

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

LATINOAMÉRICA Y DERECHO EN EXPOSICIÓN – VOL. VI

Coordinadoras

Francieli Iung Izolani
Jaqueline Sampaio de Oliveira

Colaboradores

Abelardo Inácio da Silva
Aline Rafacla T. de A. Inácio
Ana Paula Gimenez
Andréa Costa da Silva
Carolina Izidoro Do Nascimento
Cristiano César Pimenta Dayrell da Cunha
Edimar Carmo da Silva
Eudoro Echeverri Quintana
Fabiana Juvêncio Aguiar Donato
Gecilda Facco Cargnin
Isabele Cristine T. de A. Inácio
Laura Liliana Matus Ortega
Maria do Carmo Santos
Pablo Echeverri Calle
Plauto Cavalcante Lemos Cardoso
Rafael Izidoro dos Santos
Renato Augusto de Alcântara Philippini
René Silva Almeida
Rosimery Gomes Da Fonseca
Valéria Aparecida Nogueira
Vilma Fátima Freire Caldeira
Walter Gustavo Lemos



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

1. 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

SUMÁRIO

AS POLÍTICAS DE URBANIZAÇÃO: É possível evitar a vulnerabilidade socioambiental

Francieli Iung Izolani 09

LA UTILIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EXTERNALIZADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Jaqueline Sampaio de Oliveira 24

EI PRINCIPIO DE LA BAGATELA O DE LA INSIGNIFICANCIA EN LOS TRIBUNALES DE BRASIL

Abelardo Inácio da Silva
Aline Rafacla T. de A. Inácio
Isabele Cristine T. de A. Inácio 43

FORMAS TESTAMENTARIAS EN ARGENTINA DE ACUERDO CON CCYCN

Ana Paula Gimenez 72

UNA REFLEXIÓN SOBRE LA PAZ COMO POSIBLE FIN ÚLTIMO DEL DERECHO: Las distintas perspectivas respecto del valor paz y las variables maneras de expresarlas por medio del lenguaje

Cristiano César Pimenta Dayrell da Cunha 89

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA E DA REFORMA CONSTITUCIONAL NO BRASIL E NA ARGENTINA: Simetrias e distinções

Edimar Carmo da Silva 107

**DEL MELODRAMA DEL FUERO PRESIDENCIAL:
¿Pasado y futuro de inaceptable impunidad?**

Eudoro Echeverri Quintana

Pablo Echeverri Calle 128

**LA CORRUPCIÓN CONECTADA A LA VIOLACIÓN DE
LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES**

Fabiana Juvêncio Aguiar Donato

Valéria Aparecida Nogueira 148

DANO ADVINDO DA PERDA DE UMA CHANCE

Gecilda Facco Cargnin

170

**¿LAS POTESTADES OFICIOSAS DEL JUEZ LABORAL
AFECTAN SU IMPARCIALIDAD?**

Laura Liliana Matus Ortega

190

**AS CONDIÇÕES LEGAIS DE FILHOS E UMA BREVE
REFLEXÃO ENTRE OS DIREITOS DOS FILHOS
ADOTIVOS NO BRASIL E NA ARGENTINA**

Maria do Carmo Santos

210

**PRECEDENTES JUDICIAIS: O papel da hermenêutica e dos
elementos não textuais da norma para a unidade do direito e a
segurança jurídica**

Plauto Cavalcante Lemos Cardoso

233

**DIREITO ESPACIAL INTERNACIONAL: Direito à
exploração da lua**

Rafael Izidoro dos Santos

Walter Gustavo Lemos

254

**A MULHER NA PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE
CONFLITOS E NA CONSTRUÇÃO DA PAZ**

Renato Augusto de Alcântara Philippini

Andréa Costa da Silva

281

**O USO DE PROVAS SOBRENATURAIS NO PROCESSO
PENAL: O candomblé como meio de revelação do crime de
sequestro praticado contra o empresário argentino Osvaldo
Sivak**

René Silva Almeida

302

**JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE: De bicho-papão a
fada-madrinha. As mágicas da vara da infância e da juventude
de Petrolina (PE)**

Rosimery Gomes Da Fonseca

Carolina Izidoro Do Nascimento

323

EXPLORAÇÃO SEXUAL

Vilma Fátima Freire Caldeira

342

AS POLÍTICAS DE URBANIZAÇÃO: É possível evitar a vulnerabilidade socioambiental

Francieli Iung Izolani¹

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a exclusão social não se refere apenas ao acesso restrito ao consumo material, mas também ao difícil acesso aos serviços públicos e à maior vulnerabilidade ambiental (HOGAN et al., ?). A vulnerabilidade ambiental está intimamente associada à forma com que ocorreu o processo de urbanização. A grande verdade é que o problema da desigualdade urbana no Brasil vem desde sua origem.

Este artigo tem como objetivo demonstrar a dimensão da vulnerabilidade ambiental que as comunidades periféricas brasileiras enfrentam. Para tanto, é necessário fazer uma contextualização histórica do surgimento dessas comunidades e o local em que vivem. Após essa contextualização, far-se-á uma orientação dos direitos sociais básicos, como o direito ao meio ambiente equilibrado e à moradia, que constituem um dos pilares da dignidade humana e direito inerente a todos os cidadãos, visando a explicar o conceito de justiça dentro das diversas classes sociais, até o momento em que, finalmente, chegar-se-á à visão de justiça para as comunidades periféricas e ao enfoque de um dos principais problemas que enfrentam, o da vulnerabilidade ambiental.

¹ Advogada graduada na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (BR), pós-graduada em Direito Previdenciário, pós-graduada em Direito Constitucional e pós-graduanda em Direito Civil pela Faculdade Anhanguera-Uniderp (BR), doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Buenos Aires (ARG).

2 CONTEXTUALIZANDO

A segregação espacial, o crescimento de favelas e exclusão social são diferentes aspectos da não inclusão no estilo de vida dominante. A falta de acesso ao mercado de consumo é acompanhada pela falta de serviços públicos, agravando as condições de vida dessas populações vulneráveis. (DANIEL HOGAN et al., ?).

As populações vulneráveis são alvo de debates desde os anos 1970, quando emergiram duas importantes e divergentes opiniões acerca das causas da degradação ambiental, que seriam o crescimento econômico e o crescimento demográfico, ambos considerando a antropização como causa fundamental dos problemas ambientais. Essas e outras questões foram debatidas na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente em 1972, em Estocolmo, associando o rápido crescimento demográfico à degradação ambiental e, conseqüentemente, à limitação do crescimento econômico. (MARLEY VANICE DESCHAMPS, 2004).

A verdade é que a vulnerabilidade socioambiental dos moradores das comunidades periféricas acaba sendo a consequência de uma não escolha deles, ou seja, esses cidadãos constituem-se vítimas da ausência do Estado em prover-lhes condições dignas de vida, livrando-lhes do risco ambiental. É relevante destacar que, desde os primórdios que o Estado vem falhando.

2.1 As comunidades periféricas

Ao final do século XVIII, as primeiras comunidades foram chamadas “bairros africanos” porque eram os locais onde os antigos escravos, que não tinham terra e sem opção de trabalho, iam morar. Antes da primeira favela existir, os cidadãos pobres eram retirados do centro da cidade e obrigados a viver em subúrbios distantes. (DARCY RIBEIRO, 1995).

Pensando em uma realidade mais próxima e visando a abordar todas as questões antes mencionadas, toma-se como referência a primeira favela que surgiu no Brasil para entender como forma-se, em geral, uma comunidade periférica.

2.1.1 O Morro da Providência

Essa favela, que surgiu no centro do Rio de Janeiro, é considerada a pioneira no Brasil, ainda que, de acordo com Roberto Navarro (2010), estudos recentes sugeriram que pessoas já viviam em barracos no morro de Santo Antônio. Sem embargo, não há nenhuma prova efetiva, pois o referido morro foi destruído entre as décadas de 50 e 60 para a construção do atual Parque Flamengo, também localizado no município do Rio de Janeiro.

Há várias versões do surgimento da favela no Morro da Providência. Todavia, segundo Navarro (2010), a mais conhecida é de que a ocupação começou com a construção de várias cabanas de madeira, que o governo permitiu para satisfazer uma demanda de cerca de 10 mil soldados que voltavam da Guerra de Canudos, pois havia prometido casas a eles, no caso de uma vitória. Com relação ao nome que foi dado, esse fazia referência às medidas adotadas pelos soldados. Também menciona Navarro (2010) que os primeiros povoadores da Providência chamaram o lugar de Morro da Favela, referindo-se a um morro com o mesmo nome que existiu em Canudos, cobertos por um arbusto rasteiro e que também era chamado de favela.

Não obstante, de acordo com Jimmy Wales (2001), a ocupação ocorreu entre o final do século XIX e início do século XX, devido a uma grande.

Reforma urbana imposta pelo engenheiro Pereira Passos, que causou a destruição de várias moradias e habitações populares no centro e com isso, os pobres trasladaram-se aos morros adjacentes do centro. Momento que, com o aumento das ocupações periféricas, o nome favela foi dado a outros morros, em referência às ocupações com

barracas e casebres, tomada como sinônimo de uma triste realidade habitacional.

2.1.2 As favelas atuais

Segundo definição da Organização das Nações Unidas (ONU), favela é um conjunto de habitações onde as pessoas vivem sem um ou mais dos seguintes itens: água potável, instalações sanitárias próprias, segurança e número suficiente de cômodos. (GABRIELA PORTILHO, 2013).

As favelas do Brasil formaram-se antes da ocupação densa das cidades e da dominação dos interesses imobiliários. A maioria das favelas atuais começou na década de 1970, quando o forte crescimento econômico do Brasil durante o regime militar teve a consequência da industrialização na Era Vargas, o que causou um verdadeiro processo de êxodo rural dos trabalhadores dos Estados mais pobres do Brasil até as regiões mais ricas, formando enormes comunidades em termos de população. (WALES, 2001).

Conforme Portilho (2013) menciona, a maior favela do mundo é a comunidade de Kibera, em Nairóbi, Kênia, com cerca de 2,5 milhões de habitantes. Assim como em todas as favelas, as condições de saneamento, moradia e infraestrutura são extremamente precárias. A África é o continente com maior número de pessoas nestas condições: 61,7% dos habitantes. Em Serra Leoa, recordista mundial, 97% da população urbana vive em barracos.

Uma das favelas mais famosas da América Latina é a Rocinha, localizada no município do Rio de Janeiro. Em 2010, tivemos quase 70 mil habitantes em aproximadamente 750.000 m². Com uma alta densidade demográfica, os problemas de ventilação e de condições sanitárias, a falta de iluminação, de ruas asfaltadas e rios limpos foram agravados. (GABRIELA PACHECO, 2011). Atualmente, segundo números da ONU, há cerca de 250 mil habitantes, o que significa que é dez vezes menor que Kibera. (PORTILHO, 2013).

Não há dúvida de que as favelas são consideradas como uma consequência da distribuição desigual de renda e do déficit habitacional de um país. A migração da população rural às zonas urbanas em busca de emprego, nem sempre com boa remuneração, juntamente com dificuldade do governo em criar políticas urbanas apropriadas, constituem fatores que estão piorando o crescimento desordenado nas comunidades periféricas do Brasil.

Por infortúnio, nessas comunidades os direitos básicos não estão assegurados aos seus habitantes e a vulnerabilidade ambiente é aparente e ameaçadora.

3 OS DIREITOS BÁSICOS INERENTES AO CIDADÃO

Justiça para os pobres é a garantia de que o Estado pode oferecer as condições mínimas e as medidas básicas para garantir a dignidade da pessoa.

As condições mínimas encontram-se previstos como direitos sociais básicos, que estão enumerados, dentre outras leis, no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil: *“São direitos sociais básicos a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”*.

Se o direito à moradia digna fosse respeitado, a vulnerabilidade ambiental a que os cidadãos habitantes das favelas estão expostos seria inexistente. Contudo, em não sendo respeitado o direito à moradia, o direito ao meio ambiente equilibrado também acaba, consequentemente, não sendo observado.

É direito de todo cidadão ter o meio ambiente ecologicamente equilibrado. O art. 225, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil: *“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*.

Portanto, o direito à moradia está entre os direitos sociais básicos de todo cidadão, assim como o direito de não ser exposto à vulnerabilidade ambiente. Ressalta-se ainda que, esses direitos devem ser garantidos a todos os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza, nos termos do art. 5.º da Carta Magna.

3.1 A legislação ambiental no Brasil

O Brasil é um dos países mais avançados em termos de legislação ambiental. Podem ser destacadas sete principais leis ambientais.

A primeira delas é Lei n.º 6.938, de 17 de janeiro de 1981, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que institui a PNMA e o Sisnama, estipulando e definindo, dentre outros preceitos, que o poluidor é obrigado a indenizar danos ambientais que causar, independentemente da culpa e que o Ministério Público pode propor ações de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, impondo ao poluidor a obrigação de recuperar e/ou indenizar prejuízos causados. Criou ainda obrigatoriedade dos estudos e respectivos relatórios de impacto ambiental. (INBS, 2015).

Não obstante, o art. 2.º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente prescreve em seu *caput* que é objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente “*a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana*”.

Outra lei importante é a Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Lei dos Crimes Ambientais, referente às infrações e punições, e que trouxe como grande inovação a possibilidade de penalização das pessoas jurídicas no caso de ocorrência de crimes ambientais estipulados pela própria lei.

Há ainda outras leis importantes: a) Lei n.º 9.433, de 08 de janeiro de 1997, Lei de Recursos Hídricos; b) Lei n.º 12.651, de 25 de

maio de 2012, o Novo Código Florestal Brasileiro; c) Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, Lei do Parcelamento do Solo Urbano, muito importante para as questões urbanas, pois estabelece as regras para loteamentos urbanos, proibidos em áreas de preservação ecológicas, ou seja, naquelas onde a poluição representa perigo à saúde e em terrenos alagadiços; d) Lei n.º 7.805, de 18 de julho de 1989, Lei da Exploração Mineral, e por fim; e) Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, Lei da Ação Civil Pública.

Por fim, cabe ressaltar a existência de resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que regulam matérias de extremo interesse e peculiaridade ao direito ambiental brasileiro, integrando o ordenamento jurídico nacional.

Em que pese a existência de tantas leis ambientais e a previsão expressa na Carta Magna, o Brasil carece de políticas públicas urbanas visando a garantir a moradia digna aos seus cidadãos e evitar a exposição a situações de risco ambiental, o que consiste em evitar a chamada vulnerabilidade socioambiental.

4 VULNERABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

A vulnerabilidade socioambiental perpassa pelas interações sociais e ambientais na ocupação do solo. Sendo assim, é relevante a verificação dos fatores ambientais, sociais e econômicos, no intuito de entender as ameaças existentes e os impactos ambientais no território (VEYRET, 2007 apud SILVA e ALMEIDA, 2012).

Para Barcellos e Oliveira (2008 apud Silva e Almeida 2012), O risco ambiental e a vulnerabilidade social não são distribuídos aleatoriamente no espaço geográfico entre os grupos sociais, mas se estruturam a partir de desigualdades sociais, tendo por meio as populações menos favorecidas que habitam os territórios de maior vulnerabilidade ambiental.

Também menciona Acsegrad (2006 apud Silva e Almeida, 2012) que a noção de vulnerabilidade é relativamente atribuída a um

menor ou maior grau de suscetibilidade na exposição ao risco de pessoas, de lugares sem nenhuma forma de infraestrutura. Nesse sentido, para Moser (1998 apud Silva e Almeida, 2012), a noção de vulnerabilidade está inserida em três componentes de situações fundamentais na sua concretização, primeiramente a exposição ao risco, a incapacidade de reação dos fatores ocorridos e as formas de adaptação através das dificuldades de sua materialização.

De acordo com Marandola Jr e Hogan (2006), a vulnerabilidade é atribuída pela dinâmica socioambiental, em virtude das interações entre a sociedade e meio ambiente, afetando um determinado lugar, a partir do contexto das práticas espaciais, permitindo assim a identificação de ambiente vulnerável.

Pode-se entender que a vulnerabilidade é multidimensional, no que se refere aos indivíduos, grupos sociais e comunidades, afetados em diferentes intensidades e formas de ocupação no espaço geográfico habitado. Nesse sentido, Tagliani (2003) conceitua a vulnerabilidade ambiental como o maior ou menor grau de suscetibilidade de um determinado ambiente devido aos impactos ambientais provocado pelas ocupações antrópicas.

Ademais, a vulnerabilidade socioambiental pode também estar atrelada com a questão de justiça. Nesse ponto, surge uma pergunta: Como falar em justiça dentro de uma comunidade que vive em condições precárias de moradia, tendo que conviver com infiltrações, esgotos e o risco de deslizamentos de terra?

Nesse sentido, a vulnerabilidade socioambiental é mais que um conceito, pois é de conhecimento comum que a ocupação nessas comunidades periféricas não ocorre em lugares seguros, já que muitas vezes, os cidadãos ocupam morros ou regiões lacustres, irregularmente, pela falta de uma política pública de urbanização eficaz, e lá passam a construir suas moradias sem o mínimo de infraestrutura.

Portanto, uma moradia digna seria uma forma de também se buscar justiça e evitar a vulnerabilidade ambiental para esses cidadãos.

Segundo Deschamps (2004), a noção de vulnerabilidade ganhou força no final da década de 90 e vem sendo aplicado ao tema população e desenvolvimento, dentro do campo das ciências sociais.

Autores como Bustamante (2000 apud Deschamps, 2004), adotam a noção de vulnerabilidade estreitamente vinculada à pobreza, como manifestação da carência de poder que grupos específicos experimentam. Esse risco encontra-se estreitamente relacionado às condições de incerteza, insegurança e falta de proteção manifestadas nas esferas econômica, ambiental, social e cultural.

4.1 Uma moradia digna

No Brasil e em muitos outros países, essa garantia torna-se algo muito difícil. As pessoas que vivem nessas comunidades estão desempregadas, subempregadas ou empregadas com salários mínimos.

Ao contrário, há uma grande especulação no mercado imobiliário, fazendo com que as moradias em lugares dignos sejam algo fora do alcance dessas pessoas devido ao preço muito alto. Ademais, quando se pensa na construção, enfrenta-se uma ampla e demorada regulamentação definindo os requisitos mínimos para ter um projeto aprovado nos departamentos de obras municipais, com a prerrogativa de que ditas normas, ou seja, os códigos de construção estipulados pelos municípios, seriam suficientes como garantia jurídica de que todos os cidadãos tenham um mínimo de qualidade de moradia.

Sem embargo, a lei cria um conjunto de regras para construções de alto nível que não estão disponíveis a todos, porque, na prática, há a proibição de construção de baixa qualidade devido à rigidez e ao tamanho da regulamentação, e isso, em última instância, impede que as empresas do ramo de construção possam construir moradias acessíveis para essas pessoas, incluindo a construção no padrão baixa-renda, já que os salários desses cidadãos não alcançam a renda mínima estipulada para que eles tenham acesso ao programas de habitação popular, como o Programa Minha Casa Minha Vida.

A baixa renda, tida como os trabalhadores que ganham um rendimento equivalente à metade do salário mínimo, exclui os residentes dessas comunidades periféricas desses programas governamentais de estímulo à construção, pois eles não alcançam o valor mínimo previsto para terem direito a participar do programa ou então, quando chegam ao mínimo estabelecido - que é bem acima de mil reais - por viverem no mercado informal, muitas vezes não têm como comprovar suas rendas, devido à burocracia e a série de documentos necessários, acabam por não terem acesso a essas moradias dignas.

Portanto, ainda que no Brasil haja o Programa Minha Casa Minha Vida, criado pelo governo para construir milhares de casas populares, passa injustamente a excluir essa grande porção da população que deveria ser prioridade. Conforme mencionado anteriormente, isso se deve aos numerosos requisitos fiscais e financeiros. Assim, acaba sendo um programa para uma classe com renda muito mais alta que das pessoas que vivem nessas comunidades. Como consequência, há milhares de pessoas que vivem em condições irregulares e precárias nas favelas e, conseqüentemente, expostas aos riscos ambientais.

Fica claro que a segregação espacial reflete a desigualdade de renda e, sobretudo, pelo acesso desigual às infraestruturas e terras passíveis de construção, a essa população excluída do mercado imobiliário e que na ausência de uma política pública adaptada aos seus meios, não lhes deixa outra opção que resolver a questão de sua moradia na “cidade ilegal”. (CÉLINE SACHS, 1999).

4.2 As políticas habitacionais

As pessoas que pertencem a diferentes classes socioeconômicas não podem ser consideradas iguais, pois não têm os mesmos direitos nem as mesmas oportunidades. Os menos abastados não detêm o mesmo poder econômico e, conseqüentemente, não

conseguem optar por morar em um lugar digno e são expostos ao risco ambiental.

Esse risco, segundo Deschamps (2004), é fabricado e depende cada vez mais de intervenções sociais e culturais, que em alguns casos desencadeiam desastres "naturais". Os autores dos riscos são, na verdade, vítimas da falha institucional e, sem opção, sofrem a vulnerabilidade.

Essa vulnerabilidade está vinculada à capacidade de resposta e ajustes frente às condições adversas do meio, ou seja, a capacidade que as famílias têm de mobilizar ativos, escassos ou não, para enfrentar as adversidades. Evidente que famílias com pouco capital humano, ativos produtivos escassos, carências no plano da informação e das habilidades sociais básicas, com falta de relações pessoais e com pouca capacidade para manejar seus recursos, estão em condições de vulnerabilidade diante de qualquer mudança ocorrida em seu entorno imediato. (DESCHAMPS, 2004).

Cabe ao Estado evitar a condição de vulnerável dos cidadãos habitantes das comunidades periféricas. A forma é através das políticas públicas de urbanização, especialmente, a habitacional.

A razão da política habitacional deve ser o direito à moradia que, nas palavras de José Afonso da Silva (1997), constitui "*o direito de não ser privado arbitrariamente de uma moradia e de conseguir uma e, por outro lado, também o direito a obter uma, o que requer medidas e proteções estatais*".

Todavia, as políticas públicas de urbanização, cujo objetivo deveria ser o de solucionar o problema da moradia para a população carente, vêm viabilizando a expansão capitalista nas áreas urbanas, definindo um mercado urbano de terras, segregando áreas e valorizando-as.

A intervenção do Estado Brasileiro, no que se refere à habitação, começou a ser observada na década de 30, quando assumiu a responsabilidade da produção e oferta de casas populares, com a criação das carteiras prediais dos Institutos de Aposentadorias e Pensões, sendo o atendimento dispensado, principalmente, aos

associados. Segundo Arlete Moisés Rodrigues (1988 apud Rita de Cássia da Conceição Gomes, Anieres Barbosa da Silva e Valdenildo Pedro da Silva, 2003), apenas em 1964, ocorreram as criações do BNH, extinto em 1996 e do Serfha. Esses órgãos tinham por pressuposto dar conta da política habitacional brasileira, com os objetivos de coordenar a política habitacional dos órgãos públicos; orientar a iniciativa privada, estimulando a construção de moradias populares; financiar a aquisição da casa própria, propiciando a melhoria do padrão habitacional do ambiente; eliminar as favelas; aumentar o investimento da indústria de construção civil e estimular a poupança privada e o investimento. O BNH foi considerado um dos bancos mais importantes, pois financiou obras de infraestrutura urbana, aperfeiçoou a rede de energia elétrica, de transportes e de comunicação, incentivou a educação e a cultura, e melhorou os serviços públicos.

Nos primeiros anos de atuação do BNH, a política habitacional foi direcionada para atender à demanda das classes menos favorecidas. Por volta do ano de 1975, os segmentos populares foram relegados a um segundo plano, pois a política habitacional direcionou os programas habitacionais existentes para atender à classe média. Desse modo, ficou evidente que a quantidade de moradias, inserida na proposta do Estado de atendimento ao interesse social não correspondeu às expectativas. (GOMES et al, 2003).

Conforme menciona Gomes (2003), no intervalo temporal de 1970 a 1980, os recursos do BNH ficaram escassos, tendo em vista, principalmente, a inadimplência dos mutuários já contemplados com a casa própria e a diminuição dos recursos oriundos do FGTS, mediante o aumento do desemprego e a retirada dos fundos por parte dos trabalhadores que ficaram desempregados. A partir de 1986, quando ocorreu a extinção do BNH, a Caixa Econômica Federal ficou com a atribuição de desenvolver a política habitacional do país.

Desde 1980, que, no Brasil, 68,6% da população, segundo dados da Fundação IBGE moram na cidade. Esse fato, cada vez mais exige uma ação positiva do Estado no ato da construção da moradia.

Em que pese à sociedade brasileira ter passado a contar com uma previsão legal ao planejamento e gestão de políticas urbanas com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente através dos artigos 182 e 183, não foi o suficiente para garantir a efetiva justiça social e a gestão democrática urbana.

O art. 182, *caput*, da Carta Magna prescreve que “*a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*”.

Ainda que haja a expressa previsão legal, como pode ser depreendido do previamente afirmado, as políticas públicas hoje existentes não atingem os socioambientalmente vulneráveis, que continuam à margem do Estado, que carece de efetivar uma política urbana verdadeiramente social e que traria consequências favoráveis ao meio ambiente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso estudar muito ainda para se pensar em uma política urbana verdadeiramente inclusiva e que tenha como prioridade a proteção ao meio ambiente a fim de evitar a vulnerabilidade socioambiental e garantir ao cidadão uma vida digna.

É primordial o desenvolvimento de uma política habitacional, onde as pessoas comecem a viver com maior segurança e em melhores condições de saneamento. Isso seria o começo de uma compensação das ocasiões em que o Estado fracassou e o aparecimento de uma justiça inovadora que viria ao encontro da dignidade do ser humano como cidadão merecedor de uma moradia adequada e protegida das situações de risco ambiental.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Sustentabilidade**. 2015. Disponível em: <<http://www.inbs.com.br/7-principais-leisambien-tais-brasileiras/#sthash.u8ncLCNx.dpuf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2015.

DESCHAMPS, Marley Vanice. **Vulnerabilidade socioambiental na região metropolitana de Curitiba**. Curitiba: UFPR, 2004. Disponível em: <http://www.ipardes.gov.br/biblioteca/docs/tese_marley_deschamps.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

GOMES, Rita de Cássia da Conceição; SILVA, Anieres Barbosa da; SILVA, Valdenildo Pedro da. **Política habitacional e urbanização no Brasil**. Barcelona: Revista Eletrônica de Geografia e Ciências Sociais, Vol. VII, n. 146, 2003. Disponível em: <[http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-146\(083\).htm](http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-146(083).htm)>. Acesso em: 19 out. 2015.

HOGAN, Daniel et al. **A urbanização e Vulnerabilidade socioambiental: o caso de Campinas**. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/textos/publicacoes/livros/migracao_urbanas/02pronex_13_Urbanizacao_Vulnerabilidade.pdf>. Acesso em: 18 out. 2015.

MARANDOLA JR, E; HOGAN, D. J. **As Dimensões da Vulnerabilidade**. Revista Brasileira de Estudos de População, São Paulo, v. 20, n° 1, p. 33-43, 2006.

NAVARRO, Roberto. **Qual foi a primeira favela do Brasil?** 2010. Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br>>. Acesso em: 06 fev. 2013.

PACHECO, Gabriela. **População da Rocinha já é maior que a de 92% das cidades brasileiras.** 2011. Disponível em: <<http://www.rocinha.org>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

PORTILHO, Gabriela. **Qual é a maior favela do mundo?** 2013. Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

SACHS, Céline. **São Paulo – Políticas públicas e habitação popular.** São Paulo: Edusp, 1999.

SILVA, Francicélio Mendonça da; ALMEIDA, Lutiane Queiroz de. **Uma abordagem sobre a vulnerabilidade socioambiental no ambiente estuarino: Aspectos teórico-conceituais.** Revista Geonorte: Edição Especial, V.1, N.4, p.102 – 112 , 2012. Disponível em: http://www.revistageonorte.ufam.edu.br/attachments/009_UMA%20ABORDAGEM%20SOBRE%20A%20VULNERABILIDADE%20SOCIOAMBIENTAL%20NO%20AMBIENTE%20ESTUARINO%20ASPECTOS%20TE%3%93RICO%20-%20CONCEITUAIS.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro.** 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

TAGLIANI, C.R.A. **Técnica para Avaliação da Vulnerabilidade Ambiental de Ambientes costeiros utilizando um Sistema Geográfico de Informação.** Galeria de Artigos Acadêmicos, 2003.

WALES, Jimmy. **Wikipédia, a enciclopédia livre.** 2001. Disponível em: <<http://www.wikipedia.org>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

LA UTILIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EXTERNALIZADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Jaqueline Sampaio de Oliveira¹

1 INTRODUCCIÓN

Este estudio trata de la utilización de la prestación de servicios externalizados por la Administración Pública.

En ese sentido, se realizará investigación sobre las previsiones legales para la utilización de la externalización por la administración pública, normas jurídicas sobre el tema, jurisprudencia laboral y argumentos acerca de la posibilidad o no de la responsabilidad de las entidades estatales externalizadas.

Ese tipo de contratación es cada vez más utilizada por el mercado de trabajo privado y por la Administración Pública, debido a búsqueda por la eficiencia en la prestación de los servicios en medio la competitividad de mercado, desobedeciendo, por veces, los límites legales.

En principio, se cuestiona: Cuáles los límites de la utilización por la Administración Pública de la externalización? Existe la posibilidad de responsabilización de las entidades estatales externalizadas? Si existe esa posibilidad, cual su base jurídica?

De ese modo, el objetivo general consiste en identificar límites para utilización por la Administración Pública de la externalización y

¹ Licenciada en Administración de Empresas y habilitada em Administración Pública por la Universidade Estadual do Ceará (2004). Graduada en Direito por el Centro Universitário Estácio do Ceará (2013) y Pós-Graduada en Administración Judiciária por la Universidade Vale do Acaraú (2008). Es funcionária pública del Ministério Público do Estado do Ceará, alumna regular del Doctorado en Derecho Constitucional – Universidad de Buenos Aires

los objetivos específicos son enumerar esos límites, describirlos y verificar se existe omisiones legales del tema.

Las fuentes de investigación utilizadas son principalmente bibliográficas, con la utilización de legislación, doctrina y decisiones de tribunales superiores nacionales.

Así, se justifica la presente investigación por la actualidad del tema, pues la externalización como forma de contratación es reciente, necesitando aún de delimitación de conceptos básicos y límites a ser definidos por el debate jurídico y estudios sobre el tema.

Además de eso, el tema es relevante en ciertos aspectos social, político, jurídico, pues, los resultados de estudios que definan aspectos normativos de la externalización está íntimamente conectado a los intereses de la sociedad.

2 LÍMITES DE LA UTILIZACIÓN DE LA EXTERNALIZACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1 Límite constitucional

En regla, para el proveimiento de cargo o empleo público es necesaria la realización de concurso público, conforme previsto en el art. 37, II, de la Constitución de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]. II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para

cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

A pesar de eso, aún, es posible verificar irregularidades en relación al ingreso en el servicio público. En ese sentido, Flávio Sátiro Fernandes *apud* Jorge Neto (2010) elenca algunas irregularidades:

a) admissão sem prévia aprovação em concurso público; b) admissão mediante aprovação em concurso público em cuja realização não se seguiram os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade; c) admissão mediante aprovação em concurso público regularmente instituído e realizado, mas violando a ordem de classificação oficialmente divulgada; d) admissão mediante aprovação em concurso público regularmente instituído e realizado, mas procedida após decorrência do prazo de validade do certame, com violação ao disposto no art. 37, III; e) admissão mediante qualquer uma das antigas formas derivadas de provimento, tais como transferência, enquadramento, ascensão, etc.

Así, el Supremo Tribunal Federal interpretó la materia cuando editó la Súmula nº 685 - 24/09/2003 - DJ de 9/10/2003, p. 5; DJ de 10/10/2003, p. 5; DJ de 13/10/2003, p. 5:

Constitucionalidade - Modalidade de Provimento - Investidura de Servidor - Cargo que Não Integra a Carreira: É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

En decisión reciente, datada de 08/04/2015, el Supremo Tribunal Federal convirtió en Súmula Vinculante la redacción de la Súmula 685, que recibirá el número 43, y tiene el siguiente teor: “É

inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

De la previsión constitucional arriba mencionada, se puede por medio de una interpretación extensiva aplicar esa regla la contratación por la Administración Pública por medio de externalización sin observancia a los límites previstos en el ordenamiento jurídico.

2.2. Límites previstos en el Código Civil de 2002

Bajo el ángulo del Derecho Civil, más precisamente contratos, se puede analizar la nulidad del contrato de trabajo aplicado la externalización.

El contrato de trabajo es un acto en que el empleador y empleado manifiestan sus ganas para a la formación de la relación empleo. De esa relación personal viene un acto jurídico.

El Código Civil de 2002, art. 166 e incisos tratan de la invalidez del negocio jurídico. Según esos dispositivos para su validez se exige la obediencia a los siguientes requisitos: agente capaz; objeto lícito, posible, determinado; motivo determinante, común a ambas partes, lícito; forma prescrita en ley; obedezca las solemnidades legales esenciales; no objetive fraudar ley imperativa y la ley no declare nulo, o prohíba la práctica, sin conminar sanción.

En el contrato de trabajo, los agentes son el empleado y empleador, la forma es contrato escrito que también puede ser verbal; el objeto, la relación de trabajo que es establecida de reciprocidad, el empleado presta servicio y es remunerado por eso, hay manifestación de ganas libres.

En el caso de la externalización, algunos elementos podrían llevar la nulidad del contrato: la no observancia de la forma prescrita en ley, objetivo de fraudar la ley y en relación al objeto cuando es para la realización de actividades fines.

2.3 Leyes esparzas que prevén otras formas de contratación por la Administración Pública

2.3.1 Ley nº 8.745, de 09 de diciembre de 1993

No obstante, la previsión constitucional para la investidura en cargo público por medio de concurso público, lo Carta Magna prevé la posibilidad de que la ley establezca los casos de contratación por tiempo determinado para atender la necesidad temporal de excepcional interés público (art.37, IX).

Para reglamentar el referido artículo constitucional fue aprobada la Ley nº 8.745, de diciembre de 1993 que trata de la contratación por tiempo determinado para atender la necesidad temporal de excepcional interés público, en los términos del inciso IX del art. 37 de la Constitución Federal, además de otras providencias. En la mencionada ley no hace referencia la contratación por medio de empresa interpuesta.

2.3.2 Ley en el 10.871, de 20 de mayo de 2004

Por semejante modo, la Ley nº 10.871, de 20 de mayo de 2004, dispone sobre la creación de carreras y organización de cargos efectivos de las autarquías especiales denominadas Agencias Reguladoras, y da otras providencias y en su artículo 30 trata de la contratación por tiempo determinado de personal técnico imprescindible al ejercicio de sus cualificaciones institucionales. De la misma forma, no hace referencia a contratación por medio de empresa interpuesta.

(...) Art. 30. As Agências Reguladoras referidas no Anexo I desta Lei, a partir da publicação desta Lei, poderão efetuar, nos termos do art. 37, IX, da Constituição, e observado o disposto na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, contratação por tempo determinado, pelo prazo de 12 (doze) meses, do pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas

competências institucionais. § 1º A contratação de pessoal de que trata o caput deste artigo dar-se-á mediante processo seletivo simplificado, compreendendo, obrigatoriamente, prova escrita e, facultativamente, análise de curriculum vitae sem prejuízo de outras modalidades que, a critério da entidade contratante, venham a ser exigidas.(...)

2.3.3 Decreto-lei nº 200, de 25 de febrero de 1967

La externalización puede ser utilizada por la Administración Pública, conforme prevé lo Lei nº 10.871, de 20 de mayo de 2004, en su art. 10, *caput* §7º, prevé la ejecución indirecta: Para mejor desincumbirse de las tareas de planificación, coordinación, supervisión y control y con el objetivo de impedir el crecimiento desmesurado de la máquina administrativa, la Administración buscará desobligarse de la realización material de tareas ejecutivas, recurriendo, siempre que posible, a la ejecución indirecta, mediante contrato, desde que exista, en el área, iniciativa privada suficientemente desarrollada y capacitada a desempeñar los gravámenes de ejecución.

2.4 Límites previstos en la doctrina: Las corrientes doctrinarias en cuanto a la nulidad de la contratación por la Administración Pública sin la realización del concurso público

Según Jorge Neto (2010), hay varias posiciones doctrinarias que discuten los efectos de la prestación de los servicios en la Administración Pública sin la realización de concurso Público.

La primera corriente es en el sentido de que la contratación irregular no genera ningún efecto para el trabajador, facultando la propia Administración declarar nula la contratación.

La segunda corriente es en el sentido de que la nulidad reconocida tiene sus efectos a partir del momento de su declaración,

de esta forma tiene el trabajador derecho a la percepción de sus derechos legales hasta el referido momento, como forma de indemnización, sin embargo, haber registro del contrato y sin generar efectos para la Sanidad Social.

La tercera corriente entiende que la ausencia del concurso o de irregularidades no vicia el contrato de trabajo, haciendo el trabajador a la altura de sus derechos laborales, inclusive para fines providenciaros. Esa corriente encuentra respaldo en el principio de la primacía de la realidad.

En esas hipótesis el agente público responsable por la contratación podrá ser responsabilizado por la incumplimiento a la Constitución (art. 37, §2º), lo que implicará en la nulidad del acto y la punición de la autoridad responsable, en los términos de la ley.

El Tribunal Superior del Trabajo manifestó la siguiente comprensión: pelo que se infiere de la interpretación de la Súmula nº 363:

CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Las comprensiones expresas en las corrientes doctrinarias arriba citadas, reforzadas por precedente decisión judicial, también pueden ser consideradas límites la contratación irregular por medio de la externalización, visto que impone la Administración el pago de derechos laborales oriundos de la contraprestación pactada.

2.5 Límites a la externalización aplicada la Administración Pública previstos por la jurisprudencia de la Justicia especializada

2.5.1 Súmula 256 del Tribunal Superior do Trabalho

Inicialmente, en la vigencia de la Súmula 256, el Tribunal Superior del Trabajo entendía que solamente las hipótesis de trabajo temporal (Ley 6.019/74) y de servicio de vigilancia (Ley 7.102/83) eran consideradas legales, en los demás casos se reconocía el vínculo de empleo con la empresa interpuesta directamente con el tomador de los servicios.

No había ninguna norma hasta la Súmula 256 del Tribunal Superior del Trabajo sobre la contratación de empleados por medio de externalización.

En la visión de Jorge Neto y Cavalcante (2012) el Tribunal Superior del Trabajo no admitía la externalización por varios motivos. Entre ellos, el derecho del trabajador a la inserción en el desarrollo de la empresa (art. 158, incisa V, CF/1967):

A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: (...) V - integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos.

Así como, el logro de las empresas de mano de obra advir del valor recibido de las tomadoras de los salarios pagados a sus empleados; y el hecho de que la intermediación, generalmente, ultrapasaba el límite de 90 días, propiciando la formación de la relación de empleo directamente entre el trabajador y la empresa tomadora.

Para Pinto (2008), la comprensión del Tribunal Superior do Trabalho visaba evitar ciertos tipos de fraude contra empleados, pero en la práctica casi prohibió la externalización.

Por esa comprensión, el Tribunal Superior del Trabajo fue criticado, entre otros motivos, porque la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1967, vigente a la época de la edición del enunciado de la Súmula 256, aseguraba a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica, independientemente de autorización de órganos públicos, salvo en los casos previstos en ley: “art. 150, (...) § 23 - *É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.*”

Por semejante modo, se criticaba a referida súmula también porque era de cualificación para Unión legislar sobre el trabajo: “*Art 8º - Compete à União: (...) XVII - legislar sobre: b) (...) direito do trabalho.*”

Otro motivo de crítica era que el referido enunciado desconsideraba los contratos de Derecho Civil, por ejemplo el contrato de servicios de arrendamiento y el contrato de empreitada, que en tesis eliminaría la contratación de servicios especializados.

