica: Roteiro prático para desenvolver projetos e teses. Curitiba. Juruá Editora. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Accedido el: 10 out. 2015.

_____. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação**. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Accedido el: 10 out. 2015.

_____. **Lei nº 11.977**, de 07 de julho de 2009: Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o

Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm>. Acesso em: 11 mar. 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como Liberdade**. 8ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Marcelo Lessa da. **Regularização fundiária de interesse social: A dura realidade dos municípios brasileiros**. Direitos sociais e políticas públicas [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Clerilei Aparecida Bier, Eid Badr, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 699-726

SZTOMPKA, Piotr. **A sociologia da mudança social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

DIVORCIO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL ARGENTINO Y EL DIVORCIO EXTRAJUDICIAL EN BRASIL

Patrícia da Silva Morais¹

1 INTRODUCCIÓN

El derecho de familia es un asunto que genera habitualmente la demanda ante el poder judicial. De otro tipo, también está presente con frecuencia en el legislativo, ya que las manifestaciones sociales son fenómenos dinámicos en la naturaleza que requiere al legislador la atención para que sus respuestas puedan satisfacer el deseo del hombre promedio. En primer lugar, porque la familia es el núcleo del hombre en la sociedad y se entiende la importancia de la cuestión y en segundo lugar porque este dinamismo es el responsable de la necesidad de la ley también se ajusta a menudo.

Tratar con la disolución de la sociedad conyugal es analizar la grieta en una de las instituciones básicas de la sociedad y que en los últimos decenios ha recibido considerables cambios legislativos. Por lo tanto, los cambios se producen gradualmente, y con más resistencia.

Ha sufrido, y sigue sufriendo, una cadena antidivorcista presente entre las personas de edad más avanzada y también por la

¹ Abogada, Especialista en Derecho Público Red Para la Universidad Candido Mendes y Juris, especialista en Derecho Municipal Para la Escuela Paulista de Derecho, los participantes en el programa de Doctorado de Intensivo en Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Argentina. Graduada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Goiás.

mentalidad cristiana, razón por la cual sólo en el año de 2010 Brasil logró aprobar una legislación más completa sobre el tema, y más tarde en 2015, Argentina aprueba el nuevo Código Civil disciplinar el divorcio con menos trazas de anacronismo normativo.

2 REFERENCIAL

La Iglesia católica dentro de la historia de la humanidad, se encarga de hacer cumplir el comportamiento social cuya reprimenda estuvo asociado a la afrenta desaires divina. La estructura de la familia siempre ha sido y sigue siendo el corazón de problemas que merecen la atención del legislador, porque incluso hoy la Iglesia predica por la indisolubilidad del matrimonio, que se refleja en una unión divina y, por lo tanto, eterna².

En otros tiempos la ruptura del vínculo conyugal, pasaba a la segregación de las personas, porque era una afrenta a las buenas costumbres y la institución de la familia. Hoy en día aún se vislumbran restos de pensamiento en la sociedad, sin embargo, más presente entre los ciudadanos de más edad que han experimentado esta fase de cultura antidivorcista, que corresponde a una incidencia menor si considera otros momentos³.

A causa de esta doctrina religiosa interiorizado en hábitos sociales es que si se cultivan desde hace muchos años este carácter indisoluble del matrimonio, tanto es así que las celebraciones

²DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume V, 20. ed. rev. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. - São Paulo: Saraiva, 2005.

³DINIZ, op. cit.

actuales aún están presentes las palabras clásicas " hasta que la muerte los separe"⁴.

Sin embargo, las unidades de estos preceptos de la religión empezaron a no coincidir con los deseos de la persona en búsqueda de su propia felicidad, y esto, porque es notorio, el conocimiento que los matrimonios celebrados una vez, no se basaron en el amor, pero en la comodidad de la Unión y, en consecuencia, los cónyuges fardaban a una vida entristecida⁵.

A pesar de este hecho es que se ha producido al margen de la legalidad, las separaciones, los cuales no fueron reconocidos por el Estado, y mucho menos por la Iglesia. En raras ocasiones las personas no van en contra de un nuevo matrimonio en mantos oscurecida a la sociedad⁶.

2.1 Historia de la evolución legislativa en Brasil y en Argentina

En Brasil, por ejemplo, el creciente movimiento de la insatisfacción de la gente llevó a la creación de la separación del instituto, que no era más que la simple separación de cuerpos y también el patrimonio. La separación implica que el vínculo matrimonial se mantuvo sin cambios, es decir, es decir, que no era posible que estas parejas, podrían contraer un nuevo matrimonio y, por lo tanto, no era la respuesta esperada por estas parejas en situación de infelicidad conyugal⁷.

⁴GUEDES, Gabriel de Castro. A Emenda Constitucional 66/2010 - "Novo Divórcio". Faculdades integradas "Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente/SP, 2011, p. 28/29.

⁵ GUEDES, op. cit.

⁶ GUEDES, op. cit.

⁷ DINIZ, op. cit.

El mismo concepto de la separación de cuerpos fue aprobado por Argentina, con una similitud aún en sus motivaciones, consecuencias prácticas y sus efectos jurídicos. Sin embargo, no fue la respuesta esperada por parte de la sociedad, siendo que la separación (en Brasil) o el divorcio (llamado así en Argentina), sólo ha fomentado una mayor discusión en la que se refería al divorcio, margen de apertura en la sociedad en el pensamiento de que el matrimonio era, ante todo, un medio para lograr la felicidad total.

En todo el mundo el descontento con los tan rígidos preceptos religiosos que impregnaba la legislación brasileña no permitiendo el extremo de sociedad conyugal fue creciendo. En Brasil, por último, en el año 1977 se instituyó el divorcio, por medio de la Enmienda Constitucional N° 09, por la que se modificó la redacción de los dispositivos constitucionales de 1969⁸.

El otro turno, en países como Argentina, de arraigada tradición católica, la legalización del divorcio era incluso más retrasado, aparecen sólo en el año 1987, y fruto del proceso de redemocratización del país, entrando en vigor la Ley N° 23.515, denominada "ley de divorcio", ahora permitidos en casos de mutuo acuerdo de los cónyuges casados durante al menos tres años, siempre y cuando tenga un año de separación de hecho.⁹

Antes de esta ley, una sentencia de divorcio en el país hermano no tenía el poder de disolver el vínculo entre los cónyuges, lo que les impide conseguir vuelto a casar, avance promovido sólo con la fuerza de la "Ley de Divorcio".

⁸ DINIZ, op. cit.

⁹HITTERS. Juan Manuel. El proceso del divorcio en el nuevo Código Civil. Disponible em: <<http://www.eldia.com/opinion/el-proceso-del-divorcio-en-el-nuevo-codigo-civil-64487>>

Estas leyes tenían todavía fuertes indicios de una cultura antidivorcista, impone que la sociedad debe continuar en la búsqueda de cambios en la legislación, de manera que si él podía servir eficazmente a sus deseos por tan anheladas autonomía de su propia vida.

En la Argentina la ley promulgada en 1987 se mantuvo durante largos años, sin cambios, mientras que en Brasil, otro importante avance legislativo ocurrió con la Ley 11.441/2007. Esto ha significado que la separación y el divorcio pueden ser procesado por vía administrativa por ejecuciones aprobatorio, confiriendo más rápidamente a estos procesos¹⁰.

Aún dentro de la legislación brasileña es que vale la pena destacar que en el año 2010 fuera promovido avance significativo sobre el tema, cuando se promulga la Enmienda Constitucional 66 que vinieron a presentar el nuevo divorcio, insertando el cambio consustancial en derecho de familia¹¹.

Ocurre que, anteriormente, la Constitución Federal brasileña, por texto, expresado en el Artículo 226 §6, determinó algunos requisitos para la consolidación del divorcio, como la separación legal por un año, o aún, la separación de hecho durante más de dos años.

En el año 2007, el Instituto Brasileño de Derecho de familia (IBDFAM) exigía el legislativo una posición más favorable a los fines de la sociedad conyugal, fue entonces que dada a estas peticiones, el Sr. Sérgio Barradas Carneros Federal Propuesta de Enmienda Constitucional 66¹².

Por lo tanto , después de un proceso legislativo largo, la Enmienda Constitucional 66 cambió el antiguo texto del artículo

¹⁰ HITTERS. op. cit.

¹¹ GUEDES, op. cit.

¹² GUEDES, op. cit.

226 anterior, esta a 13 de julio de 2010, eliminando, si los requisitos de separación legal y separación de hecho, hagamos la nueva redacción: "El matrimonio civil se disuelve por divorcio"¹³.

A priori, la enmienda constitucional debía funcionar para suprimir esta antigua obligación de la separación, por lo que sólo sucederá después del divorcio. La abolición, como ya se mencionó, fue en un clamor de la sociedad a esta enfermedad social, ya que en muchos casos las parejas mintieron en los tribunales, alegando que había una separación de hecho por más de dos años, aunque no lo hicieron veraces los datos.

Sin embargo, los datos del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) presentaron información relevante acerca de la demanda de divorcio en el país cuando presentaron la enmienda legislativa propuesta, según la cual, cada cuatro matrimonios disueltos una.

En 2007, aunque ha habido unos 916.006 bodas en Brasil, un 2,9% más que en 2006 (889.828), el número de disoluciones (suma de los divorcios y separaciones característica sin directo) alcanzó 231.329, es decir, por cada cuatro bodas fue grabado una disolución. Hay exactamente 30 años después de impuesto, el divorcio ha alcanzado su nivel más alto en la serie mantenida por el IBGE desde 1984. En este período, la tasa de divorcios ha aumentado en más del 200%, desde 0,46 ‰, en 1984, a 1,49 ‰, en 2007. En 2006, el número de divorcios concedidos alcanzó 160.848. El aumento del número de divorcios puede explicarse no sólo por el cambio de comportamiento en la

¹³BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

sociedad brasileña, sino también por la creación de la Ley 11.441, de 04 de enero de 2007, que ha eliminado el papel de los procedimientos de consenso separaciones y divorcios, permitiéndoles la disolución del matrimonio mediante escritura pública en cualquier parte del país. Las estadísticas del registro civil, divulgada hoy por el IBGE, sin embargo, permiten calcular la edad promedio de los hombres y de las mujeres en el momento del matrimonio. En 2007, se observó que entre los hombres, la edad media al primer matrimonio es de 29 años. y para las mujeres, 26 años¹⁴.

Estos datos vinieron a atestiguar el entendimiento de que la separación obligatoria no tiene más poder en la sociedad, ya que el 70% de las parejas entró en litigio para requerir el divorcio directo.

Todo lo que se dice, es justo señalar, entonces, que la Enmienda Constitucional 66/2010 en muy figuraba como avance legislativo, ya que respondieron correctamente a la protesta social.

Es pertinente, traer el baila del presente artículo, la justificación presentada por el Sr. Sérgio Barradas Carneiro por la propuesta del proyecto, según el cual era vieja demanda de la sociedad, las demandas de la sociedad, dado que no tenía más razones para mantener la separación legal, en vista redundaría en gastos innecesarios para la pareja, además de prolongar el sufrimiento que podría evitarse.

No es demasiado para reforzar la idea de que la propuesta, tenía por objeto en una mano satisfacer las demandas sociales, evitando conflictos innecesarios entre las partes, y, por otro lado,

¹⁴GUEDES, op. cit.

tenía también por la función mejorar la velocidad de la máquina judicial.

La principal consecuencia que puede retirar de la enmienda legislativa promovida con el advenimiento de la Enmienda Constitucional 66/2010 es el final de la discusión acerca de la culpabilidad del cónyuge en el fin del vínculo matrimonial, ya que en el divorcio no se ajustan a estas discusiones¹⁵.

Además, es importante subrayar que este es un entendimiento que incluso antes del advenimiento de la citada enmienda constitucional viña ya consagrado por la legislación brasileña ya que esto siempre mostró un argumento imposible de juicio rápido, incluso porque eran la naturaleza de las discusiones extremadamente subjetiva, porque no utiliza para establecer la culpa exclusiva de los cónyuges.

2.2 El Nuevo Código Civil de Argentina

En Argentina merece destacar la entrada en vigor del nuevo Código Civil de 1 de agosto de 2015, se deroga el viejo código de Velez Sarsfiel con la merecida atención a la ley de la familia y cambios significativos en el diploma del divorcio, que, con el tiempo, vino a satisfacer las reivindicaciones sociales mediante un proceso de divorcio menos costoso para las partes involucradas.

Todavía en la Argentina se debatió el problema de los cónyuges por orden de la sociedad conyugal. Esta discusión de todo subjetiva, fue abandonada en el nuevo derecho civil, dando rápidamente al final de la demanda, porque mientras siga por la controversia causada por la culpa de uno de los cónyuges, el proceso se ha alargado durante años y, por consiguiente, se mantuvo el bono que cura hasta que se adopte una decisión sobre el tema.

¹⁵ GUEDES, op. cit.

También hay que mencionar otras razones que podrían ralentizar el proceso de divorcio antes del advenimiento del nuevo texto legal, como las negociaciones entre las partes para evitar una decisión que decretó la responsabilidad de uno de los cónyuges solamente. Estas decisiones tuvieron reflejos para que propiedad encontrada culpable, a saber: *"Debido a que dicha condena podía influir en la situación pecuniaria y hasta instituir como heredero al inocente, se buscaba un convenio de distribución de bienes, en el cual el presuntamente culpable de la ruptura, debía resignar parte de sus pretensiones económicas"*.¹⁶

En el nuevo régimen prevalecer únicamente un debate objetivo para el final del matrimonio, como la voluntad libre y consciente de las partes, abandonando, por último, la demora para discutir la culpabilidad.

El proceso de divorcio, hoy se puede iniciar a petición de una sola de las partes, a condición de que presentó una propuesta para la división de mercancías según el cual debería contener *"las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges, también se deberá establecer el ejercicio de la responsabilidad parental, en especial la prestación alimentaria y final"*¹⁷, como recuerda Mauricio D'Alessandro, corresponderá a los demás después de integrar procedimientos formales, debatir sólo la distribución de los bienes propuestos por el otro cónyuge y no el divorcio, ofreciendo la oportunidad de una contra-propuesta.