Además de esos motivos, consideraban la comprensión del Tribunal Superior do Trabalho también ofensivo la Constitución de 1988, en relación al dispositivo del Art 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

La Resolución nº 04 publicada en 30.09.1986, republicada con rectificaciones en el DJ de 03.11.1986 editando la comprensión

Tribunal Superior del Trabajo por medio de la Súmula 256 fue cancelada por la Resolución n° 121, DJ 19.11.03.

Así, en medio las tantas críticas, el TST innovó la comprensión sobre la materia por medio de la Súmula 331.

2.5.2 Súmula 331 del Tribunal Superior do Trabalho

La nueva redacción de la Súmula 331, ítem IV e inserción de los ítems V y VI a la redacción) - Res. 174/2011, DEJT divulgado en 27, 30 y 31.05.2011:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n° 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n° 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciado a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

En relación a la formación de vínculo con la Administración Pública, la comprensión del Tribunal Superior del Trabajo es en el mismo sentido de la Constitución, el cual sea, que aún habiendo ilegalidad en la contratación de empresa interpuesta no forma vínculo empregatício con la Administración Pública. Tal posición se coaduna con la previsión del art. 37, II, de la Constitución de 1998:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvada as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

2.5.3 Orientação Jurisprudencial nº 383 da SDI-I del Tribunal Superior do Trabalho

Otro límite la Administración Pública la contratación irregular de trabajador por medio de empresa interpuesta es la

Orientación Jurisprudencial n° 383 de la SDI-I del Tribunal Superior de Trabajo.

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N° 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n° 6.019, de 03.01.1974.

De esta forma, los empleados terceirizados reciben los derechos de la categoría profesional de la empresa interpuesta, pero habiendo fraude es posible que los mismos presupuestos laborales y legales de los empleados de la tomadora sean asegurados ellos. Pues, no es posible, en regla, la equiparación salarial en relación a los empleados de la empresa tomadora y los de la prestadora de servicios.

2.6 Límites impuestos por el Poder Ejecutivo

Además del Poder Judicial, por medio de su Órgano Especializado, el Poder Ejecutivo en su esfera de actuación también define límites a los contratos de externalización, como las Instrucciones Normativas del Ministerio del Trabajo.

El Ministro de Estado de Trabajo, en el uso de las atribuciones legales conferidas por el inciso IV del art. 87 de la Constitución Federal uniformó el procedimiento de Fiscalización del Trabajo, después de

las alteraciones ocurridas en el Enunciado n° 256, por medio de la Instrucción Normativa n° 03, de 1° de septiembre de 1997. Esa Instrucción dispuso sobre la fiscalización del trabajo en las empresas de prestación de servicios a terceros y empresas de trabajo temporal.

Según la referida Instrucción Normativa, se considera empresa de prestación de servicios a terceros la persona jurídica de derecho privado, de naturaleza comercial, legalmente constituida, que se destina a realizar determinado y específico servicio a otra empresa fuera del ámbito de las actividades-fin y normales para que se constituya esa última.

Las relaciones entre la empresa de prestación de servicios a terceros y la empresa contratante serán regidas por la ley civil y las relaciones de trabajo entre la empresa de prestación de servicios a terceros y sus empleados serán disciplinados por la Consolidación de las Leyes del Trabajo - CLT, mientras, las empresa de vigilancia y de transportes de valores, las relaciones de trabajo serán reguladas por la Ley n° 7.102/83 y, subsidiariamente, por la CLT.

La empresa de prestación de servicios a terceros deberá contratar, remunerar y dirigir el trabajo realizado por sus empleados. Sus empleados no deberán estar subordinados al poder directivo, técnico y disciplinar de la empresa contratante. Esos servicios podrán ser prestados en las instalaciones físicas de la empresa contratante o en otro local por ella determinado, dependiendo de la naturaleza de los servicios contratados.

La mencionada Instrucción Normativa considera contratante la persona física o jurídica de derecho público o privado que celebrar contrato con empresas de prestación de servicios a terceros con la finalidad de contratar servicios. En el caso de empresas del mismo grupo económico, donde la prestación de servicios se dé junto a una de ellas, el vínculo empregatício se establece entre la contratante y el trabajador colocado su disposición, en los términos del art. 2° de la CLT.

La contratante y la empresa prestadora de servicios a terceros deben desarrollar actividades diferentes y tener finalidades distinguidas

y no puede mantener trabajador en actividad diversa de aquella para el cual el mismo fuera contratado por la empresa de prestación de servicios a terceros. El contrato de prestación de servicios a terceros puede comprender el suministro de servicios, materiales y equipamientos.

Diferente del contrato entre dos empresas de persona jurídica de derecho privada, el contrato celebrado entre la empresa prestadora de servicios de terceros y persona jurídica de derecho público, es típicamente administrativo, con derechos civiles, en la conformidad del § 7º, art. 10 del Decreto-Ley nº 200/67 y de la Ley nº 8.666/93.

No genera vínculo de empleo con los órganos de Administración Pública Directa, Indirecta o Fundacional, la contratación irregular de trabajador mediante empresa interpuesta, en consonancia con el Enunciado nº 331 del Tribunal Superior del Trabajo.

Interesante observar quiere la Instrucción Normativa hace referencia al el Enunciado nº 331 del Tribunal Superior del Trabajo - TST, vedación esa que es implícita en el texto de la Constitución Federal cuando se refiere la necesidad la investidura en cargo público se haga por medio de concurso público de pruebas o pruebas y títulos y títulos. (art. 37, II).

2.7 Comprensión de Jornada Especializada en Derecho del Trabajo

A 1ª JORNADA DE DERECHO MATERIAL Y PROCESAL EN La JUSTICIA DEL TRABAJO, realizada en el Tribunal Superior del Trabajo, Brasilia, 23/11/2007, Comisiones I, Derechos Fundamentales y las Relaciones de Trabajo, concluyó:

11. TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇOS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando

como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público.

Esa comprensión es en el mismo sentido de las decisiones judiciales especializadas citadas anteriormente.

2.8 Responsabilidad de la Administración Pública en el caso de incumplimiento del contratado

La Administración Pública es responsable en el caso del incumplimiento del contratado por los a los gravámenes laborales, fiscales y comerciales?

A principio, la Ley nº 8.666 de 21 de junio de 1993 redime la Administración Pública de esa responsabilidad, en relación a los gravámenes laborales para con el trabajadores contratados para prestar servicio la Administración Pública por medio de empresa interpuesta, conforme se lee en el artículo 71 :

Art. 71 - o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. §1A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995); §2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da

execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n° 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei n° 9.032, de 1995)

El referido artículo fue cuestionado en cuanto a su Constitucionalidad, por medio de la ADC 16 DF, pero el Supremo Tribunal Federal decidió por la Constitucionalidad:

Ementa: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência conseqüente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal n° 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal n° 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n° 9.032, de 1995.

Según la referida decisión judicial, la responsabilidad de la Administración Pública deberá ser comprobada la culpa in vigilando de la Administración pública; que no puede ser presumida, y sí comprobada en observancia a los principios de la legalidad e impersonalidad que nortean la Administración Pública. Rícese que difícilmente podría ser responsabilizada pela *culpa in eligiendo e in contrayendo*, con miras a que las reglas licitatorias sean muy rígidas.

3 CONSIDERACIONES FINALES

En síntesis fueron presentadas limitaciones legales, jurisprudencias y doctrinarias la aplicación de la externalización a la Administración Pública.

La externalización utilizada por la Administración Pública, cuando no atiende a los requisitos del ordenamiento jurídico, es considerada una forma irregular de proveimiento de cargos públicos.

El presente estudio presentó normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia de la Justicia del Trabajo que limitan la utilización por la Administración Pública de la externalización.

Delante del expuesto, pueden ser hechas algunas consideraciones sobre el tema: Administración puede utilizar la externalización para contratar en situaciones específicas, cuáles sean, para realización de actividad medio, en los casos de trabajo temporal, servicios de vigilancia, conservación, limpieza.

Es posible la responsabilización de la entidad estatal externalización en algunas situaciones, conforme precedentes jurisprudencias y doctrinarios.

Una de esas situaciones serían por la culpa in vigilando, que ocurre cuando la Administración Pública no fiscaliza el saludo del contrato de la empresa prestadora de servicios, viniendo así su omisión causar perjuicio al trabajador.

Otra posibilidad, sin embargo, menos concreta sería la responsabilización pela culpa in eligiendo e in contrayendo.

Se resalta, sin embargo, que en ambas situaciones la culpa deba ser debidamente comprobada, visto que la ley de licitaciones protege la Administración Pública.

Se evidenció la participación del Poder Ejecutivo por la edición de Instrucción Normativa acerca del tema, así como del Poder Judicial en la soluciones de conflictos.

Se notó, sin embargo, una correcta inercia del Poder Legislativo en tratar del tema, dejando que los posibles conflictos e interpretaciones acerca de la posibilidad de utilización de la externalización por la Administración Pública sed ora apaciguados pelo por el Poder Judicial ora por el Poder Ejecutivo.

Cabe resaltar, sin embargo, la existencia de proyecto de Ley nº 4330/2004, aprobado en la Cámara de los Diputados y enviado para Senado Federal para apreciación en 2015.

4 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A Terceirização na Administração Pública continua em debate. *“Afigura-se correta a aplicação do salário equitativo ou isonômico ao terceirizado. A terceirização não pode ser vista como mecanismo.”* Revista jurídica: Consulex 2012, v. 16, n. 359, mês JAN, páginas 34-37.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho, tomo I. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível no sítio: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/strucao-normativa-n-03-de-01-09-1997.htm>> Acesso realizado em 18.11.2016.

PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. Súmulas do TST comentadas. 10 ed. São Paulo: Ltr, 2008.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/leis/14886.htm>>. Acesso em 18.11.2016.

Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>>. Acesso em: 18/11/2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível no sítio: <www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/adpf129.pdf> Acesso realizado em 18.11.2016.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. ENUNCIADOS DA 1ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Disponível no sítio: <http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=152480&infobase=sumulas.nfo&jump=Enunciado%20079%2fAnamatra%2fj>

ornadaJTrabalho&softpage=Document42> Acesso realizado em 18.11.2016.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Jurisprudências. Súmulas. Disponível em: <<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>> Acesso em 18.11.2016.

EL PRINCIPIO DE LA BAGATELA O DE LA INSIGNIFICANCIA EN LOS TRIBUNALES DE BRASIL

Abelardo Inácio da Silva¹

Aline Rafaela T. de A. Inácio²

Isabele Cristine T. de A. Inácio³

1 INTRODUCCIÓN

El Estado en su función de legislar busca construir una política criminal para la regulación de conductas⁴, en el campo penal, objetivando un ideal de Justicia (RAWLS, 2008)⁵. Así, al definir

¹ Abelardo Inácio da Silva. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL; Pós-graduando em Direito do Estado Pela Universidade Tiradentes – INIT; Pós-graduado em Direito Penal e Processo penal pela Faculdade de Sergipe – FASE/ESTÁCIO; Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Sergipe – UFS; Doutorando em Direito pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora – Argentina; Delegado de Polícia Judiciária no Estado de Sergipe, desde 1992; Professor de graduação e pós-graduação de Direito Penal, Criminologia e Sociologia do Direito, nos cursos de graduação e pós-graduação;

² Aline Rafaela Tenório de Araújo Inácio, Graduada em Direito Pela Universidade Tiradentes – UNIT, Advogada

³ Isabele Cristine Tenório de Araújo Inácio, Graduada em Direito Pela Universidade Tiradentes – UNIT, Pós-graduanda em Direito Penal pela CICLOS/Faculdade Guanambi, Advogada;

⁴ ZAFFARONI, E. R. e PIERANGELI, J. H (2002). Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Aduz: “É muito difícil afirma-se qual é a função que o sistema penal cumpre na realidade social. A Criminologia e a Sociologia do direito penal contemporâneo assinalam diferentes funções. Para uns, por exemplo, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas de setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social. Para outros, cumpre a função de sustentar a hegemonia de um setor social sobre outro”. P. 77.

⁵ RAWLS, John (2008). Uma Teoria da Justiça. Trad. Alvaro de Vita. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. Concebe o papel da Justiça na cooperação social, inculcando a ideia de Justiça no Direito, dessa forma: “O pacto social é substituído por uma situação inicial que contém certas restrições procedimentais aos argumentos

comportamientos como delictuosos, pretende precaverse, eligiendo conductas adecuadas o inadecuadas socialmente y protegiendo la afectación de bienes jurídicos relevantes penalmente.

Debido al carácter fragmentario del Derecho Penal, el Estado si pone a proteger conductas que hablen acerca de intereses efectivos de la vida en la sociedad y no acerca de cualquier hecho, por tanto, el Derecho solo viene a intervenir en la necesidad de proteger bienes que puedan ser considerados de relieve para el individuo y para la sociedad. Además, otras agencias públicas deben tratar de las cosas y de los hechos, sean civiles, administrativas, ambientales, laborales, urbanas, familiares, etc.

Ese contexto fragmentario del Derecho Penal, lo lleva a no enjergar conductas ínfimas y de bagatela, cuya repercusión en el mundo de los hechos no genera perjuicios relevantes, capaces de generar la protección jurídico penal.

La mínima intervención estatal en ese campo penal, es el modelo de política criminal, postulado por la mayoría de la doctrina Brasileña. Es así en Zaffaroni (2002), Rogério Greco (2005), Paulo Bussato (2007), como también es la jurisprudencia de Brasil. Vea en: Raul Zaffaroni (1982)⁶, Celso de Mello (2010), Gilmar Mendes (2011).

Mayoritariamente, la doctrina aduce que el Derecho Penal tiene la misión de proteger bienes jurídicos, como en Claus Roxin (2006), Paulo Bussato (2007), Winfried Hassemer (1984), entre otros. Cuando el bien jurídico no es alcanzado de forma significativa, a fin de producir un injusto penal, no hay tipicidad de la conducta, por lo tanto, no es crimen, es decir, no es infracción penal.

apresentados, cujo fito é levar a um consenso original no tocante aos princípios da justiça”. E [...] “Na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais”. p. 3/4.

⁶ Caso LUCERO, Héctor sobre “privación ilegítima de La libertad”, cuando era juez de sentencia, fallo publicado en Doctrina Penal, Año 5, 1982.

Se vislumbra a atipicidad material, en lo que se refiere a conducta justificada, por la irrelevancia de la ofensa, que quita la caracterización de la potencial posibilidad de tonar efectivo el injusto penal. El análisis de la irrelevancia es hecha en el campo de la tipicidad, siendo, así, causa de exclusión supra-legal del hecho típico, es decir, de la tipicidad material.

Ese trayecto remete a los requisitos a su conocimiento, esto es, de la materialidad delictiva, razón por la cual estamos hablando en reconocimiento de la atipicidad material del hecho.

Desde Beccaria (2004)⁷, se afirma que el Derecho Penal concibe la proporcionalidad entre la gravedad de la conducta y la efectiva penalidad a ser impuesta, ante el agravio que promueva un injusto penal, constituyéndose como un principio orientador del Proceso Penal y efectivo en las Constituciones del Estado moderno occidental.

La participación del Poder Judicial como protagonista para definir el Derecho en un caso concreto, bajo la observancia del ideario de la Justicia, denota un “activismo judicial” o “judicialización de la política”⁸, con nuevos contornos en formar juicios jurisprudenciales. De esta manera, se deja de observar cuestiones que son atinentes al

⁷ Beccaria, Cesare en su obra: “De los delitos de las Penas”. Va a tratar de la proporcionalidad en la aplicación de la pena y afirma: “Por la simple consideración de las verdades hasta aquí expuestas es evidente que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido. Un cuerpo político, que muy lejos de actuar por pasiones es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, ¿puede albergar esta inútil crueldad, instrumento de furor y del fanatismo, o los débiles tiranos? Los gritos doloridos de un desdichado ¿arrancarían quizá del tiempo, que no retrocede, las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo hacer nuevos daños a sus conciudadanos, y apartar a los demás de cometer otros iguales. Deben, por tanto, ser elegidas aquellas penas y aquel método de infligirlas que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y más duradera sobre los ánimos de los hombres, y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo”. (P. 77).

⁸ CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09. Acessado em 01.10.2016.

Legislativo y al propio Ejecutivo, y aun, cuando llamado por la sociedad a discutir esas nuevas interrelaciones sociales. En Brasil, ejemplos de las llamadas son las “cuotas raciales en la universidad brasileña” y el “aborto anencefálico”.

Tal disposición afirma un nuevo papel institucional del Judiciario, que interactúa con el sistema político fuera del plan de las acciones jurisdiccionales, papel éste que le es, exclusivamente, reservado para el ejercicio de la distribución de la Justicia, a través de la Jurisdicción, allende inserirse en las cuestiones vitales de la sociedad y de los individuos.

El amparo al principio de la bagatela o de la insignificancia en la jurisprudencia Brasileña, en algunos casos, denota la capacidad de legislar y el carácter “activista judicial” de los Tribunales de ese país. De cualquier orden, demuestra que el Poder Judiciario apunta para otros modelos de política criminal, más apropiado con las realidades sociales, a partir de las prácticas del cotidiano, especialmente, frente a un sistema penal, cuyas penas son cumplidas en establecimientos que forman criminosos y etiquetan para toda una vida sus egresos.

Resáltese que, en el derecho positivo brasileño no existe previsión legal en cuanto al principio de la bagatela o de la insignificancia, no obstante los tribunales brasileños han entendido, en algunos casos, por su aplicabilidad, mediante determinados requisitos. En lo que se abarque la relevancia de la conducta y la inexpresividad de la lesión o peligro de lesión a lo bien jurídico, debe ser analizado caso a caso.

El Supremo Tribunal Federal - STF, en Brasil, enumeró los requisitos a constatar una conducta cuando insignificante, cuyo tenor no agravio de forma significativa a un bien jurídico, capaz de caracterizarse en un injusto penal. Son cuatro los presupuestos, a saber:

- a) Ofensividad mínima de la conducta del agente;
- b) Ausencia de

peligrosidad social de la acción; c) Reducido grado de reprobación del comportamiento y d) Inexpresividad de lesión a lo bien jurídico⁹.

Sin embargo, si pudiéramos intentar reunir todos esos requisitos o presupuestos en un único, podríamos tener la siguiente lectura: La inexistencia de relevancia e intolerable lesión o peligro de lesión al bien jurídico protegido.

2 ¿QUÉ ES UN PRINCIPIO?

Su terminología del vocablo se da en el latín, lo cual se escribe *principium*, *principii*, de *princips* o *principis* (quiere referirse al primero). Por lo tanto, la base y el sentido son de inicio, de dónde viene y procede, a que se refiere Lauria Tucci (2002) cuando dice: “*uma proposição do ponto de partida de um sistema*” (p. 224).

Para Mendonça (2001): “*princípios são proposições diretores de uma Ciência as quais todo o desenvolvimento posterior desse setor de conhecimento deve estar subordinado*” (p. 12).

Se habla en la concepción de sistema como un conjunto armonioso e interrelacionado, dando la oportunidad de comunicarse de forma equilibrada y razonable. Es aún, en ese sentido en lo que Lauria Tucci (2002) afirma: “*sistema é um conjunto de elementos relacionados entre sí, e harmónicamente conjugados*” (p. 227).

El principio es el orientador y el modelo para que las demás reglas estén cohesionadas en el sistema y puedan ser posicionadas desde el principio y con él estar relacionada. Cuando se habla en principios y reglas en el sistema criminal y procesual penal, se hace necesario percibir que el Estado ejerce su deber de punir, por lo tanto, su “*ius puniendi*”, desde un conflicto de intereses que violen la norma de forma exclusiva y pactual, en confrontación con el “*ius libertatis*” del ciudadano.

⁹ Presupuestos constante de los HC 92.961, Rel. Ministro Eros Graus, juicio en 11-12 -2007, segunda Pandilla, DJE de 22-2-2008 y HC 90.124, Rel. p/ el AC. Eros Graus, juicio en 24-6-2008, Segunda Pandilla, DJE de 5-9-2008.

Cabe recordar que, este conflicto de intereses entre Estado y ciudadano es moldeado por derechos y seguridades individuales y fundamentales. Entre el violador de la norma puesta y el Estado, con su deber punitivo, hay del otro lado un sujeto de derechos que se contrapone para asegurar su libertad, pero todo adentro de un carácter publicista.

Es así el posicionamiento de Lauria Tucci (2002), al tratar de los intereses estatales e individuales, consonante un proceso regular, a definir el derecho de punir y del derecho la libertad:

Não constituirá, por certo, demasia lembrar, que cometida à infração penal, mesmo assim, não há como impor, discricionariamente, a sanção em lei prescrita para coibir sua prática (o mais de que se pode cogitar é de algumas medidas cautelares, assecuratórias de sua imposição), torna-se imprescindível, para tanto, a formação de processo, em que, sopesados os interesses do Estado cidadão, *ius puniendi* e ou *ius libertatis*, tenha lugar o respectivo julgamento (punitivo ou a favor rei) (p. 227).

En el tocante a los principios, la doctrina informa que son normas con elevado grado de abstracción –así, caben en situaciones con número indeterminado–, y generalidad –caben a un número indeterminado de personas–, razón por la cual se exige un elevado grado de subjetividad en su aplicación al caso concreto. Otros afirman que reglas no se colocan por ningún grado de abstracción y generalidad, visto que se destinan a un número determinado de situaciones, es decir, a un número determinado de personas.

Es en ese contexto que Ávila (2006) va a decir que: “*é dessa concepção que vem a afirmação de que os princípios são os alicerces, as vigas mestras ou os valores do ordenamento jurídico, sobre o qual irradiam seus efeitos*” (p. 84).

Es posible afirmar que los principios tienen campo de actuación de forma más amplia de la percepción de su valor, mientras las reglas dejarían poca o casi ninguna posibilidad de aplicación exegética para el aplicador, visto que son determinadas. Según Ávila apud Alexy y Dworkin (2006), acerca del tema, podemos comprender que:

A diferença [...] enquanto as regras estabelecem mandamentos definitivos e são aplicadas mediante subsunção, já que o aplicador deverá confrontar o conceito do fato com o conceito constante da hipótese normativa e, havendo encaixe, aplicar a consequência, os princípios estabelecem deveres provisórios e são aplicados mediante ponderação, na medida em que o aplicador deverá atribuir uma dimensão de peso aos princípios diante do caso concreto (p. 87).

Para Norberto Bobbio (1982), refiriéndose a los principios generales del derecho, sostiene que principios generales son normas, así aduciendo:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é, velha a questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida, os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos, antes de mais nada, são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são

extraídas e empregadas é a mesma cumprida por todas as normas, isto é a função de regular um caso (p. 158/159).

Bobbio (1982) afirma que, en caso de lagunas, los principios son extraídos para el caso concreto, visto ser verdaderas normas, por lo tanto, ofrecidos al aplicador en la demanda, impidiendo la lacunosidad, pues, para él, es posible juzgar con base en el principio o en la norma, al caso en especie.

Establecido el choque entre una regla y el principio, es evidente que se debe optar por el principio, visto que éste es presupuesto balizador, por tanto, fundamento de aquélla. Delante de un conflicto entre principios, el aplicador sopesará los mismos, contrabalanceando el valor puesto en el conflicto de intereses, intentando identificar lo más relevante y, al final, aplicándose los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad a que corresponda el caso.

Es en ese sentido el pronunciamiento de José Gomes Canotilho (1998), cuando dice: “*Princípios coexistem, as regras antinômicas, excluem-se*” (p. 1035).

2.1 El principio de la bagatela o de la insignificancia

La teoría de la adecuación social de la conducta de Hans Welzel (2001) acarrea a una premisa de que el derecho penal solo deba tipificar conductas que presente “relevancia social”, del contrario no hay como establecer que esta conducta sea delictuosa, pues, hay socialmente varias conductas que por su adecuación social no son puestas como conductas delictivas, siendo, de tal manera, expurgadas del campo de la tipicidad.

Para Welzel (2001), la adecuación social a establecer una conducta prohibida hay de pensarse en un carácter social vital de la comunidad o del individuo, que exprese tal significancia, razón por la cual es protegido jurídicamente. Veamos:

Na função dos tipos de apresentar uma “amostra” da conduta proibida fica evidente que as formas de conduta por eles selecionadas têm, por um lado, um caráter social, ou seja, referem-se à vida social, mas por outro lado, são inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos se destaca a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal; indicam as formas de conduta que supõem uma infração grave da ordem histórica da vida social (p. 58).

Basado en esas "muestras" de conductas prohibidas socialmente relevantes, que son vitales en la vida cotidiana de la sociedad y de los individuos y, por tanto, penalmente protegidas, es que Welzel (2001) va a aducir que: “[...] *ao menos segundo o Direito positivo – relevância para o Direito penal; converte-se em fundamento material do injusto penal típico*” (p. 83).

Es desde esa línea de la adecuación social de Welzel (2001) que se adopta el “principio de la mínima intervención del sistema penal”, esto es, el Estado se exime de intervenir en el campo penal, criminalizando conductas bajo cualquier pretexto, debiendo tan solo tipificarlas cuando haya cierta “relevancia social”, visto que existen determinadas conductas que poseen “adecuación social”, razón por la cual no merecen ser considerada como típicas. Es así, en Zaffaroni (2002):

Há relativamente pouco tempo, observou-se que as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal requeriam sempre alguma entidade, isto é, alguma gravidade, posto que nem toda afetação mínima do bem jurídico era capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal (p. 562).

Se observa el principio de la bagatela cuando el bien jurídico no es alcanzado de forma significativa, es decir, lesión insignificante no es típica, no hay tipicidad de la conducta capaz de caracterizar el injusto penal. Es así, según Zaffaroni (2011):

El viejo o principio *minima non curat Praetor* es la base del enunciado moderno del llamado principio de *insignificancia* o de *bagatela*, según el cual la afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines de la tipicidad objetiva. El análisis conjunto (conglobado) de las normas que se deducen de los tipos penales muestra que prohíben acciones que provocan conflictos de cierta gravedad. Juegan en este sentido el principio de *ultima ratio* y el propio principio republicano, del que se deriva la exigencia de cierta relación (proporcionalidad) entre la lesión y la punición (p. 376).

El principio *minima en el curat praetor* es considerado la base y el norte que fundamenta el principio *minima en el curat praetor* es considerado la base y el norte que fundamenta el principio de la bagatela o de la insignificancia, firmado por Welzel y, según Toledo (1991), es:

O princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam e se ajustam à concepção material do tipo que estamos

defendendo. Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas (p. 132).

Infiere ser necesaria una lesión al bien jurídico de relevancia y significación, cuyo agravio justifique la actuación del derecho penal, por el injusto de la conducta, caso contrario, no merece ser considerada inadecuada socialmente, puesto que existen conductas que se moldean a la debida adecuación social y se encuentran excluidas de la tipicidad material, dejándo de ser valoradas o escogidas para ser prohibitivas. Así, es en Luigi Ferrajolli (1995):

La necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo. Palabras como 'lesión', 'daño' y 'bien jurídico' son claramente valorativas (p. 467).

En la determinación de la tipicidad penal es necesario el establecimiento de un agravio relevante a los bienes jurídicos penalmente protegidos, solo así es posible caracterizar plenamente la existencia de un injusto penal. Delante de esa caracterización, se establece una proporcionalidad entre la real ofensividad o gravedad de la conducta del agente y la penalidad a ser impuesta. Como ya afirmamos, desde Beccaria, tal idea de proporcionalidad entre el injusto y la pena, nordea el Derecho Penal, de forma satisfactoria a legitimar la aplicación de la pena.

Delante de conductas justificadas socialmente, por tanto aceptadas, el reconocimiento de comportamientos insignificantes, judicialmente, acarrea la atipicidad, pues revela una conducta penalmente justificada. Reconocer que una conducta es penalmente

justificada es reconocer una acción de bagatela o insignificante, ya que genera mínimo agravio a lo bien jurídico, por lo tanto, innecesario haber reprobación de ese comportamiento por su inexpresiva o inexistente lesión o peligro de lesión a uno bien jurídico.

3 ¿QUÉ EL DERECHO PENAL PROTEGE? ¿CUÁL EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO?

El Derecho Penal en la función de seleccionar “muestras” va a establecer comportamientos prohibidos, por tanto injustificados para la vida social y de los individuos, posibilitando que tales comportamientos expresen lo que es socialmente adecuado o inadecuado para la vida en sociedad, bajo la línea del ordenamiento social, esto es, formas de comportamiento que afecta el orden de la vida, merecedoras o no de castigo por su afectación a un bien jurídico relevante protegido penalmente.

Para Zaffaroni (1999), bien jurídico penalmente protegido es: *“Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de las conductas que le afectan”* (p. 462).

Es en ese sentido que el legislador, al elegir una conducta como prohibida, lo hace desde su constitución como norma jurídica, elevándola a la condición de bien jurídico y, al establecer una pena, esos bienes jurídicos ganan el carácter de bien jurídico penalmente protegido.

Una intervención jurídico-penal debe visualizar y tener como foco la función social del Derecho Penal, y es en ese contexto que el legislador objetiva una vida social libre y pacífica¹⁰. Esa intervención penal solo se legitima si se parte del presupuesto de su esencialidad a la vida de la sociedad y de los individuos, pues, del contrario, deberá ser

¹⁰ ROXIN, Claus (2006). A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal. Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P.16/17.

resuelta por formas menos gravosas jurídicamente, en un Estado Democrático de Derecho.

Para Roxin (2006), realidades vitales de la vida del individuo y de la sociedad se constituyen “*objetos legítimos de proteção das normas*”. Van a ser, por él, denominados “bienes jurídicos”. Así aducidos:

Bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos (p. 18/19).

Claus Roxin (2006) pretende con su concepto de bien jurídico ver una sociedad en la que los individuos estén libres y su cotidiano social pacífico, cuyos bienes protegidos jurídicamente garanticen derechos fundamentales de naturaleza humana y civil. Razón por la cual puedan, al ser alcanzados o afectados, expresar la idea de legitimidad del castigo.

Para Cássio Lazarrini Prestes (2003), bienes jurídicos se tratan de bienes fundamentales de la comunidad, necesarios para la supervivencia harmónica del grupo. A ver:

A tutela penal deve abranger única e exclusivamente os bens fundamentais da comunidade, aquelas situações e condições sociais e pessoais necessárias à sobrevivência harmônica do grupo e à realização da personalidade, sob pena da violação constituir crime.

Conclui-se que a função imediata do Direito Penal é a tutela dos bens jurídicos primaciais, vitais para a coletividade, e que sua função mediata, decorrência direta da primeira, é a manutenção da paz social, é assegurar tranquilidade na vida comunitária (p. 20).

Para Hassemer (1984), aquellos comportamientos que no son relevantes para el Derecho Penal, por ejemplo, tomar café, regar flores, caminar etc., solo absurdamente podrían definirse típicamente, razón por la cual deben ser excluidos concluyentemente de cualquier posibilidad de castigo. Esos comportamientos el Derecho Penal no persigue, visto su irrelevancia para una debida protección jurídica. Y así, adujo:

La misión específica del estudio de la tipicidad es caracterizar el *relieve de la protección de bienes jurídicos*, que es lo que constituye la especificidad de toda cultura juridicopenal. En el estudio de la tipicidad se pueden reconocer las grandes líneas que traza el sistema juridicopenal entre la libertad de uno y la libertad de otro (p. 261).

En esa construcción el Derecho Penal debe perseguir la protección de comportamientos socialmente relevantes y sopesar el *ius puniendi* frente al *ius libertatis*, para excluir concluyentemente aquellos comportamientos adecuados socialmente de la tipicidad material, pues no afectan a bien jurídico protegido, perdiendo la característica como posibilidad de constituirse en injusto penal.

En el momento nos disponemos a presentar las hipótesis en las que el Derecho Penal se pone a proteger bienes jurídicos relevantes, cuyas conductas son causadoras de injusto penal, en razón de la mayoría de la doctrina así informar. No obstante, haber posiciones contrarias en ese sentido, con relación a la función del Derecho Penal, que no sería proteger bienes jurídicos, conforme Gunther Jakobs (2004), sino “*a la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecen en la lente del Derecho, y son por consiguiente, bienes jurídicos*” (p. 15).

Para Jakobs (2004), como el Derecho Penal busca garantizar la intangibilidad de esos bienes y tendría como función protegerlos,

éstos se convierten en bienes jurídicos, en lo que implica que personas puedan ser protegidas por sus bienes contra los ataques de otra persona.

Observa Gunther Jakobs (2004) que el Derecho Penal garantiza la vigencia de la norma y no la protección de bienes jurídicos, a saber:

Puede intentarse presentar al Derecho Penal como protección de bienes jurídicos, pero sólo de modo bastante forzado. El Derecho es la estructura de la relación entre personas, que a su vez pueden representarse como titulares de determinados roles; la determinación del comportamiento no permitido a través de diversos institutos de la así llamada teoría de la imputación objetiva – actualmente ampliamente reconocida – obliga, al tener en cuenta el contexto social. A determinar un rol social incluso, para los deberes negativos. Los deberes positivos (aquellos que derivan de instituciones especiales) son deberes en roles especiales y no son susceptibles de ser formulados como deberes de respetar bienes existentes [...]. La teoría del Derecho Penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación (p. 63/64).

4 PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN

El Supremo Tribunal Federal - STF, en Brasil ha reconocido en algunos casos que aún no se rehace en mayoría el principio de la bagatela o de la insignificancia, y firma posición en el sentido de que son necesarios presupuestos para su concesión. Son ellos: 1- Mínima ofensividad de la conducta del agente; 2- Ausencia de peligrosidad social de la acción; 3- Reducido grado de reprobación del comportamiento y 4- Inexpresividad de la lesión a lo bien jurídico¹¹.

¹¹ Entendimiento definido no HC 94.809/RS - Ministro Celso de Mello: Ementa: "Habeas Corpus" impetrado por membro do Ministério Público Militar de primeira instância - porte de substância entorpecente - crime militar (CPM, art. 290) - princípio da insignificância - identificação dos vetores cuja presença legítima

Todos esos presupuestos o requisitos podrían ser resumidos o dispuestos en única sentencia: irrelevante e inexistente lesión o peligro de lesión al bien jurídico protegido penalmente.

5 ¿CUÁLES LOS CASOS QUE SE APLICA EL PRINCIPIO DE LA BAGATELA O INSIGNIFICANCIA?

Para Zaffaroni (2011), tratándose de lesiones insignificantes a bienes jurídicos, éstas deben de ser encaradas como atípicas, vista bajo el prisma de la teoría de la adecuación social de la conducta de Welzel (2001), avocando para sí el principio de la bagatela o de la insignificancia, puesto que, tal conducta que afecta de forma insignificante bienes jurídicos, por tanto, desprovista de lesividad relevante a concebir la tipicidad objetiva.

Para Luis Flávio Gomes (2004), en la medición de la infracción bagatelar, en la jurisprudencia, surgen de los sesgos uno que reconoce el principio de la bagatela, llevando a cabo el desvalor de la acción o el desvalor del resultado, siendo suficiente para definir la

o reconhecimento desse postulado de política criminal - consequente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material - delito de posse de substância entorpecente - quantidade ínfima, para uso próprio - delito perpetrado dentro de organização militar - considerações em torno da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - doutrina - precedentes - pedido deferido. [...] Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O postulado da insignificância e a função do Direito Penal: "de minimis, non curat praetor" [...]. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social [...].

atipicidad y otra que no se contenta solo con éstos, considerando, también, el desvalor de la culpabilidad del agente, para definir el hecho penalmente irrelevante. Veamos:

A diferença fundamental entre os dois princípios mencionados é a seguinte: uma linha jurisprudencial (a mais tradicional) reconhece o princípio da insignificância levando em conta (unicamente) ou o desvalor da ação ou o desvalor do resultado, é dizer, é suficiente (para a atipicidade) que o nível de periculosidade da conduta ou o nível da lesão (ao bem jurídico) ou do perigo concreto verificado seja ínfimo. Cuidando ao contrário de ataque intolerável, o fato é típico (e punível).

Uma outra linha jurisprudencial (que está se tornando cada vez mais evidente), para o reconhecimento da infração bagatela, não se contenta só com o desvalor do resultado e acentua a imprescritibilidade de outras exigências: o fato é penalmente irrelevante (princípio da irrelevância penal do fato) quando insignificantes (cumulativamente) são não só o desvalor da culpabilidade do agente (isto é, quando todas as circunstâncias judiciais – culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, consequências, circunstâncias etc. – são favoráveis).

Ambos os princípios (da insignificância *tout court* e da irrelevância penal do fato) destinam-se a nos orientar na solução da chamada infração bagatela (p. 4).

En los crímenes contra el patrimonio, la jurisprudencia de Brasil, cuando reciben el principio de la bagatela o de la insignificancia, en esos sesgos, es así expuesta:

Liminar aduzido perante aquela Corte, fazia-se necessária a superação da Súmula 691/STF, ponderadas as particularidades do *writ*. Em seguida, considerou-se incidir, no caso, o princípio da insignificância, uma vez que a conduta imputada ao paciente, de que lhe resultara a imposição de medida socioeducativa de internação, caracterizaria ato infracional equivalente ao delito de furto de objeto avaliado em quinze reais. Esse elemento, aliado às demais circunstâncias em torno do ato, afastaria a tipicidade da conduta, o que evidenciaria a ausência de justa causa do procedimento instaurado contra o paciente, à luz do referido princípio. (HC 102.655, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-6-2010, Segunda Turma, *Informativo* 592.) *Vide*: HC 96.631, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 20-10-2009, Primeira Turma, DJE de 20-11-2009.

En los Crímenes Tributarios, el Supremo Tribunal Federal - STF ha afirmado el entendimiento que si el fisco pide el archivamiento con base en el valor de hasta R\$ 10.000,00, conforme Ley 11.941, de 27.05.2009, Art. 14, se establece la bagatela penal por el valor.

Execução fiscal – Insignificância da dívida ativa em cobrança – Ausência do interesse de agir – Extinção do processo [...]. O STF firmou orientação no sentido de que as decisões, que, em sede de execução fiscal, julgam extinto o respectivo processo, por ausência do interesse de agir, revelada pela insignificância ou pela pequena expressão econômica do valor da dívida ativa em cobrança, não transgridem os postulados da igualdade [...] e da inafastabilidade do controle jurisdicional [...]. Precedentes. (AI 679.874- Agr, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-12-2007, Segunda Turma, DJE de 1º-2-2008).

En los casos en los que habiendo a intangibilidad del bien protegido, por tanto, indisponible, en la luz de la protección la salud del sistema financiero, aun delante del pedido de archivamiento temporal, en el HC 100986, el Ministro Marco Aurélio Mello, ya ha decidido por la no aplicabilidad del principio de la bagatela o de la insignificancia. Veamos otro juzgado a respeto:

União – Descaminho – Insignificância. Há de ser observado o bem protegido. A possibilidade de o Procurador da Fazenda Nacional pleitear, temporariamente, o arquivamento do executivo fiscal – Lei nº 10.522/02 –, por si só, não autoriza a conclusão de tratar-se de crime de bagatela. (HC 100.986, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 31-5-2011, Primeira Turma, *DJE* de 1º-8-2011.) Em sentido contrário: HC 92.438, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 19-8-2008, Segunda Turma, *DJE* de 19-12-2008.

En los crímenes contra la administración pública, los tribunales brasileños han reconocido el principio de la bagatela o de la insignificancia, mientras, para su observancia, se hace necesario, según la jurisprudencia, no solamente evaluar el valor de la “res” de la cosa, del objeto, del bien, y sí evaluar el principio de la “moralidad administrativa”, bien intangible que impide la aplicación de este principio. Veamos:

A impetrante pretende a aplicação do princípio da insignificância alegando que a quantia não repassada à Previdência Social pelo paciente é inferior ao valor mínimo fixado na Portaria MPAS 4.943/99, para o ajuizamento de ação de execução. O art. 4º da Portaria MPAS 4.943/99 determina somente o não ajuizamento da execução, quando o débito inscrito como Dívida Ativa do INSS for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (valor modificado pela Portaria

MPAS 1.105/02), sem, entretanto, que haja extinção do crédito. Não se pode invocar tal dispositivo legal para fazer incidir o princípio da insignificância, visto que, nesses casos, não há extinção do crédito tributário, mas mera autorização para o não-ajuizamento de execução, que, no entanto, poderá ser ajuizada, quando o valor do débito ultrapassar o limite indicado. A extinção do crédito fiscal está prevista no art. 1º, I, da Lei 9.441/97 e atinge, apenas, os débitos inscritos em Dívida Ativa que não ultrapassem o montante de R\$ 1.000,00 (mil reais). Foi apurado pelo INSS um crédito previdenciário no valor total de R\$ 13.884,71 (treze mil oitocentos e oitenta e quatro reais e setenta e um centavos), decorrente do não-recolhimento de contribuições pelo paciente. (HC 100.004, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 20-10-2009, Segunda Turma, DJE de 27-11-2009).