¹⁶ HITTERS. Juan Manuel. El proceso del divorcio en el nuevo Código Civil. Disponible em: <<http://www.eldia.com/opinion/el-proceso-del-divorcio-en-el-nuevo-codigo-civil-64487>>

¹⁷ D'ALESSANDRO. Todo lo que hay que saber sobre el divorcio Express. Disponible em: <<http://noticias.perfil.com/2013/02/07/todo-lo-que-hay-que-saber-sobre-el-divorcio-express/>>;

La ventaja del nuevo ordenamiento es que sentencia de divorcio se dicta inmediatamente, sin mengua del debate pecuniario posterior, evitando dilaciones y especulaciones. Por eso ahora se lo denomina "divorcio exprés", diferenciándose en este aspecto del sistema anterior.¹⁸

Por lo tanto, nota que el nuevo divorcio, llamado "divorcio exprés" es responsable de un procedimiento más ágil y eficaz, en beneficio de las Partes, así como los hijos de las parejas y de toda la sociedad implicada, porque un juicio inmediatamente restaura en parte la armonía entre las partes.

Además, se abandona con la nueva ley de divorcio, el plazo mínimo de 3 años de matrimonio para exigir el mismo.

Inclusive, el juez puede fijar para la solicitud de las partes o de carta, una compensación económica a favor del cónyuge que tuvo su situación financiera sea discriminado en divorcio, observó la situación del estudio y el trabajo de la persona. Esto incluye los casos en los que una persona si la casa tener un pozo propio y este viene a desarrollarse durante el vínculo matrimonial, la comprensión de la empresa tiene ahora la proximidad con el otro cónyuge, con este ser recompensados con el fin del matrimonio¹⁹.

El procedimiento de divorcio aprobada por el nuevo Código Civil argentino finalmente adaptado a las necesidades sociales que desde hace años ya existía. Es un reconocimiento tardío de que la ruptura matrimonial no debe ser obstaculizada para causar más daño que preservar la relación entre las partes.

Se renueva la expectativa de que la facilidad en el proceso de divorcio aliviará el poder judicial de las demandas interminables,

¹⁸ HITTERS. op. cit.

¹⁹ HITTERS. op. cit.

además, por supuesto, para promover un menor desgaste entre los ex-cónyuges sigue conservando un poco la armonía entre estos.

3 CONSIDERACIONES FINALES

Tenga en cuenta que en los últimos años la empresa ha ido adaptando en sus relaciones afectivas y el Estado debe tener respuesta legislativa efectiva para atender a sus demandas. Poco a poco la legislatura, en respuesta a los movimientos sociales, ha sido la consolidación de normas que están en vigor hoy, sin embargo, estos cambios fueron graduales.

Primero luchó por la mera posibilidad de desvincular del matrimonio mediante el divorcio. En Brasil la legislación de 1977 fue responsable de la habilitación de esta disolución del vínculo conyugal, mientras que en Argentina sólo diez años más tarde (1987), es posible que ocurra el divorcio.

En lo sucesivo, en Brasil, presionados por la crisis en el poder judicial como resultado de una exhaustiva cantidad demandas de divorcio que las escribanías abarrotaban es que el legislador ha hecho del divorcio documento extrajudicial con miras a desahogar el brasileño, esta política de justicia en el año 2007.

Asimismo, en 2010, promulgó la Enmienda Constitucional N° 66 que enmendó las disposiciones del artículo 227 de la Constitución Federal para permitir que el divorcio se ha formulado de una manera directa, con lo cual ningún plazo mínimo de coexistencia o separación de hecho.

Mientras esta Argentina quedaba inerte, permitiendo que caducan, hasta este año, los debates acerca de la culpa entre los cónyuges, el plazo para solicitar el divorcio y otros mecanismos reguladores. Toda esta suma de procesos fue responsable de retrasos interminables en el país, con las numerosas demandas que abarrotan el poder judicial.

Sólo en año de 2015, con la entrada en vigor del nuevo Código Civil se corrigieron estas irregularidades, por lo que se espera, el espejo de lo que ocurrió en Brasil, una disminución considerable de las acciones, además de que estas acciones, cuando sea necesario, se producen con menor plazo, asegurando la duración razonable del proceso y el menor desgaste entre las partes siguen tratando de preservar una relación armónica entre ellos.

4 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. Lei nº. 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF, 04 de jan. 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume V, 20. ed. rev. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. - São Paulo: Saraiva, 2005.

D´ALESSANDRO. Todo lo que hay que saber sobre el divorcio Express. Disponível em: <<http://noticias.perfil.com/2013/02/07/todo-lo-que-hay-que-saber-sobre-el-divorcio-express/>>;

GUEDES, Gabriel de Castro. A Emenda Constitucional 66/2010 - "Novo Divórcio". Faculdades integradas "Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente/SP, 2011.

HITTERS. Juan Manuel. El process del divorcio en el nuevo Código Civil. Disponível em: <<http://www.eldia.com/opinion/el-proceso-del-divorcio-en-el-nuevo-codigo-civil-64487>>.

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E VIOLAÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL NO CONTEXTO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Plauto Cavalcante Lemos Cardoso¹

“Diz-se que ninguém conhece uma Nação até ter estado nas suas prisões. Uma Nação não deve ser julgada pela forma como lida com os seus privilegiados, mas pela maneira como trata os mais humildes”.

Nelson Mandela, *A Long Walk to Freedom*

1 INTRODUÇÃO

A presidente da Corte Constitucional brasileira, Ministra Carmem Lúcia, em recente discurso sobre o estado calamitoso do sistema prisional brasileiro lembrou que o já falecido escritor, antropólogo e senador brasileiro Darcy Ribeiro certa vez afirmara em 1982, em uma conferência, que se os governadores não construíssem escolas, em 20 anos faltaria dinheiro para construir presídios.²

¹ Aluno do Programa de Doutorado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires – UBA, Argentina. *Master of Laws* – LL.M em *Litigation* pela Fundação Getúlio Vargas – FGV Rio, Brasil. Mestre em Literatura Inglesa pela Universidade de Sussex, Inglaterra e Especialista em Linguística Aplicada pela Universidade de Brasília- UnB. Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes – UCAM, Rio de Janeiro e em Letras pela Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG. Advogado, professor e palestrante nas áreas de Direito & Literatura, Processo Civil e Direito Constitucional Comparado.

² Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acessado em 14/12/2016.

No país do amanhã o fato hoje se consumou em uma crise estrutural de tamanha dimensão que não se pode entendê-la como simples acaso, falta de recursos, desídia do administrador, descompromisso da nação, insipiência do direito interno ou ineficiência sistêmica de um judiciário incapaz. Nenhum país escolhe – e aqui insistimos se tratar de uma escolha – gastar por mês 13 vezes mais com um preso que com um aluno³. Há algo mais profundo, desconfortável e perigoso que justifique ou explique isso.

Esse trabalho de direito comparado procura contextualizar o uso do instituto do direito colombiano do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pela primeira vez no Brasil, explicitando parte de seu insondável pano de fundo social e possível razão subjacente para os decepcionantes limites do acordão da Magna Corte, tendo em vista a dimensão dos pedidos listados na Petição Inicial de autoria do PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) e os que foram efetivamente acolhidos: dignidade não é vista pela sociedade brasileira como parte intrínseca de todo ser humano, mas somente de alguns⁴.

Para tanto, tomamos emprestados como textos basilares os ensinamentos de Robert Alexy em seu *La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático*⁵, o recém

³ Ibidem.

⁴ Como afirmado no próprio texto amplamente citado a seguir de Ana Paula Barcellos, com quem esposamos essa tese e a aplicamos aqui no contexto específico de análise da aplicação do ECI no Brasil pela primeira vez, tal premissa carece de um estudo multidisciplinar mais aprofundado, não sendo objeto do escopo bastante limitado deste artigo. Entretanto, é uma perspectiva que coloca o debate na caminho devido: nosso problema é primordialmente social e penal como consequência. E a resposta para problemas sociais não deveria ser penal a priori.

⁵ ALEXY, Robert. “*La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático*”. *Derechos y Libertades: revista del Instituto*

lançado *Castigar al Próximo: por una refundación democrática del derecho penal* de Roberto Gargarella⁶ e o esclarecedor texto de Ana Paula Barcellos intitulado *Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana*⁷.

No acórdão analisado da ADPF 347/DF⁸ se debate com certa profundidade a crise do sistema carcerário no país. Entretanto, o nosso questionamento aqui é se a decretação do Estado de Coisas Inconstitucional foi apenas de um luxuoso modismo, fruto da encenação midiática pela infeliz presença de câmeras no plenário da Suprema Corte brasileira, ou se há realmente algo relevante e prático que se possa extrair desta inovação jurisprudencial. Nossa tese é de que o tratamento da questão dos direitos fundamentais dos presos pelo plenário da Suprema Corte brasileira, como retratamos em nossa análise de todos os pedidos da Petição inicial e o Acórdão mais a frente, se amolda em todos os sentidos formais às 5 características dos direitos humanos listados por Alexy⁹. Entretanto, no que pese a existência do contexto ideal de um Estado Constitucional Democrático sustentado Alexy como ambiente necessário para a realização dos direitos humanos¹⁰ – e aqui focamos nos fundamentais, aquele núcleo duro que nos protege contra os abusos do próprio Leviatã – sustentamos que a visão da sociedade

Bartolomé de las Casas. V (8), p.21-42, jan-jun 2000. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1372?show=full>

⁶ GARGARELLA, Roberto. **Castigar Al Próximo: por uma refundación democrática del derecho penal**. 1 ed. Buenos Aires: Silgo Veintinuno Editores, 2016.

⁷ BARCELLOS, Ana Paula. *Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana*. In: FERREIRA, Marieta de Moarais (cord.). **Revista de Direito Administrativo RDA**. Vol. 254. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> com o número 9937785

⁹ Para mais, cf. ALEXY, p 24

¹⁰ ALEXY, p. 22.

brasileira, e nela inserida os próprios julgadores, legisladores, administradores públicos e todos os demais *players* do processo democrático de escolhas de prioridades públicas, resultado de uma grave falha em sua formação conjunta, não liga ontologicamente dignidade ao ser humano, relativizando tal conceito de maneira historicamente perigosa. Sustentamos que a discrepância entre a lista de pedidos da Petição Inicial e os poucos que foram por maioria concedidos pelo pleno da Corte está diretamente relacionada a esse filtro cultural invisível. Nossa proposta aqui, nas palavras de Michel Foucault “ [...] *consiste não em fazer ver o invisível, mas em fazer ver até que ponto é invisível a invisibilidade do visível*”¹¹. Nossa conclusão final é sustentada pelo texto de Gargarella de que nossa *obsesión penal* nos cega para o fato de que *los problemas sociales, sin embargo, requieren soluciones sociales*¹².

2 ALIENISTAS

Dr. Simão Bacamarte, icônico personagem da obra *O Alienista* do escritor Machado de Assis¹³, médico que adquiriu fama europeia, desenvolve, no seu retorno a sua cidade, teorias sobre a loucura após dedicar-se aos estudos da psiquiatria. Constrói um hospício chamado Casa Verde, onde começa a abrigar, com o aval das autoridades, todos os que considerava ter comportamento desviantes. Não tardou para que além dos claros casos de insanidade, Dr. Simão lograsse encarcerar 75% da população da cidade. Percebendo seu erro, libera todos e passa a focar nos outros, aqueles que até então eram definidos como normais por seguirem

¹¹ FOUCAULT, Michel. **O Pensamento do Exterior**. Trad. Nurimar Falcí. São Paulo: Princípio, 1990, p. 30

¹² GARGARELLA, p.247

¹³ ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *O Alienista*. São Paulo: Ática, 1996.

certa regularidade em suas ações e firmeza de caráter. Acaba novamente por superlotar seu sanatório, e outra vez escolhe liberar todos os internos por detectar falhas em sua teoria. Por fim, sentencia que ninguém, exceto ele, possuía uma personalidade perfeita. Conclui ser um único normal e decide trancar-se sozinho na Casa Verde para o resto de sua vida.

A obra de 1882 parece terrivelmente atual. Em uma sanha alienista, atingimos como nação em junho de 2014 o número de 711.463 presos, computados os que estão em prisão domiciliar¹⁴, a terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atrás apenas de Estados Unidos e China¹⁵. Se cumpríssemos todos os 373.991 mandados de prisão em aberto, atingiríamos o estarrecedor número de 1.085.454 presos, segundo o mesmo relatório. E quem encarceramos? Quem são nossos monstros?¹⁶ Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), o perfil socioeconômico dos detentos mostra que “55% têm entre 18 e 29 anos, 61,6% são negros e

¹⁴ Para fins de comparação, a Argentina registrava tem 60.240 no mesmo período.

¹⁵ Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acessado em 16/12/2016 às 18:05.

¹⁶ “El criminólogo noruego Nils Christie, referente de las teorías críticas y abolicionistas en material penal, solía decir que, a pesar de haber recorrido cárceles en decenas de países, a lo largo de toda su vida, nunca se había encontrado con el monstruo. Y sin embargo, casi en cada una de ellas, casi cada vez, las autoridades que lo llevaban a recorrer las prisiones le anunciaban – o prevenían – diciéndole; “Ahora vamos a mostrarte al monstruo que tenemos encerrado”. Christie decía que, cada vez que pudo hablar con el monstruo, se encontró con personas muy similares a él, personas con problemas, con sufrimientos, con enojos, pero nunca con un monstruo, nunca con alguien con quien no compartiera los rasgos básicos de su propia humanidad, con quien no pudiera hablar, a quien no pudiera entender, que no merecía ser escuchado.” In: GARGARELLA, Roberto. **Castigar Al Próximo: por una refundación democrática del derecho penal**. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p.247

75,08% têm até o ensino fundamental completo.”¹⁷ Ou seja, pobres e negros sem escolaridade. Não construímos escolas e agora falta recursos para presídios.¹⁸

O mais chocante é que pelo menos 40% deste mar de gente nem sequer foi julgada e condenada em primeiro grau de jurisdição¹⁹. São presos provisórios, amontoados como na Casa Verde do Dr. Bacamarte. E com qual fundamentos se impõe exclusão social profunda? O que fizeram essas pessoas, pergunta-se? “28% dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas, 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio.”²⁰ Roubo, furto e homicídio punidos na prática similarmente. Finalmente, o Infopen nos mostra que em se tomando o total geral de pessoas que passaram pelo sistema penitenciário nacional ao longo apenas do ano de 2014, considerando aqui todas as entradas e saídas, chega-se ao impressionante número de pelo menos um milhão de brasileiros encarcerados em um único ano, colocando o país na sexta colocação mundial em termos de taxa de encarceramento geral, com uma taxa de não menos 358 detentos por 100.000 habitantes, ultrapassada somente por alguns dos modelos mundiais em observância de

¹⁷ Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acessado em 19/12/2016 às 23:05.

¹⁸ Isso em um quadro onde a taxa de condenação por homicídios chega a ser de 2% em alguns estados brasileiros. A situação poderia ser significativamente agravada se houvesse uma melhora na qualidade no processo investigatório policial. Como bem apontado por BARRETOS, imagine se a média brasileira chegasse perto da média de esclarecimentos de homicídios das Nações Unidas para países europeus, que é de 49%? Para mais, ver BARCELLOS, p. 50.

¹⁹ Esse percentual não inclui as pessoas em prisão domiciliar. Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acessado em 19/12/2016 às 23:05.

²⁰ *Ibidem*

direitos humanos como Ruanda, Rússia, Tailândia, Cuba e Estados Unidos.²¹

3 HOMO SACER

Ana Paula Barcellos, em *Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana*²², descreve com propriedade as assombrosas condições carcerárias brasileiras e nos pinta um quadro que supera a mais perversa das imaginações. Como consequência do antigo problema da superlotação:

[...] os presos são mantidos, literalmente, amontoados nas penitenciárias ou nas delegacias. Em vários lugares do país, há presos alojados em pé, nos corredores das delegacias, ou, ainda, confinados em contêineres. A hiperlotação acaba por contribuir para que sejam raros os estabelecimentos prisionais em que há separação dos presos por idade ou por gravidade do delito. O país tem convivido, inclusive, com denúncias de mulheres mantidas presas em celas junto com homens.

Em investigação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) organizada pela Câmara dos Deputados, chegaram-se às seguintes conclusões, ainda segundo a autora²³:

²¹ Ibidem. Ver ainda Diagnóstico de Pessoas presas elaborado pelo CNJ. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acessado em 16/12/2016 às 18:05.

²² BARCELLOS, p. 39-65.

²³ Relatório disponível em: <bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 16/12/2016.

[...] nenhum dos presídios existentes cumpria o que a legislação brasileira, em vigor desde 1984, prevê, a saber: que cada condenado deve ser alojado em cela individual, que por sua vez conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com área mínima de 6m². A CPI reporta que a superlotação não é um problema novo: ele existe ao menos desde o início do século XIX.

[...] O relatório da CPI reporta também, ao lado da hiperlotação, e guardando certa relação com ela, outros problemas gravíssimos, ainda que rotineiros e observados em vários estados da Federação. É frequente que os presos não tenham acesso à água em quantidades minimamente razoáveis – seja para higiene, seja para consumo. É igualmente frequente que as celas sejam contaminadas por esgoto corrente e que nelas haja lixo em caráter permanente, inclusive fezes e urina mantidos em garrafas de refrigerantes nos cantos das celas, já que não há instalações sanitárias suficientes. A CPI reportou vários casos em que vasos sanitários, sem descarga, servem, cada um, a mais de 70 presos em uma mesma cela, e nos quais a água para limpeza é jogada apenas uma vez por dia. O resultado, óbvio, é a mais grosseira falta de condições de higiene e um odor insuportável, além de insetos variados. É frequente que não haja divisórias isolando o vaso do resto da cela, de modo que o preso tem de usá-lo na frente de dezenas de outros presos, havendo mesmo exemplos em que o vaso sanitário não passa de um buraco no chão. O acesso à água para lavagem das mãos após o uso do aparelho sanitário é raríssimo.

A se julgar correta a afirmação de Nelson Mandela que este autor colaciona como epígrafe simbólica deste trabalho, trata-se claramente de um país doente, de uma sociedade com um pacto difícil de se chamar civilizatório. O relatório da CPI continua com o já conhecido, mas não menos chocante festival de horrores:

[...] como regra, não há colchões ou, quando eles existem, são em quantidade insuficiente. A comida, em geral, é pouca e de péssima qualidade, quando não é servida estragada. Em muitos presídios ela é servida em sacos plásticos e os detentos têm de comer com as mãos, já que não há talheres. Roupas também não são fornecidas. A carência desses elementos (colchões, roupas, comida etc.) fomenta um amplo mercado negro no interior desses estabelecimentos. Acrescente-se a isso o fato de não haver controle térmico das celas, que podem chegar a temperaturas próximas a 50 graus no verão.

[...] Em setembro de 2008, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo atendeu pedido da Defensoria para interditar uma delas – a Cadeia Pública Feminina localizada no município de São Bernardo do Campo. O estabelecimento, que tinha capacidade para 32 detentas, mantinha 193. Faltavam colchões, material de higiene e médicos para as presas. Na Cadeia Pública Feminina de Indaiatuba, também em São Paulo, cada colchão de solteiro era dividido por três detentas, enquanto outras eram obrigadas a dormir no banheiro por falta de espaço. Sem material de higiene pessoal, as presas usavam miolo de pão como absorvente.

É neste contexto de absoluta violação dos mais básicos direitos da pessoa humana e dos apenados que o Supremo Tribunal Federal (STF) aplica formalmente pela primeira vez o instituto Estado de Coisas Inconstitucional. Passemos, então, à decisão da corte diante do que foi requerido.

4 MUCH ADO ABOUT NOTHING

Em meio aos debates sobre o novel instituto trazido para o seio do sistema jurídico pátrio, a este autor chamou atenção o volume baixo de pelo menos um: não se questionava muito o cabimento do uso do ECI, fundamentado em uma reiterada violação aos direitos fundamentais constitucionais e a mora contumaz do poder público para a solução de um grave problema social estrutural. Note-se que não há previsão Constitucional para o ECI no ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, os Ministros reconhecem a presença de anomalias grotescas, e fundamentam suas opiniões em linha com os elementos que Alexy sustenta diferenciar os Direitos Humanos de outros direitos: “*su universalidad, su validez moral, su fundamentalidad, su prioridad y su abstracción*”²⁴. Vejamos alguns recortes relevantes que ilustram como julgou a Corte Constitucional Brasileira (grifo nosso)²⁵:

O Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas

²⁴ ALEXY, p. 23.

²⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 9937785. Acesso em 10/12/2016.

nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas.

E que:

A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF.

E apesar disso, **INDEFERIRAM** os seguintes pedidos:²⁶

- que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;
- que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas

²⁶ A petição inicial pode ser vista em sua íntegra em <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acessado em 11/12/2016. Os pedidos listados acima estão nas páginas 70-72.

do que as previstas na ordem jurídica em razão Jurisprudência Atual do STF do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção;²⁷

- que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal.

RECONHECERAM que:

Destacou que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves.

²⁷ Neste caso em particular a timidez do acordão chama a atenção, pois tramita no Senado Federal desde 2013 o PLS 513/2013 que propõe, dentre outros avanços cerca de 200 alterações à Lei 7.210 de 1984. Uma delas trata exatamente da vedação, contida no Art. 114-A, à acomodação de presos nos estabelecimentos penais em número superior à capacidade. Atingido o limite da ocupação, diz a proposta, caberá ao Juízo da Execução realizar mutirão carcerário no estabelecimento. Caso o número de presos esteja além da capacidade, a concessão de benefícios aos presos que estejam mais próximos de atingir o requisito temporal para progressão de pena poderá ser antecipada, a fim de adequar a lotação aos limites legais. Para mais, ver <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80826-revisao-da-lep-reforca-acoos-do-cnj-para-o-fim-da-superlotacao-nos-presidios>. Acesso em: 21/12/2016.

Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três - Legislativo, Executivo e Judiciário -, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária.

Apesar do belo discurso, **INDEFERIU-SE**:

- que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP;
- que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de

implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

- ao CNJ (Conselho Nacional de Justiça) que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”;

Deferiu-se, ao final, **o mínimo** já esperado e **há muito incorporado** ao direito interno através do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992, tendo o governo brasileiro depositado a carta de adesão à Convenção Interamericana de Direitos Humanos em 25 de setembro do mesmo ano²⁸:

- que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão;

Impôs-se o já imposto por lei e reiteradamente descumprido pelo Estado²⁹:

- à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional — Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

²⁸ Convenção Interamericana de Direitos Humanos, art. 7o : “Direito à liberdade pessoal: (...) 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.”.

²⁹ Lei Complementar no 79/1994, arts. 1o e 3o , I: “Art. 1o Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça, o Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, a ser gerido pelo Departamento de Assuntos Penitenciários da Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. (...) Art. 3o Os recursos do Funpen serão aplicados em: I – construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais”.

Qual o motivo para a importação de um instituto do direito Colombiano que implica uma ação tão contundente da Suprema Corte a ponto de suscitar eloquentes queixas dos demais poderes sobre ter o Tribunal Constitucional substituído-se ao administrador na imposição de políticas públicas – visão não compartilhada por este autor neste caso, pois não houve determinação do conteúdo, meios ou detalhes de tais políticas, mas tão somente imposição de que se fizesse – e acabar por agir de forma tão tímida diante de um rol de pedidos relevantes, bem fundamentados e reconhecidos nos votos de vários de seus mais longevos e experientes ministros?

Faz-se importante ressaltar aqui que o *leading case* brasileiro se relaciona muito bem com o emblemático caso julgado em 1998 pela Corte Constitucional Colombiana (T 153/98), cujas realidades de fundo são tristemente semelhantes. Entretanto, independentemente do resultado prático do primeiro caso em Colombia – que aponta muito mais para o fato de não ser o judiciário pensado para supervisionar a execução de políticas públicas que qualquer outra coisa, a decisão original Colombiana, inspiradora da Corte Brasileira, é imensamente mais ousada, avançada e, por que não dizer, humana.³⁰

A premissa que guia nossa mirada no confronto dos elementos essências da própria natureza dos Direitos Humanos

³⁰Na *Sentencia de Tutela* (T) 153, de 1998 diante de uma profunda inadimplência do estado em criar políticas públicas voltadas, ao menos, a minimizar a situação, a corte: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias; determinou que o governo nacional providenciasse os recursos orçamentários necessários; exigiu aos governadores que criassem e mantivessem presídios próprios; e requereu ao presidente da República medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país.

enumerados por Alexy contra os fundamentos do Acordão acaba ao final nos apontando na direção das propostas de Gargarella para uma refundação democrática do direito penal, pois

[...] o Brasil tem explicitado seu compromisso com os direitos humanos em geral, e com os direitos dos presos em particular, por meio da subscrição de atos internacionais tratando do tema e da edição de normas internas. Entretanto, apesar do belo discurso e do que dispõe o direito, parece que a formação da cultura brasileira ainda não foi capaz de incorporar as noções de igualdade essencial dos indivíduos e da dignidade de cada ser humano. **Assim, os compromissos formais com os direitos humanos acabam sendo construídos sobre uma base moral e filosófica que não é realmente compartilhada pela maior parte da sociedade e que, por isso mesmo, diante de quaisquer ameaças – como, por exemplo, a ameaça da violência urbana –, revela sua fragilidade.**³¹(grifo nosso)

Apesar do discurso, nos parece como sociedade faltar o elemento relacionado a indiscutível titularidade do quesito *Universalidad*. No contexto brasileiro, parece faltar a identidade, que Alexy afirma ser tão cara a Habermas, entre os destinatários do direito e os seus autores³². E sua falta parece criar exceções perigosas e classes de seres humanos mais ou menos dignas que outras. No linguajar cotidiano, essa falta ressoa no recorrente comentário nas ruas, mídia sensacionalista e inclusive em setores mais aculturados

³¹ BARCELLOS, p. 52.

³² Para mais, ver ALEXY, p. 39.

de que direitos humanos é coisa pra defender bandido³³. Nas palavras de Gargarella, “¿cuál es la dificultad que nos impide defender, al mismo tiempo, los derechos de los ciudadanos comunes y los derechos de los delincuentes?”³⁴

Goethe já afirmava que “*el que no sabe llevar su contabilidades por espacio de tres mil años se queda como un ignorante en la oscuridad y sólo vive al día.*”³⁵. O que choca este autor é o fato de que apesar de toda a generosa lista de fundamentos apontados nos votos de vários dos Ministros e do plenário para a aplicação do ECI, o que foi efetivamente comandado em termos práticos como solução mostra um descompasso profundo no processo de reflexão e debate entre a opinião pública, o legislador e o Tribunal Constitucional³⁶:

Não deixa de ser impressionante, do ponto de vista filosófico, que, mais uma vez na história humana, um debate considere que os indivíduos não são titulares de uma dignidade inerente, cogite da flexibilização de direitos para determinada categoria de criminosos e trabalhe com a manipulação do conceito de pessoa. O risco que essa espécie de construção teórica representa para a proteção dos direitos humanos no mundo é

³³ Tão comum e banalizado se tornou tal afirmação que motivou até campanha com 24 vídeos do Departamento de Direitos Humanos da entidade da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul (Apergs) para tentar disseminar o contrário. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/12/campanha-mostra-que-direitos-humanos-vaio-alem-de-defender-bandido-4660406.html>. Acessado em 19/12/2017.

³⁴ GARGARELLA, P. 266.

³⁵ Tradução livre. Em GAARDER, Jostein. **O Mundo de Sofia: romance da história da filosofia**. Trad: Leonardo Pinto Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

³⁶ Para mais acerca de tal equilíbrio, ver ALEXY, p. 41.

bastante óbvio e dispensa maiores considerações.³⁷

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não cremos ser o Tribunal Constitucional Brasileiro uma instituição madura para a reflexão do processo político brasileiro, não se ouvindo os ecos das ruas ou do Congresso em seus debates de forma consistente.

Concluímos que a supervalorização do papel do poder judiciário e do legislativo como responsáveis por soluções permanentes é fruto de uma obsessão normativa de uma cultura positivista superficial e pouco civilizada, fundada no que Gargarella denomina de *La Obsesión Penal*³⁸ - na qual se recorre com atordoante frequência à criminalização banal de condutas, seguidas de imposição de penas e sanções discrepantes na tentativa, como afirmou Roberto Gargarella em recente palestra, paradoxal e irracional de se tentar incluir através da exclusão.³⁹

Deve-se ter claro a limitada capacidade do poder judicial de impor o cumprimento de direitos fundamentais, especialmente diante de decisões de alta magnitude, como a que determina o fim das violações dos direitos dos presos, seja do modo tímido como a que analisamos ou com mais audácia como a da própria *Sentencia de Tutela* (T) 153, de 1998, da Corte Constitucional Colombiana, e que não obteve grandes êxitos em ver observados seus comandos por absoluta incapacidade de supervisão do judiciário Colombiano sobre a implementação de suas decisões no âmbito de políticas públicas, dentro outras limitações intrínsecas a este poder. Mesmo

³⁷ BARCELLOS, p.56.

³⁸ GARGARELLA, p.247.

³⁹ GARGARELLA, Robert. Apresentação do Livro *Castigar al Prójimo*. Facultad de derecho-UBA: salón verde, 13/12/2016. (Comunicação oral).

que a decisão analisada - tão bem fundamentada, convincente e principiologicamente sólida - fosse audaciosa como a Colombiana (T) 153, acreditamos que judiciário brasileiro não teria estrutura para supervisionar a imposição de sua execução.