En los crímenes ambientales, la jurisprudencia de los Tribunales brasileños, ha admitido su reconocimiento y aplicación del principio de la bagatela o de la insignificancia, como se puede observar:

TRF-1. Ementa: Penal e Processual Penal - Recurso em Sentido Estrito - Crime Ambiental - Arts. 38, 40 e 48 da lei nº 9.605 /98 - rejeição da denúncia - princípio da insignificância - inaplicabilidade. a) Recurso em Sentido Estrito. b) Decisão de origem - Rejeitada a Denúncia em face da aplicação do princípio da insignificância. 1 - Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para a aplicação do princípio da insignificância devem ser preenchidos os seguintes requisitos: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2

- O denunciado, sem autorização dos órgãos ambientais competentes, promoveu aração em 01:10:00 (um hectare e dez ares) de terra localizada em Área de Proteção Permanente-APP da Serra da Mantiqueira, cujo bioma Mata Atlântica figura entre os dez mais ameaçados do planeta, com supressão da vegetação rasteira nativa a menos de 30 (trinta) metros do curso d'água, em local de captação de água que abastece povoado rural de Rio Claro. 3 - Na espécie, a conduta do denunciado não pode ser considerada de mínima ofensividade ou inexpressiva a lesão jurídica provocada, o que impede a aplicação do princípio da insignificância. 4 - Presentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, restando comprovada a materialidade e havendo indícios da autoria delitiva, a denúncia deve ser recebida. 5 - Recurso provido. 6 - Decisão reformada. Data de publicação: 26/07/2013.

Con relación a crímenes practicados por militares, la jurisprudencia del STF ha admitido la aplicabilidad a los crímenes de esa naturaleza, aun cuando se trate del crimen que posee substancia entorpecente, en cantidad ínfima, para uso propio, todavía que cometido en el interior de Organización Militar.

STF - Habeas Corpus HC 104748 am (STF) ementa: Habeas Corpus. Posse de droga em quantidade alegadamente ínfima. Princípio da insignificância. Não aplicação. Constitucionalidade do art. 290 do código penal militar. Ordem denegada. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 21.10.2010, assentou a inaplicabilidade do princípio da insignificância ao acusado do crime descrito no art. 290 do Código Penal Militar (HC 103.684, rel. min. Ayres Britto). Logo, não há como prosperar o argumento de atipicidade da conduta do paciente, apoiado

no princípio da insignificância, tampouco a tese de inconstitucionalidade do art. 290 do Código Penal Militar. Habeas corpus denegado. Data de publicação: 19/11/2010.

En otros juzgados, la jurisprudencia ha entendido que no se aplica el principio de la bagatela o de la insignificancia en los crímenes militares, observando solamente el desvalor del bien jurídico protegido, mientras se refiere a la regularidad de las instituciones militares y, teniendo en la conducta alta reprobación, no se aplica el principio. Así, se demuestra la continuación:

Numa visão humanitária do Direito Penal [...] é de se prestigiar o princípio da insignificância, que, se bem aplicado, não chega a estimular a ideia de impunidade. Ao tempo que se verificam patentes a necessidade e a utilidade desse princípio da tolerância, é imprescindível que a sua aplicação se dê de maneira criteriosa, sempre tendo em conta a realidade brasileira, para evitar que a atuação estatal vá além dos limites do razoável na proteção do interesse público. No caso, o paciente, sargento de munição e tiro de unidade militar, subtraiu munições de armamentos de uso restrito das Forças Armadas. Donde a impossibilidade de se acatar a tese da irrelevância jurídico-penal da conduta, não obstante a pouca expressividade financeira da avaliação dos bens subtraídos pelo militar. A lesividade da conduta protagonizada pelo paciente não é de ser aferida pelo valor econômico da coisa furtada; até mesmo em consideração à própria qualidade da relação jurídica entre o militar acusado e a instituição castrense da qual fazia parte por ocasião da atividade delituosa. Logo, ainda que o valor das munições apreendidas seja de pequena monta, obsta a pretensão defensiva o fato de que o delito em causa não se constitui, apenas, em lesão de cunho patrimonial. É modalidade

delitiva que também atenta contra a 'Administração Militar' (Capítulo II do Título VII do CPM). (HC 104.820, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 7-12-2010, Segunda Turma, *DJE* de 8-6-2011.) Vide: HC 99.207, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-11-2009, Primeira Turma, *DJE* de 18-12-2009.

En los crímenes contra la fe pública, cuando se trata de bien supla-individual, no hay necesidad de daño efectivo, basta haber sido la fe pública violada. No se aplica en Brasil. Veamos:

Moeda falsa. Art. 289, § 1º, do Código Penal. Dez notas de pequeno valor. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Desvalor da ação e do resultado. Impossibilidade de quantificação econômica da fé pública efetivamente lesionada. Desnecessidade de dano efetivo ao bem supra-individual. Ordem denegada. A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica depende de que esta seja a tal ponto despicienda que não seja razoável a imposição da sanção. Mostra-se, todavia, cabível, na espécie, a aplicação do disposto no art. 289, § 1º, do Código Penal, pois a fé pública a que o Título X da Parte Especial do CP se refere foi vulnerada. Em relação à credibilidade da moeda e do sistema financeiro, o tipo exige apenas que estes bens sejam colocados em risco, para a imposição da reprimenda. Os limites da culpabilidade e a proporcionalidade na aplicação da pena foram observados pelo julgador monocrático, que substituiu a privação da liberdade pela restrição de direitos, em grau mínimo. (HC 93.251, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 5-8-2008, Primeira Turma, *DJE* de 22-8-2008).

6 ¿AL REO REINCIDENTE ES POSIBLE APLICAR EL PRINCIPIO DE LA INSIGNIFICANCIA O BAGATELA?

Hay mucho el Derecho Penal que se alejó de la concepción del derecho natural, amparado por la tradición y por el control de las instituciones a partir de las religiones, pasando a observar el comportamiento o la conducta del autor, capaz de afectar a un bien jurídico protegido penalmente. Ese sesgo es fundamental en el Estado Democrático de Derecho, cuya pena se atribuye al sujeto violador de la norma, frente a un caso concreto. Razón por la cual el Derecho Penal del Enemigo¹², que se impone por el derecho penal del autor, hiere a al reglamento de un Estado Constitucional y democrático de Derecho.

Los Tribunales brasileños han justificado los malos antecedentes y la reincidencia penal como elementos a definir la aplicación del principio de la bagatela. Se puede observar que:

Há que se diferenciar a situação de quem tem contra si condenações transitadas em julgado da situação daquele contra quem existem apenas registros criminais, sem, contudo, qualquer condenação. No primeiro caso, é inaplicável o princípio da insignificância. (HC 107.500-Agr, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-4-2011, Segunda Turma, *DJE* de 1º-8-2011).

7 EL PRE-CUESTIONAMIENTO

El Supremo Tribunal Federal - STF, instancia máxima de la Justicia brasileña en juzgados de esa Corte en el año de 2011, trajo un nuevo sesgo a ser observado con relación al principio de la bagatela o de la insignificancia en tribunales superiores, en el cual debe haber sido

¹² JAKOBS, G. *Direito Penal do Inimigo* (2007). *Noções e Críticas*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado.

aventado en instancia inferior para que los Tribunales Superiores puedan tener conocimiento, esto es, conocer la cuestión, es decir, la falta de pre-cuestionamiento del principio, inviabiliza el conocimiento en esa instancia.

En ese sentido, se deben observar los juzgados proferidos en sede de la Corte Superiora.

Processo: RE-514531/RS. Relator (a): Joaquim Barbosa. Em 21/10/2008. Segunda Turma. DJE-043, divulg 05-03-2009, public 06-03-2009, e ment vol-02351-07, PP-01260. Parte (s): Miguel Ângelo de Machado e Machado. Defensoria Pública da União. Ministério Público Federal. Ementa: Recurso extraordinário. Penal. Ausência de prequestionamento. Princípio da insignificância reconhecido pelo tribunal de origem e não aplicado pela contumácia do réu. Artigo 334, caput, do código penal. Habeas corpus concedido de ofício. Precedentes. 1. Não se admite Recurso Extraordinário em que a questão constitucional cuja ofensa se alega não tenha sido debatida no acórdão recorrido e nem tenha sido objeto de Embargos de Declaração no momento oportuno. 2. Recorrente condenado pela infração do artigo 334, caput, do Código Penal (descaminho). Princípio da insignificância reconhecido pelo Tribunal de origem, em razão da pouca expressão econômica do valor dos tributos iludidos, mas não aplicado ao caso em exame porque o réu, ora apelante, possuía registro de antecedentes criminais. 3. Habeas corpus de ofício. Para a incidência do princípio da insignificância só devem ser considerados aspectos objetivos da infração praticada. Reconhecer a existência de bagatela no fato praticado significa dizer que o fato não tem relevância para o Direito Penal. Circunstâncias de ordem subjetiva, como a existência de registro de antecedentes

criminais, não podem obstar ao julgador a aplicação do instituto. 4. Concessão de habeas corpus, de ofício, para reconhecer a atipicidade do fato narrado na denúncia, cassar o decreto condenatório expedido pelo Tribunal Regional Federal e determinar o trancamento da ação penal existente contra o recorrente.

8 CONSIDERACIONES FINALES

La aplicación del principio de la bagatela o de la insignificancia se deriva de la observancia de la teoría de la inadecuación social, cuyo matiz ideológico se fundamenta en la visión de que las conductas solo deben ser tipificadas si son relevantes socialmente, visto que, por el carácter de “elecciones”, determinadas conductas son electas para constituirse tipos penales y otras conductas se adecuan socialmente, por lo tanto, irrelevantes a afectar un bien jurídico vital al individuo y a la sociedad.

Se ve, de forma cristalina, que sin una lesión significativa, la conducta no merece ser caracterizada como un injusto penal, en lo que carece de tipicidad objetiva y no posibilita aferir una proporcionalidad entre la conducta (desprovista de lesión) y un posible castigo.

Para el Supremo Tribunal Federal - STF, en Brasil, el principio de la bagatela o de la insignificancia ha sido observado en, algunos juzgados solamente, no siendo la regla para su conocimiento, sin embargo, ya se consolida la visión que la conducta insignificante es aquella que posee cuatro presupuestos, a saber: la mínima ofensividad de la conducta del agente; ausencia de peligrosidad social de la acción; reducido grado de reprobación del comportamiento e inexpresividad de lesión al bien jurídico.

Tratándose de crímenes contra el patrimonio, y siendo cosa privada, está consolidándose la visión de que el pequeño valor es requisito necesario para determinar la bagatela o la insignificancia. Cuando se trata de otros bienes jurídicos protegidos como la

administración pública, la fe pública, moralidad administrativa, que son bienes intangibles, impiden la aplicación de este principio.

Como enseña Luiz Flávio Gomes (2004), el principio de la bagatela o de la insignificancia es causa de exclusión de la tipicidad material del hecho, por tanto, aleja la tipicidad material y hasta el propio crimen.

Podemos afirmar que el principio de la bagatela o de la insignificancia se impone como un limitador de la no necesidad de la tipificación de conductas, al sublevarse contra la tipicidad material de hechos irrelevantes o insignificantes, los cuales no generan efectivas lesiones o peligro de lesión al bien jurídico, cuyas conductas o comportamientos son innecesarios para la incursión del Derecho Penal.

9 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto (2006). Teoria dos Princípios: Da definição á aplicação dos princípios jurídicos. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros.

BECCARIA, C. (2004). De los Delitos y de las Penas. Buenos Aires: El Foro.

BUSSATO, P. C. Y HUAPAYA, S. M. (2007). Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1998). Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina.

FERRAJOLI, Luigi (1995). Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta.

HASSEMER, W. (1984). Fundamentos del Derecho Penal. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: BOSCH.

JAKOBS, G. (2004) ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? 1ª reimpressão. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar (2001). Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros.

MINAYO, M. C. de S, DESLANDES, S. F. & GOMES, O. C. N. (1994). Pesquisa Social. Teoria. Método e Criatividade. 23ª ed. Petrópolis: Vozes.

NUCCI, G. de S. (2010). Código Penal Comentado. 10ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PRESTES, Cássio Vinícius D. C. Lazzarini (2003). O Princípio das Insignificância Como Causa de Excludente da Tipicidade no Direito Penal. São Paulo: Memória Jurídica.

RAWLS, John (2008). Uma Teoria da Justiça. Trad. Alvaro de Vita. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes.

ROXIN, Claus (2006). A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal. Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SILVA, Ivan Luiz da (2008). Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais. Coleção Pensamento crítico. Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumem Juris.

TOLEDO, F. A (1991). Princípios Básicos de Direito Penal. 4ª ed. São Paulo: Saraiva.

TUCCI, R. L (2002). Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, ação e processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais.

WELZEL, Hans (2001). O novo sistema jurídico penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ZAFFARONI, E. R. (2009). El Enemigo en el Derecho Penal. 2ª reimpresión. Buenos Aires: EDIAR.

ZAFFARONI, E. R. Y PIERANGELI, J. H. (2002). Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: RT.

ZAFFARONI, E. R. (1999). Manual de Derecho Penal, Parte General. (V Ed.). Buenos Aires; Ediar.

GOMES, L. F. Delito de bagatela, princípio da insignificância e princípio da irrelevância penal do fato. www.lfg.com.br, acessado em 12.11.2016.

FORMAS TESTAMENTARIAS EN ARGENTINA DE ACUERDO CON CCYCN

Ana Paula Gimenez¹

1 INTRODUCCIÓN

Independientemente de la religión, de la teoría conceptualista o natalista a determinar el inicio de la vida humana, lo que sí es cierto es que la vida no se termina con la muerte. La muerte de una persona provoca reflejos en el mundo jurídico, entre ellos, el derecho sucesorio. Este derecho aparece con el reconocimiento natural de propiedad privada en las sociedades capitalistas. En las sociedades donde no existe el derecho a la propiedad ni a la preservación de la familia, el derecho sucesorio también no existe.

La sucesión empieza en el momento de la muerte, sea natural o presunto. Los bienes se transmiten y se inicia el inventario y el reparto. Si no hay testamento, los bienes se transmiten a los herederos por orden de vocación hereditaria. Por lo tanto, la sucesión puede ser testamentaria o legítima.

El testamento es un acto unilateral, personalísimo, revocable, donde el testador dispone de sus bienes para después de su muerte, se respeta la cuota legítima, y puede contener disposiciones extrapatrimoniales. En Argentina hay dos tipos de testamento: por acto público u ológrafo. Este artículo pretende analizar los rasgos comunes de los testamentos y diferenciarlos entre sí, basándose en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), con remisiones al Código Civil antiguo de Vélez.

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.

2 FORMAS TESTAMENTARIAS EN ARGENTINA

En el ordenamiento jurídico argentino, cuando existen herederos necesarios, estos son los primeros a llamarse para la sucesión, y limita la sucesión testamentaria a la parte disponible. De lo contrario, cuando no hay herederos necesarios, es posible testar todo el patrimonio del *de cuius*.

La sucesión se abre en el momento de la muerte del autor de la herencia, y se transmite el patrimonio directamente a los herederos legítimos y testamentarios. La muerte puede ser real o presunta. Si no hay testamento o él dispone solo una parte de los bienes, el restante de la herencia se transmitirá conforme la Ley. Solamente es posible testar la parte disponible, y se respeta siempre la cuota legítima.

Definición objetiva de testamento es acto de última voluntad por la cual ocurre la sucesión testamentaria. Además, es la vía adecuada para otras manifestaciones de libertad personal. Diniz plantea testamento como “*acto personalísimo y revocable por lo cual alguien, en conformidad con la Ley, no solo dispone, para después de su muerte, en el todo o en parte de su patrimonio, pero también establece otras estipulaciones*” (2007, v.6, p. 175).

Para Pontes de Miranda,

testamento es el acto por lo cual la voluntad de un muerto genera, trasmite o extingue derechos. Porque ‘voluntad de un muerto genera’, y no ‘voluntad de un vivo, para después de la muerte’? Cuando el testador lo quiso, vivía. Los efectos sí, como dependientes de la muerte, solo empiezan a partir de ahí. Lo que sí es cierto cuando se trata del querer del vivo, que hay derechos (excepcionalísimos, por cierto), que pueden partir del acto testamentario y realizarse desde ese momento (1972, T. LVI, p. 59).

En el Código de Vélez, el testamento se definía como un acto escrito, celebrado con solemnidades de la Ley, por medio del cual una persona dispone de todos sus bienes o parte de ellos, luego de la muerte. Ya el CCyCN no define claramente testamento, pero sigue el mismo criterio en el artículo 2.462: *“Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las cuotas legítimas establecidas en el Título X de este libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales”*. Sin embargo, el código nuevo añade acerca de las disposiciones extrapatrimoniales, que pueden presentarse en el testamento, como el reconocimiento de hijos. Estas cuestiones extrapatrimoniales han venido como una novedad en la Ley. Se nota que la Ley define que solamente las personas humanas son las que pueden testar.

Según Pandiella Molina, *“el nuevo Código recién sancionado [...] si bien no lo define expresamente, establece en su art. 2465 que las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, y deben bastarse a sí mismas; similar a lo dispuesto por el art. 3619 del Código Civil”* (Cita online: AR/DOC/4066/2014. Thompson La Ley).

Los rasgos del testamento son: acto unilateral, redactado, formal y solemne, personalísimo, con efectos luego de la muerte, autónomo y con disposiciones patrimoniales y extrapatrimoniales. Como acto jurídico unilateral, es una disposición de última voluntad, lícita, y voluntaria, que tiene por finalidad adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas (art. 259, CCyCN). Este acto, según Giagante *“se perfecciona con la sola voluntad del testador, sin necesidad de una voluntad receptiva o aceptante. Es decir, no requiere de la voluntad de los beneficiarios quienes podrán aceptar o renunciar al legado”* (2015. p. 405).

El testamento es un acto escrito, requisito esencial, y su escritura asegura las disposiciones de última voluntad del *de cuius*. El ordenamiento jurídico argentino no reconoce testamento en la forma oral. Aún, el testamento es solemne y formal, y hay formalidades

legales acorde con su modalidad. Para Llambías “*la forma del acto jurídico es la manera como se exterioriza la voluntad del sujeto respecto del objeto. La forma del testamento es imposta por la Ley*” (1980, p. 387). El testamento con vicio de forma es nulo, y esta nulidad es absoluta. Las formalidades de una modalidad de testamento no pueden extenderse a otros tipos de testamento.

Testamento es acto personalísimo, donde la voluntad del autor debe expresarse directamente y personalmente por él, y no por un tercero. La finalidad es mantener la seguridad jurídica del acto, así se evita que un tercero modifique la voluntad expresada. La facultad de testar es indelegable, por lo tanto, no es posible otorgar mandato para testar. No es válido testamento otorgado conjuntamente por dos o más personas. La Ley aplicada es la Ley de la época de la elaboración del testamento.

El testamento es acto solemne y formal, así indispensables las formalidades legales. La validez del testamento queda condicionada a la obediencia de todas las formalidades prescritas en la Ley, lo que asegura la seguridad jurídica. La forma escrita es substancia del acto, bajo pena de nulidad. Señala Teixeira que “como el testamento solo tendrá eficacia luego de la muerte del testador, la observancia de la forma prevista en la Ley proviene la seguridad de validez y de cumplimiento de las disposiciones de última voluntad de aquel que ya no estará vivo” (agosto-septiembre 2005, v.7, n.31, p.7).

El testamento se perfecciona en el momento del otorgamiento, sin embargo tiene efectos *post mortem*, es decir, luego de la muerte. Según Giagante “*la muerte es una condición de eficacia del testamento, pero no de su validez*” (2015, p.406). El testamento es válido si ha seguido la forma de la Ley. Sin embargo, su eficacia solo viene con la muerte del autor de la herencia. El testamento debe ser autónomo, bastándose por sí mismo. No son necesarios otros elementos para la producción de sus efectos, solamente el cumplimiento de sus requisitos formales. Quienes participan del otorgamiento del testamento deben comunicar su existencia.

Además, el testamento es revocable, ya que debe expresar la última voluntad del testador, y esta puede modificarse a lo largo de los años, lo que hace que se renueve. La facultad de revocar el testamento o modificar sus disposiciones es irrenunciable y incontenible. El testamento posterior revoca el anterior, si es que no hay disposiciones que confirmen la continuidad del testamento anterior. Es decir, el testamento más reciente revoca el más antiguo, desde que él no tenga disposiciones que mantengan el primero en el todo o en parte. La revocación puede expresarse, pero debe seguir las mismas formalidades legales previstas para el testamento.

Una forma de revocación tácita del testamento es un matrimonio posterior a la escritura testamentaria, salvo, acorde con Giagante (2015. p. 411), *“que en este se instituya heredero al cónyuge o que de sus disposiciones resulte la voluntad de su mantenimiento aún después del matrimonio”*. Ugarte sostiene que *“el supuesto matrimonio ulterior se trata, en realidad, de un caso de revocación legal del testamento. La presunción se funda en que ante la celebración del matrimonio, los afectos del testador se modifican y, a la vez, nacen nuevas relaciones llamadas a repercutir sobre el cuadro de las vocaciones sucesorias en potencia”* (Cita: Abeledo Perrot n. AP/DOC/1453/2012.). Por tratarse de presunción legal, el testador puede decir en su testamento que su matrimonio está cercano, y la revocación por el matrimonio posterior no debe aplicarse. Otras dos formas de revocación son: otorgamiento de testamento nuevo con disposiciones contrarias al anterior, o anulación o destrucción del testamento ológrafo por las formas legales. En todas las formas de revocación tácita se presume que el testador cambió su voluntad en virtud de las actitudes tomadas.

El contenido del testamento, así como su validez o nulidad, se juzga por medio de la Ley vigente de la época de la muerte del testador, mientras la forma del testamento se debe analizar en el momento del otorgamiento del testamento. El contenido, diferente del código de Vélez, podrá ser patrimonial o extra patrimonial, y se consideran las

disposiciones patrimoniales revocables, y el reconocimiento de hijos, por ejemplo, es irrevocable, aún con el testamento revocado.

Las nulidades del testamento pueden ser absolutas o relativas, atingir el testamento en el todo o en parte. La nulidad absoluta sucede cuando el testamento contraría el orden público, moral o las buenas costumbres, y se puede declarar de oficio por el juez, por el Ministerio Público o cualquier persona, siempre que no sea el testador. Esta nulidad no puede sanarse por prescripción ni por la confirmación del acto. La nulidad relativa es acerca del testamento hecho por incapaces, por ejemplo, embriagados, con enfermedad mental o bajo violencia. Al contrario de la absoluta, puede sanarse por la confirmación del acto o por la prescripción.

El artículo 2.467 del CCyCN define las posibilidades de nulidad del testamento. Es nulo el testamento que viola una prohibición legal y por fallo de forma. Es nulo el testamento otorgado por persona privada de razón, siempre demostrado por la persona que impugna el acto. El nuevo código acogió la Ley de Salud Mental, que presume que todas las personas son sanas hasta que se ateste lo contrario. La falta de salud mental se considera por la Ley como un estado provisorio, que puede sanarse. Si durante el otorgamiento del testamento la persona estaba lúcida, es considerado válido, así como sucede con la persona considerada incapaz. También es nulo el testamento que se hace por persona considerada incapaz judicialmente, donde quienes impugnan el ato deben probar que no ha sido realizado en un intervalo lúcido.

Si el testamento se hace por persona que es incapaz de comunicarse oralmente, no sabe leer ni escribir, es considerado nulo; excepto si otorgado por escritura pública y con la presencia de un intérprete para el caso. Es nulo, aún, el testamento que favorece persona incierta, salvo cuando sí se puede llegar a la persona correcta. Esta nulidad es relativa y no puede haber dudas cuanto a la persona.

No pueden obtener la sucesión por medio del testamento: los tutores y curadores, si pupilos fallecen durante la tutela o curatela o

antes de las cuentas aprobadas; el escribano y los testigos, que se encontraban en el acto; y los ministros o líderes de culto espirituales, que atendieron el testador en su enfermedad. Además, esa restricción se extiende a los ascendientes, descendientes, cónyuge o convivientes de las personas ya mencionadas. Si es instituida una persona inhábil para recibir el testamento, la disposición no tendrá ningún valor. Conforme plantea Giagante *“los beneficiarios inhábiles que posean los bienes dejados por el testador son reputados poseedores de mala fe, resultando aplicables las normas relativas a los mismos respecto de los frutos, productos, mejoras y actos que hubieran realizado”* (2015, p. 419).

La voluntad del testador no puede contaminarse por ningún vicio, que sean: error, dolo, violencia o simulación, causando nulidad. El error debe surgir del propio testamento, y debe ser grave, esencial, determinante y no excusable, y considerado error en las disposiciones testamentarias. El error puede ser sobre la naturaleza del acto, sobre la persona, sobre la causa y sobre el objeto. Según (http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_VI.pdf), *“acción u omisión dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto”*. El dolo, para causar nulidad del testamento, debe ser esencial, grave y empleado para obtener la celebración del acto. Es muy difícil distinguir el dolo en la manifestación de la voluntad del testador, no basta falso cariño o adulación, es necesario que se concrete el intento.

La violencia se trata de lesión a la libertad de la persona en el momento de la celebración del acto, que puede ser físico o moral, contra propia persona o tercero. Esta violencia se puede usar en el otorgamiento del testamento o en su revocación. Simulación ocurre para enmascarar el verdadero beneficiario del testamento o su incapacidad. Según artículo 2483 del CCyCN *“Las disposiciones testamentarias en favor de personas que no pueden suceder por testamento son de ningún valor, aún cuando se hagan en nombre de personas interpuestas. Se reputan tales, sin admitir prueba en contrario, los ascendientes, los descendientes,*

y el cónyuge o conviviente de la persona impedida de suceder”, o sea, para testar en favor de estas personas, se utiliza otras personas como beneficiarias.

Las disposiciones testamentarias pueden ser puras y simples o bajo condiciones y encargos. El artículo 2468 dice, “*Las condiciones y cargos constituidos por hechos imposibles, prohibidos por la Ley, o contrarios a la moral, son nulos pero no afectan la validez de las disposiciones sujetas a ellos*”. Es decir, son válidas las disposiciones testamentarias y son ineficaces las condiciones o encargos contrarios a la Ley, por hecho imposible o contrarios a moral.

Para impugnar un testamento, en el todo o en parte, debe entrar con una acción de nulidad de testamento. Cualquier interesado es legitimado para esta acción, siempre que, según el artículo 2469 del CCyCN, “*habiéndolo conocido, haya ratificado las disposiciones testamentarias o las haya cumplido espontáneamente*”. Los fundamentos de esta acción son: vicio de voluntad del testador, vicio de formalidad impuesta por la Ley, falta de capacidad del testador, simulación o inhabilidad del beneficiario. Las acciones de nulidad prescriben en dos años de la muerte del testador o a partir del conocimiento del testamento o a partir del conocimiento del vicio.

Con relación a la interpretación de los testamentos, las disposiciones testamentarias deben interpretarse acorde con la voluntad real del testador, según el contexto total del testamento, aplicándose las demás reglas de interpretación de los contratos. Las palabras empleadas se deben interpretar en sentido común, excepto cuando el testador usa un sentido técnico.

Para Salomón “*cuando alguien formula su testamento, lleva a cabo significativos actos y busca obtener efectos jurídicos que reflejen su proyecto de vida, lo que implica sostener que en su testamento manifiesta su libertad y su autonomía personal constitucionalmente resguardada*” (marzo de 2012, p. 162). Por esta razón, es muy importante la interpretación correcta del testamento, al interpretarlo como un todo y verificar el sentido que quiso dar el testador.

Completa Borda que

el principio general es que el testamento es un documento autónomo, que debe interpretarse por sí mismo. Solamente cuando los elementos de valoración contenidos en él no sean suficientes, cuando el análisis del documento considerado íntegramente no haya eliminado las dudas acerca de la verdadera voluntad del causante, podrán admitirse pruebas extrañas (2012, p. 345).

Por lo tanto, los testamentos deben interpretarse por sí mismos y en el contexto total, excepto cuando no estén eliminadas las dudas, se pueden usar otras pruebas para manifestar la voluntad del testador.

Hay una novedad en el CCyCN en el artículo 2.471, que es el deber de denunciar el testamento, previsión que no existía en el código de Velez. Quienes participan del testamento (escribano o testigo) o quienes se encuentran en poder del testamento (escribano o cualquier otra persona en el testamento ológrafo) está obligado a comunicar su existencia a las personas interesadas, en el caso del fallecimiento del testador.

La Ley que rige la forma de testar será la Ley de la época de otorgamiento del testamento, y no la Ley de la época de la muerte del testador. Con relación al contenido del testamento, es evaluado acorde con la Ley vigente al momento de la muerte del testador, o sea, la validez o nulidad del testamento es juzgada acorde con la Ley en el momento de la muerte, y no del otorgamiento. El antiguo código previó que era aplicable la Ley de la época de otorgamiento del testamento.

Relativo a la competencia territorial, plantea Appugliese acerca de la Ley aplicable: *“la validez en Argentina del testamento otorgado en el extranjero debe analizarse desde varias vertientes: según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento o por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas*

legales argentinas” (2015, p. 434). También es válido el testamento consular.

El Código de Vélez previa como formas testamentarias: por acto público, ológrafos, en distractos rurales, militar, marítimo, en caso de epidemia o peste o cerrado. Por desuso, innecesidad o ausencia de regulación, la gran parte de las formas testamentarias han sido excluidas del nuevo CCyCN. Solo dos formas testamentarias están previstas: testamento por acto público o testamento ológrafo. Rige el principio de la libertad de elección de la forma restringida, donde el testador puede elegir la forma de testar entre las previstas por el Código Civil.

Como existen diferentes formas de testar, se deben cumplir las formalidades específicas para cada modalidad, y no se las puede confundir o mezclar. A las formalidades de un tipo de testamento no se las pueden extender a otro tipo, en el caso que ocurra, el testamento se convierte en nulo. Sin embargo, si a las formalidades se las obedecen, la nulidad de una cláusula o de varias no perjudica la validez del restante do testamento. Las formalidades sobreabundantes no vician el testamento, siempre que se cumplan las formalidades esenciales. Aún acerca de las formalidades, contempla el artículo 2475: “El testador solo puede confirmar las disposiciones de un testamento nulo por inobservancia de las formalidades, reproduciéndolas en otro testamento otorgado con los requisitos formales pertinentes”.

La firma es el elemento esencial del testamento por acto público y del testamento ológrafo, es decir, la firma es obligatoria, puesto que el testamento es acto personalísimo. Si acaso el testador no posea o no sepa firmar, es admitida “*firma a ruego de un tercero*” (artículo 2.480). En el Código Civil antiguo era necesario, para validez del testamento, la firma con todas las letras que compusiesen el nombre y apellido del testador, lo que era criticado por la doctrina. En el CCyCN de 2015, la validez de la firma es el trazo grafológico que habitualmente la persona usa para expresar su voluntad en instrumentos públicos o privados. La firma debe venir al final del testamento, después de las disposiciones testamentarias. Si la firma está en el medio del testamento, solamente las disposiciones anteriores a la firma se

considerarán válidas. Los errores ortográficos o la omisión de letras no vician la firma, siempre que confirmada judicialmente conforme cada caso concreto.

Testigos son necesarios en el testamento por acto público, cuya finalidad es asegurar la seriedad del acto, la libertad y voluntad del testador, la regularidad del acto, la autenticidad de las disposiciones, la fe del notario. Son necesarios dos testigos hábiles, es decir, mayor de edad y no impedidos. Los testigos impedidos son: los ascendientes, los descendientes, el cónyuge, la pareja del testador; tutores y curadores designados en testamento; los beneficiarios de alguna disposición testamentaria; los que no saben firmar; el notario; los dependientes del oficial público; el cónyuge o pareja o dependientes del notario hasta cuarto grado y segundo de afinidad. La capacidad o incapacidad para ser testigo se evalúa en el momento de la celebración del testamento. Incapacidad superveniente no invalida el acto, y la capacidad superveniente no convalida el testamento. Testigos sobreabundantes no invalidan el acto, siempre que se mantengan dos testigos hábiles.

Testamento ológrafo se define por Medina como *“el que redacta por sí mismo el testador, sin intervención de oficial público ni testigos, y lo escribiéndolo integralmente de puño y letra incluyendo la fecha y su firma”* (2011, p. 433). Por lo tanto, este tipo de testamento es una obra exclusiva del testador, sin la necesidad de notario ni de testigos.

Son tres los requisitos del testamento ológrafo: firma, fecha y escritura autógrafa. El testamento debe presentar autografía total del testador, redactado de propio puño, con la letra del testador y los caracteres propios del idioma que se otorga. Si hay dudas cuanto a su autenticidad, enseñando falso testamento, se hace la prueba de caligrafía del testador. Es vedado el uso de señales no idiomáticas, como taquigrafía y telegrafía. No es posible agregados escritos por otras personas en el testamento, y es solamente posible si realizado por orden y consentimiento del testador, de acuerdo con el artículo 2.477 del CCyCN.

En el testamento ológrafo, la fecha puede ubicarse en el inicio o final de las disposiciones testamentarias, antes o después de la firma, siempre que sea de propio puño y con la letra del testador. Más allá, la fecha debe ser correcta en día, mes y año. La importancia de la fecha es verificar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento del testamento. Además, es por la fecha que se analiza cual sería el último testamento, lo que asegura la última voluntad del testador. Según el artículo 2.478 del CCyCN “no es indispensable redactar el testamento ológrafo de una sola vez ni en la misma fecha. El testador puede consignar sus disposiciones en épocas diferentes, sea fechándolas y firmándolas por separado, o poniendo a todas ellas la fecha y la firma del día en que termine el testamento”. El código admite que las disposiciones testamentarias se hagan en fechas diferentes, y es permitido firmar y poner fecha separadamente o realizar este acto en el final del testamento listo. Con relación a la firma del testamento, vale lo que ya ha sido comentado anteriormente en este trabajo.

El testamento ológrafo independe de otros escritos en el sentido intelectual, y no material. Ese tipo de testamento se puede redactar en un libro o libreta del testador, si su redacción probar que es un acto autónomo, aunque materialmente esté junto con otros escritos. Esa disposición del nuevo código difiere de antiguo, que determinaba que el testamento debería separarse de otros escritos e papeles.

Delante de la existencia de un testamento ológrafo, es necesario presentarlo en juicio para obtener su protocolización. Conforme artículo 2.339 del CCyCN:

Si el testamento es ológrafo, se debe presentar judicialmente para que se proceda, previa apertura si estuviese cerrado, a dejar constancia del estado del documento, y a la comprobación de la autenticidad de la escritura y la firma del testador, mediante pericia caligráfica. Cumplidos estos trámites, el juez debe rubricar el principio y el fin de cada una de sus páginas y mandar a protocolizarlo.

La intervención judicial sirve como garantía de que el documento presentado es un testamento, y se puede realizar pericia, caso necesario. Aún protocolizado, la autenticidad y la validez del testamento se pueden cuestionar.

Las ventajas del testamento ológrafo son: privacidad del testador, no hace falta notario ni testigos, no hace falta formalidades complejas, es una forma simple y cómoda, además de no demandar gastos. Por otro lado, las desventajas son: riesgo de pérdida o destrucción del testamento y falsificado más fácilmente.

Otra modalidad de testamento prevista en el CCyCN es el testamento por acto público, llamado también de testamento notarial. Es un acto público abierto, por medio de escritura pública, otorgado por el testador, delante del escribano y con la presencia de dos testigos. El artículo 299 del CCyC define escritura pública: *“la escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contiene uno o más actos jurídicos”*.

Al innovar el código de Vélez, el CCyCN dice que la presencia del escribano público es requisito esencial para la validez del acto. En el código antiguo, en la ausencia del notario, se admitía que otra persona investida para el caso realizase la función análoga de la notarial. Y el escribano debe tener competencia en virtud de la materia y del territorio donde se realiza el acto. Se recuerda que no hay sucesión para el escribano ni los testigos participantes del acto, si es que ocurre, las disposiciones no tendrán valor. Son aplicables las prohibiciones de los instrumentos públicos en general, previstas en el artículo 291: es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados.

Cualquier persona mayor de edad, en principio, puede testar por acto público, pero Pérez Lasala señala que *“existen ciertas incapacidades en virtud de carencia de aptitudes que se exigen para cada forma de testar y por*

las solemnidades que estas formas presuponen, que llevan a impedir a determinadas personas testar bajo una u otra forma” (1978-1981, p. 338). En el antiguo Código de Vélez, era prohibido testamento de acto público de sordos, de los mudos y de los sordomudos, aunque que supiesen leer. Ya el nuevo CCyCN admite el testamento público por quienes no tienen capacidad auditiva, y se hace necesario que se presenten dos testigos. El testador mudo también ya se admite, siempre que entregue las disposiciones testamentarias por escrito al escribano. Por fin, las personas con limitaciones orales o analfabetas pueden testar por escritura pública, pero necesitan de intérprete para el acto.

El testador cuenta con dos maneras de determinar las disposiciones testamentarias por acto público: oral y escrita. Es decir, el testador puede entregar sus disposiciones ya escritas o verbalmente, para que el escribano lo transcriba. Jamás las disposiciones redactadas pueden ser contrarias al contenido de escritura pública. La escritura debe contener los nombres y domicilios de los dos testigos; lugar y fecha de otorgamiento; nombre, apellido, documento de identidad, domicilio, estado de familia, y fecha de nacimiento de los otorgantes; la naturaleza del acto; y otras esenciales para escritura pública.

El desarrollo del otorgamiento del testamento por acto público, luego de concluida su redacción, procede con su lectura y firma del testador, testigos y escribano. El testador firma justo luego de la lectura, y si no lo puede hacer, otra persona lo firma por él, y ella puede ser uno de los testigos. El escribano debe dejar designado el motivo. Si el testador lo sabe firmar, pero declara que no lo sabe, el testamento no será válido. Los testigos deben saber firmar, de lo contrario no pueden participar del acto.

El testamento por acto público se debe escribir en idioma nacional. De acuerdo con APPUGLIESE, *“si alguno de los otorgantes declara ignorarlo, la escritura debe redactarse conforme la minuta firmada que debe expresarse en idioma nacional por traductor público, y si no lo hay, por intérprete que el escribano acepte. Ambos instrumentos deben quedar agregados al protocolo” (2015. p. 443).*

Las ventajas del testamento por acto público son: no hay riesgo de pérdida o destrucción, escribano da fe y autenticidad en el acto, y, por fin, beneficia ciertas personas que no podrían testar de otra forma. Las desventajas son: intervención de varias personas, menor privacidad, mayor número de formalidades, acto más complejo y los gastos para escrituración.

3 CONSIDERACIONES FINALES

El testamento es un acto redactado, celebrado con las formalidades legales de acuerdo con su modalidad, y por su medio una persona dispone de sus bienes para después de su muerte, y se respeta la cuota legítima, además de poder contener disposiciones extra patrimoniales. Sus principales rasgos son: acto unilateral, redactado, formal y solemne, personalísimo, con efectos *post mortem*, revocable y autónomo.

La apertura de la sucesión se procede con la muerte, y a las personas se les llaman a suceder por la Ley o por testamento. El heredero testamentario es aquel contemplado por testamento con la herencia o una fracción de esta. Las disposiciones testamentarias deben respetar la cuota legítima de los herederos necesarios.