Falta a sociedade brasileira o reconhecimento dos direitos humanos como universais, havendo um descompasso entre os destinatários do direito e os seus autores. Cremos, finalmente, que a eliminação ou significativa redução das violações sistemáticas de direitos fundamentais do apenado no Brasil depende de fatores que vão muito além do voluntarismo judicial. Problemas sociais requerem soluções sociais⁴⁰.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. “*La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático*”. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. V (8), p.21-42, jan-jun 2000. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1372?show=full>

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. **O Alienista**. São Paulo: Ática, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula. “Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana”. In: FERREIRA, Marieta de Moarais (cord.). **Revista de Direito Administrativo RDA**. Vol. 254. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acessado em 16/12/2016 às 18:05.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80826-revisao-da-lep-reforca->

⁴⁰ GARGARELLA, 2016, p.247.

acoes-do-cnj-para-o-fim-da-superlotacao-nos-presidios. Acesso em: 21/12/2016.

BRASIL. Lei Complementar no 79/94. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp79.htm. Acesso em: 20/12/2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acessado em 16/12/2016 às 18:05.

BRASIL. Decreto 678/92. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 21/12/2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório disponível em: bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 16/12/2016.

BRASIL. Departamento de Direitos Humanos da entidade da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul (Apergs) para tentar disseminar o contrário. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/12/campanha-mostraque-direitos-humanos-vaio-alem-de-defender-bandido-4660406.html>. Acessado em 19/12/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. ADPF 347/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>

[portal/autenticacao/](#) sob o número 9937785. Acesso em 10/12/2016.

FOUCAULT, Michel. **O Pensamento do Exterior**. Trad. Nurimar Falci. São Paulo: Princípio, 1990.

GAARDER, Jostein. **O Mundo de Sofia: romance da história da filosofia**. Trad: Leonardo Pinto Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

GARGARELLA, Roberto. *Castigar Al Próximo: por una refundación democrática del derecho penal*. 1 ed. Buenos Aires: Silgo Veintinuno Editores, 2016.

----- Apresentação do Livro *Castigar al Próximo*.
Facultad de derecho-UBA: salón verde,13/12/2016. (Comunicação oral)

MANDELA, N. *Long walk to freedom: the autobiography of Nelson Mandela*. 18 ed. Boston, Back Bay Books, 1995.

Mapa da Violencia. Disponível em
<http://www.mapadaviolencia.org.br/>. Acessado em: 17/12/2016.

UMA TEORIA DA JUSTIÇA – JOHN RAWLS

Sylvana Lellis¹

1 INTRODUÇÃO

Em 1971, John Rawls, professor de filosofia política da Universidade de Harvard, publicou a obra *Uma Teoria da Justiça*, que, face às novas contribuições proporcionadas ao tema *Justiça*, tem sido considerada uma das mais importantes obras de filosofia política do século XX.

A Teoria da Justiça consiste em uma contribuição para a reflexão do papel da justiça no contexto social, buscando, a partir dela, uma prática mais adequada. Dessa maneira, não se compromete em resolver problemas das estruturas desiguais nas sociedades democratas liberais, palco de observação do autor.

O próprio autor, respondendo às críticas de seu clássico, ressaltou que o real objetivo da justiça como equidade:

(...) não é metafísico nem epistemológico, mas prático. De fato, ela não se apresenta como uma concepção verdadeira, mas sim como uma base para um acordo político informado e totalmente voluntário entre cidadãos que são considerados como pessoas livres e iguais².

¹ Sylvana Teixeira Lellis, Graduada em Direito pela UFPE; Pós-graduada em Gestão de Defesa Social pela UNICAP; Pós-graduada em Gestão e Políticas de Segurança Pública pela FIR; Docente Titular das disciplinas de Processo Penal, Criminologia e Direito e Inclusão Social na Faculdade Salesiana – FASNE.

² RAWLS, J. *Justiça e Democracia*. Traduzido por Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 211.

Nesse particular, não é difícil entender porque as críticas mais veementes à sua teoria partiram de seus compatriotas americanos e dos autores ingleses, afinal, nos países anglo-saxônicos toda formulação do pensamento deve ser corroborada empiricamente.

John Rawls revisitou sua obra fundamental no afã de não só responder às críticas, mas também, para ajustar conceitos acerca dos bens primários, da racionalidade e razoabilidade, do bem e do justo, das diferenças entre o modelo liberal-radical e o liberal-social e rechaçar em absoluto o caráter metafísico que por ventura tivesse transparecido na edição inaugural de 1971, ressaltando o caráter político da justiça.

2 O IDEÁRIO DA TEORIA DA JUSTIÇA

De base eminentemente contratualista, a teoria da justiça de Rawls estabelece um construtivismo do tipo kantiano, influência marcante em toda sua obra.

A igualdade de origem entre os homens, de onde parte Rawls, demonstra o contratualismo como inspiração, pois, tal ponto de partida corresponde à teoria tradicional do Contrato Social.

O antecedente *estado de natureza* dá lugar ao que o autor denomina *posição originária*. Entretanto, quando determina o start de sua teoria, não a considera como algo historicamente real; lança mão de um recurso heurístico, ou seja, cria uma situação hipotética que conduz à concepção de justiça.

Homens livres e iguais, em posição original, produziriam uma justiça por consenso.

Na verdade, a teoria da justiça, não fugindo aos conteúdos éticos, se apresenta como um modelo alternativo ao utilitarismo e ao seu princípio da máxima felicidade para o maior número de pessoas, pois, o utilitarismo se define de maneira independente do

justo, o que lhe caracteriza como teleológica, já o contratualismo de Rawls intenta sobrepor o justo em relação ao bem, razão pela qual, em uma primeira mirada, poder-se-ia dizer que possui uma perspectiva deontológica.

Para Rawls, a justiça é a virtude mais importante das instituições sociais e seu papel é determinar os direitos e deveres básicos dos cidadãos, bem como dos quinhões distributivos apropriados. Assim sendo, o primordial objetivo da justiça se volta para a estrutura básica da sociedade, entendida na forma em que as instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e que dividem as benesses advindas da cooperação social.

Nesse particular, evidencia-se o afastamento da teoria da justiça da perspectiva deontológica pura, pois, a concepção consequencialista emerge quando os resultados se infirmam fundamentais para a valoração moral de um ato, o que a aproxima da perspectiva teleológica rechaçada, muitas vezes, pelo autor da obra em comento.

Se a justiça é compreendida como virtude mais importante das instituições sociais, sua noção deve ser ontologicamente anterior à concepção empírica de bem e, se a estrutura básica da sociedade é seu objeto, parece estar estabelecida uma relação necessária com as consequências, ou melhor, com os resultados da distribuição de benefícios e encargos na sociedade que pretenda considerar-se justa ou ordenada.

Nesse diapasão, a conclusão a que chega Vita³ de que a teoria da justiça de John Rawls é, na verdade, uma teoria consequencialista-contratual, nos parece bastante razoável.

O cerne da teoria da justiça é a ideia de que os indivíduos, que por natureza são geradores de conflitos, podem, por consenso,

³ VITA, Álvaro de. A Justiça Igualitária e seus Críticos. São Paulo: UNESP, 2000, p.32-33.

reconhecerem determinados pontos convergentes, os quais serão à base da convivência social segura, levando-os a uma sociedade organizada⁴.

Ao mencionar a problemática que envolve os conflitos inegáveis da vida em sociedade, Rawls, mais uma vez, demonstra toda sua influência contratualista, retomando a questão hobbesiana que preconiza o estado de guerra, ou melhor, o homem como o lobo do próprio homem, razão que levou Hobbes a asseverar a necessidade de uma instância superior e pacificadora, com poderes absolutos, se contrapondo à Rousseau para quem o homem era bom em seu estado de natureza.

Rawls faz uma releitura acerca da solução do conflito inadmitindo a construção de um poder forte e, numa demonstração kantiana – sua maior influência – afirma que os homens não atuam por interesse ou de modo egoísta, mas sim, como sujeitos morais que se consideram livres, iguais e racionais.

Nesse momento, Rawls se apoia no argumento de Hume⁵ que sustenta que os homens se encontram propensos a pacificar suas relações quando se dão conta de que redundará em seu proveito o fato de deixar que outro desfrute da posse de seus bens, visto que esta pessoa também fará o mesmo.

Retomando a posição original, nela encontrar-se iam dois princípios: o da igualdade na repartição dos direitos e deveres básicos e o da proposição de que as desigualdades só se justificam se proporcionarem benefícios a todos, sobretudo, aos menos favorecidos, o que dá origem ao que Rawls denomina de dever de urbanidade, através do qual se impõe a aceitação dos defeitos e dos

⁴ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Traduzido por: Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 21.

⁵ HUME, David, Tratado de La Natureza Humana – Madri, Tecnos, 1992, p. 639, 659.

limites das instituições, além de certa tolerância por beneficiarem-se todos, devendo-se, pois, obedecer às leis injustas que não excedam os limites pautados nos princípios informados alhures, ou seja, não deverão existir turbas às liberdades fundamentais e há de existir um mínimo de garantia da estrutura básica da sociedade.

Destarte, Rawls refuta a ideia de que o desejo da maioria seja correto, acreditando que tanto as majorias quanto as minorias podem gerar situações injustas, ressaltando, mais uma vez, a importância dos princípios de justiça construídos na posição original.

No âmbito social o que se busca é encontrar bens em comum, notadamente decorrentes de acordos formados por consenso no afã de se integrarem os conteúdos pessoais com os sociais.

Notadamente, há uma correspondência, ainda que superficial da perspectiva de consenso de Rawls com a leitura do direito emanada pelo processualista italiano Carnelutti⁶, para quem o direito é um instrumento de mediação de conflito.

Na continuidade de seu recurso heurístico da posição original, Rawls aborda a questão da inveja que considera um defeito ou vício, distinguindo dois tipos desse mal, quais sejam: a inveja geral que decorre das desigualdades socioeconômicas e a inveja particular que se consubstancia na rivalidade entre as pessoas e, nesse sentido, novamente demonstra sua base kantiana para quem a inveja era um vício contra a humanidade.

No intuito de buscar os princípios de justiça, na posição original a inveja não poderia ser considerada, pois, impediria o consenso e, assim sendo, Rawls lança mão de outro recurso heurístico – o véu da ignorância. Coberto por ele, as pessoas

⁶ CARNELUTTI, Francesco, *Teoría Generale de Diritto*. Roma: Foro Italiano, 1940, p.41.

desconheceriam suas circunstâncias pessoais e o básico, o essencial, acabaria por virar consenso.

Outro sentimento abordado por Rawls é a felicidade, ontologicamente indescritível, mas, que para o autor de *Uma Teoria da Justiça*, em apertada síntese, está relacionada à realização do projeto de vida das pessoas, com a persecução de alguns fins como a vida, a liberdade e o bem-estar próprio, podendo esta ser alcançada pela justiça.

É dessa necessidade de proporcionar a felicidade, de base utilitarista, que Rawls assevera que *a justiça é a primeira das virtudes das instituições sociais*⁷.

E continua seu raciocínio informando que *o modo como as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social compreende a estrutura básica da sociedade*⁸.

Instituição social mais importante remete, de imediato, à constituição política de uma sociedade, não exclusivamente e não em sentido estanque, pois, os cidadãos devem reinterpretar periodicamente suas concepções de justiça consoante a elaborada na posição original. Esta constituição política está intimamente ligada às principais instituições econômicas e sociais que regem a sociedade.

A proteção jurídica da liberdade de pensamento e de consciência, a propriedade dos meios de produção são instituições consideradas por Rawls, dentre outras, como indispensáveis ao avanço econômico que, conseqüentemente, em sua visão, leva ao segundo princípio de justiça, isto é, aquele que melhora a situação dos menos favorecidos.

⁷ RAWLS; J., Op. Cit, 1997, p. 19.

⁸ RAWLS; J., Op. Cit, 1997, p. 23.

Além das instituições acima mencionadas, Rawls também ressalta a relevância da competição comercial.

Nesse diapasão, Rawls aparenta ser adepto ao liberalismo absoluto por ver a competição comercial como uma das instituições sociais mais importantes, protegida desde a proposição da estrutura básica, mas, isso só ocorreria quando de uma leitura pontual, pois, ele não tem a tônica do Estado de *Laissez-faire*. Na sua concepção, o liberalismo acentuado é visto como promotor de mais igualdade, razão que o leva a intitular-se um liberal-igualitário que absolve o lado bom, ético e moral do socialismo e o injeta na estrutura da predominância de capital, considerando este último, um propulsor de mais igualdade.

Uma das críticas a Rawls aduz que em sua teoria haveria a supressão ou a mitigação dos efeitos da loteria natural e da meritocracia.

O utilitarista Mill⁹, apoiando Rawls, pondera que o justo está relacionado ao *melhor de si próprio* e por essa razão, uma pessoa mais talentosa não pode se sobrepor a outra que, embora menos talentosa, esteja dando o melhor de si, não obstante reconhecer que esta mirada constitui o princípio mais elevado e de natureza absolutamente abstrata da justiça social e redistributiva.

Por essas razões, Rawls conclui taxativamente que *é a estas desigualdades da estrutura básica de toda sociedade, provavelmente inevitáveis, às quais se devem aplicar, em primeira instância, os princípios da justiça social*¹⁰.

De uma leitura mais acurada percebe-se que Rawls enxerga na desigualdade uma condição para o progresso e, sendo assim, não se propõe a exterminá-la. Ele trabalha a perspectiva de igualdade de

⁹ MILL; John Stuart. Sobre la Libertad. Traduzido por Josefa Sainz Pulido, A g u i l a r. sd. p.93.

¹⁰ RAWLS; J., Op. Cit, 1997, p. 23.

oportunidades, valorizando, ainda mais, a liberdade de escolha, ou seja, se permite, tão somente, amenizar os efeitos deletérios de existência necessária da desigualdade.

Para Rawls, a concepção de justiça concebida na posição original, alcançada pelo consenso, se sobrepõe as visões plurais e individualizadas sobre o tema, afinal, o homem é um ser moral capaz de resguardar direitos essenciais como a liberdade e a dignidade, estas, observadas em amplo espectro.

Assim, o primeiro princípio da justiça refere-se ao direito de igualdade para todos e, como via de consequência, permite assegurar as liberdades básicas consubstanciadas na liberdade política; liberdade de expressão e de reunião pacífica; liberdade de consciência e de pensamento; liberdade contra opressões psicológicas; a não agressão física e preservação da sua integridade; o direito de propriedade; a liberdade assecuratória de confisco e detenções não arbitrárias.

Já o segundo princípio está relacionado ao ingresso à riqueza e à maneira das organizações utilizarem as diferenças de autoridade e responsabilidade nas estruturas de comando, de forma vantajosa e acessível para todos.