El nuevo Código Civil Argentino (CCyCN) de 2015 prevé dos modalidades de testamento: por acto público y ológrafo. El Código de Vélez previa otras formas testamentarias, como marítimo, militar y rural, que no han sido acogidas por el CCyCN.

El testamento por acto público es aquel realizado por medio del escribano, con la presencia de dos testigos, por medio de escritura pública. Sus ventajas son: no hay riesgo de pérdida o destrucción, seguridad cuanto su autenticidad, y usado por personas que no pueden testar de otra forma, como sordomudos y analfabetos. Sus desventajas son: la falta de privacidad, exceso de formalidades y los gastos para la escrituración.

A su vez, el testamento ológrafo es aquel redactado de propio puño por el testador del inicio al fin, incluso la fecha y la firma. Se debe protocolizar judicialmente. Las ventajas son: privacidad, menos formalidades, ausencia de testigos y sin gastos de escrituración. Las desventajas son: mayor facilidad de falsificación y riesgo de pérdida o de destrucción.

4 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPUGLIESE, Bruno. Manual de derecho sucesorio/ Maria Herrera...et.al.; coordinado por Marisa Herrera y Maria Victoria Pellegrini. 1 ed. Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Ediuns, 2015.

BORDA, Guillermo A. Manual de Derecho Civil. 16 ed. La Ley: Buenos Aires, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de derecho civil brasileiro. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIAGANTE, Betina Carla. Manual de derecho sucesorio/ Maria Herrera...et.al.; coordinado por Marisa Herrera y Maria Victoria Pellegrini. 1 ed. Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Ediuns, 2015.

http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_VI.pdf

LLAMBÍAS, Jorge J. Tratado de Derecho Civil. Parte Generale, tit II. Editora Perrot: Buenos Aires, 1980.

MEDINA, Graciela. Proceso sucesorio. 3 ed. Rubinzal-Culzoni: Santa Fe, 2011.

PANDIELLA MOLINA, Juan Carlos. Sucesión testamentaria. Testamento outorgado em el extranjero. Publicado em La Ley, 14/11/2014. Cita online: AR/DOC/4066/2014. Thompson La Ley.

PÉREZ LASALA, José L. Derecho de Sucesiones, t.2. Depalma: Buenos Aires, 1978-1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de derecho privado. v. 56. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

SALOMÓN, Marcelo. Citado por CARRIER Guadalupe. El testamento: Subsistencia, revisión, modificación o adecuación?. Revista "Derecho de Familia, n.53, marzo de 2012. Editorial Abeledo-Perrot.

TEIXEIRA, Silvia Maria Benedetti. Planejamento sucesorio: uma questão de reflexão. Revista Brasileira de Derecho de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.7, n.31p.7, agosto-setembro, 2005.

UGARTE, Luis. A. Revocación de testamento por ulterior matrimonio. 2006-34-111 AP/DOC/1453/2012. Cita: Abeledo Perrot n. AP/DOC/1453/2012.

UNA REFLEXIÓN SOBRE LA PAZ COMO POSIBLE FIN ÚLTIMO DEL DERECHO: Las distintas perspectivas respecto del valor paz y las variables maneras de expresarlas por medio del lenguaje

Cristiano César Pimenta Dayrell da Cunha¹

1 INTRODUCCIÓN

Consideraciones y cuestionamientos preliminares sobre la paz.

La búsqueda de la paz constituye, indudablemente, una de las mayores aspiraciones de la humanidad. Para notables filósofos y juristas, tal propósito corresponde al propio fin o, por lo menos, a uno de los fines últimos del Derecho.

En el pensamiento de Thomas Hobbes, el estado de naturaleza de los hombres consistía en un estado de guerra perpetua de todos contra todos, evidentemente inadecuado a la conservación de la especie humana². El paso del estado de naturaleza al estado civil y, por consiguiente, la propia organización social se debería, pues, a la búsqueda de la paz. La paz correspondería, por ende, al primer dictamen de la razón, de modo que todo el resto no sería más que los medios para obtenerla³.

¹ Alumno regular del Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, *Promotor de Justiça* (Fiscal) del Ministerio Público del Estado de Minas Gerais – Brasil.

² HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Traducción de Fransmar Costa Lima, 1ª ed. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006, p. 23.

³ *Op. cit.*, p. 40

Para Norberto Bobbio, la paz es el fin mínimo y común de todo ordenamiento jurídico⁴. En su concepción, “*en el ámbito de un ordenamiento jurídico se pueden perseguir otros fines: paz con libertad, paz con justicia, paz con bienestar, pero la paz es la condición necesaria para alcanzar todos los demás fines, y por tanto es la razón misma de la existencia del derecho*”, el cual, en una acepción amplia, podría, según el autor, “*definirse como la paz organizada de un grupo*”⁵.

Adoptando una concepción semejante, señala Raúl Gustavo Ferreyra que “*el principal conflicto a resolver en una comunidad resulta en no dañar al otro, o en que nadie resulte dañado, o en que todos puedan tener la certeza de que no serán objeto de daño por parte del otro*”⁶, agregando que, “*por eso, el único objetivo prioritario y mínimo que tiene el derecho, su significado crucial, consiste en determinar, concertar y mantener la paz*”⁷.

Paulo Bonavides, por su vez, asevera que “*la dignidad jurídica de la paz deriva del reconocimiento universal que se le debe en cuanto presupuesto cualitativo de la convivencia humana, elemento de conservación de la especie, reino de seguridad de los derechos*”⁸. Por tal razón, sostiene el autor la tesis de que el derecho a la paz se deba elevar a la condición de derecho humano de quinta generación, con el objetivo de sacarlo de la oscuridad y conferirle mayor visibilidad⁹.

Pero ¿en qué consiste precisamente la paz? ¿Qué es exactamente este bien a que han considerado la razón de la propia

⁴ BOBBIO, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Traducción de Jorge Binaghi. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008, p. 96.

⁵ *Op. cit.*, p. 97.

⁶ FERREYRA, Raúl Gustavo, Manuscrito sobre una procura de paz en Colombia, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, año 4, n° 7, Asunción, Mayo de 2016, p. 399.

⁷ *Ibid.*

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 583. Traducción libre de: “A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos”.

⁹ Véase BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 579-593.

existencia del Derecho, el presupuesto de la conservación y de la convivencia humana? ¿Qué relación tiene él con la justicia? ¿Es él, de hecho, el fin último del Derecho?

2 REFLEXIONES INICIALES SOBRE LA PAZ: Una primera propuesta de acercamiento a su contenido

En general, cuando se refieren a la paz, los autores la oponen a la guerra. Con todo, ¿sería la paz la mera ausencia de la guerra? Si fuera afirmativa la respuesta, podríamos decir que, en gran parte del mundo, ya se ha alcanzado la paz. De hecho, en Latinoamérica, *v.g.*, si bien hubo guerras en el pasado, actualmente impera una convivencia armónica entre los pueblos. Aun en Europa, cuna de las grandes guerras mundiales, predomina en la actualidad el mismo convivio armónico entre los diversos pueblos.

¿Es posible decir, con todo, que la humanidad ya ha logrado la paz en todos estos rincones donde no subsiste la guerra? ¡Qué bueno sería si se pudiera contestar afirmativamente a tal pregunta! Si así lo fuera, ya habrían los hombres recurrido la mayor parte del camino de su desarrollo. Quedaría poco que hacer en la búsqueda de la paz. Quizá la paz ya no fuera siquiera un asunto tan actual en las discusiones filosóficas y jurídicas.

Es evidente, empero, que no hay como restringir la paz a la simple ausencia de guerra. De hecho, ¿sería posible sostenerse que existe paz donde impera el sentimiento colectivo de inseguridad? ¿Sería viable pensarse en la existencia de paz donde las personas viven amedrentadas en razón del terrorismo, del crimen organizado y de la violencia en general, sea ella derivada de los propios ciudadanos o del Estado?

¿Sería posible, además, pensarse en la existencia de paz donde no existe la democracia y rige la coerción estatal? ¿Habría paz en aquellos rincones –a menudo no tan remotos– en que, aún hoy, desgraciadamente, subsiste la esclavitud? ¿Y en aquellas partes donde

el hambre y la miseria extrema favorecen la proliferación de toda suerte de enfermedades, y los hombres viven bajo la amenaza diuturna de la muerte?

Ahora bien, fijada la premisa de que la paz no es simplemente la ausencia de la guerra, persiste el cuestionamiento: ¿en qué exactamente consiste ella? ¿Cómo definirla o, por lo menos, cómo comprenderla? La verdad es que, cuando se habla de la paz, se piensa en la inexistencia de algo, más precisamente de algo malo. La comprensión de la paz solamente se hace posible, pues, por oposición a algunos de los flagelos de la humanidad, entre ellos la guerra, el más emblemático ejemplo de negación de la paz.

La paz, en cierta medida, se identifica, por ende, con la ausencia de las más diversas causas generadoras de inseguridad que afectan a los hombres. Naturalmente, los hombres aspiran a su propio bien y temen las cosas que les puedan resultar dañosas, acarreándoles cualquier tipo de mal. La amenaza del mal genera en los hombres el sentimiento de inseguridad. Como son extremadamente distintas las causas y circunstancias capaces de acarrear a los hombres tal sentimiento de inseguridad, y teniéndose en cuenta que la paz corresponde a la negación de dicho sentimiento, se puede concluir que, de cierto modo, la noción de paz se identifica, más remotamente, con la propia negación de los hechos aptos a ocasionar la inseguridad, es decir, con la negación de los males.

Si se le pregunta a alguien que vive en un territorio devastado por la guerra cuál es su concepción respecto de la paz, probablemente la respuesta será la ausencia de la guerra, ya que ésta constituye, desde su perspectiva, el mal generador de inseguridad. La respuesta, con todo, ya no sería exactamente la misma, posiblemente, si tal pregunta fuera dirigida a una persona que vive en una región asolada por frecuentes atentados terroristas. Desde la perspectiva de esta hipotética persona, la paz tal vez correspondiese a la posibilidad de caminar por las calles sin temor y de tener diariamente la certeza de volver a casa y encontrar, sanas y libres de riesgos, a las personas amadas.

En cambio, si se le hiciera la misma pregunta a alguien que vive bajo la esclavitud, su concepción de paz probablemente se acercaría a la idea de libertad y de igualdad entre los hombres, valores que se oponen a los males que constituyen, desde su perspectiva, las causas de sufrimiento e inseguridad. Si el destinatario de la pregunta fuera alguien que sufre con una enfermedad grave, la paz, en su concepción, tal vez tuviera que ver con la conquista de la salud. Si la pregunta debiera ser contestada por alguien que padece dolores intensos, quizá la respuesta fuera la cesación del dolor, aunque ello pudiera corresponder a su propia muerte.

Por fin, si la misma pregunta se dirigiera a una persona que vive en situación de miseria y que padece la perenne angustia de no saber si, al final del día, logrará volver a casa con alimentos suficientes para sus hijos, es bien probable que su concepción de paz –naturalmente basada en sus flagelos y en sus temores– comprendiese la posibilidad de disfrutar de los bienes materiales que le permitiesen asegurar a su familia una existencia digna.

Se podría objetar que alguna o algunas de tales concepciones no corresponderían a aquello que se deba comprender como paz. Pero ¿si la paz, como se ha visto, es algo que se asimila por oposición a algo, a quién le tocaría decidir que determinada o determinadas inquietudes humanas no se presentan dignas de considerarse contrarias a la paz? ¿La inseguridad individual y social derivada del terrorismo, de los elevados índices de criminalidad, de la opresión estatal, de la miseria, del hambre y de las enfermedades epidémicas acaso es menos inseguridad que aquella que resulta de la guerra?

En definitiva, la paz parece ser algo que se relaciona de modo intrínseco con la negación de los miedos que afligen a los hombres y, mediatamente, con los propios males que los generan. Su búsqueda, además de constituir el propósito de las más distintas sociedades, representa, también bajo el punto de vista de los individuos, el más precioso desiderátum, ya que tal vez corresponda a la propia felicidad o, como se suele llamarla, a la paz interior.

De hecho, en el ámbito individual, si fuera posible a los hombres quitarse el sentimiento de inseguridad que tantas veces los domina, indudablemente lograrían ellos la felicidad. Precisamente por eso, la paz parece ser algo tan inalcanzable a lo largo de la existencia humana, que a menudo los hombres la asocian a la idea de la muerte, como se fuera algo que sólo se puede lograr tras el término de la vida. La expresión *descansar en paz*, que se suele utilizar para referirse a la muerte, lo demuestra muy bien.

Tales reflexiones iniciales nos llevan a una primera conclusión: hay distintos conceptos de paz, que varían conforme a los diversos contextos generadores de inseguridad colectiva y según las igualmente distintas vicisitudes humanas. Todos ellos, sin embargo, se pueden reducir, en nuestro entendimiento, a la negación del sentimiento de inseguridad y, más remotamente, a la negación de los males que lo generan en los hombres.

3 LA PAZ Y LA JUSTICIA: Una propuesta de comprensión de la relación entre tales valores

¿Pero la negación del sentimiento de inseguridad y de los males que lo ocasionan no se relaciona también con la idea de justicia? De hecho, cuando aseveramos – como lo hizo Raúl Gustavo Ferreyra– que *“el principal conflicto a resolver en una comunidad resulta en no dañar al otro, o en que nadie resulte dañado, o en que todos puedan tener la certeza de que no serán objeto de daño por parte del otro”*, ¿no estamos refiriéndonos también a la concepción que suele tenerse respecto de la justicia? ¿La idea de una sociedad donde los hombres no dañan a los otros hombres no corresponde exactamente a la concepción de una sociedad justa?

En las precedentes reflexiones, hemos sostenido que hay distintos conceptos de paz, que varían según las diversas perspectivas desde las cuales la cuestión es enfocada. En uno de los ejemplos mencionados, se ha dicho que, desde la perspectiva de una persona que vive en una región asolada por frecuentes atentados terroristas, la idea

de paz probablemente corresponda a la posibilidad de caminar por las calles sin temor y de tener a diario la certeza de volver a casa y encontrar a sus familiares. ¿Ello, empero, no se confunde, de cierto modo, con el anhelo de vivir en una sociedad donde los hombres no hacen mal los unos a los otros, es decir, donde impera la justicia?

También en los ya citados ejemplos del hombre que vive bajo la esclavitud y de aquél que vive en situación de miseria, ¿sus hipotéticas concepciones respecto de la paz no se relacionan, igualmente, con la idea de justicia? En efecto, ¿la libertad y la igualdad entre los hombres no son inherentes a la propia idea de justicia? ¿Lo mismo no se puede decir de la posibilidad de disfrutar de los bienes materiales que se hagan necesarios para, por lo menos, asegurar a los hombres una existencia digna? Aun en los dos ejemplos de los individuos que padecen, respectivamente, enfermedad grave y dolores intensos, ¿no es posible que, desde sus perspectivas individuales, la superación de tales causas generadoras de sufrimiento corresponda a aquello que consideran conforme a la justicia?

Las concepciones de paz y justicia se relacionan, por ende, de manera intrínseca. Incluso la guerra –el más paradigmático ejemplo de negación de la paz– constituye, de igual modo, una vehemente oposición a la idea de justicia. De hecho, ¿sería posible admitirse la existencia de justicia donde los hombres se matan y se mutilan los unos a los otros, donde se devastan a sociedades enteras, y donde hasta niños indefensos son sometidos a sufrimientos indescriptibles?

Ya habíamos sostenido que hay distintos conceptos de paz y que todos ellos se pueden reducir a la negación del sentimiento humano de inseguridad y, más remotamente, a la negación de los males que lo generan. A tal afirmación –que consistió en nuestra primera conclusión– ya podemos ahora añadir otra: la negación de los males de los cuales deriva el sentimiento de inseguridad se identifica con la propia idea de justicia.

Tal como la paz, la justicia nos parece un valor que solamente se puede definir por oposición a algo. Ulpiano, al formular su concepto

de justicia (la continua y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde¹⁰) y al enunciar sus célebres preceptos fundamentales (vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo y no dañar a nadie¹¹), logró sintetizar algunas de las nociones que a lo largo de los milenios se han asociado a la idea de justicia. Tales formulaciones, no obstante su innegable valor, representan, con todo, solo un acercamiento a aquello que constituye la justicia, que no se puede definir con palabras. Son, pues, como pretendemos demostrar adelante, una manera todavía imperfecta de traspasar al ámbito del lenguaje una idea igualmente imperfecta que los hombres tienen respecto del valor justicia.

Naturalmente, la tarea de definir a la justicia rebasa nuestra capacidad, pero osamos decir –aunque, por supuesto, de manera igualmente imperfecta– que la justicia se identifica, conforme se ha mencionado, con la negación de los males de los cuales se origina la inseguridad de los hombres.

En síntesis, la justicia corresponde a la negación de los males, y la paz constituye la negación del sentimiento de inseguridad que deriva de estos males. La guerra, la violencia, el hambre, la miseria, el dolor y todas las molestias que afligen a la humanidad se identifican con la ausencia de justicia. El temor a la ausencia de justicia corresponde, por su vez, a la ausencia de paz.

Las ideas de paz y justicia se relacionan, pues, íntimamente. De hecho, en una sociedad hipotética donde los hombres no dañan los unos a los otros (es decir, donde hay justicia), naturalmente impera la certeza de no ser dañado por nadie (esto es, rige la paz). En cambio, los hombres solamente podrán estar efectivamente seguros de que no serán dañados por los otros hombres (sentimiento colectivo de paz) si impera en la sociedad el respeto recíproco entre sus integrantes, de

¹⁰ JUSTINIANO I. *Digesto de Justiniano, Liber Primus: Introdução ao Direito Romano*, edición bilingüe Latim-Portugués, Traducción de Hécio Maciel França Madeira, 3ª ed. São Paulo/Osasco-SP: Revista dos Tribunais/UNIFIEO (edición conjunta), 2002, p. 21.

¹¹ *Ibid.*

modo que los unos no ocasionen daños a los otros (idea que se acerca a la justicia).

Partiéndose de tales premisas, es posible afirmarse, pues, que la paz es un corolario de la justicia, y que la justicia es un presupuesto para la realización de la paz. Por cierto, algunas veces se habla de paz sin justicia y de justicia sin paz, pero ello solamente se muestra posible en razón de la gran capacidad humana de proceder a abstracciones y de la diversidad de concepciones respecto de la paz y de la justicia. Así, *v.g.*, cuando se habla de paz sin justicia tras la guerra, aquello de que efectivamente se trata es del olvido, algo que indudablemente se revela importante y que también se incluye en la idea de paz, pero que corresponde solamente a una faceta de ella.

Quienes sostienen que la paz es el fin último del Derecho también tienen en cuenta, por ende, aunque no lo afirmen expresamente, la idea de la justicia. De igual modo, aquellos que defienden que la justicia es el fin último del Derecho también consideran, aunque remotamente, la paz que de ella deriva. El decir que es la paz o que es la justicia el fin último del Derecho consiste, por ende, apenas en una cuestión de enfoque.

4 EL PENSAMIENTO DE KARL LARENZ: El eslabón entre nuestras reflexiones precedentes y la comprensión que tenemos respecto de los fines del derecho

En las líneas precedentes, se ha intentado demostrar que las ideas de paz y de justicia son recíprocamente intrínsecas. Se ha sostenido, inclusive, que no hay como afirmar que la paz es el fin último del Derecho sin tenerse en cuenta la justicia, y que tampoco se puede afirmar que sea la justicia el fin del Derecho sin considerarse la paz.

A partir de tales afirmaciones, resulta lógico inferirse, en principio, que, en nuestro entendimiento, tanto la paz como la justicia serían los fines últimos del Derecho. Dicha conclusión, aunque no esté

totalmente equivocada, tampoco representa todavía la manera como enfocamos la cuestión. Vamos a complicar un poco más la exposición, para aclararla después. Hagamos, pues, algunos nudos, para desatarlos enseguida.

Empecemos por un breve análisis de la concepción de Karl Larenz. El iusfilósofo germánico denominó a este fin último del Derecho simplemente “idea del Derecho”, expresión con la cual se refirió al principio fundamental subyacente a todos los principios que constituyen principios del Derecho justo¹². Dicha “*idea del Derecho*”, cuyo contenido se acercaría al de los valores a que se suele llamar paz jurídica y justicia, constituye, según él, “el fundamento último de la normatividad del Derecho”¹³, de modo que los principios jurídicos encontrados en el Derecho positivo solamente se pueden considerar principios del Derecho justo si remiten a tal principio fundamental subyacente¹⁴.

En la concepción de Karl Larenz, los principios jurídicos son “pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible”, que indican la “dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar”. Tales principios de Derecho positivo constituyen principios del Derecho justo cuando están conformes a la “idea del Derecho”. Hay, pues, tres niveles en la regulación jurídica, de modo

¹² LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*, Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 38 y siguientes. Es relevante observar que, si bien la expresión principios del Derecho justo y el propio título de la obra en español (Derecho Justo) parecen indicar una cierta preeminencia del valor “justicia” en el pensamiento del iusfilósofo alemán, tal ilación es sólo aparente. De hecho, al referirse a los fines últimos del Derecho, Karl Larenz prefiere utilizar, como se ha mencionado, la expresión “idea del Derecho”, que refleja más adecuadamente su pensamiento. Resáltese que el título original de su obra (*Richtiges Recht*) no presenta la misma connotación en alemán y podría muy bien traducirse, por ejemplo, como “Derecho Correcto”. Para ser fiel al pensamiento del autor, pensamos que el título de su obra en español podría, incluso, ser “Derecho de acuerdo con la idea del Derecho”, aunque pudiera sonar un poco raro.

¹³ *Op. cit.*, p. 39.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 38

que el superior conforma al inferior: a) el de la “idea del Derecho”; b) el de los principios jurídicos; c) y el de las reglas. Las reglas constituyen, pues, concreciones de los principios, que, por su vez –y no obstante su elevado grado de abstracción– consisten también, *a priori* (es decir, siempre que correspondan a principios de Derecho justo), en concreciones de la “idea del Derecho”, que se reviste de un grado aún mayor de abstracción.¹⁵

Según el autor, el reconocimiento de los principios se hace posible por medio del análisis de sus concreciones en el ordenamiento jurídico. Es necesario hacer, entonces, “*un viaje de retorno desde la regulación a los pensamientos de regulación que subyacen bajo ella y desde los cuales la regulación aparece como algo dotado de sentido, y cuando se trata de principios de Derecho justo, como algo justificado*”¹⁶. Lo mismo se puede decir, incluso con más razón, de la “idea del Derecho”, el fundamento último de la normatividad del Derecho, con respecto al cual los principios del Derecho justo constituyen ya una primera concreción, esto es, principios de segundo grado¹⁷.

A lo largo de la historia del Derecho, como se infiere del pensamiento de Karl Larenz, habría un proceso continuo de reconocimiento –o, más precisamente, de descubierta– de los principios del Derecho justo, de los cuales los hombres sólo llegan a tener consciencia “*cuando ha llegado el tiempo para ello*”, de modo que “*mañana se pueden ‘descubrir’ nuevos principios*”¹⁸. El sistema jurídico, consecuentemente, sólo se puede concebir como un sistema abierto hacia el futuro¹⁹, tal como aquél idealizado por Claus Wilhelm Canaris. No nos parece inexacto decir, pues, que, desde la perspectiva de Karl Larenz, la historia del Derecho consiste en un proceso

¹⁵ Véase LARENZ, Karl, *op. cit.*, p. 32-39.

¹⁶ *Op.cit.*, p. 35

¹⁷ *Op. cit.*, p. 39

¹⁸ *Op. cit.*, p. 53

¹⁹ *Ibid.*

continuo de asimilación de nuevos valores, de revisión y de ampliación de aquellos ya asimilados.

En cuanto a tal punto, es necesario señalar que tal concepción, aunque con matices distintos, es compartida por notables autores y encuentra una cierta resonancia en él ámbito iusfilosófico²⁰. Lo que resulta, con todo, más relevante a los fines de las presentes reflexiones es el hecho de que se haya subrayado, en la obra de Karl Larenz, el carácter abstracto de los principios jurídicos y el grado aún mayor de abstracción de la “idea del Derecho”. Aunque ello pueda sonar como algo evidente, la verdad es que raramente se piensa en las consecuencias que tales rangos de abstracción conllevan, particularmente en lo que concierne a la capacidad humana de traspasar los valores al mundo de las ideas y de expresarlas luego por medio del lenguaje.

Al referirse a los principios del Derecho justo, señala Karl Larenz que “*su contenido se escapa a la aprehensión directa de nuestro pensamiento y sólo se nos ofrece de manera mediatamente a través de su concreción en un Derecho positivo. Por esto nunca es notorio de un modo completo y cerrado*

²⁰ De hecho, según el ya mencionado Claus Wilhelm Canaris, la abertura del sistema jurídico se debe tanto al carácter incompleto y provisional del conocimiento científico como a la naturaleza cambiante de los valores fundamentales del orden jurídico –punto en que coincide con Karl Larenz–, siempre susceptible a perfeccionamientos [CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, Traducción de A. Menezes Cordeiro, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103 y siguientes]. Norberto Bobbio también señala que la transformación histórica de las sociedades conlleva el necesario reconocimiento de nuevos derechos, subrayando que no es difícil prever que los cambios económicos y sociales, la ampliación de los conocimientos y el desarrollo de la técnica y de los medios de comunicación harán surgir, en el futuro, nuevas exigencias de libertades y poderes que hoy siquiera imaginamos [Op. cit., p. 140]. Adoptando una visión semejante, Fábio Konder Comparato asevera que los principios éticos traducen los grandes valores de la convivencia humana, los cuales trascienden a la realidad, representando valores que no pueden ser alcanzados en su plenitud. Sostiene el autor que los principios son interpretados y concretados en cada cultura y en cada momento histórico por medida de las reglas, subrayando, no obstante, que los principios jamás se realizan completamente en la vida social [COMPARATO, Fábio Konder. *Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno*, 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 510-511].

*y se escapa a toda definición*²¹. Afirma él también que “*el principio, en cuanto tal, escapa a toda tentativa de definición conceptual a causa de su dosis de indeterminación. Las palabras que utilizamos para designar los principios –por ejemplo, buena fe, confianza, interdicción de la arbitrariedad– significan sólo que lo que expresan es claro en ejemplos de la conducta correspondiente o de la contraria*”²².

No obstante Karl Larenz haya utilizado la palabra “principios” para referirse a los pensamientos directores de las regulaciones jurídicas existentes o posibles, preferiríamos, inclusive, denominarlos simplemente “valores”, con el propósito de subrayar aun más su naturaleza abstracta y, sobre todo, para que no se incurra en el riesgo de asimilar la idea de “principio” que se extrae de la obra de Karl Larenz a otras concepciones distintas –y no menos notables– respecto de los principios jurídicos, que se han difundido extraordinariamente en las últimas décadas.²³

Incluso la expresión “idea del Derecho” se podría reemplazar por algo como, *v.g.*, “valor Derecho”, con el fin de resaltar la naturaleza extremadamente abstracta de aquello a que Karl Larenz se refiere y, también, porque la utilización de la palabra idea ya remite a algo que se encuentra en un segundo plano: precisamente el de las ideas, es decir, es plano de la representación mental –naturalmente imperfecta– de los entes abstractos.

²¹ *Op. cit.*, p. 199.

²² *Op. cit.*, p. 36.

²³ Entre ellas, se puede mencionar la muy conocida concepción de Robert Alexy, según la cual los principios son mandatos de optimización [ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traducción de Virgílio Afonso da Silva, 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91], y la también difundida concepción de Ronald Dworkin, según la cual los principios –diferentemente de las reglas, que son aplicables al modo todo o nada– son normas que poseen una dimensión de peso o importancia, de modo que no determinan exactamente la decisión que se deba adoptar, pero constituyen razones que se deben llevar en cuenta en la decisión. [DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, Traducción de Nelson Boeira, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35 y siguientes].

En efecto, el “valor Derecho” –fin último del Derecho– y los “valores” que de él derivan consisten, evidentemente, en entes abstractos, que precisamente por ello solamente pueden ser asimilados por el hombre por medio de un proceso de representación, naturalmente limitado por la capacidad humana de comprensión. El traspaso de los valores al mundo de las ideas ya implica, por ende, una pérdida al menos parcial del sentido de aquellos, de modo que la idea que tenemos sobre dichos valores es solamente lo que es posible que concibamos a su respecto.²⁴

5 LA CUESTIÓN SEMÁNTICA Y EL ANÁLISIS CONCLUSIVO RESPECTO DE LA PAZ COMO UNO DE LOS FINES ÚLTIMOS DEL DERECHO

Hasta este punto, tras una reflexión inicial sobre las distintas concepciones de paz y acerca de su relación con la justicia, intentamos subrayar, con base en el pensamiento de Karl Larenz, que la idea que tenemos respecto de valores como “paz” y “justicia” es solamente aquello que, de modo imperfecto, logramos representar en nuestra mente. Ahora iremos un poco más allá de aquello que ha dicho el citado iusfilósofo alemán, por lo menos de lo que ha dicho explícitamente.

Volvamos a nuestras consideraciones y conclusiones iniciales. Hemos sostenido que hay distintos conceptos de paz, que varían conforme a los diversos contextos generadores de inseguridad colectiva y según las igualmente distintas vicisitudes humanas. Hemos añadido que la paz es un corolario de la justicia, y que la justicia es un

²⁴ A este propósito, señala Karl Larenz que, “como nuestro pensamiento sólo puede comprender lo limitado y lo finito, de lo idealmente válido sólo podemos adquirir un conocimiento provisional, que continúa siendo revisable y que, como enseña la Historia del Pensamiento, siempre ha sido revisado. Si el hombre cree que su pensamiento ha conocido lo absoluto, entonces en realidad se le escapa ya” (*Op. cit.*, p. 199).

presupuesto para la realización de la paz, de modo que sólo es posible hablarse de paz sin justicia y de justicia sin paz en razón de la gran capacidad humana de proceder a abstracciones y de la diversidad de concepciones respecto de la paz y de la justicia. Enseguida, señalamos, con base en el pensamiento de Karl Larenz, que las ideas que tenemos respecto de valores como paz y justicia consisten solamente en representaciones mentales imperfectas de aquellos.

Tomando como premisas tales conclusiones preliminares, podemos decir que la idea que tenemos sobre dichos valores es la representación que a su respecto logramos alcanzar en un dado local y en un determinado momento histórico, bajo el influjo de innúmeras variables, tales como las condiciones culturales, sociales, económicas, ideológicas e incluso personales de quienes se proponen realizar tal trabajo mental. Las concepciones respecto de valores como paz y justicia son, por ende, siempre relativas, variando según los diversos contextos histórico-geográficos e aun según las distintas perspectivas individuales.

A ello se agrega el ya mencionado problema del traspaso de la idea al ámbito del lenguaje. De hecho, si fuera posible que dos personas hipotéticas lograsen representar mentalmente un valor abstracto de modo absolutamente idéntico, aun así sería muy improbable que, al describir tal valor por medio de lenguaje, ellas lo hiciesen de modo rigurosamente igual. En cambio, sería teóricamente posible que dos personas expresasen con palabras idénticas ideas distintas o, al menos, parcialmente distintas.

Es posible percibirse, pues, que las palabras son recursos imperfectos que utilizamos para reproducir ideas que, por su vez, son también representaciones imperfectas de los valores subyacentes. Por consiguiente, cuando dos o más personas hablan respecto de valores como, por ejemplo, la paz, es menester considerar que ellas no tienen en mente rigurosamente el mismo objeto de estudio, sino ideas más o menos cercanas.

De ello resulta que, en determinadas situaciones, dos o más personas pueden estar de acuerdo en cuanto al hecho de que la búsqueda de la paz es el propósito del Derecho, sin que se den cuenta de que están hablando de distintas concepciones respecto de la paz.

En cambio, se muestra perfectamente posible que, en ciertos contextos, dos o más personas sostengan tesis diversas en cuanto a aquello que constituye el fin último del Derecho, sin que adviertan que, en realidad, defienden ideas total o parcialmente coincidentes.

Volvamos a la ya citada afirmación de Raúl Gustavo Ferreyra de que *“el principal conflicto a resolver en una comunidad resulta en no dañar al otro, o en que nadie resulte dañado, o en que todos puedan tener la certeza de que no serán objeto de daño por parte del otro”*. Tal frase resume tan bien las concepciones que se suele tener respecto de la paz y de la justicia, que puede ella constituir la premisa para la conclusión de que la paz es el fin del Derecho, o de que tal fin corresponde a la justicia, o incluso de que el propósito del Derecho corresponde simultáneamente a la concreción de la paz y de la justicia. Todo va a depender, pues, del enfoque que se le atribuya y, aun, de la manera como aquél que toma como premisa tal concepción la traspasará del mundo de las ideas al ámbito del lenguaje.

Dicho de otro modo, aquello que alguien denomina paz podría muy bien ser comprendido por otra persona como justicia, o viceversa. Una tercera persona podría vislumbrar a la vez los conceptos de paz y de justicia, y otra aun podría atribuir a las mismas ideas denominaciones diversas, como seguridad, respeto recíproco, etc. Sería posible, incluso, que a alguien se le ocurriese sostener que tales ideas corresponden al mandamiento cristiano de amar al prójimo como a sí mismo, concluyendo, por consiguiente, que el fin último del Derecho es el amor. Y todas las conclusiones, de cierto modo, estarían correctas. Serían ellas apenas distintas e imperfectas maneras de expresar en palabras ideas abstractas que, por su vez, ya resultan del igualmente imperfecto intento de transponer al mundo de las ideas los valores subyacentes.

Todo no pasa, consiguientemente, de una cuestión semántica, de modo que, en nuestro entendimiento, se muestran irrelevantes las palabras utilizadas para referirse a los fines últimos del Derecho. Lo importante es que se tenga en cuenta su contenido, cualquiera que sea la palabra o la expresión de que se valga.

Es indiferente, por tanto, que se utilice o no la palabra paz para referirse al fin último o a uno de los fines últimos del Derecho, ya que son muy distintas las concepciones sobre la paz y múltiples las formas de expresarlas por medio del lenguaje. Sin embargo, pensamos que difícilmente a alguien se le ocurriría pensar sobre los fines del Derecho sin considerar, aunque mediatamente, aquello que, de modo imperfecto, hemos intentado representar y expresar bajo la denominación de paz, es decir, la negación del sentimiento de inseguridad que resulta de la ausencia de justicia.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traducción de Virgílio Afonso da Silva, 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOBBIO, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Traducción de Jorge Binaghi. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, Traducción de A. Menezes Cordeiro, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno*, 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, Traducción de Nelson Boeira, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREYRA, Raúl Gustavo, Manuscrito sobre una procura de paz en Colombia, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, año 4, n° 7, Asunción, Mayo de 2016, p. 393-429.

HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Traducción de Fransmar Costa Lima, 1ª ed. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006.

JUSTINIANO I. *Digesto de Justiniano, Liber Primus: Introdução ao Direito Romano*, edición bilingüe Latim-Portugués, Traducción de Hécio Maciel França Madeira, 3ª ed. São Paulo/Osasco-SP: Revista dos Tribunais/UNIFIEO (edición conjunta), 2002.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*, Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA E DA REFORMA CONSTITUCIONAL NO BRASIL E NA ARGENTINA: Simetrias e distinções

Edimar Carmo da Silva¹

1 INTRODUÇÃO

A reforma constitucional e a repercussão acerca do exercício do seu respectivo controle de constitucionalidade é tarefa de aferição, em última instância, de conflitos entre poderes. Por certo, o grau da desconformidade de algum ato normativo, em face do texto constitucional originário, pode violar o princípio da unidade do sistema, como bem pontua a doutrina de Gustavo Ferreyra.²

Trata-se, portanto, de um tema de sensibilidade ímpar ao direito constitucional. Exatamente devido a essa peculiaridade é que se objetiva, no presente texto, abordar algumas peculiaridades do enfrentamento do vício de inconstitucionalidade advindo da reforma constitucional no Brasil e na Argentina.

A análise será feita quanto aos variados e possíveis enfrentamentos nos ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino, cada qual com sua peculiaridade: no Brasil, em que o controle de constitucionalidade não se reduz à modalidade difusa ou concreta, enquanto na Argentina esse é o mecanismo jurídico por excelência no controle de constitucionalidade das leis.

¹ Aluno regular do curso para doutorado da Universidade de Buenos Aires-UBA. Mestre em Ciências Criminais – PUC/RS. Especialista em Sistema de Justiça Criminal – UFSC. Promotor de justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

² FERREYRA, Raúl Gustavo. Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad – límites a la judicialidad de la enmienda. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 533-545.

Nesse sentido, em um primeiro momento serão fixadas considerações conceituais acerca da reforma constitucional e as suas previsões normativo-constitucionais nos ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino, sem, contudo, levar a rigor uma análise comparativa. A seguir, abordar-se-á as variações dos mecanismos ou mesmo dos modelos de controle de constitucionalidade na Constituição Brasileira e na Constituição Argentina. Por fim, ter-se-á em consideração as limitações de enfrentamento do controle de constitucionalidade da reforma e da emenda constitucional nas respectivas ordens jurídicas.

Nesse sentido, seguem alguns apontamentos conceituais acerca do que sejam a reforma constitucional e a emenda constitucional, bem como das limitações feitas pelo poder constituinte originário, segundo as ordens jurídicas de cada um dos mencionados países.

2 A REFORMA CONSTITUCIONAL NA ARGENTINA E A EMENDA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Antes de assentar o que seja reforma constitucional, afigura-se adequado explicitar o significado de constituição. Porquanto não seja o ponto central do escrito buscar uma exata conceituação do que seja a constituição, enquanto substantivo cotidianamente estudado, analisado e pesquisado pela comunidade jurídica, certo é que resulta em variados sentidos: de natureza formal, material, sociológica, normativa, escrita, costumeira *etc.*

Nessa perspectiva, dada a amplitude de sentidos, o conceito de Constituição pode ser condensado, na expressão de Gustavo Ferreyra, como sendo “*la estructura jurídica fundamental del Estado*”,³ cuja finalidade

³ FERREYRA, Raúl Gustavo. *Sobre la Constitución*. Concepto, Composición y Mecanismos. In.: Revista de Derecho Público da UNED. Madrid, n° 86, 2013, p. 327-378. Disponível em: <www.portalacademico.derecho.ar/catedras>. Acesso em: 18 jan. 2015.

essencial é, ainda conforme Gustavo Ferreyra, “a) *proteger y satisfacer los derechos de libertad, los derechos sociales y los derechos de tercera generación; b) estipular los procedimientos que aseguren un ejercicio racional y controlado de los poderes del Estado*”.⁴

Assim, a constituição, em verdade, consubstancia-se na norma superior e fundamental do Estado. Possui, ademais, cunho paradigmático porque as demais normas devem com ela guardar conformidade.

Sem embargo, mesmo sendo a norma fundamental do Estado, inclusive porque o inaugura, o texto Constitucional não possui o caráter da perpetuidade. As mutações são oriundas por força do tempo e das concepções e compreensões de um determinado povo organizado politicamente pela constituição. Desse quase que intransponível fenômeno advém a necessidade de mudança do texto constitucional para melhor adaptá-lo à realidade presente.

Muito embora a interpretação constitucional possa, em certa medida, adaptar e modular o texto constitucional, esse critério não é único e, por vezes, não se mostra suficiente à nova realidade fática e normativa.

Com peculiar percepção acerca do conceito de reforma da constituição, Gustavo Ferreyra aponta que o poder de reforma constitucional gera um novo ponto de chegada do processo de construção política do Estado. Apoiado em Bobbio, concebe a reforma da constituição como um poder político submetido a regras de competência prefixadas e que cria o direito constitucional.⁵

Esse poder de reformar a Constituição é também nominado de poder reformador ou, como derivação do poder constituinte originário, de poder constituinte reformador. O poder constituinte originário cria a constituição, enquanto o poder constituinte

⁴ FERREYRA, 2013, p. 348.