Esses dois princípios, segundo Rawls, devem obedecer a uma ordem lexical, que privilegia o primeiro princípio sobre o segundo, ou seja, os valores que tutelam o primeiro se sobrepõem aos do segundo, apesar da vinculação de ambos.

O primeiro princípio, pois, vincula-se aos chamados bens primários que constituem os bens necessários à convivência social e como meios multifacetados que permitam às pessoas buscarem suas próprias concepções do bem, propiciando o exercício das duas

faculdades morais¹¹, compreendidas como a capacidade de ser razoável e racional.

Em apertada síntese, são bens meios e bens fins, os primeiros utilizáveis para a consecução de outros que julgamos necessários para a realização dos nossos projetos de vida, e os demais, àqueles que aspiramos pela nossa própria condição, como a exemplo da liberdade, que todos compartilharão igualmente.

Nesse particular, os bens primários são aqueles que, por mais desfavorecida que seja uma pessoa, não poderá se ver furtada de sua fruição, sendo considerados inalienáveis na ótica constitucional.

Sem embargo, Rawls considera a diversidade de uma forma bastante natural, pois, crê que ela potencializa o processo de evolução dos bens primários, afirmando textualmente que: *homens nascidos em posições sociais diferentes têm diferentes expectativas de vida, determinadas, em parte, tanto pelo sistema político como pelas circunstâncias econômicas e sociais*¹².

Notadamente, a expressão *vantagens a todos e igualdade acessível a todos* contida no segundo princípio de justiça, apesar da aparente ambiguidade, comporta, na concepção rawlsiana, quatro interpretações possíveis.

Em uma primeira análise, está atrelada ao sistema de liberdade natural que se baseia no princípio da eficiência, ou seja, aquela em que a estrutura básica da sociedade consegue equilibrar as expectativas de todos os seus membros, sendo possível alterar o sistema econômico, conquanto não sejam mexidas as liberdades fundamentais.

Em uma segunda interpretação, está a igualdade na liberdade, entendido como as condições de desenvolvimento às

¹¹ RAWLS; J., Op. Cit, 2000, p. 165.

¹² RAWLS; J., Op. Cit, 1997, p. 24.

capacidades e a justa igualdade de oportunidades. Essa segunda análise, segundo o próprio autor, é imprecisa, pois supõe que os igualmente talentosos teriam iguais chances culturais e de superação, o que exterminaria, na prática, a loteria natural, o que não parece possível.

A *aristocracia natural*, ou governo dos bons e morais, constitui a terceira interpretação e, apesar da simpatia do autor, ele a rechaça na medida em que reconhece dificultar a justiça, isso porque, os menos favorecidos, nessa interpretação, não encontram possibilidades de melhoras.

A quarta interpretação relaciona-se à *igualdade democrática e o princípio da diferença*, sendo, pois, suprimida a determinação do princípio da eficiência, posto que, a sua pretensão se volta à moderação dos efeitos das desigualdades sociais para alcançar a justiça.

Para Rawls, a justa igualdade de oportunidade, como critério mínimo de igualdade, só obteria êxito caso estivesse atrelada com o princípio da diferença, trazendo a ideia de justiça puramente processual, ou seja, àquela em que há o fiel cumprimento às regras estabelecidas¹³.

É importante ressaltar que John Rawls, durante a revisão de sua obra clássica, quer seja para ajustar ou reformular conceitos, quer seja para responder críticas, admitiu a incorporação de um terceiro princípio à sua teoria. Esse princípio estaria relacionado à satisfação das necessidades básicas dos cidadãos e ocuparia o cume da ordem serial já estabelecida anteriormente, em relação aos dois princípios de justiça, pois, para o autor, esse terceiro princípio seria condição essencial ao exercício dos direitos e liberdades.

¹³ BARBAROSCH, Eduardo. *Teorías de La Justicia Contemporánea*. 1ª Edição, Buenos Aires, La Ley: Facultad de Derecho, UBA, 2007, p. 74.

Finalmente, a realização da justiça, vista sob a ótica rawlsiana é possível, e embora não a seja de forma absoluta, encontra concretude na medida em que estão presentes os princípios da justiça e a regra da hierarquização das possibilidades consoante os piores resultados estimados. Isso corresponde à regra do *Maximin minimorum*, que trocando em miúdos é a extração do máximo do mínimo, sobretudo, nas questões socioeconômicas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma Teoria da Justiça, por seu próprio título, denota um pluralismo evidente, sendo observada, nessa seara, toda a preocupação do seu autor com as sociedades modernas e democráticas, haja vista terem estas, a pluralidade como principal característica.

Não à toa, Rawls utiliza o artigo indefinido *uma* para demonstrar que sua teoria não tem caráter universalista e que são plenamente possíveis outras perspectivas sobre o tema, sobretudo se pautadas em doutrinas antagônicas.

Sua teoria representa uma resposta ao utilitarismo dominante, questionando a ética utilitarista que prioriza a maioria, o que constitui, segundo Rawls, uma injustiça quando o palco de observação é a democracia liberal, em razão de não serem contempladas as pautas das minorias que clamam por inclusivismo.

O construtivismo rawlsiano é político e não moral, apesar da forte influência kantiana, objetivando atingir a princípios anteriores que norteiam razoavelmente as questões de justiça social, através da estrutura básica da sociedade.

Sua obra jusfilosófica é de tal importância no espaço contemporâneo que não se concebe que desdobramentos evolutivos na discussão do tema não a contemplem, quer seja

aceitando-a, ajustando-a, ou até mesmo rechaçando suas concepções.

A ideia de justiça rawlsiana orienta-se preliminarmente sobre o indivíduo, mas, a este agrega o contexto social e comunitário, ensinando um mecanismo em defesa da pessoa e da promoção da vida em uma sociedade plural.

Os princípios de justiça de Rawls são, então, de caráter deontológico, mas, não perdem a perspectiva teleológica quando o justo e o bem são interpretados como complementares, sintetizando uma concepção de justiça política que pretende reconciliar a autonomia privada à pública, considerando as contingências de uma sociedade democrática.

Por todo o exposto, Uma Teoria de Justiça de John Rawls é factível e merece o título de: clássico, a si atribuída, sendo um divisor de águas na observação da filosofia política ou da jusfilosofia.

Apesar de todas as críticas, fundadas, respondidas ou até mesmo infundadas, a teoria da justiça rawlsiana traz novamente ao centro das discussões filosóficas o tema da justiça e atinge o seu objetivo ao fomentar um mecanismo mais adequado à sua obtenção, acarretando reflexões acerca do protagonismo da justiça nas sociedades democráticas contemporâneas.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barbarosch, Eduardo. *Teoría de la Justicia y la Metaética Contemporánea*. 1ª. Buenos Aires, BA: La Ley: Facultad de Derecho UBA, 2007.

Bobbio, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª Edição Revista. Tradução: Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

Hume, David. *Tratado de La Naturaleza Humana*. Madri: Tecnos, 1992.
Kant, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 1ª. Tradução: Edson Bini.
Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

Mill, John Stuart. *Sobre la Libertad*. s/d. Tradução: Josefa Saniz Pullido.
s/d: A G U I L A R, s/d.

Rawls, John. *Justiça como Equidade*. Tradução: Claudia Berliner. São
Paulo, SP: Martins Fontes, 2003.

—. *Justiça e Democracia*. 1ª. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo, SP:
Martins Fontes, 2000.

—. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R.
Esteves. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1997.

Vita, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo, SP: UNESP,
2000.

A HIPERPOTENCIALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: Uma abordagem reflexiva da hermenêutica constitucional

Tamara Luiza Dall Agnol Pinto¹

1 INTRODUÇÃO

A pós-modernidade traz consigo a quebra do paradigma do positivismo normativista. Nesse contexto, é feita necessária consideração acerca dos aspectos mais importantes do pós-positivismo e das novas concepções concernentes à Teoria da Constituição, analisando-se detalhadamente a normatividade dos princípios e suas implicações na hermenêutica constitucional, atendo-se à dicotomia *volunta legis x volunta legislatori*.

A discussão presente perpassa o âmbito da legitimidade do Poder Judiciário diante da interpretação construtivista dos juízes, se detendo aos pontos que resvalam na aplicação frequente e principalmente das normas de direito fundamental, que asseguram os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, de modo a transformar a própria lei ou criá-la.

Assim, atina-se à análise da característica de construção normativista dos tribunais no âmbito da justiça brasileira, pondo em pauta essa linha de exercício de jurisdição. Logrando demonstrar que a adoção de uma interpretação nova por vezes implica atividade legislativa, embora benéfico o resultado prático - pois necessário

¹ Advogada inscrita na OAB-MA sob o nº 14.454. Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB (MA). Especialista em Direito Civil pela UNIDERP (MS). Aluna regular do programa de Doutorado em Direito da UBA (Universidad de Buenos Aires).

para a manutenção do ideal de justiça - por outro lado, desdobra em insegurança jurídica, visto que os juízes não são aqueles destinados para tal, observado o princípio democrático que insurge a representatividade do povo, e, também, a separação dos poderes.

2 A POSITIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E A DECORRENTE ABERTURA INTERPRETATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No decorrer do século XX e início do século XXI, a concepção de verdade sofreu um imenso abalo em toda a sua extensão, caracterizado pela mudança dos paradigmas das ciências, principalmente na área das ciências humanas, pois ultrapassou-se a ideia de que o método das ciências da natureza deveria ser aplicado às demais ramas para que se considerasse o conhecimento obtido legitimamente científico. A pós-modernidade, como é chamado esse período, caracteriza-se então pela superação e pelo início do chamado pós-positivismo (BARROSO, 2005, p. 01). Segundo o renomado constitucionalista supramencionado, as repercussões e características deste novo movimento filosófico-científico no Direito

busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e

regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia (BARROSO, 2005, p. 02).

A Constituição Federal de 1988 nasce então, com seus ideais que visam à volta da democracia no Estado brasileiro, nesse contexto filosófico-jurídico. E uma das suas características mais marcantes é a positivação dos princípios como normas constitucionais, além da inclusão dos ramos privados do direito no texto (BARROSO, 2010, p. 316).

No Direito Contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. [...] Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada entre regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto (BARROSO, 2010, p. 317).

Como afirma o autor, os princípios estão mais próximos da ideia de justiça do que as regras. Segundo Dworkin (2010, p. 38-39), no seu modelo de regras, os princípios são normas que podem

ser satisfeitas em diversos níveis, enquanto regras são normas que são ou não são aplicadas. Alexy (2011, p. 90-91) aprimora a definição de princípios ao conceituá-los como “*mandados de otimização*”. Ou seja, são normas que podem ser satisfeitas em proporções diversas, mas que devem ser aplicadas em seu grau máximo.

Esta visão construída pelos dois autores é responsável pela carga valorativa que carrega hoje o conceito de princípio como responsável máximo pela manutenção da justiça nos mais diversos sistemas jurídicos, incluindo o ordenamento jurídico brasileiro.

Para além desta carga axiológica, Luís Roberto Barroso (2004, p. 327) afirma que “*na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram que conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata*”.

Pode-se apontar como fatores que legitimaram a ideia de princípio como norma de direito, e não somente como recurso último no caso de colmatação de lacunas legais, os aspectos considerados os mais importantes por Canotilho (1993, p. 166-167) a respeito dos princípios, que são o seu caráter de fundamentalidade no sistema, já que os direitos fundamentais são princípios e não regras, constituindo o objetivo maior de um sistema jurídico, observada sua proximidade à ideia de direito no sentido de se assemelhar à realização da justiça.

No que concerne às implicações interpretativas da normatividade dos princípios, mais uma vez vale-se dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2010, p. 320):

a eficácia interpretativa [dos princípios] consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos

princípios constitucionais. Funcionam eles, assim, como vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa.

Em síntese, a prevalência dos princípios sobre as regras, característica da pós-modernidade, é então explicada a partir dos aspectos que aproximam a interpretação do direito tendo como norte a efetivação principiológica e a ideia de que, dessa forma, a aplicação do direito se torna mais próxima do ideal de justiça em si.

2.1 *Volunta Legis* e *Volunta Legislatori* na interpretação principiológica

Diante da famigerada dicotomia vontade da lei *versus* vontade do legislador, inúmeros autores e intérpretes tentaram chegar a uma conclusão que extinguisse a questão, mas o que se constatou de forma mais homogênea é que não se deve ater a nenhuma das duas formas se não se tiver em mente que a interpretação e a aplicação do direito devem ser adequadas à realidade hodierna (FERRAZ JUNIOR, 2010, p. 234-235).

Lênio Luiz Streck (2009, p. 98-100) dá continuidade à discussão iniciada por Ferraz Júnior ao afirmar que existem posicionamentos contundentes tanto advindos dos doutrinadores que defendem que deve-se observar a intenção original de quem positivou a norma, seguindo o pensamento de que um sistema jurídico deve obedecer a situação ideológica que o colocou em vigor, quanto advindo do ramo doutrinário que defende uma análise interpretativa mais voltada para a preponderância do sentido que a lei carrega consigo mesma, potente por força do argumento de que a validade da lei se dá a partir de uma necessidade social.

No que tange aos princípios, seguindo a linha de pensamento de Robert Alexy (2011, p. 93-96), deve-se levar em consideração que as normas de direito fundamental são normas-princípio, e tem elas uma predileção no ordenamento jurídico, por constituírem os ideais basilares de uma Constituição, as ideias que a norteiam.

Partindo também do que foi exposto acerca dos princípios e sua característica de aproximação do ideal de justiça, é razoável que se valha, na interpretação principiológica, de métodos como o axiológico, que preza mais pelo valor, pelo ideal contido na norma positiva (FERRAZ JUNIOR, 2010, p. 366) porque, segundo o próprio autor, “*ativa a participação do intérprete na configuração do sentido*”. Ou seja, privilegia interpretação construtivista da lei.

3 PODER LEGISLATIVO *VERSUS* PODER JUDICIÁRIO

A contradição que o intérprete autêntico ou não autêntico encontra ao realizar a atividade hermenêutica é de observância imprescindível aqui. Uma vez que, se por um lado o Poder Legislativo edita leis impondo nelas, por óbvio, a vontade do legislador, o aplicador, por outro lado, tem atipicamente se pautado para além da referida vontade, criando assim um novo sentido para a lei.

O Poder Legislativo almeja que a procura no momento da atividade interpretativa seja pela “*individualidade e o espírito do autor da lei*” (CAMARGO, 2003, p. 128). Em contraponto, favorável ao Judiciário é a afirmação de que é necessária a atualização do significado dos termos da lei, como lembra Camargo, visto que a sociedade, “*em constante transformação, pede uma interpretação adequada ao novo tempo*”.

Mas cabe questionar o quão legítima é essa nova significação – que cria direito novo - dada pelo Poder Judiciário, quando o poder com competência para tanto é tipicamente o legislativo, vez que nas democracias este representa o povo.

O Judiciário justifica sua atuação construtivista afirmando a ideia de que estaria apenas utilizando a vontade objetiva da lei - que traduz os anseios do povo -, evidenciando um processo hermenêutico capaz de atualizar o direito por meio de decisões que melhor se encaixem em cada caso concreto.

Corroborando com tal embasamento, Barroso (1998, p. 131) comenta que “*a Constituição e as leis, portanto, visam a acudir certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda a finalidade para a qual foi criada*”. Para isso, portanto, a metodologia de interpretação adequada seria teleológica axiológica proposta por Savigny.

Quanto aos benefícios advindos pela suposta sobreposição dos poderes estatais, Elival da Silva Ramos acrescenta seus juízos:

o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao ‘passivismo’, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados (RAMOS, 2010, p. 110).

Destarte, é notável que, para Ramos, o ativismo judicial seria uma forma de sanar o *quorum* de exigências do meio social. Embora seja acusado de ferir aspectos de importância do Estado, como a segurança jurídica ou ainda a democracia, se mostra como

tendência que tem sido seguida frequentemente pelos tribunais brasileiros.

4 ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVISTA DOS TRIBUNAIS

A partir da Constituição de 1988, o Poder Judiciário contou com uma força adicional, que visivelmente lhe sobrepunha sobre os demais poderes, haja vista que, o texto constitucional, diretamente relacionado com a decadência do constitucionalismo liberal e com o período pós ditaduras, volta-se para a concepção humanista e social, considerando os princípios como bases de um Estado Democrático de Direito.

Ressaltaram-se os direitos fundamentais, todos fundamentados na dignidade da pessoa humana e no mínimo existencial. Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal, bem como os demais tribunais, têm logrado dar especial atenção às questões que envolvem, por exemplo, o direito à vida, o direito à liberdade, os direitos sociais, dentre outros.

Nesse diapasão, o magistrado, na sua prática jurisdicional, não é mero aplicador de leis, na medida em que considera a carga normativa dos princípios, ainda que não escritos, para revelar a norma concreta direcionada ao caso em julgamento. Sobre isso, Cittadino destaca que:

não se pode negar que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtivista das normas e dos princípios que as integram, e, neste sentido, as decisões dos tribunais – especialmente em face de conflitos entre direitos fundamentais – têm necessariamente o caráter de ‘decisões de princípio’ (CITTADINO, 2004, p. 108)

Assim, para entender com mais afinco a aplicação dos princípios nas decisões dos tribunais, selecionam-se casos específicos. Logo, tem-se em vista que as justiças estaduais e federais, em nome do princípio democrático, e ainda, diante de abstenções do poder público, tem decidido reiteradamente o custeio, pela União, Estados e Municípios, de medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das secretarias estaduais e municipais, sendo que em algumas situações, os tratamentos pleiteados são experimentais ou devem ser realizados no exterior. A situação de distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial, através de repetições de jurisprudência, tem gerado uma conotação quase normativa. Segue a ementa, a exemplo do exposto, de um mandado de segurança com trâmite no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, notório caso de judicialização da saúde:

TJDF - Mandado de Segurança: MS
191963820108070000. DF 0019196-
38.2010.807.0000. Ementa:
ADMINISTRATIVO E
CONSTITUCIONAL. MANDADO DE
SEGURANÇA. ENTREGA DE
MEDICAMENTO. SAÚDE. **DIREITO
FUNDAMENTAL. DIREITO DE
TODOS E DEVER DO ESTADO. 1.
ASSISTE AO IMPETRANTE O DIREITO
LÍQUIDO E CERTO AO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE, COM
SEDE CONSTITUCIONAL,
VIOLADO POR ATO OMISSIVO DO
SECRETÁRIO DE ESTADO DE
SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL,**
CONSUBSTANCIADO PELA NÃO
ENTREGA DE MEDICAMENTO
ESSENCIAL AO TRATAMENTO DA

ENFERMIDADE DE QUE É PORTADOR. 2. SEGURANÇA CONCEDIDA. Acórdão: CONCEDEU-SE A ORDEM. DECISÃO UNÂNIME. (grifo nosso)

Observa-se que a necessidade de judicializar a situação se impõe, por mais que o direito à saúde esteja assegurado, haja vista o despreparo público em prover por conta própria o almejado pela população. Ficando, pois, caracterizada a necessidade da intervenção provocada do Poder Judiciário.

Em outra esteira, mais atinente ao denominado ativismo judicial, tem-se em voga a ação maximizada da corte maior que, por vezes, entendendo de maneira curiosa, ignora até mesmo os corolários princípios consagrados constitucionalmente, decidindo, em consequência, contra o seu mandamento, a exemplo do que ocorreu no seguinte e recente julgado:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. **PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA** (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. **A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.** 2. Habeas corpus denegado. (grifo nosso)

Não se pretende aqui discutir a razoabilidade do resultado prático deste último julgado, com o qual o bom senso concorda, mas sim os meios utilizados para obtê-lo, que fazem a sociedade sentir pelo menos uma ínfima arbitrariedade advinda da corte suprema, ainda mais por ter a prerrogativa construtivista ao seu dispor, sem maiores questionamentos.

Por fim, conclui-se que os tribunais têm tido uma prática de interpretação cada vez mais construtivista e frequente, haja vista que este “*se destina a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto*” (BARROSO, p. 271, 2010).

O primeiro caso exemplificado, nesse contexto, abre caminho para a formação de uma possível nova súmula. Em contrapartida, o segundo caso aponta o perigo da reiterada mudança de entendimento da corte.

Obviamente este tribunal afirma agir em nome dos princípios constitucionais basilares. Entretanto importa perceber se realmente assim o tem feito, com neutralidade, com fulcro unicamente no direito, ou se pretendem seguir convicções de setores específicos e/ou pessoais, sob pena de estar ameaçada a segurança jurídica e, certamente, a Constituição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, cabe pontuar algumas conclusões relevantes referentes à hiperpotencialização do Poder Judiciário e ao paradoxo *Volunta Legis* e *Volunta Legislatori*.

Assim, no que toca à normatividade que tem sido construída pelo Judiciário, se faz mister afirmar que esse é um efeito do contexto do pós-positivismo. Neste, as Constituições advindas pós-guerras, neoliberais, receberam princípios que adquiriram caráter de norma jurídica a partir de interpretações construtivistas. O objetivo é melhor atender as necessidades sociais e a ideia de

justiça. Este fato tende a opção pela vontade da lei em detrimento da vontade do legislador. Essa vontade, todavia, será revelada por meio do exercício da jurisdição.

Logo, embora a sobreposição do Judiciário contemple a dinamicidade do direito ao não lhe manter passivo no momento da atividade hermenêutica, esse fenômeno ainda assim é questionado e criticado na medida em que um poder específico é hiperpotencializado em face dos outros poderes estatais. Ainda assim, os tribunais brasileiros têm decidido levando em conta esta tendência reiteradamente, acerca de muitos assuntos, enquanto que, essas decisões, segundo Barroso (2008), devessem ser tomadas apenas em determinados momentos históricos relevantes para a nação.

Enfim, destaca-se que, além da justificativa que consiste na própria atividade hermenêutica, a legislação atual ao não condizer com a realidade social ou ainda, a falta de norma que contemple um caso concreto, a fim de colmatar lacunas, e a valorização dos princípios constitucionais, têm colaborado com a super-atividade do Judiciário. Neste sentido, a hiperpotencialização tem funcionado aos objetivos práticos, pois logra responder às demandas existentes tanto a partir da judicialização quanto a partir do ativismo. Em contrapartida, ressalta-se que é prudente haver um limite à sobreposição para que não seja afetada, no âmbito do exagero, a segurança jurídica e, principalmente, o regime democrático do Estado Constitucional, mormente o princípio da separação dos poderes estatais delineado por Montesquieu.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 7 nov. 2016.

BRASIL. **Mandado de Segurança**: MS 191963820108070000 DF 0019196-38.2010.807.0000. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18719794/mandado-de-seguranca-ms-191963820108070000-df-0019196-3820108070000-tjdf>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BRASIL. **Habeas Corpus**: HC 126292 / SP - São Paulo. Relator(a): Min. Teori Zavascki Julgamento:17/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia.** ALCEU - v.5 - n.9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** 6ª ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104-137.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÉTICA

Vilma Fátima Freire Caldeira¹

“Ética é o resultado da construção dos diversos saberes, opiniões e atitudes”, disse Michael Bedros Arsenian, professor adjunto da Universidade Paulista-UNIP, Campus São Paulo.

“Todos os profissionais que seguem a Odontologia, sem exceção, gostam do ser humano e buscam uma sociedade mais justa e harmoniosa. Nesse sentido, a ética irá nortear o Equipes de Saúde Bucal com valores de promoção de saúde, desenvolvimento ambiental e seguridade social”, explicou o Mestre em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo.

1 INTRODUÇÃO

Os grupamentos sociais há séculos, exigem regras, normas e leis para existirem em harmonia. A Ética não passa, simplesmente, de ato normativo. Não é o código que institui a ética. Ela existe antes do código escrito. O indivíduo para ter uma ética ou seguir uma conduta ética é preciso antes de tudo, ser um **Ser Ético**. Cada cultura institui suas leis escritas, formando seu **Ordenamento Jurídico**. Nesta ordem jurídica está o Direito. Direito à vida e à morte, dentre outros direitos. O dever-ser é normatizado pela **Lei Jurídica**. O direito é mutante, e apresenta a necessidade de distinguir ações justas e injustas, o moral e o imoral, o ético e o

¹ Advogada; Cirurgião dentista do Município de São José do Rio Preto e Onda Verde/SP. Especialista em Epidemiologia /Saúde Pública (FAMERP/Faculdade de Medicina e Enfermagem de São Jose do Rio Preto/SP), Saúde em Rede (Fundação FIOCRUZ/ (Rio de Janeiro) e Gestão em saúde (UNIFESP/Universidade Federal de Medicina do Estado de São Paulo.

antiético. A moral e o Direito sofrem mudanças de acordo com a história e a sua função social. Assim, formas de comportamento humano têm caráter histórico. Em consequência, há a variação da moral de uma sociedade para outra, e, por conseguinte, o direito, também, sofre alterações com estas mudanças.

O Código de Ética Odontológico Brasileiro foi aprovado e sua vigência começou a partir de 1º de janeiro de 2013. Em 1976 foi elaborado o primeiro código de ética odontológico.

“Considero vários aspectos importantes desse novo Código, pois eles fundamentam os anseios da classe odontológica e da sociedade brasileira. Com isso ganham os dentistas, os serviços de atendimento, os brasileiros e o nosso país. Sempre considerei que a evolução de assistência no país direcionado à abordagem epidemiológica e social é relevante e dentro da conduta ética e moral, as políticas públicas e a inclusão dos dentistas nas Equipes de Saúde Bucal e Estratégias de Saúde, como o Brasil Sorridente têm provado isso, principalmente no acolhimento e humanização da profissão”. Explica Arsenian, Cirurgião-Dentista.

O impacto social deste novo código é de grande relevância, em um país que há grande dificuldade de levar até as classes mais desfavorecidas a saúde bucal. O Código de Ética enfatiza a importância da presença das Equipes de Saúde Bucal dentro dos parâmetros de vigilância epidemiológica e no setor público.

O Novo Código de Ética estabelece que

constitui infração ética discriminar o ser humano de qualquer forma ou sob qualquer pretexto; aproveitar-se de situações decorrentes da relação profissional / paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou política; desrespeitar ou permitir que seja desrespeitado o paciente, membros da Equipe ou qualquer pessoa.

O Código aborda a relação com os pacientes e constitui infração ética deixar de esclarecer claramente os propósitos, riscos, custos e alternativas do tratamento; executar ou propor tratamento desnecessário ou para o qual não esteja capacitado. Sendo assim o tratamento deve estar descrito e assinado, pelo profissional, pelo paciente e/ou responsável legal. Os dentistas e profissionais de saúde deverão manter no prontuário os dados para a boa condução do caso e preenchido cronologicamente. O Conselho Federal de Odontologia e os Conselhos Regionais de Odontologia foram criados pela Lei nº 4.324, de 14 de abril de 1964.

A função destas autarquias federais é fiscalizar o exercício da Odontologia também no que diz respeito aos seus aspectos éticos zelando e trabalhando pelo conceito da profissão e dos que a exercem legalmente. O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina foram instituídos pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13/09/1945; em 30/09/ 1957 foi publicada a Lei nº 3.268 que dispõe sobre os Conselhos de Medicina (Arseniam, 2010).

2 DIREITOS E DEVERES DO CÓDIGO DE ÉTICA ODONTOLÓGICO

2.1 Direitos

1-Os profissionais de saúde bucal possuem o direito de guardar sigilo a respeito das informações adquiridas no desempenho de suas funções;

2-Contratar serviços de outros profissionais da Odontologia, por escrito, de acordo com os preceitos do Código e demais legislações em vigor;

3-Recusar-se a exercer a profissão em âmbito público ou privado onde as condições de trabalho não sejam dignas, seguras e salubres;

4-Renunciar ao atendimento do paciente, durante o tratamento, quando da constatação de fatos que, a critério do profissional, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional.

2.2 Deveres

1-Os profissionais de saúde bucal devem: cumprir e fazer cumprir os preceitos éticos e legais da profissão, e com discrição e fundamento, comunicar ao Conselho Regionais fatos de que tenham conhecimento e caracterizem possível infringência do presente Código e das normas que regulam o exercício da Odontologia;

2-Zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Odontologia e pelo prestígio e bom conceito da profissão; assegurar as condições adequadas para o desempenho ético-profissional da Odontologia, quando investido em função de direção ou responsável técnico;

3-Manter atualizados os conhecimentos profissionais, técnico-científicos e culturais, necessários ao pleno desempenho do exercício profissional;

4-Zelar pela saúde e pela dignidade do paciente;

5-Resguardar o sigilo profissional; elaborar e manter atualizados os prontuários na forma das normas em vigor, incluindo os prontuários digitais;

6-Resguardar sempre a privacidade do paciente;

7- Constitui infração ética, revelar, sem justa causa, fato sigiloso de que tenha conhecimento em razão do exercício de sua profissão; e fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir

paciente, sua imagem ou qualquer outro elemento que o identifique, em qualquer meio de comunicação ou sob qualquer pretexto, salvo se o cirurgião-dentista estiver no exercício da docência ou em publicações científicas, nos quais, a autorização por escrito do paciente ou seu responsável legal, lhe permite a exibição da imagem ou prontuários com finalidade didático-acadêmicas.