⁵ FERREYRA, Raúl Gustavo. Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad – Límites a la judicialidad de la enmienda. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 94.

reformador, como está a dizê-lo, reforma a constituição. Contudo, com uma peculiaridade ímpar, segundo a lição de Gustavo Ferreyra,⁶ ambos configuram momentos constituintes distintos, vez que dizem o direito constitucional e ambos devem se apoiar na vontade soberana do povo.

Diversamente, no modelo brasileiro a alteração do texto constitucional são utilizadas as expressões revisão constitucional e emenda constitucional.

A primeira - revisão constitucional - decorreu da autorização dada pelo poder constituinte originário, no art. 3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, para que o Congresso Nacional, em sessão unicameral e pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, após o prazo de cinco anos da promulgação, pudesse revisar o texto constitucional. No Brasil houve seis emendas revisionais em 1994.

A segunda - emenda constitucional - está prevista no processo legislativo estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Possui as limitações formais, materiais e temporais a serem observadas para a alteração do texto constitucional, consoante § 2º do art. 60 da dita Constituição Federal brasileira.

De todo modo, importa consignar que tanto na revisão quanto na emenda constitucional a alteração do texto constitucional originário, no Brasil, fica à exclusiva competência do Congresso Nacional, atuando como poder constituinte derivado e, nessa medida, não está submetido à chancela popular.

2.1 A previsão da Emenda Constitucional na Constituição Brasileira

Como expressão do poder constituinte originário, foi estabelecido no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais

⁶ FERREYRA, 2007, p. 15-16.

Transitórias da atual Constituição Federal do Brasil, de 05.10.1988, a revisão constitucional. Para tanto foi fixado o prazo de cinco anos contados da promulgação dessa Constituição brasileira. O procedimento teve que obedecer aos seguintes critérios: (a) aprovação pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, (b) em sessão unicameral. Dessa autorização, dada pelo poder constituinte originário, originaram seis revisões constitucionais, todas ocorridas em 1994.

Eis a redação versando acerca da revisão constitucional: “*Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral*”. Esses são os limites formais estabelecidos ao constituinte reformador. Por limites formais compreende-se, ainda segundo a lição de Gustavo Ferreyra, “*los límites formales fijan a qué sujeto calificado compete y a qué procedimiento específico debe atenderse la realización de la creación constitucional reformadora*”.⁷

A peculiaridade dessa revisão, autorizada pelo constituinte de 1988, foi no sentido de admitir não apenas uma reforma pontual, mas a revisão propriamente dita do texto constitucional, exceto para mexer no núcleo essencial do texto básico, previsto no § 4º do art. 60 nos seguintes termos: “- *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.*” Esses são os limites materiais aos quais o constituinte reformador deve obediência. Por esses limites, são proibidas a supressão, a substituição ou a introdução de novas disposições que alterem determinados conteúdos constitucionais fundamentais ao Estado Democrático de Direito brasileiro.⁸

Sem embargo, mesmo antes da revisão antes mencionada ocorreram quatro emendas constitucionais no ano de 1993. A partir daí

⁷ FERREYRA, 2007, p. 431.

⁸ FERREYRA, 2007, p. 430.

ou, precisamente após as revisões constitucionais, o poder constituinte reformador entrou em ação com ferocidade. Até a presente data ocorreram noventa e uma (91) emendas ao texto constitucional originário.

Eis a previsão normativa, do art. 60, autorizando a atuação do poder constituinte reformador, na Constituição brasileira:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

Essa norma constitucional, além de estabelecer verdadeiros limites formais e materiais para que o poder reformador aprove a emenda ao texto originário, contempla ainda os órgãos estatais que detém poder de iniciativa - a legitimidade - para a apresentação de

propostas de emenda ao poder constituído. Esse rol de legitimados é de caráter estrito, vale dizer, não alcança outros senão aqueles lá expressamente relacionados.

2.2 A previsão de reforma na Constituição Nacional da Argentina

Não diferente da Constituição brasileira, também a Constituição Argentina apresenta, expressamente, limitações ao poder reformador para que seja implementada alguma mudança no texto originário. Consoante a doutrina de Gustavo Ferreyra, a fixação desses limites é importante porque, ao invés de o poder reformar defender a Constituição, pode ocorrer de vir a atacar algumas disposições normativas originais ou gerar contradições insuperáveis com outras disposições pré-existentes.⁹

Nesse sentido, dispõe o art. 30 da Constituição da Nação Argentina: *“La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros, pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”*.¹⁰

Como se pode observar, a Constituição da República Argentina prevê que o ato declaratório acerca da necessidade da reforma deve partir do Parlamento, bem como estabelece que a deliberação a respeito deve partir do voto de ao menos dois terços de seus membros. Tratam-se, portanto, de limitações formais, cujo

⁹ FERREYRA, Raúl Gustavo. *Patología del Proceso de Reforma*. Sobre la Inconstitucionalidad de una Enmienda en el Sistema Constitucional de la Argentina. In.: Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Instituto de Investigaciones de la UNAM, p. 782. Disponível em: <<http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/archivos/catedras/156/lecci%F3n%205%20-%202a.%20parte%20patologia.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

¹⁰ ARGENTINA. Constitución Nacional: Antecedentes históricos; Tratados y convenciones con jerarquía constitucional; Nota de doctrina sobre reformas a la Constitución Nacional. 2ª ed., 14ª reimp., Buenos Aires: La Ley, 2011, p. 05.

significado foi anteriormente consignado. A desobediência à mencionada formalidade pode ocasionar em inconstitucionalidade por violação ao texto originário.

Conforme o esclarecimento de Gustavo Ferreyra, por meio da Ley 24.309 o Congresso argentino declarou a necessidade da convocação da Convenção Constituinte. Deixou certo ainda que, em se tratando de limites, o poder reformador constitucional de 1994 não poderia introduzir modificação alguma nas declarações de direitos e garantias contidos no capítulo único da primeira parte da Constituição Nacional.¹¹

Acerca da mencionada Convenção convocada pelo Congresso argentino para a reforma constitucional de 1994, trata-se do órgão estabelecido pela Constituição Nacional com competência para criar o direito constitucional. Não se trata de apêndice do Congresso, senão órgão reformador da Constituição que deve se submeter ao detentor do poder originário, o povo. Daí porque deve a Convenção ficar submetida à votação popular, conforme observa Gustavo Ferreyra.¹²

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Convém deixar assentado que ao se tratar de controle de constitucionalidade, mostra-se pertinente consignar os modelos, métodos ou sistemas de controle de constitucionalidade das leis. A mera existência do controle de constitucionalidade deixa evidenciado, explícita ou implicitamente, que a Constituição é a norma superior e orientadora de todas as demais normas jurídicas de um Estado política e juridicamente organizado.

Não por outra razão que a Constituição é concebida como a arquitetura basilar sobre a qual todas as demais leis e atos normativos federais, estaduais e municipais devem guardar sintonia com os

¹¹ FERREYRA, *Patología del Proceso de Reforma*, p. 787.

¹² FERREYRA, 2007, p. 801.

princípios e com as regras nela estabelecidos. Vale dizer, deve preponderar a compreensão jurídica no sentido de que a Constituição possui força normativa e deve vincular os poderes do Estado e todas as demais funções e atividades estatais.

Nesse particular, precisamente acerca da força normativa e da supremacia da Constituição, destaca-se a lição de Bidart Campos no sentido de ser necessário um mecanismo de controle de constitucionalidade para assegurar essas características (força normativa e supremacia) das normas constitucionais, *verbis*:

Es clarísimo que para conferir plenitud de efecto obligatorio a la constitución en todas sus normas (incluidos sus principios, sus valores, sus fines y sus implicitudes) y para el proyecto integral que ella contiene alcance eficacia, la fuerza normativa y vinculante de la misma constitución debe disponer de los ya aludidos medios, vías y controles de exigibilidad y, lo que es lo mismo, y ya lo hemos adelantado, que también debe existir y funcionar un sistema garantista y un mecanismo apto de control de constitucionalidad.¹³

Nesse sentido, afigura-se conveniente esclarecer que o presente estudo não objetiva fazer uma análise aprofundada e exclusiva acerca dos modelos de controle de constitucionalidade - seja o estadunidense, o europeu ou o francês -, senão tão somente acerca da possibilidade de controle constitucional da emenda e da reforma constitucional nas ordens jurídicas brasileira e argentina.

¹³BIDART CAMPOS, German J. *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*. Buenos Aires: Ediar, 2004, p. 52.

4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

Ainda que resumidamente, consigne-se que na ordem jurídica brasileira convivem os dois modelos de controle de constitucionalidade: a) o modelo europeu continental ou kelseniano, no qual existe um tribunal especial (em regra, Corte Constitucional) para decidir, por meio de ação direta, acerca da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade das leis; b) o modelo difuso ou concreto, cuja competência cabe aos variados órgãos do Poder Judiciário, desde a primeira instância ou primeiro grau de jurisdição.

4.1. O controle concentrado de Emenda Constitucional no Brasil

Esse modelo de controle de constitucionalidade das leis, também conhecido por controle abstrato das normas,¹⁴ contém um rol de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) ou da ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Trata-se de legitimação restrita ao rol das pessoas, órgãos e instituições elencados nos incisos I a IX do art. 103 da Constituição Federal brasileira.

A decisão do tribunal, em regra, possui efeito *erga omnes* e de efeito *ex nunc*. Vale dizer, possui alcance geral e não somente *inter partes*; a nulidade da lei declarada inconstitucional, por sua vez, é reconhecida desde a sua aprovação pelo poder legiferante.

No Brasil, o órgão competente para exercer a “*guarda da Constituição*” e, conseqüentemente, o controle concentrado das leis, é o Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse sentido, prevê o art. 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal brasileira, de 1988, que

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

compete ao STF julgar e processar, originariamente: “a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Essa norma constitucional contempla, portanto, o STF como único órgão competente para julgar as ADI, nas quais se discuta a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, bem como julgar a ADC de lei ou ato normativo federal. Excetua-se, portanto, de objeto da ação direta de inconstitucionalidade, as leis ou atos normativos municipais. Em relação à ação declaratória de constitucionalidade, tem como objeto apenas as leis e os atos normativos federais. Portanto, as leis ou atos normativos estaduais e municipais não podem ser objetos de ADC no STF.

Embora a emenda constitucional não seja, em caráter estrito, lei ou ato normativo federal, é ato normativo constitucional elaborado pelo poder constituído que deve observar as demais disposições constitucionais, notadamente aquelas fixadas com o caráter de imutabilidade. Nesse sentido, o STF,¹⁵ no julgamento da ADI nº 1946/DF, relator Min. Sidney Sanches, assentou que a emenda constitucional não pode contrariar as demais normas constitucionais originárias e talhadas com a cláusula de imutabilidade no § 4º do artigo 60 da Constituição Federal. Nesse julgamento o STF declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, de dispositivo da Emenda Constitucional nº 14, por violação a direito individual e social fundamental. No caso, o STF declarou que o poder reformador excedeu um dos limites materiais previstos como cláusula pétreas.

Também quanto à limitação formal o STF admite que a emenda constitucional seja objeto de controle de constitucionalidade. Nesse sentido merece consignar o julgamento do Mandado de Segurança (MS) nº 24667, da relatoria do Min. Carlos Velloso. Nesse

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 1946/DF. Relator Min. Sidney Sanches, julgado em 03.4.2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 jan. 2015.

precedente, o STF admitiu a legitimidade de parlamentar para impetrar mandado de segurança “com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo”.¹⁶

4.2 O controle concreto (ou difuso) da Emenda Constitucional no Brasil

O modelo concreto de controle de constitucionalidade da norma jurídica, também conhecido por controle difuso ou estadunidense, diferentemente do modelo concentrado, é da competência dos mais variados órgãos do Poder Judiciário, inclusive os de primeira instância.

Esse modelo estadunidense possui as seguintes características: é exercido por órgão (magistrados) judicial; é difuso, vez que todos os juízes – estaduais ou federais – podem declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos inferiores; é incidental porque a questão constitucional nasce e desenvolve em um processo judicial, não sendo seu objeto principal; cinge-se a caso concreto, não de situação abstrata; a decisão de inconstitucionalidade atinge apenas as partes do processo (*efecto inter partes*); a sentença é declaratória, vez que o pronunciamento de inconstitucionalidade declara a nulidade da norma impugnada.

Apenas para registro, dada a relevância da questão, no tocante ao efeito *inter partes* na declaração de inconstitucionalidade no modelo concreto ou difuso, no recente julgamento da Reclamação (Rcl) nº 4335 o STF¹⁷ sinalizou pela admissibilidade do efeito *ultra partes*, ou mesmo o “*caráter expansivo da decisão*”, consideradas as substanciais

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS nº 24.667 AgR/DF, relator Min. Carlos Velloso, julgado em 04.12.2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 jan. 2015.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação (Rcl) nº 4335/AC. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 20.3.2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 jan. 2015.

alterações ocorridas tanto na Constituição Federal quanto no Código de Processo Civil (artigos 543-A e 543-B), quando tratam da repercussão geral conferida ao recurso extraordinário (RE) pelo § 3º do art. 102 da Constituição Federal e pela previsão de súmula vinculante. Esse ponto, nada obstante sua importância doutrinária, é digno de um escrito à parte e supera a delimitação estabelecida ao presente texto.

Sem embargo, no modelo concreto de controle da constitucionalidade, portanto, a norma jurídica (*standing*) apontada com o vício da inconstitucionalidade, assim considerado pelo Poder Judiciário, não é retirada do ordenamento jurídico, senão apenas afastada sua aplicabilidade ao caso concreto. Essa é a nota característica do modelo estadunidense da *revisión judicial*.

Não diferente, apregoa Bonavides que no controle de constitucionalidade realizado pelo órgão jurisdicional, via de exceção (ou incidental), “*A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda*”.¹⁸

No direito brasileiro o mais usual instrumento jurídico no qual se questiona a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal é o RE. Apenas para ilustrar, esse recurso, introduzido na ordem jurídica brasileira pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, foi desenvolvido, no dizer de Gilmar Mendes,¹⁹ segundo o modelo do *writ of error* dos Estados Unidos.

O RE está previsto no inciso III do art. 102 da Constituição Federal, por meio do qual o STF pode, via recurso, julgar as causas decididas em última ou única instância que: “*a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal*”.

¹⁸BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 272-273.

¹⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 40.

Assim, muito embora o texto constitucional não contemple, expressamente, que a emenda constitucional possa ser objeto de controle difuso, certamente que a depender de seus efeitos poderá sê-lo. Com efeito, a emenda constitucional que contrariar o texto originário, precisamente algum direito individual ou social fundamental, em determinada situação concreta, pode ser processualmente impugnada, via incidental, por violação a cláusula pétrea ou intangível prevista no rol do § 4º do art. 60 da Constituição Federal.

Nesse sentido, o STF deixou explícita essa possibilidade no julgamento da ADI nº 830/DF,²⁰ da relatoria do Min. Moreira Alves. Naquela ocasião o Supremo Tribunal deixou assentado, dentre outros, que: *“Em face do novo sistema constitucional, é o S.T.F. competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional”, notadamente quando “impugnada por violadora das cláusulas pétreas explícitas ou implícitas”.*

Assim, verifica-se que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das normas jurídicas não deixa à margem desse controle as emendas constitucionais. No modelo brasileiro esse controle é por demais necessário, vez que, conforme adiante será melhor demonstrado, difere em muito da sistemática da reforma constitucional adota na ordem jurídica argentina.

No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a emenda constitucional é, por excelência, elaborada e aprovada com exclusividade pelo Congresso Nacional e, nessa medida, como obra do poder constituinte constituído ou derivado, não passa pelo crivo do povo, detentor do poder constituinte originário. A emenda constitucional no modelo brasileiro, frise-se, reclama, para aprovação no Congresso Nacional, a discussão e a votação, em dois turnos, pelo

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 830/DF. Relator Min. Moreira Alves, julgada em 14.4.1993. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 jan. 2015.

quórum qualificado de três quintos em cada um das respectivas casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal).

5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA CONSTITUCIONAL NA ARGENTINA

Como adiantado na parte final do item 2.3, na Argentina, para o controle de constitucionalidade das leis vige apenas o modelo concreto, judicial ou difuso.

Assim, no tocante ao controle de constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso argentino, a competência cabe a qualquer órgão do Poder Judiciário, cujo alcance chega até a Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) pela via recursal. Nesse sentido regra o art. 116 da Constituição Nacional Argentina: *“Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, [...]”*.

Como assinalado no item 2.3 deste breve escrito, o texto constitucional argentino, devido à sua especificidade nas cláusulas taxativas de alteração, possui uma evidente natureza rígida. Nesse sentido é o teor do antes mencionado art. 30 da Constituição da Nação Argentina, segundo o qual a alteração do texto constitucional ocorre por meio de reforma cuja necessidade deve ser declarada pelo Congresso, com voto de pelo menos dois terços de seus membros, mediante Convenção convocada para esse fim.

Essa é a peculiar nota do modelo de reforma constitucional argentino. Vale dizer, a reforma é elaborada e aprovada por Convenção, convocada para esse fim. Essa Convenção, por sua vez, é formada por representantes diretos do povo. Em última instância, a reforma deriva da vontade de representantes diretos do povo, ganhando ares de poder constituinte.

Nesse contexto emerge a seguinte questão: como se faz o controle constitucional no caso de a reforma desatender aos parâmetros

delimitados na própria Constituição? Como proceder ao controle da reforma que exorbite as limitações estabelecidas no próprio art. 30 da Constituição da Nação Argentina, tais como o aspecto formal da exigência de voto de pelo menos dois terços do Congresso ou as limitações materiais estabelecidas na lei que convoca a antes mencionada Convenção constituinte? Eis o desafio.

Essas indagações são respondidas pela doutrina argentina, conforme segue.

A reforma do Pacto Maior argentino, ocorrida em 1994, consubstanciou na elaboração, ainda que em parte, de um novo texto da Constituição da Nação Argentina. Para esse fim, por meio do chamado “*Pacto de Olivos*” firmado entre Menem e Alfonsín em 1993, foi editada a Lei nº 24.309,²¹ a qual declarou a necessidade da reforma da Constituição e fez limitações formais e materiais à Convenção reformadora.

Para fins de se proceder à anunciada reforma foram eleitos, em 10 de abril de 1994, os convencionais constituintes argentinos juraram o novo texto constitucional em 24 de agosto do mesmo ano.²² Essa é a evidência de que a alteração do texto constitucional ocorreu pelo poder constituinte, o qual procedeu à reforma autorizada pelo povo argentino.

Diversamente do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade da emenda constitucional, embora não se possa concluir pela impossibilidade de se discutir, em caso concreto, alguma norma constitucional decorrente do poder reformador, certo é que a peculiaridade do modelo argentino de controle de constitucionalidade parece incabível submetê-la ao controle judicial.

Com efeito, caso alguma norma oriunda do poder reformar exorbite as limitações materiais previstas no texto constitucional - por

²¹ ARGENTINA. Constitución Nacional: Antecedentes históricos, Tratados y convenciones con jerarquía constitucional, Nota de doctrina sobre reformas a la Constitución Nacional. 2ª ed., 14ª reimp., Buenos Aires: La Ley, 2011, p. 230.

²² ARGENTINA. op. cit., p. 231.

exemplo, as disposições do art. 36 da Constituição Nacional - ou na lei de convocação da Convenção constituinte reformadora, afigura-se, consoante a cátedra de Gustavo Ferreyra, ser possível a realização do controle pelo povo, detentor do poder constituinte originário, vez que “*si la Constitución política estatal es la decisión del pueblo, la reforma también debe serlo*”.²³

Com efeito, uma vez que a reforma é procedida pelo poder constituinte e não do poder constituído, não há previsão constitucional para que a Corte Suprema Argentina possa exercer o controle de constitucionalidade da reforma constitucional. A peculiaridade do sistema argentino, primando pelo modelo difuso de controle de constitucionalidade, conduz à compreensão de que a norma resultante do poder reformador não induz à noção de causa; a competência conferida à Corte Suprema Argentina é de exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos oriundos do poder constituído, não do constituinte.

Não por razão diversa Gustavo Ferreyra, diante dessa problemática, assinala corretamente que

Aceptar que la norma producida por un poder de jerarquía superior (poder constituyente) pueda ser declarada inconstitucional, y por ende inaplicable, por el Poder Judicial (poder constituido) genera u conflicto que, al violentar la supraordenación lógica, quiebra la coherencia del sistema.²⁴

Nessa medida, afigura-se que no sistema argentino de controle de constitucionalidade, devido ao evidente caráter de poder constituinte que advém do processo de reforma constitucional, eis que exercido pelos representantes diretos do povo, afigura-se incabível falar

²³ FERREYRA, Raúl Gustavo. *Sobre la Reforma Constitucional: Análisis de un nuevo momento constituyente para el Estado Argentino*. 2012. Disponível em: <<http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

²⁴ FERREYRA, 2007, p. 565.

de controle judicial, na modalidade difusa. No caso, tal como preconizado por Gustavo Ferreyra,²⁵ a última palavra caberá ao próprio poder constituinte originário, o povo, o qual detém o poder de cancelar ou repudiar o novo direito advindo da reforma constitucional.

Ademais, não é demais consignar a engenharia constitucional oriunda das reflexões de Gustavo Ferreyra para o sistema argentino. Para o nominado catedrático, no jogo de forças entre a democracia e a Constituição, a primeira deve prevalecer. Dada a dimensão da problemática, cabe registrar a seguinte lição:

La juridicidad constitucional se basa en la premisa de que la voluntad de los ciudadanos que integran el pueblo posee mayor autoridad que la de quienes actúan en su nombre y representación. La tensión entre la regla democrática y la regla de supremacía de la Ley Mayor, en caso de verificarse la inconstitucionalidad de una reforma, debe resolverse a favor de la primera, porque es el pueblo el que decide la producción de decisiones políticas de la más alta jerarquía por la vía de la participación leal, abierta, plural e informada, significa fundar la democracia de manera directa, confiando al pueblo su propia organización comunitaria, antes que a los sujetos elegidos o que se ofrecen para ser sus representantes.²⁶

Por fim, Gustavo Ferreyra faz uma sugestão ao peculiar sistema constitucional argentino de controle de constitucionalidade da norma advinda da reforma constitucional. A possível aprovação da Convenção para uma reforma inconstitucional, seja formal ou material, no direito argentino, para o renomado professor, não

²⁵ FERREYRA, 2007, p. 579-595.

²⁶ FERREYRA, 2007, p. 590.

configura propriamente uma mera hipótese de conflito judicial, senão propriamente de um conflito entre poderes, eis que elaborada por algum poder constituído, senão pela Convenção Constituinte.

Para Gustavo Ferreyra, eventual inconstitucionalidade de uma reforma é necessário ampliar a participação dos órgãos a examiná-la. Assim, intervém a Corte Suprema de Justiça da Nação que dá a conhecer ao Congresso Federal a inconstitucionalidade; o Congresso, por sua vez, pode submetê-la à consulta popular.²⁷ Desse modo, o chamamento do povo se legitima para participar de um problema constitucional básico, próprio das democracias.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aderir ao propósito de conceber algum modelo de controle de reforma constitucional é sinalizar pela adoção da teoria da supremacia da Constituição; vale dizer, reconhecê-la com força normativa frente aos demais atos normativos estatais.

Em regra, o texto constitucional é blindado por limitações estabelecidas ao poder reformador, modo que possa, na medida do fático e juridicamente possível, manter-se a unidade da Constituição originariamente aprovada pelo poder constituinte inicial. Essas limitações são de ordem formal, prevendo determinado procedimento a ser seguido, seja pelo órgão competente, seja pelo quórum de aprovação das alterações; seja de ordem material, segundo a qual o poder constituinte originário veda a alteração de determinadas matérias que contenham o núcleo essencial da constituição; seja pelas limitações temporais ou circunstâncias. Nesse último caso, há vedação de reforma da Constituição no Estado de Sítio, no Estado de Defesa ou mesmo quando da ocorrência de intervenção federal. Tanto a Constituição Federal brasileira quanto a Constituição Argentina estabelecem limitações ao processo de mudança no texto constitucional.

²⁷ FERREYRA, 2007, p. 594-595.

No direito constitucional brasileiro o controle da emenda constitucional é realizado por dois modelos, seja na modalidade concentrada, seja no modelo difuso. Em ambos compete ao STF a guarda da Constituição. No modelo concentrado, admite-se a ADI para atacar alguma emenda viciada tanto pela forma quanto pela matéria. Na via difusa também é possível submeter a emenda ao controle do STF, notadamente quando esse ato normativo atentar contra algum direito individual ou social fundamental ou alguma das cláusulas pétreas previstas no § 4º do art. 60 da Constituição Federal.

De outro modo, a Constituição Nacional Argentina não prevê qualquer controle de constitucionalidade da norma oriunda do poder de reforma. A peculiaridade do sistema argentino se justifica na medida em que o poder reformador, que cria o direito constitucional, recebe a chancela do povo ao elegerem os membros da Convenção reformadora.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGENTINA. Constitución Nacional: Antecedentes históricos; Tratados y convenciones con jerarquía constitucional; Nota de doctrina sobre reformas a la Constitución Nacional. 2ª ed., 14ª reimp., Buenos Aires: La Ley, 2011.

BIDART CAMPOS, German J. *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*. Buenos Aires: Ediar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Edição do Senado Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 830/DF. Relator Min. Moreira Alves, julgada em 14.4.1993. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 1946/DF. Relator Min. Sidney Sanches, julgado em 03.4.2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS nº 24.667 AgR/DF, relator Min. Carlos Velloso, julgado em 04.12.2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recl. n.º 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 20/03/2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 jan. 2015.

FERREYRA, Raúl Gustavo. *Patología del Proceso de Reforma*. Sobre la Inconstitucionalidad de una Enmienda en el Sistema Constitucional de la Argentina. In.: Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Instituto de Investigaciones de la UNAM, p. 782. Disponível em: <<http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/archivos/catedras/156/lecci%F3n%205%20-%20a.%20parte%20patologia.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

_____. *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad – límites a la judicialidad de la enmienda*. México: Editorial Porrúa, 2007.

_____. *Sobre la Constitución*. Concepto, Composición y Mecanismos. In.: Revista de Derecho Público da UNED. Madrid, nº 86, 2013, p. 327-378. Disponível em: <www.portalacademico.derecho.ar/catedras>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. *Sobre la Reforma Constitucional: Análisis de un nuevo momento constituyente para el Estado Argentino*. 2012. Disponível em: <<http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/archivos/catedras>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DEL MELODRAMA DEL FUERO PRESIDENCIAL: ¿Pasado y futuro de inaceptable impunidad?

Eudoro Echeverri Quintana¹

Pablo Echeverri Calle²

1 INTRODUCCIÓN

El propósito de esta ponencia es estimular la polémica sobre los procedimientos convencionales en las investigaciones y juicios a Presidentes por la comisión de delitos en el ejercicio del cargo. La ausencia de serias indagaciones y el ulterior archivo es una crónica anunciada en América y en Europa sobre los Jefes de Gobierno, tema que sugiere se abra un pronto debate. Esa es la realidad por los procesos penales y disciplinarios, éstos no menos importantes.

Respecto a los juicios políticos, pareciera pacífica la situación en la doctrina en el entendido que son los Congresos o Parlamentos los encargados de adelantarlos al ser su escenario natural, procesos de oportunidad y conveniencia para lograr comprensiblemente la separación del cargo como rechazo por comportamientos antiéticos y ejercicio indigno del poder, como culminación de un ponderado control político.

Se abordará críticamente el tema de estudio y se ofrecerán alternativas de solución a un problema que se ha tornado insostenible por la impunidad derivada del abuso cotidiano de los Jefes de Gobierno. Valga insinuar que esta discusión se asume respecto a los

¹ Especialista en Derecho Constitucional Comparado de las Universidades Externado de Colombia y Autónoma de Madrid y en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Ex Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

² Especialista en Derecho Comercial y Magister en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia y Especialista en Derecho Tributario de la Universidad de Los Andes (Bogotá). Abogado litigante.

dignatarios que arribaron al poder democráticamente, porque quienes se eternizaron en el poder de facto o hipotéticamente por beneplácito de las urnas, no pueden ostentar legítimamente el título de Presidente de la República y en ese orden de ideas las autoridades encargadas de los controles serían solamente nominales, llámese Congreso, Cortes, Tribunales, pues serían de bolsillo como se les denomina popularmente.

Se destaca con añoranza el pasado de un régimen gubernativo tan importante como es el Presidencial. Asimismo se analiza brevemente la situación jurídica colombiana y los intentos para proscribir la responsabilidad presidencial.

La precaria presencia real de procesos penales y disciplinarios contra su titular las convierte en instituciones políticas inocuas o inanes, prácticamente inexistentes, porque los encargados de adelantarlos manifiestan total ineficiencia.

El fuero especial acusa un perentorio cuestionamiento, hasta el punto de abogar nosotros conforme a experiencias extranjeras por procedimientos ordinarios que suplan las omisiones de los encargados constitucionalmente de asumirlos. Incluso ni siquiera se salvan los juicios políticos porque ya no exteriorizan seriedad, por no decir que tampoco preexisten.

De trascendencia suma resulta la alusión a la responsabilidad del Jefe de Estado o de Gobierno en el derecho penal internacional, concretamente en el Estatuto de Roma, que estableció como órgano permanente a la Corte Penal Internacional en el juzgamiento de los crímenes más graves³ de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (artículo 5°).

³ a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.

2 PRETÉRITO NOSTÁLGICO DEL FUERO ESPECIAL

Como consecuencia de ese panorama desolador, valga también explorar otras posibilidades en cabeza de autoridades diferentes para emprender dicha tarea como válida opción, tal como ha acontecido recientemente en EEUU, Italia, Guatemala y Argentina, para citar solamente cuatro casos emblemáticos.

El llamado fuero especial era comprensible en el pasado romántico donde funcionarios pudorosos pares eran los sujetos legitimados de esa misión, procuraba evitarse persecuciones con tintes partidistas de sectores interesados en la dimisión del dignatario. La finalidad era ciertamente plausible al pretender que la averiguación y el juicio estuvieran a cargo de sus iguales en la jerarquía del poder, para asimismo evadir asechanzas de supuestos opositores políticos motivados por venganzas, empeñados simplemente en propinar golpes de Estado con el pretexto de legalidad para sencillamente sacarlo del medio. Según la jurisprudencia colombiana⁴, también garantizaba la dignidad del cargo y de las instituciones políticas, aseguraba la independencia de los funcionarios en el ejercicio de sus labores y constituía garantía de protección institucional en el control del acreditado freno y contrapeso como incumbe al sistema jurídico en el Estado de Derecho.

3 FUNCIÓN BÁSICA DEL CONGRESO O PARLAMENTO

El Congreso y/o el Parlamento debería limitarse a las tres grandes tareas que le reserva la democracia: Fungir como control político (estimamos la más prominente), dictar las leyes (para materializar el pluralismo ideológico) y con explícitos

⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-431 de 2015.

condicionamientos reformar la Constitución Política (como acaece en Europa). Pero demostró con creces su ineficiencia en las funciones disciplinarias, penales y electorales⁵. Igual crítica predicable de las Altas Cortes⁶, organismos que solamente deberían limitarse a administrar pronta y verdadera justicia, pero se convirtieron en agentes subalternos del Jefe de Gobierno de turno

Acerca de la función judicial a cargo del Poder Legislativo en el Estado Social de Derecho, avalamos lo afirmado - con las salvedades que hemos hecho - por la Corte Constitucional⁷ en el sentido que los fueros penal y disciplinario favorecen la protección de altos funcionarios del Estado, garantizándose el pleno ejercicio de sus funciones y la investidura de los titulares, las que podrían verse afectadas por decisiones ordinarias originadas en otros poderes del Estado, prevaleciendo los principios y procedimientos consagrados en la Constitución y la ley.

La discusión, hoy más que ayer, se ha tornado inaplazable, frente a tanto abuso del poder por los Jefes de Gobierno en todos los regímenes gubernativos. Desde luego que en los procesos de orden penal, deberá ser el juez de mayor categoría el que asuma su juzgamiento como sería la Corte Suprema de Justicia. La investigación a su vez deberá estar a cargo del titular de la entidad que encarne el monopolio de la acción penal, siempre y cuando en su postulación y elección no haya aquél intervenido⁸. En los procesos de estirpe disciplinaria debería ser un órgano de similar jerarquía como por ejemplo el Consejo de Estado. Supone desde luego para su eficacia en ambos eventos una auténtica independencia judicial conforme a los

⁵ En Colombia eligen a magistrados de la Corte Constitucional, Procurador, Contralor, Defensor del Pueblo, etc.

⁶ En Colombia postulan a esos dignatarios y eligen a otros como al Auditor General y miembros de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en lo conocido como "puerta giratoria", etc.

⁷ Sentencia C-222 de 1996.

⁸ En Colombia el Presidente postula al Fiscal General de la Nación y la Corte Suprema de Justicia lo elige.

estándares internacionales trazados inicialmente por la Corte Europea de Derechos Humanos. Todo esto de *lege ferenda*.

4 CRÍTICAS AL FUERO PRESIDENCIAL EN COLOMBIA

A pesar de ser Colombia un importante bastión del derecho constitucional en el mundo por sus aportes invaluable, no ha sido modelo práctico en investigaciones penales, ni siquiera en juicios políticos contra quienes han fungido como sus Presidentes. En el fragor de la naciente República (siglo XIX) fueron inquiridos, Antonio Nariño (1823), los generales José María Obando, depuesto por su colega José María Melo (1854), Tomás Cipriano de Mosquera (1867). En el siglo XX, Marco Fidel Suárez (1921), el general Gustavo Rojas Pinilla (1959), quien derrocó a Laureano Gómez. Finalmente Ernesto Samper Pizano, archivada su investigación por la Cámara de Representantes. Sobre este último proceso, merece crítica especial el episodio infortunado de la Corte Constitucional⁹ cuando anuló el proceso que adelantaba la Corte Suprema de Justicia por prevaricato contra los Congresistas que precluyeron, fatal sentencia que conjuró hacía el futuro cualquier juicio penal adelantado contra un Presidente o un aforado constitucional.

Las Constituciones Políticas de Colombia (en adelante CP) consagraron la responsabilidad presidencial. Empero hubo conatos como en la reforma constitucional de 1886 para proscribirla, Miguel Antonio Caro la lideró, entre los opositores -que por suerte triunfaron- estuvo a la vanguardia José María Samper¹⁰. Quizá por ello la responsabilidad contemplada en el artículo 122 de la Constitución de 1886, Carta que acabó con el Estado Compuesto para revivir como en la de 1821 el Estado Unitario, fue deleznable. Tuvo mejor destino el

⁹ Sentencia de unificación de tutela SU - 047 de 1999.

¹⁰ Puede verse al respecto el libro de Guillermo Dávila Muñoz “Del juicio y juzgamiento de los altos servidores públicos del Estado” . Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001, 1ª edic.

artículo 29¹¹ del Acto Legislativo 3 de 1910 al regularla en forma sencilla pero elocuente. Igual quedó consagrado en el artículo 198¹² de la Constitución Política de 1991.

Pero esta plausible responsabilidad se desdibujó con la reglamentación de su procedimiento. En términos concretos la Cámara de Representantes funge como fiscal, pero no en la ortodoxia de un sistema acusatorio, sino en el vetusto y desueto inquisitivo por conducto de la perversa Comisión de Acusaciones¹³, y la cual en el Acto Legislativo 2 de 2015 adquiriría categoría constitucional en el artículo 7^o¹⁴. Los aforados plenos¹⁵ serían el Presidente o quien hiciera sus veces y los miembros de la Comisión de Aforados¹⁶, pero la Corte Constitucional en exótica y extravagante pronunciamiento¹⁷ declaró inexequible esta institución política, quedando otra vez como era antes a través de dicha Comisión la investigación. Adujo insólitamente: *“al encontrar que con su aprobación el Congreso había desconocido los límites competenciales para reformar la Constitución ... contenido en esas disposiciones sustituyó el eje definitorio “separación de poderes y autonomía e independencia judicial”*¹⁸. Además y para completar el absurdo jurídico, aseveró que la Comisión de Aforados era un órgano autónomo no elegido popularmente y cuya única función era la de investigar y acusar a los

¹¹ “El Presidente de la República, o quien haga sus veces, será responsable por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes”.

¹² “El Presidente de la República, o quien haga sus veces, será responsable de sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes”.

¹³ Regulada en la Ley 5ª de 1992 o Estatuto del Congreso, artículos 311, 312, 329 y ss.

¹⁴ Declarado inexequible por la Corte Constitucional por Sentencia C-373 de 2016.

¹⁵ El término “fuero pleno” parece fue innovado en Colombia por el ex magistrado Humberto Barrera Domínguez en su libro “Juzgamiento de los Altos Funcionarios del Estado”, Edit. Temis, Bogotá, 1962 y según lo destacó Guillermo Dávila Muñoz en el texto mencionado.

¹⁶ Investigaría a los Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina Judicial y al Fiscal General de la Nación.

¹⁷ Mediante Sentencia C-373 de 2016.

¹⁸ Comunicado No. 29. Corte Constitucional. Julio 13 de 2016

funcionarios aforados. Es de los episodios más deplorables de la Corte, pero escapa al contenido de esta ponencia ahondar al respecto.

La Cámara de Representantes (artículo 178 numeral 3 CP) acusará ante el Senado cuando hubiere causas constitucionales al Presidente de la República y a otros aforados¹⁹. El juicio será ante el Senado (artículo 175 CP), el acusado quedará de hecho suspenso de su empleo como primera consecuencia²⁰. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones o a indignidad por mala conducta, impondrá pena de destitución del empleo o privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, pero se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema. La sentencia definitiva será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios al menos de los votos de los Senadores presentes.

Véase entonces cómo el procedimiento es demasiado largo y tortuosamente innecesario. Diseñado deliberadamente para que no funcione. La sola aspiración y además legítima del ciudadano de a pie de que la Cámara acuse ante el Senado, deviene por tanto en ingenua ambición. Una vez el Senado asuma su rol de juez, prosigue el viacrucis, porque el ulterior arribo del proceso por su voluntad a la Corte Suprema, pareciera una hazaña propia de La Ilíada.

Para acabar de completar ese penoso periplo y como si no fuera ya motivo de evidente preocupación, la Corte Constitucional en polémico fallo²¹, extendió el fuero penal y político a eventos

¹⁹ Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, miembros del Consejo Superior de la Judicatura y al Fiscal General de la Nación.

²⁰ Como recientemente ocurrió con el magistrado de la Corte Constitucional, Jorge Pretelt.

²¹ Sentencia SU-431 de 2015. Caso del ex Fiscal General de la Nación como accionante en tutela, Eduardo Montealegre, quien fue investigado por la

disciplinarios y fiscales, es decir, las reglas de la competencia de ser excepcional, restringida, reglada y expresa, la tornó analógica como en un acto de magia. Hubo dos salvamentos de voto que destacaron ese enorme error. Uno de ellos²² aludió a lo que Carlos Nino apelaba “*inconsistencia pragmática*”, concerniente a la contradicción entre lo que se enuncia y lo que se hace a nivel práctico, pues no era posible que la Corte sostuviera que el fuero era de carácter restringido y al mismo tiempo resolviera finalmente extenderlo a través de la creación de un procedimiento inexistente en la Constitución. Conjuntamente el diseño institucional del aforamiento previsto originalmente en la Constitución no hacía alusión a la responsabilidad fiscal por parte de los aforados, porque el control fiscal (artículo 267 CP) recae sobre una actividad muy específica, la gestión fiscal, la cual no es desarrollada, en sentido estricto por ninguno de los funcionarios aforados por el artículo 174 de la CP.

Advertimos ya que el Congreso o el Parlamento es el escenario democrático para los juicios políticos contra el Jefe de Gobierno. Pero opinamos que la investigación por asuntos penales debería estar a cargo del titular del órgano “*Prosecutor*”, encargado de ejercitar la acción penal y obviamente como lo destacamos atrás debería ser con un origen político foráneo al del Presidente en la nominación y elección. La autoridad encargada del juicio sería la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como sucede en América o el Tribunal Constitucional como acontece en Italia (artículo 134 CP).