3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM ODONTOLOGIA

Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/90 define os papéis de gestores e técnicos em saúde.

Lei nº 8.142/90 institui a participação social através de Conselhos e Conferências de Saúde.

Portaria nº 1.444/00 estabeleceu a presença das Equipes de Saúde Bucal no Programa de Saúde da Família – PSF;

Diretrizes da Política Nacional de Saúde Bucal apoiaram a criação da estratégia Brasil Sorridente (2004) e a viabilização dos centros de especialidade odontológica como garantia de atendimento nos níveis de maior complexidade.

Fluoretação no Brasil, do Ministério da Saúde, Lei nº 6.050/74 que determina os parâmetros para essa viabilização à Portaria nº 22/GM (1989) que assegura a qualidade e a eficácia dos dentifrícios e enxaguatórios produzidos no Brasil;

Portaria nº 518/GM (2004) que reforçou a qualidade da água consumida e fortaleceu o papel da Vigilância Epidemiológica;

Manual de Processamento de Artigos e Superfícies em Estabelecimentos de Saúde (2ª Edição, Ministério da Saúde, 1994, Portaria nº 1.598);

Portaria GM/MS nº 2.616/98, que cuida do Controle de Infecção Hospitalar; a Resolução CONAMA nº 358/2005 que cuida do Gerenciamento de Resíduos e, por fim, e com destaque,

refere-se ao atual Código de Ética, aprovado pela Resolução CFO nº 118/12.

4 RELAÇÃO ENTRE OS CÓDIGOS DE ÉTICA ODONTOLÓGICOS E MÉDICO

Por possuírem muitos pontos comuns em relação aos procedimentos cirúrgicos invasivos, estas duas profissões devem obedecer a princípios ditados pela Bioética, como também, pelos códigos de Ética respectivos. O Código de Ética Odontológico brasileiro está em vigor desde 2013. O Código de Ética Médica brasileiro passou a vigorar no começo de 2010. O Código de Ética Médica, também já foi denominado de Código de Deontologia Médica. O primeiro código de ética médica foi publicado em 1945

Nas Universidades de Odontologia nada é aprovado sem que haja a anuência dos Comitês de Ética. *“Existem várias linhas científicas sendo produzidas pelas universidades no Brasil que só obtêm ampla divulgação quando todos os cuidados éticos e de preservação são respeitados. “Há um avanço no país nesse sentido”, segundo Prof. Michael Arsenian.*

O Código de Ética Odontológico estabelece **Infração Ética** na publicação científica, quando:

01-Aproveitar-se de posição hierárquica para fazer constar seu nome na coautoria de obra científica; apresentar como seu, no todo ou em parte, material didático ou obra científica de outrem, ainda que não publicada;

02-Publicar, sem autorização por escrito, elemento que identifique o paciente preservando a sua privacidade;

03-Utilizar-se, sem referência ao autor ou sem sua autorização expressa, de dados, informações ou opiniões coletadas em partes publicadas ou não de sua obra; divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda

não esteja expressamente reconhecido cientificamente; falsear dados estatísticos ou deturpar sua interpretação;

04-Publicar pesquisa em animais e seres humanos sem submetê-la à avaliação prévia do comitê de ética e pesquisa em seres humanos e do comitê de ética e pesquisa em animais.

Considera-se infração ética praticar e/ou permitir que se pratique concorrência desleal, bem como ser conivente com erros técnicos, infrações éticas e exercício irregular da profissão. {...} Tanto o CEO como o CEM consideram importante a luta em defesa dos interesses da categoria e consideram infração ética suceder profissional demitido ou afastado em represália à atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria ou da aplicação do respectivo Código. (CEO/2013 e CEM/2010)

A publicidade em Odontologia poderá ser feita desde que obedeça aos ditames do código de ética odontológico. Mas o nome e o número de inscrição (pessoa física ou jurídica) deverão estar sempre, claro e legível na mídia. Há a vedação do caráter sensacionalista da publicidade. O código de ético médico descreve sobre o reconhecimento científico de descoberta e/ou tratamento por órgão competente. O código de ética odontológico retrata técnicas, tratamentos e áreas de atuação, mesmo que não seja comprovada cientificamente.

Ambos falam da necessidade da obtenção do consentimento livre e esclarecido; da aprovação prévia por parte de comitês de ética em pesquisa; da vedação de manipulação de dados de pesquisa e do respeito ao direito autoral; do respeito ao

paciente em aula ou pesquisa e do zelo pela veracidade, clareza e imparcialidade. (CEM/2010 e CEO/2013)

As pessoas jurídicas deverão fornecer a inscrição do responsável técnico; nesta empresa, responderão, solidariamente, os proprietários, o responsável técnico e os demais profissionais que estiverem envolvidos na infração, de acordo com o grau de culpabilidade. Quanto às disposições inerentes ao Código Odontológico salientamos que este não se dirige pontualmente aos cirurgiões-dentistas, mas também aos profissionais de outras categorias auxiliares; às pessoas jurídicas e às entidades e operadoras de planos de saúde. O código de ético médico apresenta normas que são pertinentes aos médicos e pelas organizações de prestação de serviços desta carreira, no entanto, ambos os códigos definem as profissões de maneira semelhante. Ressaltando a nobreza da prática destas profissões na manutenção da vida humana saudável. O paciente deverá ser respeitado quanto à escolha do tratamento; este certame está embutido como princípio fundamental no exercício da medicina, e, por conseguinte, na odontologia, desde que haja, no entanto, respaldo científico para a escolha. Os dentistas por estarem envolvidos em questões de saúde pública, pois fazem parte do rol de profissionais de saúde pública, também, poderá fazer a notificação de doenças, observado o liame com as vigilâncias sanitárias e epidemiológicas. Quanto à responsabilidade profissional médica, este terá a obrigação de notificar as doenças diagnosticadas, e colaborar assim com as autoridades sanitárias. A odontologia está dando os seus primeiros passos de encontro à saúde pública, embora, exista no Brasil já há muitos anos. Mas sempre foi vista com um olhar de atividade essencialmente privada, por isso, quando se fala em greve, o código médico, é conceitual, enquanto na atividade odontológica deixa implícito.

Nos últimos anos as ações judiciais contra médicos e dentistas, têm aumentado muito. A publicidade irregular é muito comum na odontologia, e tem sido um dos principais motivos de processos ético-profissionais dos dentistas. Não acredito que seja por imperícia e/ou negligência, mas uma maior conscientização do paciente em relação ao procedimento escolhido e/ou produzido. O código de ético médico indica os artigos de responsabilidade médica e suas modalidades de culpa. Em ambos os códigos, o dever profissional em assumir responsabilidade pelos atos praticados, é ressaltado. Tanto o prontuário médico e/ou odontológico será composto por exames realizados durante o tratamento. Evidencia-se a importância destes prontuários como conjunto probatório em uma futura demanda judicial. Os códigos de ética Médico/Odontológico determinam que este profissional deva garantir o acesso do paciente ao seu prontuário, e se necessário obter sua cópia. Os exames pertencem aos pacientes. Nos últimos anos até a caligrafia médica/odontológica em receituários está sendo discutida, busca-se uma maior inteligibilidade nas informações descritas em prontuários e demais documentos auxiliares no diagnóstico. O arquivo destes deve ser obrigatório. Algumas vedações são previstas em relação aos peritos e /ou auditores médicos e dentistas; é proibida a perícia no próprio paciente e em parentes próximos. As penalidades para infrações éticas cometidas por médicos e dentistas são iguais; assim temos:

- 01- Advertência confidencial;
- 02- Censura confidencial;
- 03- Censura pública, em publicação oficial;
- 04- Suspensão do exercício profissional, até 30 dias e cassação do exercício profissional. Mediante procedimento administrativo específico.

Quanto ao relacionamento paciente profissional /paciente, nos últimos anos, tem havido um forte distanciamento; mais impessoal, visando cada dia mais o lucro. Com isso há uma falta de humanização no tratamento.

O sigilo em ambos os códigos é uma regra. O sigilo é discutido desde a cultura Grega. E encontrado como valor ético do Discurso de Hipócrates (460 - 377 a.C.), passando pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e chegando aos dias atuais na legislação pertinente brasileira (código civil, penal, processual civil e penal).

Os honorários devem ser cobrados do paciente de uma forma justa e digna. Quando se tratar de atividade privada, pois o contrário não poderá acontecer se estes profissionais atuarem na rede pública, pois serão assalariados, e receberão proventos.

Na estipulação da remuneração os códigos são similares ao considerar como infrações éticas as cobranças mercantilistas; o desvio de pacientes de instituições públicas; o recebimento de honorários complementares; o oferecimento de serviços como prêmios; a ausência de ajuste prévio e a gratificação por encaminhamento. {...} Os dentistas possuem competência para internar e assistir paciente em hospitais privados e públicos com e sem caráter filantrópico, respeitadas as normas técnico-administrativas das instituições. (CEO/2013 e CEM/2010)

5 CONDOTA ÉTICA ODONTOLÓGICA DIANTE DA SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA (AIDS)

Esta síndrome pode ser considerada uma das mais devastadoras sequelas sofridas pela humanidade; pois o seu aparecimento e proliferação aconteceram devido ao nosso comportamento desmedido e compulsivo. Tornamo-nos “Deuses”, tudo podíamos nada iria nos deter. Até que um dia um microscópico vírus, nos sentenciou a morte. E até hoje travamos uma enorme batalha entre a vida e a morte, sem previsão de solução. A AIDS esta relacionada à morte anunciada. A infecção pelo vírus HIV é um problema de menor gravidade para a equipe odontológica, o risco de infectividade é baixíssima, em relação ao vírus da Hepatite B.

Segundo Samaranayake et al, o fato de o profissional saber que um paciente está infectado pelo HIV, ou que tem comportamento de risco para a infecção, deve encorajá-lo a ser mais cuidadoso, porém sem excessos. Na verdade, os profissionais de saúde devem considerar todos os pacientes como potencialmente infectados, sendo que os procedimentos de biossegurança devem ser adotados como rotina em todo e qualquer atendimento, indiscriminadamente. {...} Apesar do baixo risco de contaminação, vários estudos vêm relatando medo e ansiedade entre cirurgiões-dentistas frente às pacientes infectados pelo HIV, fazendo com que alguns preceitos éticos sejam violados. Como aponta Gerbert et al., o comportamento de alguns cirurgiões-dentistas frente à epidemia da AIDS tem sido

criticado pela imprensa, em detrimento da imagem da Odontologia. (Discacciati, 1997)

O atendimento de indivíduos soropositivos é uma realidade no mundo ético. Todas as questões éticas envolvidas no atendimento de pacientes com HIV estão relacionadas à discriminação sofrida pelos pacientes diante de alguns profissionais da odontologia. Existem muitos relatos sobre a dificuldade no atendimento odontológico de pacientes com AIDS, quando estes relatam que são soropositivos e/ou apresentarem sintomas da síndrome. Certos profissionais apresentam argumentos técnicos e/ou orçamentos com valores aviltantes que impedem o tratamento dos pacientes acometidos por esta síndrome; há aqui uma desculpa para o não atendimento. Uma grave violação aos direitos humanos e aos preceitos éticos. Sendo assim muitos pacientes mentem quanto a sua real saúde. Com o tempo, houve uma maior conscientização dos profissionais de Odontologia e medidas de biossegurança começaram a ser utilizadas. No entanto a discriminação ainda existe de forma velada.

Sabe-se que, do ponto de vista ético e legal, tais atitudes são discriminatórias, constituindo-se em infrações éticas, previstas também nos foros cível e criminal. Embora tais condutas possam parecer uma boa alternativa para aquele profissional inseguro, são ilógicas, pois a maioria dos indivíduos HIV soropositivos não apresentam sinais da infecção; tais pacientes têm potencial para transmitir o vírus, mesmo não apresentando sinais clínicos. Além disso, o medo de reações negativas por parte do cirurgião-dentista tem levado muitos indivíduos a omitirem sua condição de portadores do HIV. (Villaça, 2001)

Os doutrinadores alegam que os cirurgiões-dentistas brasileiros são despreparados para atender pacientes soropositivos. Após pesquisas realizadas com estes profissionais, as justificativas apontadas para o não atendimento, seriam o medo da infecção e/ou a falta de preparo psicológico. O dentista deve ter um diálogo racional com seus pacientes tentando pelo menos combater à "epidemia de medo". Os pacientes que tiveram o seu tratamento negado relataram que se sentiram humilhados e/ou revoltados por terem sido discriminados.

Segundo Ferreira, o segredo ou sigilo profissional é o dever ético que impede a revelação de assuntos confidenciais ligados à profissão. O resguardo do segredo profissional é um direito do paciente e um dever da equipe odontológica, constituindo infração ética a sua revelação sem justa causa. Entre outras, compreende-se como justa causa a notificação compulsória de doença, colaboração com a justiça nos casos previstos em lei e revelação ao responsável pelo incapaz. (Discacciati, 1997)

Nos dias de hoje, o olhar para o paciente deve ser outro, devemos avaliar que qualquer indivíduo é potencialmente infectado. O protocolo de biossegurança tem apresentado bom desempenho no atendimento de indivíduos soro positivo em consultórios odontológicos.

Para Samico caso o cirurgião-dentista seja procurado por um paciente comprovadamente infectado pelo HIV, o mesmo deve adotar uma das seguintes condutas:

1-Em caso de urgência, o profissional deve atender o paciente normalmente, dentro dos limites de sua atuação.

2- Caso não seja uma urgência, ou após a mesma ter sido debelada, o profissional poderá atender normalmente se a necessidade do paciente estiver dentro do escopo de sua atuação profissional, ou encaminhá-lo imediatamente para acompanhamento em um serviço especializado, seja ele público ou privado.

O importante é ético é que não se negue atendimento única e simplesmente por ser o paciente um portador do HIV. (Villaça, 2001)

O dentista deve travar com o paciente, soropositivo, um relacionamento franco e gentil, para que o paciente se sinta seguro. Mantê-lo com uma saúde bucal de excelência, melhora a qualidade de vida, promovendo saúde. O sigilo, sobre a síndrome, deve ser sempre, mantido pelo profissional da odontologia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Bioética é a disciplina que media os conflitos gerados nas ciências biomédicas e da saúde. Esta se baseia ao pluralismo moral e na solução dos fatos distintos submersos em um mar de diversidade. Surgiu, após a segunda guerra mundial, em decorrência das atrocidades realizadas nos campos de concentração.