Como ventaja es posible que el Congreso pueda salvaguardar al Presidente de la República durante el ejercicio de su mandato – escribió Jaime Giraldo Ángel²³-, conservando como requisito de procedibilidad para que pueda adelantarse la investigación penal en su

Contraloría General de la Republica, la Corte Constitucional ordenó que la competencia era de la Cámara de Representantes.

²² Myriam Ávila Roldán como magistrada (e).

²³ Ex ministro y ex magistrado colombiano de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Texto tomado en la presentación al libro citado de Guillermo Dávila Muñoz.

contra por la Corte Suprema de Justicia, la realización del juicio político de responsabilidad, pero terminado su período debe quedar la Corte facultada para iniciar oficiosamente las investigaciones penales a que haya lugar, aún por delitos cometidos durante el ejercicio del cargo y por razón de sus funciones, porque no es ético que alguien delinca sin que deba ser juzgado, así se trate del primer Magistrado de la Nación. Esta última postura del proceder *motu proprio* por supuesto la compartimos y así se infiere del texto del estudio que presentamos.

Propuestas varias consistentes en que el juzgamiento del Presidente de la República, por ejemplo que debería ser atribuido a una entidad diferente al Congreso Nacional –según planteó Guillermo Dávila Muñoz²⁴– y encargado para tal efecto a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Aludió asimismo que en ocasiones se había hablado que dicha tarea podría ser encargada a un Tribunal Especial integrado por los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura. No estamos de acuerdo con lo postrero pues estimamos resultaría peor el remedio que la enfermedad.

5 CRISIS DEL PRESIDENCIALISMO

Quizá haya consenso en los defensores de una supuesta democracia –porque la real es una utopía–, en el entendido que los diferentes poderes procedieran soberanamente y al unísono obraran coordinadamente en el cumplimiento de los fines múltiples del Estado. Sin embargo en los regímenes presidenciales el Ejecutivo invadió progresivamente las competencias propias del Legislativo –y desde luego del Judicial, convertido apenas en su apéndice–, casi que de manera perversamente consentida. Es una crisis ciertamente de la Administración Pública como un todo inescindible. La penumbra se incrementa cuando los Tribunales Constitucionales olvidan que son guardianes de la Constitución para volverse en cortesanos del poder de

²⁴ En el libro mencionado.

turno. De la misma manera cuando las Cortes Supremas se degradan en partícipes de tanta impunidad.

Desde una perspectiva materialista por su formación ideológica, Ernesto Saa Velasco²⁵, citando a Julio Silva Colmenares en el libro *“Los verdaderos dueños del país”*, aludía al marco monopolista que asfixia la realidad colombiana y latinoamericana, porque el monopolio contemporáneo es internacional, su espacio es el mundo entero y las modalidades y diversificaciones devienen infinitas, penetrando sutilmente a las *“sociedades en vía de desarrollo”* y entre las manifestaciones institucionalizadas del monopolio rotuló el profesor payanés como *“La crisis del Congreso y el fortalecimiento del régimen presidencial”*.

El régimen gubernativo presidencial nació en el Constitucionalismo estadounidense con la Constitución de Filadelfia (1787, 1789, 1891). La figura del Presidente de la República y su compañero de fórmula el Vicepresidente –figura política que va más allá de cortar cintas en inauguraciones de obras–, son emblemáticas al ostentar la mayor dignidad política en un Estado derivado de la legitimidad del voto universal, así se trate del precario voto indirecto a través de Colegios Electorales como increíblemente sigue ocurriendo en EEUU. Por su parte el Congreso de la República, investido también por la majestad del sufragio popular, se le contrapone con lo que se conoce como *“checks and balances”*, vale decir, el balance ideal de pesos y contrapesos. Teóricamente es un discurso irreductible.

El control político le corresponde al Congreso de la República²⁶ en la magna tarea de investigar políticamente al Presidente de la República y a los Ministros a través de los juicios políticos, juicio de oportunidad y conveniencia soportado en la ética de auténticos partidos políticos y de una patriótica oposición política y que ciertamente no existen en Colombia, por contera ni siquiera habrá

²⁵ SAA VELASCO, Ernesto. Los procesos políticos colombianos y sus hombres. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996.

²⁶ Artículos 114, 138, 214 numeral 5, 215 inciso 8° de la CP.

posibilidades de que prosperen las mociones de censura (artículo 135 CP)²⁷.

Lástima, pues en verdad siempre hemos defendido en la academia que la función más trascendente de un Parlamento es el control político. Así, el Ejecutivo no abusaría impunemente de tanto poder propio de los Césares, porque en nuestro régimen gubernativo “Presidencialista” (concepto degradado del Presidencialismo), el Presidente goza de los atributos de un autócrata. Con razón escribió el profesor Carlos Restrepo Piedrahíta: “28. La historia colombiana de todo el siglo veinte ha sido escenario de la progresiva hipertrofia presidencialista y voces de tan prominente autoridad intelectual y política como las de Uribe Uribe, Lleras Camargo y López Michelsen, no han logrado siquiera excitar levemente la espesa atmósfera de superstición que magnifica y fortalece la magistratura ejecutiva del Estado”²⁸.

La Monarquía ha tenido adeptos en América, recuérdese a Agustín de Iturbide en México; a Pedro I pionero del Imperio en Brasil (1821); y a Simón Bolívar, Libertador de cinco Repúblicas, partidario como lo indicó en su discurso (1826) ante el Congreso de Bolivia al afirmar que el Presidente era como el sol en el universo y que dicha autoridad suprema debería ser perpetua; su pensamiento al respecto lo materializó en Colombia con el Decreto Orgánico (1828) mediante el cual acabó con la Constitución Política de 1821.

No en vano se conoce entonces como la “*Presidencia Imperial*”, calificativo que el historiador estadounidense Arthur Schlesinger

²⁷ “Por moción de censura se entiende el acto mediante el cual el Congreso en pleno, y por mayoría absoluta, reprocha la actuación de uno o varios Ministros del Despacho dando lugar a la separación de su cargo” (Ley 5ª de 1992, artículo 29).

²⁸ RESTREPO PIEDRAHÍTA, CARLOS (1988). “El síndrome del Presidencialismo en Colombia”. En: Temas de Derecho Público. N° 16. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Público, pp. 32 y 33. ECHEVERRI QUINTANA, Eudoro. Las causales del control de constitucionalidad. Edit. Legis. Bogotá, 1ª edic., 2014, p. 287, 288.

utilizaba para referirse al régimen gubernativo de EEUU como "*La Presidencia Imperial*"²⁹.

Alfredo Vázquez Carrizosa³⁰ asimismo recurrió a tan diciente título para nuestro país en su incipiente historia republicana: "En el orden constitucional de la Gran Colombia, antes que en cualquier otra parte de la América Latina, se instituyó el Presidente. Que no fue el mandatario constitucional, sino el Presidente imperial. Bolívar es un caso aparte que une las dimensiones del guerrero a la talla del político continental y del jefe autocrático. Y del conflicto de poderes entre el supremo poder del tutor del Estado y el Vicepresidente que se atiene al rigor de las leyes, Santander, vendrá la crisis Grancolombiana de 1826". Criticó a la Corte Suprema de Justicia por su endeble actuación en las dos memorables ocasiones cuando se quebró el ordenamiento constitucional al producirse sendos Golpes de Estado, en 1900 y en 1953, el Vicepresidente, Juan Manuel Marroquín, derrocó al titular Manuel Antonio Sanclemente y Gustavo Rojas Pinilla al titular Laureano Gómez y al Designado Roberto Urdaneta Arbeláez, respectivamente. "Sorprende, para decir lo menos, la flexibilidad de la Corte al admitir, en aquellas circunstancias memorables, la destitución de dos presidentes con desconocimiento del orden constitucional"³¹.

De la misma forma apuntó el ex presidente Alfonso López Michelsen³², refiriéndose a un Congreso sin oficio, supeditado a lo que se conoció en su tiempo como "*la Presidencia Imperial*", que degeneró

²⁹ Puede revisarse al respecto el estudio de Anabella Busso, El paralelismo "Watergate - Sexgate", donde analizó los escándalos caso Watergate, "Irangate", "Sexgate", publicado en la Revista de Relaciones Internacionales Nro. 15. http://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R15/R15-EBUS.html

³⁰ VÁZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. El poder presidencial en Colombia. La crisis permanente del derecho constitucional. Editor Enrique Dobry. Bogotá, 1ª edic. 1979, p. 25. En el epígrafe de La Síntesis la tituló "De la presidencia imperial a la presidencia constitucional", p. 399 ss.

³¹ VÁZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. Ob. cit., p. 419.

³² LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. Borradores para una reforma constitucional. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Público. Temas de Derecho Público. N° 24. Bogotá, 1991, p. 44.

en una camarilla de profesionales de la política, participando de las fallas del sistema que ostenta más el carácter de un club que de una asamblea deliberante.

Sucede que las mayorías aplastan a las minorías en los Congresos o Parlamentos. Razón para que algunos repudien la democracia por su equivalencia con la dictadura de las mayorías. Las minorías³³, por tanto, deberían tener garantizados los mecanismos para acceder a la moción de censura con independencia de la cuantía de sus miembros para activarla.

6 MATIZAR EL FUERO PRESIDENCIAL: ¿Propuestas desarticuladas?

Véanse casos recientes, ¿caso de mutación constitucional? ¿No obstante convendría incorporar dichos modelos frente a la inoperancia de los ortodoxos? Creemos que sí.

El caso de Italia con su rica historia jurídica. Desafiante el primer ministro a la sazón Silvio Berlusconi (según comunicados de prensa), manifestaba que únicamente ante el éxito de una moción de censura del Parlamento, dimitiría, pues no toleraría lo que llamaba el abuso y la manipulación denigrantes de la justicia penal porque había sido ungido para gobernar. Berlusconi fue investigado por casos de sobornos, delitos propios de los servidores públicos, entre otras infracciones. Fueron jueces ordinarios los juzgadores, por ejemplo el Tribunal de Milán lo condenó en primera instancia por las relaciones sexuales a cambio de dinero con una menor de edad, sin embargo el Tribunal de segunda instancia lo eximió de responsabilidad penal. Advertimos que al fuero especial se extienden los delitos ajenos al ejercicio del cargo, al menos así sucede en Colombia y es de su lógica jurídica.

³³ REQUEJO, Paloma. Véase sobre el tema su libro: “Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias”. Edit. Ariel Derecho. Barcelona, 1ª edic. 2000.

El Parlamento en Italia está conformado por la Cámara de los Diputados y por el Senado de la República (artículo 55 CP), el control político en relación con el voto de confianza y el de desconfianza o moción de censura la pueden ejercer ambas Cámaras, característica de un Parlamento Bicameral (artículo 94 CP). Hubo pronunciamientos del Parlamento de repudio sobre esas investigaciones por estimar que no eran competentes. ¿Cómo entonces pasó? ¿Se trató acaso de una mutación constitucional porque tal como comentamos atrás el Tribunal Constitucional es el órgano que juzga al Jefe de Gobierno? (artículo 134 CP).

Y en relación con la situación ocurrida en Estados Unidos de América en el caso Clinton. Cuna del Constitucionalismo en América y pilar en el mundo occidental. Según la Constitución Política, el Senado posee el derecho exclusivo de juzgar sobre todas las acusaciones por responsabilidades oficiales y cuando se juzgue al Presidente de la República deberá presidir el del Tribunal Supremo. En los casos de responsabilidades oficiales, el alcance de la sentencia no irá más allá de la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar y disfrutar cualquier empleo honorífico, de confianza o remunerado de los Estados Unidos; pero el individuo condenado quedará sujeto, no obstante, a que se le acuse, enjuicie, juzgue y castigue con arreglo a derecho” (Artículo Uno, Sección Tercera, párrafos 6 y 7).

Específicamente aludimos al indecoroso asunto de Mónica Lewinsky versus el Presidente Bill Clinton, más allá del asunto sexual, deviene el tema político. El fiscal Kenneth Starr, figura política supuestamente independiente, presentó once cargos de posibles delitos graves en su contra para el enjuiciamiento. Lo acusó de doble perjurio ante el Gran Jurado, obstrucción a la justicia y abuso de poder. La finalidad política sería la iniciación del proceso de destitución (*impeachment*) por parte del Congreso. Recuérdense del otro antecedente protagonizado por Richard Nixon en el caso Watergate, proceso que no continuó ante el Congreso por su renuncia en 1974.

Mencionamos igualmente a Otto Pérez Molina y a su vicepresidenta Roxana Baldetti, gobernantes de Guatemala, acusados de corrupción, investigación que estuvo a cargo de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) en cabeza del ex magistrado colombiano Iván Velásquez y de la Fiscalía especial contra la impunidad, el juzgamiento estuvo a cargo de la justicia ordinaria a cargo del juez Miguel Ángel Gálvez, caso conocido con el nombre de La Línea.

La justicia ordinaria a través del juez instructor, Claudio Bonadío, investiga a la ex presidenta de Argentina, Cristina Fernández de Kirchner, por supuestos delitos de corrupción. Empero, la Cámara de Diputados tiene la legitimidad para acusar ante el Senado al Presidente y otros altos dignatarios en las causas de responsabilidad que se intenten por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes; cuando el acusado sea el Presidente de la Nación, el Senado será presidido por el Presidente de la Corte Suprema (artículos 45, 53 y 59 de la CP).

Adviértase cómo una vez cesó el fuero del Presidente al hacer dejación del cargo, la jurisdicción ordinaria asumió la competencia para encausarlos por la comisión de delitos. En Colombia³⁴ ese fuero especial permanece aunque hubiere cesado en el ejercicio del cargo por las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas. Vale decir, el fuero en esos términos es eterno e impune.

³⁴ Artículo 235 de la CP.

7 LA RESPONSABILIDAD DEL JEFE DE ESTADO O DE GOBIERNO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL³⁵

Para comenzar, debo establecer una diferencia general entre las causales de jurisdicción (competencia)³⁶ y de admisibilidad. En ese orden de ideas, el estudio de la jurisdicción es una etapa previa al de la admisibilidad, dado que en este se analizan factores como el *material* (que sea un crimen de competencia de la CPI); el *temporal*³⁷; el *territorial*³⁸ y el *personal*.

³⁵ ECHEVERRI CALLE, Pablo. "Derecho Penal Internacional en Colombia: ¿entre profundas lagunas y peligrosas antinomias?". Universidad Externado de Colombia. Tesis de grado de Maestría en Derecho Penal (actualmente el texto está en proceso de publicación por la Universidad Externado de Colombia).

³⁶ Una precisión interesante es que en los textos oficiales del ER en inglés y español se usan terminologías diferentes. En ese sentido, mientras en la traducción oficial en español (cfr. <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>) se habla de *COMPETENCIA*, en el texto oficial en inglés se refieren a *JURISDICTION* (cfr. <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>). Pese a que soy consciente que, de acuerdo con la Teoría General del Proceso, existen diferencias entre los conceptos de jurisdicción y competencia, por razones metodológicas aquí no se seguirá esa distinción semántica. Por esa razón, usaré el término jurisdicción o competencia en esta monografía como si fueran sinónimos, tal como la ha hecho la Corte Penal Internacional en su jurisprudencia.

³⁷ Los criterios inherentes al elemento temporal de competencia son: **a)** Los hechos ocurridos después de julio 1 de 2002, norma que –hasta hoy– no tiene excepción en el marco de la competencia de la CPI (art. 11 ER); **b)** Los Estados partes podían elevar una salvaguardia de 7 años, pero exclusivamente para los crímenes de guerra (art. 124 ER); **c)** Los Estados que no sean partes pueden ratificar el ER con posterioridad a su vigencia, inclusive aceptando la competencia de la CPI retroactivamente (arts. 11 y 12 # 3 ER).

³⁸ Que los crímenes internacionales sean cometidos por cualquier persona mayor de 18 años, sin importar su nacionalidad, dentro del territorio de un Estado parte, o en nave o aeronave registrada en ese mismo Estado (art. 12 # 2A ER). No obstante, estas condiciones espaciales no serán necesarias si el caso es referido a la

Sobre este último factor debo precisar que los eventuales *sujetos pasivos* de la competencia de la Corte Penal Internacional (más técnicamente denominado como *parámetro personal* de competencia) son los mayores de 18 años (art. 26 Estatuto de Roma en adelante ER), en pleno ejercicio de sus facultades mentales, que sean:

A) los nacionales de un Estado parte (art. 12 #2b ER); B) aquellos quienes, pese a no ser nacionales de un Estado parte³⁹, cometan crímenes internacionales en el territorio, o a bordo de una nave o aeronave matriculada en un Estado parte (art. 12 # 2a ER); o C) cualquier nacional de cualquier Estado del mundo, siendo irrelevante la jerarquía del cargo oficial ostentado (art. 27 ER)⁴⁰, siempre que la situación haya sido remitida por el Consejo de Seguridad.

Sobre este punto, quizás uno de los avances más significativos y recientes en la jurisprudencia penal internacional sea la de admitir situaciones contra Jefes de Estado en ejercicio, tal como ocurrió en los emblemáticos casos de OMAR AL BASHIR en Sudán y posteriormente en Libia, con MUAMMAR GADDAFI⁴¹.

Corte por el Consejo de Seguridad, tal como ocurrió en las situaciones de Sudán del Sur o de Libia.

³⁹ Para profundizar sobre cómo la Corte ejerce su jurisdicción sobre los nacionales de los Estados que no son parte del Estatuto de Roma, hay un artículo muy completo publicado por la Universidad de Oxford en 2003: AKANDE, Dapo. “*The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits*”. *Journal of International Criminal Justice*. Volume 1. Issue 3. Pp. 618-650. Oxford University. 2003. (Consultado el 24 de julio de 2016 en http://www.oxfordjournals.org/our_journals/jicjus/2003award.pdf).

⁴⁰ De hecho, el propio art. 27 ER despeja cualquier duda al respecto cuando expresamente resalta que ningún “...*Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno*” será eximido de su responsabilidad por el cargo ostentado. Así mismo, tampoco se tendrán en cuenta los fueros o inmunidades, tanto las previstas en el Derecho Interno como en el Derecho Internacional.

⁴¹ “*At this juncture, the Chamber also notes that, consistent with its findings in the Al Bashir Case, the official position of an individual, whether he or she is a national of a State party or of a State which is not party to the Statute, has no effect on the Court’s jurisdiction.*”

8 CONSIDERACIONES FINALES

El estudio exploró las falencias en la investigación y juzgamiento por conductas de la esfera de penal y disciplinaria en el régimen gubernativo presidencial. El Jefe de Gobierno es históricamente abusivo en el ejercicio despótico de sus funciones y los encargados de fungir como investigadores y jueces en un desgastado fuero especial se convierten en copartícipes de esas arbitrariedades garantizándole impunidad total.

El juicio político deberá ser ejercido de manera irreductible por el cuerpo colegiado por excelencia, vale decir, Congreso o Parlamento, sin que sea óbice el control político como derecho originario por parte de la Nación en el derecho a la resistencia contra el mal gobernante.

Críticas soportadas en la dialéctica del mundo político imponen estudiar variantes para conjurar esa crisis irremediable. El concepto de fuero especial parece haber hecho metástasis. Los episodios ocurridos en Italia, EEUU, Guatemala y Argentina, donde la jurisdicción ordinaria asumió las averiguaciones penales contra los Jefes de Gobierno, son reflejo del malestar ciudadano y la respuesta a ese enorme desafío.

El régimen gubernativo presidencial de tan exquisita historia en cabeza del Presidente de la República, figura emblemática por la legitimidad que le confiere el voto popular universal, está en el ojo del huracán, no sólo en Estados Unidos de América, sino en el resto del

(Subrayado y negrilla fuera de texto). INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre Trial Chamber 1. Situation in Libya. Decision on the "Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah ALSENUSSI". 27 June 2011. **ICC-01/11**. (Consultado el 22 de junio de 2016 en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1099314.pdf>). Párr. 9. Debo reiterar que, tal como lo preceptúa el Estatuto de Roma y lo sostiene la Corte Penal Internacional, el fuero interno, posición o dignidad oficial del procesado es indiferente para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte, se trate o no de un Estado parte.

continente, ha ganado con méritos el calificativo usado por algunos de “*La Presidencia Imperial*”. El Jefe de Estado se ha erigido paulatinamente en un Emperador⁴². Categoría que le permite presumir que no tiene juez ni siquiera para un control político.

Para la humanidad fue un respiro de esperanza la consagración expresa de la responsabilidad penal de los Jefes de Estado o de Gobierno en el derecho penal internacional, específicamente en el Estatuto de Roma, que instituyó como órgano permanente a la Corte Penal Internacional en el juzgamiento de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Son muy representativos los casos ahora de Omar Al Bashir en Sudán y ulteriormente en Libia, con Muammar Gaddafi.

9 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto. Juzgamiento de los Altos Funcionarios del Estado, Edit. Temis, Bogotá, 1962.

BUSSO, Anabella. El paralelismo "Watergate - Sexgate". Revista de Relaciones Internacionales Nro. 15. Disponible en: http://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R15/R15-EBUS.html

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. LA HAYA.

DÁVILA MUÑOZ, Guillermo. Del juicio y juzgamiento de los altos servidores públicos del Estado. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001, 1ª edic.

ECHEVERRI QUINTANA, Eudoro. Las causales del control de constitucionalidad. Edit. Legis. Bogotá, 1ª edic., 2014.

⁴² Un buen ejemplo en Colombia fue el contenido del Acto Legislativo 1 de 2016.

ECHEVERRI CALLE, Pablo. Derecho Penal Internacional en Colombia: ¿entre profundas lagunas y peligrosas antinomias? Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Tesis de grado de Maestría en Derecho Penal.

GIRALDO ÁNGEL, Jaime. Citado en el libro de Guillermo Dávila Muñoz. Del juicio y juzgamiento de los altos servidores públicos del Estado. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001, 1ª edic.

LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. Borradores para una reforma constitucional. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Público. Temas de Derecho Público. N° 24. Bogotá, 1991.

REQUEJO, Paloma. Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias. Edit. Ariel Derecho. Barcelona, 1ª edic. 2000.

RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos (1988). El síndrome del Presidencialismo en Colombia. En: Temas de Derecho Público. N° 16. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Público.

SAA VELASCO, Ernesto. Los procesos políticos colombianos y sus hombres. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996.

UNIVERSIDAD DE OXFORD en 2003: AKANDE, Dapo. “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”. Journal of International Criminal Justice. Volume 1. Issue 3. Pp. 618-650. Oxford University. 2003. (Consultado el 24 de julio de 2016 en http://www.oxfordjournals.org/our_journals/jicjus/2003award.pdf).

VÁZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. El poder presidencial en Colombia. La crisis permanente del derecho constitucional. Editor Enrique Dobry. Bogotá, 1ª edic. 1979.

LA CORRUPCIÓN CONECTADA A LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES

Fabiana Juvêncio Aguiar Donato¹
Valéria Aparecida Nogueira²

1 INTRODUCCIÓN

En materia publicada en el New York Times, en 09 de octubre de 2012, el periodista Simon Romero dijo que: Brazilians are so used to impunity, especially when it comes to the legendary corruption in their political system, that they often employ a fatalistic maxim to describe it: The police arrest; the courts set free, se refriendo exageradamente. La cuestión es que fenómenos fáctales como la corrupción no pueden ser tratados como posibles de solución mágicas, inmediatas y por la prensa, como parece desear el articulista desde el punto de vista, cuando asevera que: la political hero of sorts is even emerging in the case: Mr. Barbosa (HUNT), the court's only black justice, who is overseeing the trial. Masks of his face are already being sold in advance of the annual Carnival celebration, and computer-manipulated images of him clad in superhero out fits have been circulating on the social media.

¹ Doutoranda em Ciências da Educação - UHLT/ PT. Mestre em Ciências da Educação/ULHT. Especialista em Educação, Desenvolvimento e Políticas Educativas/ISED. Especialista em Psicopedagogia Institucional/IESP. Licenciada em Letras/CESMAC. Cursando Direito/IESP.

² Mestra em Ciências da Educação pela Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias – Lisboa – Portugal. Investigadora e Pesquisadora do Ceief – Centro de Estudos e Intervenção em Educação e Formação da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias – Lisboa - Portugal. Especialista em Educação, Desenvolvimento e Políticas Educativas (ISED). Especialista em Psicopedagogia Institucional (IESP). Graduada em Letras (CESMAC). Cursando Direito/ IESP – PB.

2 CONTEXTUALIZACIÓN DE LA CORRUPCIÓN

Heloisa Starling cita que:

En su origen griega, la palabra corrupción apunta para dos movimientos: algo que se rompe en un vínculo; algo se degrada en el momento de esa ruptura. Las consecuencias son considerables. De un lado, se rompe el principio de la confianza, el eslabón que permite al ciudadano asociarse para interferir en la vida de sus padres. De otro se degrada el sentido del público. Por cuenta de eso, en las dictaduras, la corrupción tiene funcionalidad: sirve para garantizar la disipación de la vida pública. En las democracias – y delante de la República – su efecto es otro: sirve para disolver los principios políticos que sustenta las condiciones para el ejercicio de las virtudes del ciudadano.

Por esos motivos Rose-Ackerman tiene insistido en la tese de que las sociedades contemporáneas no pueden funcionar sin altos niveles de confianza, llegando al punto de sustentar que *trust and a strong civil society are taken to be synonymous* (ROSE ACKERMAN). Una primera dificultad hermenéutica que se pone aquí es saber cuales los sentidos que se puede atribuir a la expresión violación (derecho Humanos y Fundamentales), ¿no particular?

Solo hay violación cuando se rompe la orden legal escrita aquí comprendida en toda su extensión principio lógico y seguido por reglas. Parece que sí, hay una, porque se extendió en muchos los significados y sentidos de las normas jurídicas con el fenómeno por veces exagerado y destorcido de la abertura sistemática de los contenidos normativos, a punto de ampliar las posibilidades configurativas de Derechos; a las dos, es necesario parámetros también objetivos de expansión de los sentidos de las normas, bajo pena de

instituirse, con incontrolable subjetividad, locus autoritarios de poder decisivo sobre lo que significan (LEAL, 2012).

No hay dudas de que la corrupción encontrase directamente conectada a la violación de los Derechos Humanos y Fundamentales, visiblemente cuando los actos corruptivos son utilizados como formas de violación del sistema jurídico como un todo. Dicho por Michael Johnston: when an individual in order to have access to health or education needs to bribe a doctor to obtain medical treatment or a teacher to be allowed to attend a class his right to health and education is infringed by corruption (ROSE-ACKERMAN, 2011).

De acuerdo con Paolo Mauro, que dice algunas directrices importantes, ya fue constituida a la indagación sobre las tipologías de violaciones de derechos envolviendo actos corruptivos, a partir de las cuales, con más seguridad y clareza, se puede necesitar lo ocurrido, a saber:

(a) identificar bien la práctica corruptiva en juego, estableciendo de forma objetiva cuales los comportamientos que se encuadran como tales, identificando los perpetradores, víctimas y violaciones practicadas;

(b) delimitar si las violaciones practicadas afectan efectivamente Derechos Fundamentales, demarcando bien las metas y contenidos de estos Derechos atacados, bien como estableciendo cuales las obligaciones estatales firmadas en el que tañe a los Derechos en cuestión;

(c) identificar cuales los ámbitos y límites de responsabilidades estatales en los casos específicos de violaciones de aquellos Derechos, y se hay providencias institucionales por ser tomadas en fase de las víctimas y sus reparaciones, evidenciando aún si los perjuicios sufridos recorrieron por cuenta exclusiva o concurrente de la falla del Estado en respetar, proteger y dar efectividad a los Derechos (MAURO, 1998).

Tal raciocinio de acuerdo con Putman aplica de igual suerte para el tema del derecho a un proceso justo, establecido, por ejemplo,

por el art.14, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos – ICCPR, de la Organización de las Naciones Unidas ONU, garantizando a toda persona humana una justa, efectiva y eficiente administración del sistema de justicia ,he ahí que ella es titular del derecho de tener un tratamiento ecuánime y ser escuchado ante cualquier competente, independiente e imparcial tribunal o corte (PUTNAM,2001).

3 MANO DE OBRA Y LA DEMOCRACIA

Otra cuestión envolviendo este tema es lo que dice con el hecho de que, no raro, las Constituciones contemporáneas en el Occidente tienen previsto el Derecho Fundamental al Trabajo a la ciudadanía – además, como ya se hace tiempo las normativas internacionales, y tal derecho entendido no solamente como posibilidad de elegir libremente el trabajo, pero lo de tener acceso a oportunidades de trabajo digno.

En este sentido, the right to work is complemented by the prohibition of slavery, servitude and forced and compulsory labor (ICCPR Art. 8) (ANECHIARICO, 1998).

Mismo en el campo de la tradicional representación política que caracteriza la Democracia Representativa la corrupción puede traer profundos impactos a los Derechos Fundamentales Políticos, considerándose exactamente que esta tradición opera con la lógica de constituir un derecho de cada ciudadano involucrarse en la conducción de los negocios públicos a través del ejercicio del voto, o de ser candidato, en elecciones justas y libres, fundadas en la idea de sufragio universal a través do voto secreto – además, disposición expresa do art.25, do ICCPR (PINTO-DUCHINSKY,2002).

Pesquisas recientes del Fondo Monetario Internacional envolviendo 71 (setenta y uno) países Occidentales tienen revelado que los que poseen los mayores indicadores de corrupción sistemática también tienen las mayores tasas de mortalidad infantil, evidenciando

políticas públicas bajísimas de tratamiento preventivo y curativo de gestantes y niños (GUPTA, 2002). De igual suerte el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Unión Europea hay identificado la omisión y fallas de regulación en las actividades individuales, de grupos o corporaciones, bien como fallas en la protección de los consumidores en fase de prácticas perjudicial de salud (HUNT, 2006).

4 HISTORIA

Adentrando en el tema, preceptúa Leal (2013, p. 6), que la filosofía de Aristóteles, de cierta forma, trató sobre la corrupción cuando urdió consideraciones sobre la virtud humana, entendiéndola como aquella que es moralmente aprobada. Aún, “[...] la Modernidad trajo los conceptos de moralidad y virtud aristotélicos para sus días, en el sentido de la virtud ser comprendida como disposición firme de ganas de actuar segundo la regla/norma por la cual es definido lo BIEN.”

Para Aristóteles (1992, p. 17) “[...] el arte y toda indignación, así como toda acción y todo propósito, visan algún bien; por eso fue dicho acertadamente que lo bien es aquello a la que todas las cosas visan.” Explica todavía Leal (2013, p. 10) que lo “bien”, comprendido en él la moral y la ética, para los hombres que poseen virtud, debe estar relacionado también a otras cuestiones que son inherentes al hombre y sus relaciones en la sociedad, como la educación, el trabajo, la cultura, y otros. Lo “bien” y sus derivaciones deben ser como imperativos de acción, conduciendo a actitudes en favor de la sociedad.

Para tal efecto, Leal (2013, p. 15), recociendo lo que aduz Maquiavel, destaca que lo bueno gobernante debe de estar amparado en la virtud y en la fortuna, situaciones visiblemente mundanas (empíricas y contingenciales), dejando de lado cuestiones cristianas y metafísicas de la virtud, tomando las decisiones con eficacia y convicción.

A saber, Maquiavel (2006, p. 239), entiende que la corrupción “es la degradación de las costumbres y la falta de respeto a las leyes” y [...] “puede ser identificada con el apartamiento de la virtud cívica y de la vida libre y con la acentuación de la desigualdad.”, con el advenimiento de la Edad Moderna, hay una ruptura de las antiguas amarras del derecho natural, volteándose a humanidad a la realización de una confirmación del cotidiano de la sociedad, regulando y controlando las conductas a través de reglas.

En ese período, destacase Thomas Hobbes que traduce la naturaleza humana como “una carrera en la cual es necesario vencer siempre, comienza con un esfuerzo inicial, que es la sensación del deseo; estar continuamente ultrapasado correspondería a la miseria, y ultrapasarse a quien está delante correspondería a la felicidad.” (LEAL, 2013, p. 16).

Hobbes (1993, p. 50), no “De Cive”, refuta a tesa, defendida por innúmeros actores que escribieron sobre la república, que el hombre ya nació capaz de vivir en sociedad, y explica que por motivo “[...] de nuestra naturaleza, no buscamos la sociedad por sí misma; lo que queremos es recibir de ella honras y ventajas; estas en primer lugar, aquellas, después. Hobbes no *Leviatán* (2000, p. 71) establece que “reputación de prudencia” cuando de la conducción de la paz o de la guerra es poder, y el gobierno es siempre confiado a quien actúa con cautela.

Destarte, el gobernante tiene de demostrar cualidades que legitimaran su gobierno. Sin embargo, a pesar de esas cualidades, explica el autor que: todos los hombres por naturaleza están dotados de grandes lentes de aumento (o sea, las Pasiones y el Amor propio), a través de las cuales la mínima contribución aparece como un inmenso fardo; por otro lado, ellos son destituidos de aquellas lentes prospectivas que permiten ver de lejos las miserias que los amenaza que no puede ser evitadas sin esas contribuciones (HOBBS, 2000, p. 135).

Aún, Hobbes (2000, p. 230) entiende que el Estado puede ser enfermo, así como el cuerpo natural advenido de procreación defectuosa pudiera ser, siendo estas enfermedades decurrentes de una institución imperfecta. Pero, en otro aspecto, importante aclarar que la violación de leyes civiles no, necesariamente, es sinónimo de corrupción, pues estaría se reduciendo el carácter de inmoralidad pública y privada que también son presuposiciones de la corrupción (LEAL, 2013, p. 18-19)

De acuerdo con Rousseau, la degeneración del Estado hace parte del ciclo natural, así como el hombre, que a partir del nacimiento, ya comienza a morir. (LEAL, 2013, p. 20-21) Rousseau (19, p. 131), en el libro “El contrato social”, establece que lo desinterese social del ciudadano por el Estado es notable, y explica que:

[...] el servicio público deja de ser la principal ocupación de los ciudadanos, y estos prefieren su interés, el Estado se acerca de su ruina. Es necesario ir al combate, y entonces se pagan a las tropas y dejan quedar en casa. Es necesario ir al consejo, pero momean diputados y permanecen en casa. Por fuerza de la pereza y del dinero, tienen soldados para servir a la patria y representantes para véndela.

Y todavía complementa que en “[...] un Estado realmente libre, los ciudadanos hacen todo con sus brazos y nada con su bolsa.” (ROUSSEAU, 19--, p. 131), demostrando que hay dos tendencias predominantes sobre el surgimiento (origen, formación y desarrollo) del Estado en Brasil: una política y otra sociológica. La tendencia política, también llamada de weberiana, ampliamente acepta por los científicos sociales del país, entiende que el Estado brasileño se hizo estructuralmente patrimonialista, esta mental y burocrático como el modelo de organización portugués.

Ya la tendencia sociológica, también llamada de marxista, demuestra que el Estado surge en Brasil por medio de mudanzas

sociales y económicas, de una estructura agraria para un modo de producción capitalista (WOLKMER, 1990, p. 44). Bajo la óptica de la tendencia sociológica, que se puede percibir en la herencia recibida de Brasil colonia la estructura patrimonialista, burocrática y autoritaria, así como, la estructura hasta hoy vigente del interés de los “dueños del poder”, “[...] de los grandes propietarios y de nuestras elites dirigentes, notoriamente egoístas y corruptas.” (WOLKMER, 1990, p. 45).

En lo que dice respecto a la corrupción estar más fácilmente tipificado en el fracaso económico, como es el caso del soborno, no necesariamente habita solamente en este campo, pudiendo ejemplificarse, con actos de vinculación no económica, como el plagio, donde alguien se apropia de trabajo ajeno para obtener una ventaja académica para sí, y por eso, se da cuenta que el poder y el reconocimiento también son tan motivadores de la corrupción cuanto ventajas monetarias (LEAL, 2013, p. 5).

Gorczevski (2012, p. 30) conceptualiza ciudadano como, “aquél que tiene el poder de tomar parte en la administración deliberativa o judicial de la ciudad.” Ya ciudadanía, como cualidad de ciudadano de debe ser conceptualizada en conformidad con el contexto social que está inserida, pudiendo el concepto tomar ángulos distintos en relación al tiempo, lugar, y las condiciones socio económicas (GORCZEVSKI, 2012, p. 36-37). La idea de beneficio personal en el ejercicio de la administración pública por parte de los gestores tienen origen portuguesa, pues los gestores portugueses buscaron en Brasil aumentar las riquezas personales, práctica culturalmente aceptada en Portugal y traída para el Brasil, colonia de exploración portuguesa, como expuesto a seguir: “La cultura brasileña asumió los contornos migrados del Estado Patrimonial Portugués, ya se observó, atingido por un persistente desvío de ruta, que lo dejó al margen de los movimientos que envolvían los principales países de Europa”.

La corrupción, en la visión de García e Alves (2006, p.173), está penetrada en la historia con previsión expresa desde las escrituras sagradas, bien como consubstanciada en las preocupaciones de las

antiguas legislaciones. Y, segundo los mencionados actores, eso es perceptible con lo dispuesto en la Ley de las XII Tablas, que declaraba pena capital al juez que recibiese dinero o valores.

Los referidos actores prosiguen discurriendo sobre el asunto, abordando a las previsiones romanas de 149 a.C.:

En conformidad con el prescrito por esta ley, aprobada a través de plebiscito, los jueces corruptos serían compelidos, en acción ajuiciada por los Provincianos, a resarcir los daños causados al erario, siendo dispensado idéntico tratamiento a la corrupción y a la concusión, las cuales eran conocidas por el nombre común de *Crimen Repentundarum*, estando los incursores, en ambos los casos, abrigados a restituir lo que habían recibido, lo que justifica la denominación atribuida a los ilícitos. (GARCIA; ALVES, 2006. p.174).

Tras el análisis de los aspectos históricos y conceptuales de los institutos de la corrupción y de la improbidad administrativa, cuestionase sobre el papel del poder judicial en ese contexto, o sea, en una sociedad y gobierno impregnados de casos de corrupción e improbidad administrativa (ROSE-ACKERMAN, 2000).

Inicialmente, para Rogério Gesta Leal (2013, p. 19), para los fines de determinarse prácticas individuales corruptivas violan Derechos Humanos, es indispensable identificar cuales acciones u omisiones son exigidas del Estado para proteger, respetar y efectivizar estos Derechos, razón por la cual el claro entendimiento de los objetos y contenidos de estos Derechos es necesario a la delimitación de las responsabilidades estatales

De esta manera, solamente será posible entender la interferencia de la corrupción en los Derechos Humanos, en la medida en que sepa identificar el papel del Estado relativamente a estos derechos. Y, conforme estructura organizacional de los poderes compete al Poder Ejecutivo la adopción de políticas públicas con la

finalidad de concretizar los derechos fundamentales y sociales previstos en la Constitución Federal, siendo que el art. 2º establece la participación de los tres de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial (ROSE-ACKERMAN, 2000).

5 EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN

Leal (2013, p.17) los cancheros de corrupción producen efectos inmediatos sobre varios sectores de la vida civil, fundamentalmente en los productivos (industriales y empresariales), he ahí que ellos reducen la efectividad de políticas públicas volteadas al mercado, fomentando actuaciones clandestinas e irregulares por parte de los actores de la producción, lo que produce el incremento de la economía informal con todos los riesgos y violaciones de derechos laborales y sociales que esto acarrea. Estos escenarios todavía impactarían de forma violenta los Derechos Humanos y Fundamentales.

En ese contexto, mientras institución política, la principal competencia de la función jurisdiccional es controlar la constitucionalidad de las leyes y de los actos normativos producidos por el Legislativo o por el Ejecutivo, y, también, como guardia de la Constitución, esperase que controle el ejercicio del poder por las instancias del Estado, de forma a asegurar la voluntad del Poder Constituyente (MACHADO, 2012, p. 77).

Conforme Rogério Gesta Leal (2013, p. 19), la práctica corruptiva necesita ser analizada en el contexto de los objetivos y contenidos de los Derechos Humanos o Fundamentales envueltos, verificando se ella afecta tales contenidos de forma directa o indirecta, y si el Estado falla en dar cuenta de su obligación de protégerlos, respálos y los efectivizar.