A Deontologia possui um corpo de normas e/ou deveres inerente ao exercício profissional. Fundamenta-se na noção de respeito ao dever e cumprimento das obrigações profissionais, dando origem ao Código de Ética. Tanto a deontologia como a bioética lida com a ética e a moral, mas com um olhar particular diante do conflito entre as partes interessadas.

Enquanto a Deontologia utilizam-se de códigos, prescrições e respostas determinadas, lançando mão muitas vezes de mecanismos punitivos àqueles profissionais que não se adéquam às regras, direcionando, portanto, ao legalismo, a bioética, em contrapartida, refere-se à legitimação das decisões morais, atuando por meio da aplicação de uma ética minimalista para mediar os conflitos, não tendo por obrigatoriedade. Os referenciais deontológicos oferecem uma visão legalista da temática da justiça, enquanto nos textos bioéticos o sentido que se dá é mais amplo e voltado à coletividade, com temas como a marginalização e pobreza, distribuição dos benefícios das descobertas científicas, entre outros (Garrafa, 2006)

Na atualidade há uma forte influência da bioética no Código de Ética Odontológico, mas estes princípios bioéticos não conseguiram abarcar toda a problemática desenvolvida. O código odontológico brasileiro tende a valorizar a proteção da categoria profissional odontológica em detrimento da proteção ao vulnerável, o paciente. Ainda mais que o código está mais voltado para a defesa do profissional quando surgem demandas, do que a solução de impasses de natureza de direito humano. Importante frisar que o profissional deverá delegar ao paciente a escolha ao tratamento, e não impor a este tratamento determinado. Segundo Prado legitimar assim a importância da autonomia como algo fundamental para a abordagem ética. No Brasil a relação paternalista paciente-profissional, é regra. Normalmente quem dita o tratamento é o dentista. Dificilmente alternativa ao tratamento é ponderada.

O princípio da não-maleficência relaciona-se com a obrigação moral de não infligir dano

intencional a alguém. Está intimamente ligada à máxima hipocrática *primum non nocere* e compreende obrigações como não causar, impedir e eliminar os danos, fundamentais nas relações estabelecidas no campo da saúde. {...} Nos textos bioéticos, o sentido usado para este princípio é muito mais amplo e abrange aspectos culturais e ambientais e suas implicações na humanidade, como é percebido na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. (Gracia, 2007)

Os Códigos de Ética Odontológica e Médica apresentam mais similitudes do que diferenças. Devem ser mais trabalhados, permitindo, assim, aos profissionais da saúde tomadas de decisão mais éticas em seu trabalho em prol da saúde do ser humano e da coletividade. Embora o acervo tecnológico tenha se desenvolvido muito, os conflitos éticos ainda são um impasse sem solução. Os códigos de ética no Brasil não conseguiram caminhar junto às transformações morais, embora saibamos a grande dificuldade em acompanhar esta dinâmica modificação comportamental humana. São muito frequentes atitudes que demonstram desrespeito aos princípios bioéticos, na conduta profissional-paciente. O código ético odontológico, na sua quase totalidade, se preocupa com aspectos técnicos. Deixando assim uma grande lacuna para se debruçar sobre o aspecto moral entre as partes. Possui o escopo de manter os seus profissionais tutelados; apresentando um anseio *“corporativista e legalista, com predominância de itens técnicos e legais, e na valorização das virtudes relacionadas com o próprio profissional em detrimento dos princípios da bioética.”* (Prado, 2007).

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO. Nicola - **Dicionário de Filosofia**, tradução de Alfredo Bosi, Ed. Mestre Jou, SP, 1982.

ALVAREZ Leite ME. **Caracterização da conduta dos cirurgiões-dentistas de Belo Horizonte frente aos procedimentos de controle de infecção cruzada: uma perspectiva epidemiológica** Belo Horizonte: Instituto de Ciências Biológicas da UFMG; 1996.

BERKMAN, Ricardo Rabinovich. **Actos Jurídicos Y Documentos Biomédicos**; Buenos Aires: Argentina. Editora: La Ley; 2004.

BUSATO AFG. **Breves considerações de um juiz sobre a responsabilidade civil do médico.** J Vasc Br 2003.

BASTOS GK, Souza IPP, Tura LF, Vianna RBC. **AIDS e controle de infecção, conhecimento e atitudes dos pacientes.** Rev ABO Nac 1997.

CAMARGO, Jr, **A visão da ciência em relação à AIDS.** Em: Camargo Jr KR, ed. **As ciências da AIDS e a AIDS das ciências.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará; 1994.

Código de Ética Médica, 2010.

Código de Ética Odontológico, 2013.

DANTAS F, Sousa, EG. Ensino da Deontologia, **Ética Médica e Bioética nas escolas médicas brasileiras: uma revisão sistemática.** Rev Bras Educ Med 2008.

DEL VECCHIO, Giorgio -**Lições de Filosofia do Direito**, vol. II, tradução de Antônio José Brandão, 3ª ed. portuguesa e 10ª italiana, Coimbra, 1959.

DISCACCIATI JAC. **Disposição de cirurgiões-dentistas para atender indivíduos em risco para a infecção pelo HIV ou com AIDS.** Belo Horizonte: Faculdade de Odontologia da Universidade Federal de Minas Gerais; 1997.

DISCACCIATI JAC, Neves AD, Pordeus IA. **AIDS e controle de infecção cruzada na prática odontológica: percepção e atitudes dos pacientes.** Rev Odont da USP 1999.

DISCACCIATI JAC, Pordeus IA. **Você está disposto a tratar pacientes com AIDS?** Rev CROMG 1997.

DRUMOND JGF. **A formação ética do médico e a perspectiva profissional.** Medicina - Conselho Federal 2001.

DINIZ, Maria Helena, **O Estado atual do Biodireito;** Editora Saraiva; 2006.

FONTE: <http://www.odontomagazine.com.br/2013/04/22/etica-na-pratica-odontologica/>

FELTRIN EE, Navarro CM, Sposto MR. **Nível de informação e comportamento dos dentistas brasileiros em relação à AIDS e à infecção pelo HIV.** Rev Odont Univ Estado São Paulo: 1997.

GONÇALVES PE, Garbin CAS, Garbin AJI, Saliba NA. **Análise qualitativa do conteúdo ministrado na disciplina de bioética nas faculdades de Odontologia brasileiras.** ActaBioethica: 2010.

GARFINKEL A. **Responsabilidade civil por erro médico segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** Rev Direito GV 2007.

GARCIA SJ, Caetano JC. **O código de ética odontológica e suas infrações: um estudo sobre os processos ético-profissionais dos cirurgiões dentistas do estado de Santa Catarina.** Odontologia Clin Cient, 2008.

GARBIN AJI, Garbin CAS, Saliba TA, Ferreira NF, Saliba MTA. **Cobrança de honorários: é estabelecida pelo código de ética?** Rev Odontol UNICID 2008.

GARBIN CA, Mariano RQ, Machado TP, Garbin AJI. **Estudo bioético das relações humanas no tratamento odontológico.** Rev. Univ. Metodista de Piracicaba 2002.

GARBIN CAS, Garbin AJI, Pacheco Filho AC, Fagundes ACG, Santos RS. **A propaganda é realmente a alma do negócio?** *Rev Odontol Araçatuba* 2007.

GRASSI M, Abb J, Hämmerle C. **Controle de infecção no consultório.** Em: Grassi M, Abb J, Hämmerle C, eds. AIDS em odontologia. Rio de Janeiro: Revinter; 1994.

GARRAFA V. **Bioética e ética profissional: esclarecendo a questão.** Medicina - Conselho Federal 1998.

GARRAFA V. Multi-inter-transdisciplinaridade, complexidade e totalidade. In: Garrafa V, Kottow M, Saada A, organizadores. **Bases conceituais da bioética - enfoque latino-americano.** São Paulo: Editora Gaia/ UNESCO; 2006.

GARRAFA V. Bioética e odontologia. In: Krieger L, organizador. **Promoção de saúde bucal.** 3ª ed. São Paulo: Artes Médicas; 2003.

GARRAFA V, Kottow M, Saada A, organizadores. **Bases conceituais da bioética - enfoque latino-americano.** São Paulo: Editora Gaia/ UNESCO; 2006.

GARRAFA V, Bugarin Jr JG, Prado MM. **Bioética e odontologia.** In: Vieira TR, organizador. Bioética e profissões. Petrópolis: Vozes; 2005.

GONÇALVES ER, Verdi MIM. **A vulnerabilidade e o paciente da clínica odontológica de ensino.** *Rev. Bras. de Bioética* 2005.

HANAN J. **A percepção social da AIDS: raízes do preconceito e da discriminação.** Rio de Janeiro: Revinter; 1994.

LOPES-JUNIOR C, Silva RHA, Sales-Peres A. **Comparação entre Códigos de Ética da Odontologia ibero-americanos, ibéricos e o brasileiro.** *Rev Odontol UNESP* 2009.

LIMA, ENA, Souza ECF. **Percepção sobre ética e humanização na formação odontológica.** *RG* 2010.

LOYOLA, MA, **Representação social da AIDS**. Em: Loyola MA, org. AIDS e sexualidade. Rio de Janeiro: Relume-Dumará; 1994.

LUCATO MC, Ramos DLP. **A humanização das relações assistenciais no Código de Ética Odontológica**. O Mundo da Saúde 2006.

MARCOS B. **Por que as normas?** In: Marcos B. Ética e profissionais de saúde. São Paulo: Livraria Editora Santos; 1999.

MARUYAMA NT, Ramos DL. **A discriminação no atendimento odontológico a pacientes com HIV⁺**. O Mundo da Saúde 1996.

MOREIRA JUNIOR MT, Araújo RJG, Marceliano MFV, Silva JM, Barroso RFF. **Responsabilidade dos cirurgiões-dentistas nos tribunais: o consentimento esclarecido, ética x legislação**. Rev. ABO Nac 2008.

MARCOS B. **Regulamentação da profissão e código de ética profissional**. In: Marcos B. Ética e profissionais de saúde. São Paulo: Livraria Editora Santos; 1999.

NASSIF L. **Ética em tempo de globalização**. Rev Provão, 1998.

OLIVEIRA FT, Sales Peres A, Sales Peres SHC, Yarid SD, Silva RHA. **Ética odontológica: conhecimento de acadêmicos e cirurgiões-dentistas sobre os aspectos éticos da profissão**. Rev Odontol UNESP 2008.

PORDEUS IA, Paixão HH, Alves AC, Cunha C. **Percepção do paciente com relação à AIDS e ao controle de infecção no consultório odontológico**. Em: Anais da 15a Reunião Anual da SBPqO. SBPqO: 1998.

POLLAK M. **Aids e o preconceito social** Em: Pollak M, ed. Os homossexuais e a AIDS: sociologia de uma epidemia. São Paulo: Estação Liberdade; 1990.

PUPPIN AAC, Paiano GA, Piazza JL, Torriani MA. **Ético versus legal - Implicações na prática clínica**. Rev. ABO Nacional; 2000.

PINHEIRO ALB. **Onde está nossa responsabilidade?** É ético recusar atendimento ao paciente soropositivo para o HIV ou com AIDS? Rev. Assoc. Paul. Cirurg. Dent. 1998.

RAMOS, DLP. **A odontologia e a AIDS: algumas questões éticas.** Jornal do Conselho Federal de Odontologia 1998.

RAMOS DLP. **Alguns comentários sobre ética profissional odontológica.** In: Silva MS, organizador. Compêndio de odontologia legal. Rio de Janeiro: Medsi.

RAMOS DLP, Trindade OM. **Ética na pesquisa odontológica com seres humanos.** In: Silva M.S, organizador. Compêndio de odontologia legal. Rio de Janeiro: Medsi.

SILVA JAC, Brito MVH, Oliveira AJB, Brito NB, Gonçalves RS, Fonseca SNS. **Sindicâncias e processos ético-profissionais no Conselho Regional de Medicina do Pará: evolução processual no período de 2005 a 2007.** Rev Bras Clin Med 2010.

SALES-PERES A, Silva RHA, Lopes-Júnior C, Carvalho SPM. **Prontuário odontológico e o direito de propriedade científica.** RGO 2007.

SALES PERESS HC, Sales-Peres A, Fantini AM, Freitas FDA, Oliveira MA, Silva OP, Chaguri RH. **Sigilo profissional e valores éticos.** RFO 2008.

SAMICO, AHR. **Panorama da ética profissional.** Em: Samico AHR, Menezes JDV, Silva M, eds. Aspectos éticos e legais do exercício da odontologia. 2a ed. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Odontologia; 1994.

SEFFNER F, **AIDS: estigma e corpo.** Em: Leal OF, org. Corpo e significado: ensaios de antropologia social. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 1995.

SAMARANAYAKE LP, Scheutz F, Cottone JA. **Pacientes de alto risco e profissionais de saúde que pertencem aos grupos de alto**

risco. Em: Samaranayake LP, Scheutz F, Cottone JA, eds. Controle da infecção para a equipe odontológica. 2a ed. São Paulo: Santos; 1995.

SENNA MIB, Alvarez Leite ME, Kalil DMC. **Saúde bucal em um grupo de pacientes HIV positivo.** Arq Cent Est Curs Odont 1997.

SOUZA RG, Tartaglia SMA, Lopes VS. **Experiências odontológicas de pacientes HIV soropositivas [resumo].** Arq Cent Est Curs Odont 1997.

SELLETI J, Garrafa V. **As raízes cristãs da autonomia.** Petrópolis: Vozes; 2005.

SILVA FL. **Beneficência e paternalismo. Medicina - Conselho Federal** 1997.

TEIXEIRA M, Santos MV, **Responsabilidade no controle de infecção.** Rev Assoc Paul Cirurg Dent, 1990.

VIANA JAR, Rocha LE. **Comparação do código de ética médica do Brasil e de 11 países.** Ver Assoc Med Bras 2006.

VILAÇA, Enio Lacerda et Discacciati, José Augusto César. **Atendimento Odontológico ao portador do HIV: medo, preconceito e ética profissional,** 2001.

VAZQUEZ, Adolfo Sanchez, - **ÉTICA,** tradução de João Dell' Anna, 6ª edição, ed. Civilização Brasileira, 1983.

VILAÇA EL. **O que falta aos odontopediatras de Belo Horizonte para atender crianças e adolescentes portadores do vírus HIV/AIDS: conhecimentos ou sentimentos.** Belo Horizonte: Faculdade de Odontologia da Universidade Federal de Minas Gerais; 1999.



Livro **Rápido**

Nunca foi tão fácil publicar!!!

www.livrorapido.com

Rua Dr. João Tavares de Moura, 57/99 - Peixinhos Olinda-PE CEP: 53230-290
Fone (81) 2121.5307/2121.5313 e-mail: livrorapido@weblogica.com