Relata todavía Leal (2013, p. 19), no habrían dudas de que la corrupción se encuentra directamente conectada a la violación de los Derechos Humanos y Fundamentales, especialmente cuando los actos

corruptivos son utilizados como forma de violación del sistema como un todo.

El art. 1º, inciso II, de la Constitución de la República Federativa de Brasil, de 1988, contempla la dignidad de persona humana como principio absoluto y fundamental de nuestro Estado democrático de Derecho. Si fuera la dignidad del hombre el fin último del Estado y de una sociedad, a práctica de conductas ilícitas, irresponsables y deshonestas hace el hombre prisionero de sí mismo, además de subestimar la naturaleza de las relaciones que consiste en la integración de la vida en sociedad.

Capra, en una perspectiva científica de la vida en todas sus categorías, concepciones y contextos de vida, avala esa cuestión exponiendo su visión de la siguiente forma: “Todas las cosas están como la sangre que une una familia... Todo lo que ocurre con la Tierra, ocurre con los hijos e hijas de la Tierra. El hombre no teje la tela de la vida; es apenas un hilo. Todo lo que hace a la tela, él hace a sí mismo.” (CAPRA, 2006 p. 9)

La corrupción domina el mundo, ella se alastra por todos los continentes bajo todos los aspectos y formas. Muchas organizaciones internacionales y regionales están desarrollando y luchando por la “implementación de principios no obligatorios y reglas de conducta en nivel nacional, en el que atine a la corrupción pasiva y activa, y particularmente al comportamiento de las empresas transnacionales.” (RAMINA, 2008, p, 110).

En ese sentido aclara Carvalho, citado por Leal:

[...] Son muy diversificadas las actitudes delante de la corrupción. Hay los moralistas, que juzgan señal de la degradación de las costumbres. Hay los céticos fatalistas, para quien ella siempre está en el DNA del brasileño. Hay los cínicos, para quien el país es así mismo, lo mejor es aprovechar. Hay los instrumentales, que la consideran un medio para atingir objetivos. En llave conservadora, es

el instrumentalismo de robar, pero lo hace. En clave de izquierda, es la idea de medio para promover la justicia social. Hay los sistémicos de izquierda para quien lo que debe ser virtuoso es el sistema, no importando los vicios de las personas. Hay también los sistémicos liberales, no moralistas, para quien también lo más importante es virtud del sistema, pero que considera el gobierno honesto e eficiente como parte integrante de la virtud del sistema, un fin en sí y no apenas el medio. (LEAL, 2013, p. 13).

Innegable que la corrupción hace parte de la historia de todos los tipos y formas de Gobierno. Montesquieu (2010, p. 151) en su obra *El Espíritu de las Leyes*, enuncia los efectos de la corrupción: “[...] Cuando una República es corrompida, no hay como remediarse cualquier de los males resultantes, a no ser apartado la propia corrupción y restableciendo los principios”, demostrando, por lo tanto que la prevalencia del poder de los principios en un gobierno puede desterrar los efectos corruptivos de un Estado. En la década de 70, Érico Veríssimo, en su obra *Incidente en Antares*, ya abordaba esa temática. En su romance creó un enredo en que siete cadáveres que no fueron debidamente sepultados asombraban la ciudad, más vivos de que muertos, desenmascarando la hipocresía de clase dominante y el abuso de poder de los gobernantes. “Esto es apenas el principio.” (VERÍSSIMO, 1979, p. 257).

La referida convención de la OEA estima elementos activos y pasivos de las prácticas de la corrupción doméstica y de la internacional. Ramina identifica la esencia de la Convención:

[...] El objetivo de la convención de la OEA incluye la implementación por los Estados, de mecanismos de prevención, detección, punición y erradicación de la corrupción, así como su cooperación en el sentido de asegurar la eficacia de tales mecanismos. La Convención se dirige la corrupción en el ejercicio de las

funciones públicas [...] (RAMINA, 2008, p. 74).

Filgueiras preceptúa:

[...] La corrupción también puede asumir una forma cultural en la medida en que lleve en consideración, en el juicio moral de valor, las costumbres. Si el contenido de juicio moral es la costumbre, exigiese del agente moral su honestidad ante al potencial corruptor de bienes externos, formateando lo bien vivir en torno de la honra persona, la cual torna el agente pasible de juzgamiento por parte de la comunidad. El comportamiento orientado por normas, en ese contexto, ocurre una vez que el agente moral se sintiera obligado consigo mismo, o sea, vincule al actuarse la conquista de los bienes internos, ante al potencial corrupto de los bienes externos, tornándose honrado frente a sus participantes en la comunidad. La corrupción es, necesariamente, un peligro para la reproducción de la tradición, porque el potencial corruptor de los bienes externos torna la excelencia del actuar vulnerable por la vía de vivir un cotidiano. La corrupción depende de los campos simbólicos que designa las prácticas honestas o como corruptoras, de los agentes teniendo en vista la honra personal en fase del juicio emitido en torno de los valores fundamentales de la comunidad. (FILGUEIRAS, 2006, p. 17-18).

Para Leal (2013, p. 19) “imprescindible analizar cuales las acciones o omisiones exigidas del Estado para proteger, respetar y efectivizar estos Derechos, razón por lo cual lo claro entendimiento de los objetos y contenidos de estos Derechos es necesario a la delimitación de las responsabilidades estatales.”

Luño (2004, p. 20) garante que “los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un

Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respecto y la promoción de la persona humana”, entonces se puede percibir que la base de nuestra Constitución Democrática son los derechos fundamentales que garanten el respeto por el Estado a los individuos. El actor todavía declara que esos derechos fundamentales son muy relevantes, pues pueden concentrar una gama muy amplia de derecho que deben ser respetados para que se instituya el bienestar social dentro del Estado Democrático de Derecho, dando mayor visibilidad a los derechos sociales, que se presentan como aquello necesario para el básico de una vida digna y respetada por el Poder Público. (LUÑO, 2004, p. 40).

De esa manera pasamos a verificar, entonces, que delante de esa democratización de los derechos, los derechos fundamentales pasaron a tener importantes papeles en el ordenamiento jurídico, una vez que son la garantía que los ciudadanos tienen en fase del Estado, y también delante de los otros miembros de la sociedad, debiendo ellos (los derechos fundamentales) por ser protegidos y, cuando la norma constitucional garantice su concretización, deben los poderes organizacional-legislativo del gobierno obedecer y, cuando eso no ocurrir, cabe, entonces, al poder judicial garantizarlo. (BARROSO, 2009, p. 286).

Y Leal (2013, p. 25), corroborando tal pensamiento, afirma que la corrupción no se resolverá muy pronto y en un pase de mágica, necesitase estrategia y legislación que sean suficientes a resolver el problema y lo minimizar poco a poco, también menciona que la población debe si atiene al practicar pequeños actos corruptivos para que haya una mudanza cultural, o sea, “la cuestión es que fenómenos de todas las formas como la corrupción no pueden ser tratados como pasibles de soluciones mágicas, inmediatas y difundidas por la prensa [...], pero reclama mudanzas profundas en hábitos y costumbres culturales, políticos y institucionales”.

Hablaron mucho de nuevos mecanismos que sean capaces de interrumpir el crecimiento de esas patologías corruptivas. Con la

Constitución Brasileña de 1988 Para dar el fortalecimiento de la idea de un individuo responsable, conjuntamente con el Estado de formar la sociedad y el gobierno que lo representa, bien como la moralidad administrativa pasó a tener mayor destaque y se abrió espacio con la Ley de improbidad administrativa para punición de persona que violen los valores de la moralidad, entre otros principios constitucionales que nortean la Administración Pública. Pero muchos de esos mecanismos no son formas suficientes en sí para amenizar las prácticas corruptivas. (LEAL, 2013, p. 144).

No entender de gran parte de los juristas, el cuadro de corrupción vivido en el país es más que desalentador, lamentador sería el termo, teniendo en vista que, además de engañar el Estado y los derechos ciudadanos, deteriora el espíritu nacionalista de la población de brasileños.

Mientras estos hechos son estampados en periódicos de alta circulación nacional, lo que se puede notar es que gestores, políticos y empresarios corruptos prosiguen su guión: enriquecen ilícitamente; actúan políticamente de forma inescrupulosa, utilizan la máquina pública en beneficio propio; se sirven de la cosa pública al revés de servir a la población; cargos públicos son rellenados por elementos indicados por los conocidos “padrinos”. El que se presencia - mismo después del instituto constitucional de 1988 - es el total desmando en relación a los intereses y bienes públicos (MIRANDA, 2009).

De ahí la importancia de que se establezcan políticas públicas preventivas, donde se tiene especial destaque la educación, ya que todavía se vinculan a las jóvenes generaciones arraigadas conceptos, matrices culturales expresas en el “jeitinho brasileiro”, (con un poco de mano izquierda) en la pillería y lo hermoso y antipático “¿sabe con quién está hablando?”, según puntúa Da Matta (2011, p. 80-81). El actor adentra en la cuestión cultural de la gente brasileña retratando los paradojos del sistema social patrio (MAURO, 1998).

6 CONSIDERACIONES FINALES

Es considerado que, cuanto más politizados fueren los ciudadanos, menor el grado de tolerancia y asimilación de las conductas y redes corruptivas; cuanto mayor el protagonismo social de los beneficiarios, mayor la implantación y consolidación de los derechos sociales, considerando que los sujetos participan de la formateo y del destino político de la nación.

Se da cuenta, de que esta forma de utilizar el bien público con favorecimiento individualizado, en detrimento de la mayoría, no es considerada práctica nacionalizada, según cita la Fundação Getúlio Vargas, publicados en la Revista Veja (2005), también como es posible de percepción en los Estados en que las cadenas de corrupción fueron dilaceradas, haciendo con que se percibiese un visible aumento del PIB, crecimiento económicos y efectivos sociales a la mayoría de la clases menos favorecidas.

Sin embargo, en ese sentido, caben estrategias administrativas para que la normalización sea ejercida, teniendo un ámbito jurídico efectivo a cohibir actos corruptivos, una vez que, tales comportamientos tramiten en libertad en los espacios institucionales y en las prácticas de sus agentes, que poseen la función de garantizar la efectución de los derechos sociales y fundamentales a que hacen merecer todos los ciudadanos.

En suma: los enseñamientos que proporcionó y fundamentó el estudio, registrando que la cuestión crucial desarrollada en la reflexión, que sirve “para entender mejor como los Derechos Humanos y Fundamentales son letalmente impactados por los actos corruptivos [...]” (LEAL, 2013, p.32).

Por lo tanto, los dirigentes gubernamentales tienen el deber de llegar a ser corporativos atentos a la ciudadanía, evitando los perniciosos conflictos entre las esferas públicas y los agentes que trabajan en la organización pública, buscando formas que visan la legalidad, la impersonalidad, la eficiencia, la moralidad y la publicidad

de sus actos para que los ciudadanos sean atendidos por la maquina pública y no por el interés de grupos políticos.

7 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANECHIARICO, Frank and JACOBS, James B. *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective*. Chicago: University of Chicago Press, 1998, p. 66.

ARISTÓTELES. Política. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 01 jul. 2013.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Lafonte, 2012.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

Art. 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

BARBOSA, Livia. *O jeitinho brasileiro*. 10ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. *Revista de direito do estado*, v. 1, n. 3, jul./ set. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEZERRA SILVA, Jonathas. *A legitimidade do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Org.). *Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Experimentalismo Institucional*. Brasília: IDP, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BORBA, Everton José Helfer de; REIS, Jorge Renato. Democracia cooperativa eletrônica: novas perspectivas para a aquisição de um espaço público não estatal.

CAPRA, Fritjof. A teia da vida. São Paulo: Cultrix, 2006. CORRUPTIONS PERCEPTIONS INDEX 2012. Disponível em: <http://issuu.com/transparencyinternational/docs/cpi_2012_report?e=2496456/2010281>. Acesso em: 10 de julho de 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

CUSTÓDIO, André Viana; MANARIM, Messias Silva. Fundamentos para a compreensão dos novos movimentos sociais no Brasil contemporâneo. In.: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

DOUGLAS, William; TEIXEIRA, Rubens. As 25 Leis Bíblicas do Sucesso. Rio de Janeiro: Sextante, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DWIGHT, Cerqueira Ronzani. Corrupção, improbidade administrativa e poder público no Brasil. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VIII, n. 10, Jun 2007.

EINSTEIN, Albert. Como vejo o mundo. Rio de Janeiro: Saraiva de bolso, 2011. Edição especial.

FILGUEIRAS, Fernando. A corrupção na política. In: Perspectivas teóricas e metodológicas. Boletim CEDES, v. 5, p. 1-29, Juiz de Fora, 2006.

LUÑO, Antonio E. Perez. Los derechos fundamentales. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

FERREIRA, António Gomes. Dicionário de latim-português. Porto Alegre: Porto, 19--.

FILGUEIRAS, Fernando. A corrupção na política: perspectivas teóricas e metodológicas. Juiz de Fora, 2006.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GRISA, Sandro Eduardo. Considerações sobre os movimentos sociais na América Latina no século XXI. In.: WOLKMER, Antonio Carlos; VIEIRA, Reginaldo de Souza (Org.). Estado, política e direito: relações de poder e políticas públicas. Criciúma: UNESC, 2008.

GORCZEWSKI, Clóvis. A fundamentação da democracia: participação política e autocondução como exercício de um direito natural. In.: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

GORCZEWSKI, Clóvis. Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

GORCZEWSKI, Clóvis. Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

GUPTA, Samuel, DAVOODI, H.R. TIONGSON, E. Corruption and the Provision of Health Care and Education Services, Governance, Corruption and Economic Performance. Washington, D.C.: International Monetary Fund, 2002.

HOBBS, Thomas. De cive: elementos filosóficos a respeito do

cidadão. Tradução de Ingeborg Soler. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

HOBBS, Thomas. Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

HOLANDA, Sérgio Buarque. O homem cordial. Seleção de Lilia Moritz Schwarcz. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque. Raízes do Brasil. 26. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. 5. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HUNT, Paul. Report of the Special Reporter on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health. Paul Hunt, U.N. Doc. E/CN.4/2006/48, 3, March 2006, p.40.

LEAL, Rogério Gesta. A Decisão Judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais. Chapecó: Unoesc, 2012, e LEAL, Rogério Gesta (Org.). Ativismo Judicial e Déficit Democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. v. 5. n. 9. Montevideu, 2006.

KELLER, Rene Jose. O embate da advocacia pública contra a corrupção estatal: da raiz antropológica aos limites objetivos de atuação. Estudos de Direito PGE RS/ Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – vol. 2, n. 3. Porto Alegre: PGE, 2013. Semestral.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8 ed. São Paulo: WMF Martins, 2009.

KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MAURO, Paolo. Corruption and Growth. In: Quarterly Journal of Economics, 110-3, August, p. 681- 712, 1998.

MAQUIAVEL, Nicolau. A arte da guerra. Tradução Patrícia Fontoura Aranovich. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. Ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

MIRANDA, Gustavo Senna. Corrupção pública: uma pandemia nacional. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/lists/artigos/dispform.aspx?ID=168>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

MOTA, Pedro Vieira. Montesquieu O Espírito das Leis. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NETO, Eurico Bitencourt. Improbidade administrativa e a violação de princípios. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medida. Teoria da improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PINTO-DUCHINSKY, Michael. Financing politics. A global view, Journal of Democracy. Volume 13, Number 4 October 2002, p.03

PUTNAM, Robert D. Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy. New Jersey: Princeton University Press, 2001, p.41.

RAMINA, Larissa L. O. Ação Internacional contra a corrupção. Corrupção e direito ao desenvolvimento. Curitiba: Juruá, 2008.

REIS, Jorge Renato; GORCZEWSKI, Clóvis (Org.). Constitucionalismo contemporâneo: desafios modernos. Curitiba: Multideia, 2011.

RONZANI, Dwight Cerqueira. Corrupção, improbidade administrativa e poder público. Revista da Faculdade de Direito de Campos, a. VIII, n 10, jun 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 01 jul. 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social: princípios de direito político. Tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 19.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 01 jul. 2013.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Trust, Honesty, and Corruption: Reflection on the State-Building Process. Publicado no Archives of European Sociology, 2001. In: <http://papers.ssrn.com/abstract=283429>, acessado em 19 agosto. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. Repensando a questão da historicidade do Estado e do Direito na América Latina. In.: WOLKMER, Antonio Carlos; VIEIRA, Reginaldo de Souza (Org.). Estado, política e direito: relações de poder e políticas públicas. Criciúma: UNESC, 2008.

WOLKMER, Carlos Antonio. Elementos para uma crítica do estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

DANO ADVINDO DA PERDA DE UMA CHANCE

Gecilda Facco Cargini¹

1 INTRODUÇÃO

A Teoria da Responsabilidade Civil pela perda de uma chance surgiu e se expandiu, primeiramente, na França, depois a doutrina e as jurisprudências de outros países europeus passaram a adotar a mesma teoria, inclusive a Italiana, que a princípio ofereceu resistência às novidades trazidas por esta nova concepção de dano que acontecia.

O dano que pode ser indenizável teve origem a partir da análise de casos concretos que levavam a compreender, que independente de um resultado final, a ação ou omissão de um agente que poderia privar outra pessoa da oportunidade de chegar a um resultado. Diante da necessidade de conceder à sociedade uma amplitude justa e possível aos direitos e garantias individuais, doutrinas e jurisprudências adotam a teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, esse tipo de perda, deve sempre tomar por base à própria chance perdida, com amparo em um juízo de probabilidade, quanto a sua efetivação, e não a vantagem patrimonial concreta que, dela decorreria, caso se efetivasse da maneira esperada pela pessoa, que sofreu o dano.

Desta forma, o objetivo geral deste trabalho é a demonstração que a responsabilidade civil pela perda de uma chance pode levar o indivíduo condições inseguras, não esquecendo que todo ser humano

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Franca-SP – UNIFRAN e Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Almeida Rodrigues – FAR. Cursando Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires – UBA, modalidade intensiva.

tem direito a uma nova chance, e não existindo ninguém que a prive disso conforme descreve o Direito Brasileiro.

Assim, a problemática da questão é que muitas pessoas não sabem disso e não buscam seus direitos deixando que fiquem sem qualidade de vida, por não terem seus benefícios atendidos. Isso acontece principalmente, em casos de erros médicos.

Diante de tais fatores se deu a escolha do assunto, para que este venha chamar mais atenção dos formandos em direito e também de todos que possam ter a chance de ler o referido trabalho que foi elaborado através de lições de grandes autores, artigos publicados, Códigos e também de perceber, observar quantos são os problemas relacionados a este estudo.

Assim, em um primeiro momento este trabalho apresentou as noções de fatos jurídicos classificando – os em jurídicos e ilícitos.

Depois, observou – se a evolução histórica da responsabilidade civil, com conceitos e definições, bem como os elementos da mesma, as espécies de dano: moral e material e os novos danos: atendências da ampliação.

E por fim, definiu – se a teoria da perda de uma chance, a natureza jurídica do dano causado pela perda de uma chance, a aplicação nas cortes internacionais e a problemática da indenização do quantum indenizatório a partir da seleção de um julgado oriundo da justiça, em virtude das chances perdidas.

Verifica – se que o estudo da responsabilidade civil pela perda de uma chance ganhou debates forenses nos últimos anos, principalmente nos casos médicos.

2 NOÇÕES DE FATOS JURÍDICOS

Observando o Direito de uma forma mais ampla ou mais humana como várias outras referencias existentes, o este também possui um ciclo vital, em que as fases ou momentos apresentam – se pela ocorrência de fatos, que possui efeitos jurídicos, razão pela qual a

doutrina descreveu fatos jurídicos (SILVA, 2011, p. 242), “*fato jurídico é todo o acontecimento da vida relevante para o direito, mesmo que seja ilícito*” ou ainda nas palavras de Gonçalves (2003, p. 234), “*fato em sentido amplo é todo o acontecimento da vida que o ordenamento considera relevante no campo do direito.*”.

Em uma relação mais determinada, ou seja, ampla, fato jurídica é o acontecimento, previsto em norma jurídica, num sentido mais resumido este é aquele que advém, em regra, de fenômeno natural, sem intervenção da vontade humana e que produz efeito jurídico.

A classificação do fato jurídico é a seguinte: Fato jurídico em sentido estrito: Ordinário X Extraordinário. Ato-fato Jurídico: é o comportamento humano, que gera efeito, mas que não há consciência (ou vontade). Ex.: menor que comprar balinhas. Ação humana: ilícita: negócio jurídico e ilícita.

2.1 Atos jurídicos

Para Cruz (2005), os atos jurídicos são expressões da vontade humana, destinadas a produção de efeitos. Há a vontade consciente e direcionada do homem para que o ato se manifeste e produza suas consequências, que são relevantes para o ordenamento, ressaltando que esses atos lícitos buscam os efeitos previstos nas normas, já o negócio jurídico é conduta humana acrescida da vontade criativa.

Segundo Diniz (2004, p.67), estes atos, podem ser lícitos ou ilícitos.

São ilícitos, os proibidos em lei, direta ou indiretamente. E a prática de tais atos que gera o direito a indenização ao dano moral ou material. Lícitos, os que decorrem da vontade humana, por força da chamada norma de liberdade, pela qual todas as ações que não são proibidas legalmente permitidas, classificados em: atos jurídicos *strictu sensu* e em negócio

jurídico. Nos atos jurídicos *strictu sensu* verifica – se que a vontade humana se dirige aos efeitos previamente estabelecidos em lei.

Já o meio jurídico demonstra o papel da autonomia privada nas relações sociais, ou seja, é a possibilidade que o ordenamento confere aos particulares, que criam regras específicas para suas relações, desde que observados os limites gerais previstos.

2.2 Atos ilícitos

Conforme o próprio nome se refere, os atos ilícitos devem ser divergentes aos lícitos sendo os atos humanos praticados em desacordo com o que prescreve o ordenamento jurídico, possuindo, portanto, efeitos negativos, tendo em vista que estes repercutem na esfera jurídica. Exemplo: Artigo 186 do CC; médico que pratica eutanásia. Os atos ilícitos distinguem – se em duas modalidades de responsabilidade civil: a contratual e a extracontratual.

O conceito de ato ilícito e componente central, básico na teoria da responsabilidade extracontratual. Esta se concretiza na existência do ato ilícito e objetiva indenização, cabe então dois preceitos fundamentais na matéria, ambos da lei civil: o artigo 186, que define o ato ilícito, indicando – lhes os requisitos essenciais, e o art. 927, situado no livro das obrigações, que determinem a reparação do dano como consequência da prática ilícita. (GONÇALVES, 2003, p.89).

Neste sentido, verifica – se que haverá hipótese em que é notório o prejuízo da vítima, porém caso seja feita uma análise superficial, não conseguirá ver o dano certo e determinado, fato este imprescindível, para configurar o dever de reparação.

O Código Civil em vigor descrito por Venosa (2007) adotou a concepção do art. 927, com remissão aos artigos 186 e 187.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de 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.

O art. 927 trata do dever de indenizar. Salienta Tepedino (2006) que a doutrina aponta uma falha redacional no dispositivo. Referida falha reside no fato de que ser o dano elemento essência do ato ilícito. Com efeito, como já salientado, tamanha é a importância do dano na moldura do Direito Civil moderno que há autores que preferem usar a expressão “Direito de Danos”.

Não haveria, portanto, necessidade de mencionar ato ilícito, posto que ato ilícito e dano estão interligados.

As obrigações derivadas de atos ilícitos ou de fatos lesivos a terceiros são ilíquidas, requerendo liquidação do dano causado, ou seja, a fixação do quantum.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 Conceito e definições

A palavra responsabilidade. S. f. (Lat., de respondere, na acep. de assegurar, afiançar.) Direito Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito. A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que essa impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado (BITTAR, 1989).

Cavaliere Filho (2004) considera a responsabilidade civil como um meio de resposta a uma determinada falha comportamental, tendo como consequência uma possível indenização. Assim, descreve-se que as teorias que amparam esta responsabilidade exigem pressupostos essenciais, para a reparação do prejuízo ocasionado na vítima, possuindo três elementos: o dano, a conduta humana e nexo de causalidade, sendo o dano o primeiro que constitui diminuição do patrimônio.

A responsabilidade civil é descrita como a obrigação imposta a uma pessoa, que causou dano à outra pessoa por um fato próprio, de outras pessoas ou que sejam seus dependentes, uma pessoa tem a obrigação de não causar problemas aos seus semelhantes, mas, caso isso ocorra, esse indivíduo causador de dano passa a ter a obrigação de indenizar o prejuízo, caso o outro se sinta lesado (Venosa, 2007, p.234).

Deste modo, deverá representar um ato que diminua os bens materiais ou imateriais, que impõem um padecimento para a vítima, pois dela retira algo que julga ter. assim, o dano, em toda a sua extensão, há de abranger o que efetivamente se perdeu e o que se deixou lucrar; a conduta humana sob o prisma jurídico, capaz de responsabilizar alguém por suas atitudes, parte da ideia da voluntariedade.

No que diz respeito ao conceito de responsabilidade civil, Diniz (2002, p.98), ressalta que a:

Responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela pertencente ou de simples imposição legal.

A nova tendência e expectativa da responsabilidade civil voltam – se para a proteção da vítima de dano causal ao invés da punição do agente do ato ilícito, sendo a teoria da responsabilidade pela perda

de uma chance, mais um mecanismo de desenvolvimento jurídico, em prol do Princípio da Reparação Integral.

3.2 Elementos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil pela perda de uma chance é um instituto de origem francesa que visa à indenização de uma possibilidade de vantagem que foi perdida. A análise desse instituto requer a pesquisa de suas origens e, posteriormente, a doutrina e jurisprudência de outros países europeus passaram a adotar a mesma teoria, inclusive a Itália, que a princípio ofereceu resistência às inovações trazidas por essa nova concepção de dano que emergia (Dias, 1995).

Após, também se verificou a utilização do instituto no sistema da Common Law, na Inglaterra, em 1911. *Chaplin v. Hicks*. Tratou da chance perdida por uma candidata a um concurso de miss que foi impedida pela organização do concurso de participar da etapa final. O relevante neste caso é que pela primeira vez se fez um cálculo estatístico para apurar o quantum. Indenizatório (Aguiar, 1979).

O reconhecimento da chance perdida na Itália se deu em 1966, através de Adriano de Cupis. Este autor vislumbrou um dano independente do resultado final, vinculando a chance perdida a um dano emergente e não aos lucros cessantes. Essa nova concepção de dano passível de indenização teve origem a partir da análise de casos concretos que levavam a compreender que independente de um resultado final, a ação ou omissão de um agente que privasse outrem da oportunidade de chegar a este resultado fosse responsabilizado por tanto, ainda que este evento futuro não fosse objeto de certeza absoluta.

No Brasil, a teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil surge, como uma nova categoria de dano indenizável.

São exemplos, a decisão proferida pela 14
Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de

Janeiro, cujo relator da apelação, Sérgio Jerônimo Abreu Silveira condenou uma empresa que atua na área de coleta e armazenamento de células-tronco a indenizar um casal por não ter recolhido células-tronco do cordão umbilical da sua filha, nascida de cesariana em uma maternidade do Rio de Janeiro. A condenação publicada em março de 2009, não seria diferente dos milhares de recursos proferidos pelos tribunais no país, no tocante a contratação de um serviço e seu inadimplemento, bem como os danos relativos à responsabilidade civil envolvendo a teoria da perda de uma chance (GUIMARÃES, 2012, p.05).

Diante da necessidade de conceder à população a mais ampla e justa proteção passível aos seus direitos e garantias individuais, Doutrinas e Jurisprudência nacional passam a aceitar e adotar a teoria da perda de uma chance no seu ordenamento Jurídico.

3.3 Espécies de dano: moral e material

A perda da chance difere do Dano Moral, pois aquela uma tem caráter material, em que não se está avaliando a dor suportada pela vítima pela ocorrência de um evento danoso, mas sim, o que esta deixou de auferir em virtude da perda da chance. No que tange aos Lucros Cessantes, tem-se que a diferença destes dois institutos reside na prova (SAVI, 2006).

A teoria da chance perdida ainda tem muito a ser desenvolvida, pois não está devidamente sistematizada. Isso impede a sua devida aplicação causando receio e às vezes desconhecimentos dos doutrinadores do direito, na hora de aplicarem a devida punição. O mais importante é fazer as devidas destinações da perda da chance, de outros institutos jurídicos, para que os equívocos não transpassem a teoria e cheguem ao âmbito dos montantes indenizatórios. Quando corretamente aplicada, a perda de uma chance se torna instrumento

eficaz para atingir os objetivos da nova responsabilidade civil: a reparação integral do dano da vítima (CRUZ, 2005).

Esta ampliação do conceito de dano é relevante, uma vez que, a sociedade precisa de mais proteção que o Poder Judiciário podem lhe proporcionar, diante das grandes mudanças e evoluções ocorrida mundialmente.

Nos dias atuais, é notória a necessidade do sistema jurídico tutelar as diversas espécies de danos já existentes, bem como, as que estão emergindo e as que ainda não fazem presentes no cenário atual, porque a Constituição Federal em seu art. 5º, X assegura a todos os seres humanos direitos e garantias individuais: *“São invioláveis a intimidade, vida privada, a honra e imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*.

O dano moral consiste em qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, a sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, as suas afeições entre outros que derivam no mesmo sentido.

Ressalta-se que existem duas as correntes que são dominantes no conceito do dano moral a primeira compreende o dano moral como lesão aos direitos da personalidade, e a outra entende os danos morais como efeitos não-patrimoniais da lesão, independente da natureza do direito atingido, existindo ainda uma terceira corrente, mais moderna, que vê no dano moral a violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, reconhecendo o princípio da dignidade como ápice do ordenamento jurídico (SAVI,2006).

Independente da corrente ou do conceito adotado como percebe – se, contém diversas variações, é unânime que o dano moral deve ser indenizado, isso porque tem sua base no próprio princípio da dignidade humana instituído na Lei Maior, além do mais, a própria Constituição Federal inovou ao instituir o art. 5º, X com a possibilidade de reparação de danos.

3.4 Os novos danos: A tendência da ampliação

Conforme Diniz (2002), para que haja dano indenizável, será imprescindível a ocorrência dos seguintes requisitos:

- a) Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa, pois a noção de dano pressupõe a do lesado;
- b) Efetividade ou certeza do dano, porque a lesão não poderá ser hipotética ou conjectural;
- c) Relação entre a falta e o prejuízo causado;
- d) Subsistência do dano no momento da reclamação do lesado;
- e) Legitimidade, uma vez que a reparação só pode ser pleiteada pelo titular do direito atingido;
- f) Ausência de causa excludente de responsabilidade, pois pode ocorrer dano de que não resulte dever de ressarcimento, como o causado por caso fortuito, força, maior ou culpa exclusiva da vítima, entre outros.

O dano não é resultado almejado, a vitória, a vida, o provimento do recurso, dentre tantos exemplos já citados, mas sim, a própria chance perdida, que, desde que constatada como séria e real, integra ao patrimônio da vítima, sendo um bem jurídico tutelável e indenizável. Com efeito, a perda de uma oportunidade é uma espécie de dano material, em sua modalidade específica de dano emergente, segundo Lopes (2012).

Levando em conta estas considerações, o juiz deverá refletir sobre todas as circunstâncias objetivas do caso concreto, e em um trabalho difícil que haja resultado mediante a estatística ou pelo Princípio da Razoabilidade, deverá conduzir-se a fim de aproximar a probabilidade que a chance representava ante ao resultado almejado,

bem como mensurar o valor patrimonial desta oportunidade, caso a chance tivesse vingado na tão almejada vitória.

É plenamente possível a cumulação da indenização pela perda de uma chance com danos morais, desde que configurados os requisitos, para a responsabilização. Pois além da própria perda, a conduta do agente poderá causar abalos psicológicos, transtornos diversos entre outras séries de problemas em sua vida diária, danos morais, no entanto, jamais poderá ser confundido com a indenização pela chance perdida, de acordo com Morais (1998).

Isto se deve àqueles que tem o dever-poder de, compreendendo o verdadeiro alcance, transformar efetivamente a visão clássica da Responsabilidade Civil, buscando assim uma sociedade mais digna, solidária e justa, “fazer justiça aonde deve ter justiça” (MORAIS, 1998).

4 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Conforme Savi (2006) descrito por Lopes, (2007), a perda de uma chance com modificações, uma das mais recentes e que poderá gerar grande impacto relatado está dentro da responsabilidade civil ainda pouco difundido. O Direito Civil e seus institutos jurídicos vêm sofrendo modificações ao longo do tempo, fazendo com que os doutrinadores mudem de posição em seus julgamentos. Dentre as inúmeras no judiciário brasileiro é a teoria da responsabilidade civil, pela perda de uma chance.

A França foi percussora na adoção da teoria da perda de uma chance, como Instituto capaz de atribuir responsabilidades. O primeiro caso julgado na França data de 17 de julho de 1889, onde a Corte de Cassação Francesa aceitava conferir indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de uma

demanda lograr êxito mediante o seu normal procedimento (SILVA, 2007, p10).

O legislador pátrio, ao elaborar o sistema de responsabilidade civil no Código Civil Brasileiro, foi influenciado pelos sistemas francês e italiano esta discussão se impõe, pois parte dos doutrinadores entendem que, a perda da chance é uma espécie de lucro cessante, tendo em vista a perda da oportunidade de se obter um lucro, e outra parte da doutrina a considera, uma espécie de dano emergente, que é a impossibilidade de evitar um dano.

Justificar sua evolução e seu maior desenvolvimento, pois a teoria mais coerente na doutrina, no que diz respeito à natureza jurídica da perda da chance, é considerar esse instituto uma terceira modalidade de dano emergente e o lucro cessante. Savi (2006, p3).

Alguns doutrinadores que seguem este entendimento observam que a vantagem esperada é atual, embora incerta, pois o que se analisa é a potencialidade de uma perda, e não o que a vítima deixou de lucrar ou que efetivamente perdeu, assim, na perda da chance existe um dano atual baseado na hipótese.

No art. 186 do Código Civil Brasileiro foi estabelecido uma cláusula geral de responsabilidade civil. Savi (2006, p.96), ao comentar o referido, destaca que:

Não há, a nosso sentir, no Código Civil Brasileiro em vigor, qualquer entrave à indenização das chances perdidas pelo contrário, uma interpretação sistemática das regras sobre responsabilidade civil traçadas pelo legislador pátrio nos leva a acreditar que as chances perdidas, desde que sérias e reais, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexo causal entre a ilicitude do ofensor e a perda da chance. Isto, porque, assim como os códigos civis francês e italiano, o Código Civil Brasileiro estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade civil, em que se prevê a indenização de qualquer espécie de

dano sofrido pela vítima, inclusive o decorrente da perda de uma chance.

De fato, a teoria da perda da chance guarda uma proximidade com os lucros cessantes, uma vez ambos dizem respeito à situação futura e para a aplicação da teoria é necessário, que a chance perdida apresente certo grau de probabilidade quanto a sua efetivação, isto é, quanto à obtenção do benefício futuro pretendido pela vítima ou, quanto a se evitar o prejuízo iminente, não havendo que se falar em reparação no caso da mera possibilidade aleatória.

Na perda de uma chance, o autor do dano é responsabilizado não por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima; mas a sua responsabilidade decorre do fato de ter privado alguém da obtenção da oportunidade de chance de um resultado útil ou somente de ter privado esta pessoa de evitar um prejuízo. Assim, vislumbra-se que o fato em si não ocorreu, por ter sido interrompido pela ação ou omissão do agente.

A perda de uma chance apresenta na nova concepção de dano autônomo, passível de indenização no âmbito da Responsabilidade Civil, que é muito utilizado na França, Itália e Estados Unidos e recentemente começa a ser mencionado pela Doutrina e Jurisprudência Pátria.

Entretanto, a teoria da perda de uma chance, admite a relativização deste conceito, permitindo a existência da responsabilidade civil mesmo quando não existe o nexo causal da forma prevista na legislação ou no Código Civil Brasileiro. Salienta-se ainda, que a perda de uma chance não é considerada como lucros cessantes, e sim, dano emergente. Isso significa que trata de um efeito danoso, direto e imediato, de um ato ilícito, e, portanto, é uma consequência primária de tal ato, ensejando reparação, nos termos do artigo 186 do Novo Diploma Civil (CAVALIERI FILHO, 2008).

Para a concessão da indenização com base na perda de uma chance, além da comprovação da perda da vítima da oportunidade de

auférir o resultado almejado, a perda desta chance deve ser séria e real, pois simples esperanças subjetivas e danos meramente hipotéticos não são capazes de ensejarem a responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Sendo assim, para que seja imputado ao agente a obrigação de reparar o dano ocasionando à vítima, deve-se atentar para o caráter de certeza do dano em análise, ou seja, se o mesmo é passível de ensejar algum tipo de reparação civil, sendo portanto, “ uma questão de grau e não de natureza, desde que possa ser comprovado que caso não tivesse ocorrido a ação ou omissão do agente, a vítima teria uma chance séria e real de conseguir o resultado esperado, configura-se a responsabilidade civil decorrente da perda de uma chance, como ressalta (DINIZ, 2002).

As teorias que circundam a responsabilidade civil sempre entenderam como elementos essenciais para a reparação do prejuízo suportado pela vítima a existência de três elementos, são eles: o dano, a conduta humana e o nexo de causalidade. Entende-se por nexo de causalidade a ligação existente entre o dano e a conduta do infrator que deu causa a este dano, isso porque, ninguém pode ser responsabilizado por algo que não fez. Cavalieri (2008), bem se manifesta sobre o tema ao afirmar que pode-se dizer, não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que este dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o quê a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato.

Deste modo, ocorrendo à injusta frustração de uma chance séria e real, surge para a vítima o direito da indenização, não pela perda da vantagem futura, mas sim pela frustração da oportunidade de conseguir – lá, relacionando assim a chance perdida, deve ser considerada como um patrimônio presente, materializado na

possibilidade concreta de se alcançar uma situação futura mais benéfica (SILVA, 2007)

A responsabilidade civil pela perda de uma chance é dotada de características peculiares, uma vez que a sua configuração, identificação e indenização são feitas de uma forma distinta da que é utilizada nas hipóteses, que envolvem perdas danos.

4.1 A natureza jurídica do dano causado pela perda de uma chance

No que diz respeito à natureza jurídica do dano causado pela perda de uma chance (Do Fr. “Perte d’une chance”), regra de aplicação da responsabilidade civil em casos envolvendo médicos, geralmente por má avaliação do caso: como por exemplo (no caso de que resultou a criação deste princípio) a amputação dos braços de um bebê para facilitar o parto. No Brasil, a adoção da responsabilidade civil é baseada na “perda de uma chance” é relativamente nova, e o Código Civil de 2002 não fez menção a ela.

Em linhas gerais, a teoria, de construções doutrinárias francesa e italiana, configura-se na possibilidade de obterem indenização em decorrência da perda da oportunidade seja plausível e não aponte uma simples quimera: trata-se na possibilidade de que o evento ocorresse, ou seja, não fosse a intervenção do agente, esta chance deveria ser séria e viável.

Assim, a chance deve ser considerável, e não, meramente eventual, portanto, tem aplicação ampla, incidindo tanto nos casos de responsabilidade civil extracontratual, objetiva ou subjetiva, quanto nas hipóteses de danos oriundos de relações contratuais.

Considera-se que a perda da chance caracteriza-se pelo fato de que em virtude de uma conduta ilícita (ação ou omissão), desaparece a possibilidade da ocorrência de um evento que traria um benefício futuro para a vítima ou evitaria o risco de um determinado prejuízo.

4.2 A aplicação nas Cortes Internacionais

O tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance, possui notória discussão e aplicação na doutrina e jurisprudência estrangeira há algum tempo, já no direito nacional esta discussão vem despertando recente interesse pelos seus doutrinadores e juristas, no entanto ainda é muito pouco utilizado na prática, apesar de ser mencionado e aplicado em alguns julgados.

Na prática, facilmente encontra-se decisões concedendo a indenização pela perda de uma chance na França, Itália e Estados Unidos, quando encontrados requisitos necessários para a sua aplicação, ou seja, desde que presentes a evidente perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo; a existência da expectativa séria e real da obtenção de um resultado útil; e a observação do critério de probabilidade no sentido de que uma vez inexistente a conduta do agente, a vítima conseguiria conquistar a vantagem esperada, para Wald (1989).

De fato é que diante de tantas evidências o campo da responsabilidade civil não pode mais se dar o luxo de deixar de fora acontecimentos que antes eram considerados como mera fatalidade ou acaso do destino da sua gama de abrangências, tendo em vista que a legislação nacional estabelece que aquele que provocar dano a outrem fica obrigado de ressarcir-lo. *“As dificuldades de obtenção da prova, em determinados casos de danos corporais, e a necessidade de se proteger a vítima nestas circunstâncias, ensejaram a construção pela doutrina francesa da teoria da perte d’une chance”*. (MELO, 2009, p.49).

4.3 A problemática da indenização: Do quantum indenizatório

Um ou mesmo outro problema ligado à responsabilidade civil pela perda de uma chance se refere ao *“quantum debeatur”*, por ser de difícil aferição a condenação do valor a ser pago a título de indenização.

Diante disso, a aplicação da indenização deve-se utilizar de um critério de probabilidade ao estabelecer o valor devido á vítima, fazendo uma avaliação do grau da possibilidade de alcançar o resultado no momento em que ocorreu o fato, pois esta chance possui um valor pecuniário, e isso não pode ser negado, mesmo sendo de difícil quantificação, portanto é o valor econômico desta chance que deverá ser indenizado (STOCO, 2004).

Para delimitar o valor da indenização o juiz deve com base no caso concreto, fazer um juízo de valor de maneira equitativa, buscando encontrar a melhor solução para a lide. Sendo assim, após verificar qual o valor da chance perdida, deve atentar para o valor da indenização jamais poderá ser igual ou superior ao que recebia caso não tivesse sido privado da oportunidade de obter uma vantagem determinada.

Na perda de uma chance é possível a indenização de um sujeito que se vê privado da oportunidade de conseguir um lucro ou evitar um prejuízo e seu escopo principal concerne em reconhecer uma nova categoria de dano passível de indenização. Dano este autônomo e fundado na perda da oportunidade de alcançar o resultado esperado. Isso porque, a perda desta chance possui um valor econômico, que quantifica-se independentemente do resultado final, desde que apresente a possibilidade séria e real de conseguir esta vantagem (CRUZ, 2005).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilização civil pela perda de uma chance é um tema considerável e relevante, pois amplia esta área de atuação, uma vez que possibilita a indenização da vítima por uma nova espécie de dano. Considerando que na perda de uma chance a vítima ficou privada de obter o resultado esperado, justamente por um ato do ofensor que o privou da oportunidade de ver este resultado útil.

É interessante notar as discussões doutrinárias a respeito dos diferentes tópicos abordados, tais como o referente à natureza jurídica

da responsabilidade civil, danos, atos, fatos jurídicos e reparação, mas os operadores do direito devem ficar atentos para possíveis fraudes, pois muitos visam, na verdade, não à reparação do dano em si, mas apenas ao valor pecuniário e, como vimos, a proteção jurídica esta mais voltada para a reparação do dano à vítima e não à punição pecuniária.

Deste modo, hoje a responsabilidade civil é vista como a segunda parte da obrigação, é a consequência jurídica e patrimonial do descumprimento do débito.

Portanto, a perda de uma chance é uma modalidade autônoma, específica, de dano, não se amoldando aos tipos já conhecidos pelo sistema, no entanto, para a sua configuração é necessário que a vítima prove existência de um prejuízo e o seu nexos causal.

Depreende-se que a responsabilidade civil, como exemplo do caso médico, está basicamente no conceito de culpa, em suas diversas modalidades: a culpa por negligência, imprudência e imperícia, embora existam dificuldades na prova judicial desta ocorrência, a qual deve estar sempre baseada nos deveres de informação e aconselhamento, de assistência e prudência. Assim, ocorrendo falha do agente e comprovada a culpa, incide o dever de indenizar, que compreenderá os danos materiais e morais, em seus diversos graus de intensidade e valoração, conforme os critérios, que a lei e a jurisprudência vierem a fixar.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Dias José de. Da Responsabilidade Civil. 1979. 1979, p.852.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil: teoria e prática, 1989.

BRASIL. Constituição Federal (1988).

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2008.

CRUZ, Gisela Sampaio. O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil, vol. 7, 10º ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Curso de Direito Civil Brasileiro. 7º Responsabilidade Civil. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

GHERSI, Carlos A. Derechos Personalísimos. – 1ª Ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.

_____. (Director) Manual de Los Derechos de Usuarios y Consumidores/Carlos A. Ghersi y Celia Weingarten. – 2ª.ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.

_____. Daños al ecosistema y al medio ambiente/Carlos A. Ghersi; Graciele Lovece; Celia Weingarten – 2ª. Ed. Buenos Aires: Austrea, 2012.

GONÇALVES, Fernando. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788.459-BA da 4º Turma, julgado em 08 de Novembro de 2003.

GUIMARÃES, Janaina Rosa. Perda de uma chance. Considerações acerca de uma teoria. (artigo.). disponível em: <http://jusvi.com/artigos41209> Acesso em: 13 mai. 2012.

LOPES, R.N.F. Responsabilidade civil pela perda chance. (artigo publicado 2007). Disponível em: www.direitonet.com.br. Acesso em 12 de maio. 2012.

MELO, Nehemias Domingos de. Dano Moral. Problemática do Cabimento à indenização do Quantum. São Paulo: Atlas, 2009.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, 6º ed., 2004.

SILVA, Rafael Peteffi. Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance. São Paulo: Atlas, 2007.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil Pela Perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006.

TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações. Coimbra Editora, 6 ed. p. 375.

TEPEDINO, Gustavo. A Parte Geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2 ed. ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2007.

¿LAS POTESTADES OFICIOSAS DEL JUEZ LABORAL AFECTAN SU IMPARCIALIDAD?

Laura Liliana Matus Ortega¹

1 INTRODUCCIÓN

Si bien en la actualidad no hay dudas sobre las ventajas de un procedimiento especial en materia laboral, éste se ha implementado tardíamente en algunas legislaciones de Latinoamérica. Así por ejemplo, el procedimiento laboral vigente en Chile hasta el año 2006 – momento a partir del cual experimentó una importante reforma legal que se implementó gradualmente en el país– estaba basado en el procedimiento civil, que parte del supuesto de una igualdad entre las partes contratantes, lo que no se produce entre las partes de una relación laboral.

El procedimiento civil está inspirado en el principio dispositivo, el que otorga a las partes la libre disposición de sus pretensiones o derechos en el proceso, determinando cuándo los ejercen o de qué forma lo hacen. En contradicción a este principio se encuentra el de oficialidad, que rige en materias de interés público y en virtud del cual las partes carecen de libre disponibilidad sobre sus derechos. Ahora bien, es muy difícil que estos principios se desarrollen en una legislación sin excepciones o atenuaciones, y así ocurre en la legislación laboral chilena, inspirada por el principio de oficialidad, lo que permite que el juez detente ciertas potestades, sin que ello implique una inactividad de las partes.

¹ Abogada, magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social Universidad de Talca y Universidad de Valencia, alumna regular del Programa de Doctorado Intensivo de la Universidad de Buenos Aires (mención Derecho Laboral). Ha desempeñado labores como abogada litigante en distintas instituciones públicas y actualmente se desempeña como abogada del Instituto Nacional de Derechos Humanos en Chile.

La presente investigación por tanto, analizará el principio de oficialidad, y si su ejercicio afecta la imparcialidad que debe mantener el juez laboral, entendida ésta como un elemento del debido proceso. El tratamiento de esta materia se efectuará siempre tomando en consideración las especiales características del derecho de trabajo y la posición de desigualdad en que se encuentran las partes de una relación laboral. Se pondrá especial énfasis en las facultades probatorias, constitutivas probablemente del aspecto que causa mayor desconfianza sobre la imparcialidad del juez laboral, y a efectos de acotar la investigación descrita, se abordará principalmente la doctrina argentina y chilena que ha intentado responder la pregunta que guía esta investigación.

2 LA IMPARCIALIDAD COMO ELEMENTO DEL DEBIDO PROCESO

No hay consenso en la doctrina respecto a todos los principios que conforman el debido proceso, de hecho esta noción ha variado en el transcurso de la historia, relevándose en la actualidad su rol como “*única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos*”². Sin perjuicio de la prevención antedicha sí hay coincidencia respecto a la imparcialidad del tribunal como uno de sus elementos, lo que ha sido consagrado por los tratados internacionales que abordan esta materia. Así, a nivel latinoamericano, la imparcialidad del juzgador está regulada por el artículo 8 n° 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y por el artículo 14 n° 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos³.

² Al respecto véase Gozani, Osvaldo Alfredo, *El debido proceso en la actualidad*, revisado en http://www.profesorjimenez.com.ar/web/wp-content/uploads/2015/08/VII_JorDerProcConst_Gozaini.pdf

³ El artículo 8 n° 1 de la Convención Americana dispone: “Toda persona tienen derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o

Si bien a efectos de la presente investigación me centraré en la imparcialidad como un elemento del debido proceso, resulta interesante la perspectiva que desde la óptica de los derechos humanos es posible otorgar al principio de igualdad de las partes litigantes que algunos autores mencionan como elemento del debido proceso⁴. En efecto, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha establecido que uno de los elementos que componen el debido proceso en sede judicial es el principio de igualdad de armas de los litigantes. La igualdad por tanto deja de ser un concepto formal reflejado en la bilateralidad de la audiencia o principio contradictorio, esto es, la posibilidad que ambos litigantes ejerzan sus derechos en el proceso en igualdad de condiciones⁵. En atención a la relevancia creciente de los derechos humanos y el rol del debido proceso como garantía de los mismos, la igualdad de las partes en un juicio ha pasado a ser un instrumento que busca permitir el ejercicio de derechos en forma efectiva por parte de quienes se encuentran en condiciones de desigualdad real, y es por ello que el SIDH trata este elemento del debido proceso bajo el nombre de igualdad de armas, aludiendo a una igualdad más real que formal⁶.

para la determinación de sus derechos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En similar sentido, el artículo 14 n° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴ Así lo sostiene por ejemplo Tavolari, siguiendo a Alvarado Velloso, quien plantea que el debido proceso se compone de cinco principios básicos, a saber: igualdad de las partes litigantes, imparcialidad del juzgador, transitoriedad de la serie consecucional, eficacia de esa misma serie, y moralidad del debate. Al respecto véase Tavolari Oliveros, Raúl, “El proceso civil chileno: Lectura desde el debido proceso y la eficacia de cara a la reforma” en *Comentarios Procesales, Jornadas Académicas n° 19*, Edeval, Valparaíso, 1994, p. 89.

⁵ Algunos autores mantienen esta concepción formal de la igualdad, al respecto véase Alvarado Velloso, Alonso, *La imparcialidad judicial y el debido proceso (la función del juez en el proceso civil)*, revisado en <http://www.leyex.info/magazines/JURISVOL19N8201410.pdf>

⁶ Véase desarrollo de este principio en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, revisado

Esta nueva concepción de la igualdad tiene especial aplicación en el proceso laboral, en que se parte de la base de una desigualdad entre las partes contratantes, desigualdad que será mayor o menor dependiendo del tipo de empleador, pero que siempre está presente. En esa línea de razonamiento, uno de los principios inspiradores del derecho del trabajo es el principio protector de la parte más débil en una relación de trabajo, es decir el trabajador, y si este principio no se hace extensivo al proceso, el derecho de fondo perdería toda eficacia⁷.

Volviendo al objeto de este estudio, tradicionalmente se ha señalado que la imparcialidad es una base fundamental de la jurisdicción, junto a otras tales como la independencia, gratuidad, inexcusabilidad etc. Es decir, hablamos de un conjunto de principios regulados por el ordenamiento jurídico y sobre los cuales descansa la organización de los tribunales y que resultan esenciales para el correcto y eficaz ejercicio de la función jurisdiccional. La doctrina procesal moderna en tanto, ha destacado la importancia creciente de la imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional⁸.

Suelen confundirse imparcialidad e independencia, y si bien son principios íntimamente relacionados, la independencia dice relación con la autonomía del juez respecto a los poderes del estado – inclusive del judicial–, las partes, la opinión pública, los medios de

en [https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ACCESO %20A%20LA%20JUSTICIA %20DESC.pdf](https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf)

⁷ Una de las grandes críticas a la extensión del principio protectorio al proceso laboral se fundamenta en los casos en que el empleador es una pequeña empresa o incluso un particular que contrata servicio doméstico, pero aún en esos casos hay una desigualdad entre las partes, menor por cierto que la existente entre una gran empresa y sus empleados, pero no por ello menos real.

⁸ Así, Fernández Toledo, Raúl en *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral. Análisis crítico*, Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 142; Goldschmidt, Werner en *La imparcialidad como principio básico del proceso (la parcialidad y la imparcialidad)*, revisado en www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf; Alvarado Velloso, Adolfo en “La imparcialidad judicial”, op. cit. y Morello, Augusto, en *El proceso justo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 472.

comunicación y en general toda persona o autoridad que pudiese influenciar las resoluciones que deba adoptar⁹. Dictar una resolución en forma independiente por tanto, alude a resolver un asunto libremente, sin presiones ni influencias, ya sean morales económicas o de otra índole. La imparcialidad en tanto, es un concepto distinto, que alude a un elemento subjetivo o interno del juez, pero también a la posición del juez dentro del litigio que debe resolver. La imparcialidad constituye un elemento definitorio de la jurisdicción, por cuanto es de su esencia que el titular de esta potestad no sea parte en el conflicto sometido a su decisión, no tenga interés en su solución, ni busque beneficiar o perjudicar a alguna de las partes.

Ahora bien, la imparcialidad no puede entenderse como neutralidad, si esa fuera la exigencia, estaríamos concibiendo al juez como un mero aplicador de la ley, que al momento de resolver no efectúa valoración alguna. El juez sería así una especie de autómatas, que debe aplicar la ley como una regla, sin efectuar valoración alguna, exigencia formulada a los jueces bajo una concepción formalista legalista del derecho y en menor medida por el positivismo normativista¹⁰.

Siendo un elemento esencial del debido proceso, las partes están dotadas de instrumentos para hacerla valer que varían según el país de que se trate, en Chile el Título VII del Código Orgánico de Tribunales en sus artículos 194 y siguientes y el Título XII del libro I del Código de Procedimiento Civil en sus artículos 113 y siguientes

⁹ En tal sentido resulta ilustrativo el tratamiento de esta materia efectuado por Picó I Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, pp. 30-33.

¹⁰ Tratándose del positivismo normativista, se efectúa la precisión, porque ante una laguna del derecho o situación no resuelta por una regla, el juez no podrá efectuar una aplicación neutral del derecho, limitándose a aplicar la regla, sino que necesariamente deberá tomar una decisión. Una exposición bastante clara sobre la imparcialidad y las concepciones del derecho es expuesta por Aguiló Regla, Josep, *Imparcialidad y concepciones del derecho*, revisado en file:///C:/Users/indh/Downloads/Dialnet-ImparcialidadYConcepcionesDelDerecho-3192069.pdf

regulan las denominadas causales de implicancia y recusación, el procedimiento para hacerlas valer y el tribunal que conocerá el asunto con posterioridad a la inhabilitación del juez originariamente llamado a conocerlo. Tratándose de España, la ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial regula esta materia en el capítulo V, artículo 217 y siguientes bajo el título “De la abstención y recusación” y en el capítulo IV del Título y Libro I de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Tratándose de la implicancia – denominación de la legislación chilena– o la abstención –como la denomina la ley española– y la recusación, la ley presume la parcialidad del juzgador, estableciendo al efecto un listado taxativo de causales indiciarias de ésta. En la legislación argentina el procedimiento laboral es provincial –a diferencia del derecho de fondo, que es nacional– por lo que no hay una norma única a este respecto, pero las distintas leyes provinciales contemplan normas referidas a las recusaciones y excusaciones, que son las figuras que permiten reclamar de la supuesta parcialidad del juzgador.

La pérdida de la imparcialidad en una de sus facetas, supone que el juez se encuentra más próximo a una de las partes al momento de resolver, en este caso la imparcialidad estará dada con relación a un elemento subjetivo que es la parte y su posición respecto del juez. Por ello alguna doctrina aborda esta materia bajo la denominación de “parcialidad”, en alusión a la condición de tercero –o no parte– que tiene el juez en un litigio¹¹. A ello apuntan las causales de inhabilitación consistentes en –por ejemplo– una relación de parentesco con alguna de las partes o la amistad o enemistad que pudiese tener con ellas. Pero también se exige la ajenidad o desinterés del juez en los resultados del proceso, y es por ello que dentro de las causas que hacen presumir la parcialidad del juzgador está el interés que pudiese tener en el pleito.

¹¹ Así por ejemplo Goldschmidt Werner, en “La imparcialidad”, op. cit.

3 EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

La doctrina procesal, al tratar los principios formativos del procedimiento los estudia agrupándolos en binomios opuestos o contradictorios, y así, suele contrastarse el principio dispositivo con el de oficialidad, entremezclándose —según la postura del autor— los principios de aportación de parte, presentación por las partes, investigación judicial y la investigación de oficio.

El principio dispositivo se puede definir, en una primera aproximación, como aquél en virtud del cual las partes pueden disponer, tal como su nombre lo indica, de sus pretensiones o derechos en el proceso, determinando cuando los ejercen o de qué forma lo hacen¹². Efectivamente es un criterio que asigna un rol destacado a las partes en el proceso lo que genera importantes consecuencias, a saber, los procesos regidos por el principio dispositivo sólo comienzan por iniciativa del actor, nunca del órgano jurisdiccional; son las propias partes quienes fijan el objeto del juicio, las que impulsan la serie de actos que conforman el proceso, y finalmente quienes determinan el contenido de la sentencia, por cuanto ésta debe ajustarse a lo estrictamente alegado y probado por las partes.

En contradicción a este principio se encuentra el de oficialidad, que rige en materias de interés público y en virtud del cual las partes carecen de libre disponibilidad sobre sus derechos. O siguiendo a Andrés de la Oliva Santos, en atención al interés público que predomina en algunas materias, el proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia no dependen del interés de las partes, todavía más la iniciativa probatoria no descansa ya en las partes, sino que es el juez quien puede asumirla, en la denominada investigación de oficio¹³.

¹² Hoyos Henrechson, Francisco, *Los principios formativos del procedimiento*, en Gaceta Jurídica año XIII, n° 95, Santiago, 1998, p.6.

¹³ De La Oliva Santos, Andrés, *Curso de derecho procesal civil I. Parte general*, Editorial centro de estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2013, p.218.

Es muy difícil que estos principios se desarrollen en una legislación sin excepciones o atenuaciones, tal como ocurre en la legislación laboral chilena, inspirada por el principio de oficialidad, lo que permite que el juez detente ciertas potestades, pero ellas no son absolutas, y mucho menos obligatorias, su ejercicio es discrecional. El artículo 425 del Código del Trabajo chileno lo contempla como uno de los principios formativos del procedimiento laboral, denominándolo impulso procesal de oficio y lo consagra precisamente por la naturaleza tuitiva del derecho de fondo, y la posición de desigualdad en que se encuentra el trabajador frente al empleador, buscando equilibrar las posiciones de las partes ante el tribunal. Si bien excede del objeto de este trabajo el análisis pormenorizado de las facultades consagradas en el código laboral chileno, a modo ejemplar mencionaré que el juez puede decretar pruebas, adoptar medidas que tiendan a evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida y rechazar de plano aquellas actuaciones que considere dilatorias. Son precisamente las facultades en el ámbito probatorio las que han generado más polémica y han sido más criticadas por un sector de la doctrina.

La legislación laboral argentina también se encuentra fuertemente influenciada por el principio de oficialidad, pero a diferencia de lo que ocurre en Chile, no hay un solo procedimiento laboral, inclusive conviven procedimientos orales y escritos según la provincia de que se trate por lo que las facultades del juzgador no son uniformes. El Código Procesal del Trabajo de Córdoba por ejemplo, consagra el impulso procesal a cargo del tribunal, aún sin requerimiento de las partes; permite que el juez declare la nulidad de actos del procedimiento de oficio, en caso de violación de normas constitucionales que produzca o pueda producir un daño irreparable; e inclusive, lo autoriza a interrogar libremente a los testigos, a los peritos y a las partes. La Ley Procesal del Trabajo que rige en Mendoza en tanto, además de contemplar el impulso procesal de oficio, otorga

expresamente al juez “amplias facultades de investigación de los hechos sometidos a su decisión”.

El desplazamiento de una concepción privatista del proceso hacia una concepción pública del mismo —en especial tratándose de juicios en que hay un interés público comprometido, como el proceso laboral— conlleva la idea de un juez con facultades de dirección —como las consagradas en las legislaciones chilena y argentina— que permita la pronta solución del conflicto¹⁴.

4 LAS POTESTADES OFICIOSAS DEL JUEZ LABORAL Y LA PRESUNTA AFECTACIÓN A LA IMPARCIALIDAD

Respecto a las potestades oficiosas del juzgador —en el caso que nos convoca del juez laboral— y la presunta afectación a la imparcialidad, se han planteado dos posiciones antagónicas en la doctrina¹⁵:

1- Un juez con facultades oficiosas es un juez parcial: Los sostenedores de esta tesis plantean el peligro de la oficialidad, por cuanto transformaría al juez en parte, toda vez que en virtud de estas facultades subsidiaría el actuar de una de ellas favoreciéndola; además, cuando actúa dirigiendo el proceso pierde la imparcialidad, cualidad que sólo se mantendría en un juez pasivo. En Chile, autores tales como Claudio Palavecino sostienen que la excesiva oficialidad de que está dotado el juez laboral afecta su imparcialidad —y en tal sentido el debido proceso— principalmente cuando actúa para suplir las

¹⁴ Al respecto véase Gozáini, Osvaldo Alfredo, *La imparcialidad de los jueces y el debido proceso*, revisado en <http://www.gozaini.com/publicaciones/monografias/imparcialidad.PDF>

¹⁵ Al respecto, resulta ilustrativa la exposición que de estas posturas realiza Hunter Ampuero, Iván, en *Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia*, revisado en www.scielo/pdf/revider/v20n1/art09.pdf, toda vez que similares argumentos se han esgrimido en apoyo de una y otra postura materia laboral.

omisiones probatorias de las partes¹⁶. Este sector de la doctrina enfoca las facultades oficiosas en relación con el debido proceso desde una óptica más formal, esto es, abordándolo con prescindencia del derecho de fondo, que es un derecho tuitivo y entre cuyos objetivos está equilibrar las posiciones de las partes, lo que debe reflejarse también en el proceso porque si ello no es así el derecho laboral perdería toda eficacia. En Argentina, uno de los exponentes de esta postura es Adolfo Alvarado Velloso quien ha criticado fuertemente la posibilidad que el juez pueda actuar de oficio decretando prueba por ejemplo. El citado autor parte de la base que los principios dispositivos e inquisitivos dan origen a sistemas procesales incompatibles entre sí, no pudiendo concebirse un sistema mixto. En esa línea de razonamiento refiere que el principio dispositivo opera en el sistema acusatorio, y sólo en ese sistema es posible hablar de debido proceso, por cuanto las partes se encuentran en posición de igualdad y el juez es un tercero imparcial que resolverá el conflicto¹⁷.

¹⁶ Palavecino Cáceres, Claudio, *El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno*, revisado en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revleads/cont/13/art/art9.pdf. En similar sentido, Palomo Vélez, Diego y Matamala Souper, Pedro, *Los problemas de los poderes ex officio del juez laboral. Ahora a propósito de la potestad conciliatoria*, revisado en www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n1/art15.pdf; y *Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio*, de los mismos autores, revisado en <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v19n2/art08.pdf>.

En derecho comparado participa de esta tesis, Martínez Medrano, Tania, quien sostiene que un juez que ordena y practica prueba dentro del litigio favorece a una de las partes en desmedro de la otra, *La imparcialidad del juez respecto de la prueba de oficio*, revisado en www.revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/derechoprocesal/La_imparcialidad_del_juez_Tania_Martinez.pdf; en igual sentido, Gumerato Ramos, Glauco, “Repensando la prueba de oficio”, en *Derecho procesal contemporáneo (tomo II). Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, coordinador Raúl Tavolari Oliveros, Editorial Punto Lex S.A., Santiago, 2010.

¹⁷ La postura de este autor ha sido expuesta en diversas obras, verbigracia Alvarado Velloso, Adolfo, “El garantismo procesal” en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, coordinado por Paulo de la Fuente Paredes, Librotecnia, Santiago, 2010 y en “La imparcialidad judicial”, op. cit.

2- Pero también hay quienes opinan que un juez con facultades oficiosas no pierde la imparcialidad, y por lo tanto responden negativamente a la pregunta que guía esta investigación. Comparto esta posición y los fundamentos que justifican dicha afirmación son los siguientes:

a) En las legislaciones donde se consagra el principio de oficialidad no está contemplado en forma absoluta, y se establecen restricciones o límites a tales facultades, o dicho de otra forma, al otorgar potestades oficiosas al juzgador se refuerza la bilateralidad de la audiencia y el derecho a defensa, dotando a las partes de herramientas que permitan controlar la actividad del juez¹⁸. Así por ejemplo, si el juez cita a declarar a una persona cuyo testimonio se ofreció, pero al momento de su declaración la parte que lo ofrecía lo retiró, las partes tienen el derecho a interrogarlo, y en sus observaciones a la prueba alegar su falta de objetividad si lo estiman pertinente. El establecimiento de límites a las facultades oficiosas es una forma de evitar un juez con exceso de poderes o “juez dictador” como lo denomina el sector de la doctrina contrario a la oficialidad.

b) El principio de oficialidad está consagrado en materias donde existe un interés público comprometido, tal como acaece en asuntos de familia y laborales. Si bien en materia civil probablemente el conflicto solo importa a los directamente interesados, ello no es así en estas materias, en que además de interesar a las partes, la solución del conflicto interesa a la sociedad toda.

c) El derecho del trabajo está regido por el principio protector, y ello es así para intentar equilibrar la desigualdad existente entre las partes de un contrato de trabajo. Desde esa óptica un rol activo

¹⁸ Así lo explica Morello citado por Bordalí Salamanca, Andrés, en “El debido proceso civil” en *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p.271.

del juzgador contribuirá a hacer extensivo este principio a los juicios del trabajo¹⁹.

d) No debemos confundir imparcialidad con neutralidad, la doctrina que plantea una afectación de la imparcialidad entiende que sólo no la afectaría un juez pasivo, que actuara como mero espectador del proceso, lo que no se justifica en la actualidad. En efecto, hoy se postula que el juez debe ser un director del proceso, ni dictador ni mero espectador del mismo²⁰.

Resulta necesario analizar las potestades oficiosas del juez laboral en materia probatoria, por cuanto es el aspecto más criticado por la doctrina que sostiene la afectación a la garantía de la imparcialidad:

a) En materia probatoria la controversia va a ser determinada por las partes, careciendo el juez de facultades para decretar pruebas respecto de hechos que las partes no han aportado al juicio²¹.

b) Respecto a la facultad de decretar prueba en forma previa a su ejercicio, el juzgador mal podría saber su resultado y por tanto a cuál de las partes favorece.

c) Asimismo, no se debe olvidar que el juez debe dictar sentencia fundadamente, y no puede excusarse de dicho deber por falta de prueba. En atención a lo expuesto, debe esforzarse por contar con

¹⁹ Sobre esta materia véase Arese, Mauricio César, *Presente y futuro derecho del trabajo. Los principios del derecho del trabajo. El principio protectorio procesal*, revisado en <http://isls.org/wp-content/uploads/2013/01/Argentina-principioprotectorio-Arese.pdf>

²⁰ Véanse al respecto Berizonce, Roberto Omar en “Vigencia del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica de 1988. Aspectos básicos del régimen de prueba”, en *Tratado de la Prueba*, coordinación de Marcelo Sebastián Midón, Librería La Paz, Córdoba, 2007, p. 789. En igual sentido Fernández, Raúl, “Las facultades”, op. cit., p. 147 y 148 y Meneses Pacheco, Claudio *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2001, pp. 56-60.

²¹ Al respecto resulta ilustrativa la postura expuesta por Taruffo, Michele en *Investigación judicial y producción de prueba por las partes*, revisado en página web www.scielo.cl/scielo.php?script=sci-arttext&pid=50718-09502003000200010&lng=es&nrm=ISO&tlng=es

todos los antecedentes que le permitan dictar sentencia, y si dichos antecedentes no fueron aportados por las partes es el juez quién deberá procurárselos. Esto se relaciona con dos principios, uno de ellos es el “non liquet”, esto es la prohibición del juez de eximirse de dictar sentencia por no estar claro, a que hace referencia la doctrina procesal²². También se relaciona con el principio de aportación de prueba por defecto o ante la ausencia de prueba, lo que significa que el juzgador sólo podrá introducir prueba al proceso cuando ésta no ha sido aportada, pero no cuando la prueba ya incorporada es insuficiente. En esta línea de razonamiento su actuar no subvencionará a las partes, sino que complementará lo efectuado por ellas²³.

d) En materia laboral las partes están en notoria desigualdad de armas –y es por ello que uno de sus principios inspiradores es el protectorio–, por lo tanto el conferir facultades oficiosas al juez permite equilibrar sus posiciones dentro del juicio y en especial facilitar el ejercicio del derecho a la prueba. Este derecho comprende tres aspectos, a saber: el derecho de las partes para incorporar al proceso la prueba que esté en su posesión; el derecho para obtener prueba que esté en posesión de las partes o de terceros; y el derecho a que la prueba aportada sea debidamente valorada por el tribunal. Esta potestad no es exclusiva de las partes, y en ese contexto se entienden las facultades probatorias del tribunal²⁴.

e) Hoy en día se postula que la prueba no pertenece a las partes sino al proceso, por tanto se valorará con independencia de quién la haya presentado. Este es el principio de adquisición procesal,

²² Véase lo expuesto por Constantino, Otavio Augusto en “O onus da prova no processo do trabalho”, en *Direito do Trabalho*, coordinación de José Affonso Dallegrave Neto, Luiz Eduardo Gunther y Sérgio Luiz da Rocha Pombo. Juruá Editora, Curitiba, 2008, pp. 675 y 676.

²³ Una exposición muy clara sobre el principio de aportación de prueba por defecto la encontramos en Hunter Ampuero Iván, en “Poderes”, op. cit.

²⁴ Así lo señala Taruffo, Michele, en “Investigación”, op. cit.

la prueba deja de ser de la parte que la presentó, por tanto pudiese ocurrir incluso que una prueba sea utilizada en su contra²⁵.

f) La doctrina laboralista contempla como principio la búsqueda de la verdad material o real, constituyéndose ésta en el objetivo final del proceso laboral. En esa línea de razonamiento las facultades probatorias del juez no buscan favorecer al trabajador en tanto parte más débil de la relación laboral, sino obtener la verdad²⁶.

g) Un aspecto muy criticado en cuanto a las facultades del juez en materia probatoria son las medidas para mejor resolver, según la denominación de la legislación chilena, o medidas para mejor proveer en la legislación argentina. Se trata de pruebas decretadas por el juez una vez finalizado el término probatorio, lo que según algunos autores afectaría la imparcialidad. El fundamento es que en estos casos el juez debería rechazar la demanda, pero en lugar de rechazarla decreta una medida para mejor resolver, favoreciendo de esta forma a una de las partes, el actor²⁷. No comparto esta postura por cuanto estimo que con estas medidas el juzgador no pretende sino esclarecer algunos hechos que le permitan dictar una sentencia razonada.

²⁵ En este sentido Michelli, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Editorial Temis, Bogotá, 2004, pp 130 y 131 y Sentís Melendo, Santiago, *La prueba en el proceso. Para quién se prueba. Principio de adquisición*, revisado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1056/61.pdf>

²⁶ Así lo plantea Gauthier, Gustavo, en *Los principios del proceso laboral y los principios que rigen los nuevos procesos laborales en Uruguay*, revisado en <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1783/1154> en similar sentido, Jairo Parra Quijano, citado por Gaitán Guerrero, Loly Aylú en *La prueba de oficio en el proceso civil: ¿imparcialidad del juez e igualdad de las partes?*, revisado en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033192005>

²⁷ Es el planteamiento de Botto citado por Bordalí Salamanca, Andrés, en “El debido”, op. cit. p. 267.

5 CONSIDERACIONES FINALES

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha puesto especial énfasis en la imparcialidad como un elemento del debido proceso, garantía esta última que debe inspirar tanto la legislación, como el actuar de los juzgadores, y que está consagrada a nivel latinoamericano en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En esa línea de razonamiento, algunos sectores de la doctrina han elevado el concepto de imparcialidad a su máxima expresión, postulando que solamente un juez neutral y en exceso pasivo garantizaría la eficacia de este principio. Así – y obviando la desigualdad entre las partes, propia de una relación laboral – han criticado fuertemente la expansión del principio protectorio que rige el derecho de fondo a los procesos laborales, en virtud del cual se otorgan mayores facultades al juez que en aquellos procesos regidos por el principio dispositivo.

El principio dispositivo, que rige en sede civil, y permite a las partes disponer libremente de sus derechos en el proceso resulta insuficiente en aquellas materias de interés público, como es el derecho laboral. De allí la importancia creciente del principio de oficialidad, en virtud del cual las legislaciones por él inspiradas conceden mayores facultades al juzgador, en especial en materia probatoria.

El principio de oficialidad ha sido criticado por algunos autores por cuanto el otorgar un exceso de facultades al juez lo privaría de la imparcialidad necesaria para resolver, y sus facultades probatorias no serían sino una forma de subsidiar la negligencia de las partes. A mi parecer sin embargo, ello no es así por cuanto quienes sostienen dicha afectación de la imparcialidad confunden este principio con la neutralidad del juzgador, y pretenden que se mantenga como mero espectador del proceso. Un juez pasivo en extremo resulta peligroso por cuanto no puede eximirse de dictar sentencia por no estar claro, y

si no lo está debe poseer facultades para decretar las pruebas que estime pertinentes y le permitan dictar una resolución fundada.

El juez en forma previa a su ejercicio desconoce a quién favorecerá la prueba, y por otro lado hoy en día se plantea que una vez rendida, la prueba le pertenece al proceso, pudiendo favorecer a cualquiera de las partes, no necesariamente a quién la aportó. No se debe olvidar que el derecho laboral tiene una naturaleza tuitiva y en tal sentido, el principio protectorio debe alcanzar sus efectos al proceso, que estará destinado por tanto a la búsqueda de la verdad real o material. En tal sentido el proceso laboral no buscará favorecer al trabajador como parte más débil de la relación laboral, sino más bien buscar la verdad.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILÓ REGLA, JOSEP, Imparcialidad y concepciones del derecho, en página web file:///C:/Users/indh/Downloads/Dialnet-ImparcialidadYConcepcionesDelDerecho-3192069.pdf

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El garantismo procesal* en Estudios de Derecho Procesal Civil. Bases para un nuevo Código Procesal Civil. Jornadas de Derecho Procesal Civil Chillán-Chile, coordinación de Paulo de la Fuente Paredes, Librotecnia, Santiago, 2010.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La imparcialidad judicial y el debido proceso (la función del juez en el proceso civil)*, en página web <http://www.leyex.info/magazines/JURISVOL19N8201410.pdf>

ARESE, Mauricio César, *Presente y futuro derecho del trabajo. Los principios del derecho del trabajo. El principio protectorio procesal*, en página web <http://isssl.org/wp-content/uploads/2013/01/Argentina-principioprotectorio-Arese.pdf>

BERIZONCE, Roberto Omar, *Vigencia del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica de 1988. Aspectos básicos del régimen de prueba*, en Tratado de la Prueba, coordinación de Marcelo Sebastián Midón. Librería La Paz, Córdoba, 2007.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El debido proceso civil* en La constitucionalización del derecho chileno, coordinación de Juan Carlos Ferrada Bórquez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos, en página web <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>

CONSTANTINO, Otavio Augusto, *O onus da prova no processo do trabalho*, en Direito do Trabalho, coordinación de José Affonso Dallegre Neto, Luiz Eduardo Gunther y Sérgio Luiz da Rocha Pombo. Juruá Editora, Curitiba, 2008.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio, y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte general*, Editorial centro de estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2013

FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl, *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral. Análisis crítico*, Thomson Reuters Puntolex, Santiago, 2011.

GAITÁN GUERRERO, Loly Aylú, *La prueba de oficio en el proceso civil: ¿imparcialidad del juez e igualdad de las partes?* en página web <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033192005>

GAUTHIER, Gustavo, *Los principios del proceso laboral y los principios que rigen los nuevos procesos laborales en Uruguay* en página web <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1783/1154>

GOLDSCHMIDT, Werner, *La imparcialidad como principio básico del proceso (la parcialidad y la imparcialidad)* en página web www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf

GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, *El debido proceso en la actualidad*, en página web http://www.profesorjimenez.com.ar/web/wp-content/uploads/2015/08/VII_JorDerProcConst_Gozaini.pdf

GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, *La imparcialidad de los jueces y el debido proceso*, en página web <http://www.gozaini.com/publicaciones/monografias/imparcialidad.PDF>

GUMERATO RAMOS, GLAUCO, *Repensando la prueba de oficio*, en Derecho procesal contemporáneo (tomo II). Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, coordinador Raúl Tavolari Oliveros, Editorial Punto Lex S.A., Santiago, 2010.

HOYOS HENRECHSON, Francisco, *Los principios formativos del procedimiento*, en Gaceta Jurídica año XIII, n° 95, 1988.

HUNTER AMPUERO, Iván, *Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia*, en página web www.scielo.cl/pdf/revider/v20n1/art09.pdf

MARTÍNEZ MEDRANO, Tania, *La imparcialidad del juez respecto de la prueba de oficio*, en página web <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2395/2346>

MENESES PACHECHO, Claudio, *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, Editorial Jurídica Conosur Ltda, Santiago, 2001.

MORELLO, Augusto, *El proceso justo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

MICHELLI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Editorial Temis, Bogotá, 2004.

PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno*, en página web <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/Derecho Social/13/art/art9.pdf>

PALOMO VÉLEZ, Diego y MATAMALA SOUPER, Pedro, *Los problemas de los poderes ex officio del juez laboral. Ahora a propósito de la potestad conciliatoria*, en página web www.scielo.cl/pdf/iustep/v18n1/art15.pdf

PALOMO VÉLEZ, Diego y MATAMALA SOUPER, Pedro, *Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio*, en página web <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v19n2/art08.pdf>

PICÓ I JUNOY, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: La abstención y la recusación*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.

SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *La prueba en el proceso. Para quién se prueba. Principio de adquisición*, en página web <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1056/61.pdf>

TARUFFO, Michele, *Investigación judicial y producción de prueba por las partes*, en página web www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-09502003000200010&lng=es&nrm=ISO&tlng=es

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *El proceso civil chileno: Lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma*, en Comentarios Procesales, Jornadas Académicas n° 19, Edeval, Valparaíso, 1994.

Declaraciones, tratados e instrumentos internacionales

ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado el 16 de diciembre de 1966.

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada el 22 de noviembre de 1969.

Documentos legales

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, (España) revisada en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, (España) revisada en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936>

Código de Procedimiento Civil. Ley 1552, publicado en el Diario Oficial de Chile de 30 de agosto de 1902.

Código del Trabajo. Decreto con Fuerza de Ley N° 1, publicado en el Diario Oficial de Chile de 16 de enero de 2003.

Código Orgánico de Tribunales. Ley 7421, publicado en el Diario Oficial de Chile de 09 de julio de 1943.

Código Procesal del Trabajo de Córdoba. Ley 7987, Córdoba, 13 de Noviembre de 1990, Boletín Oficial, 15 de Enero de 1991, revisado en <http://www.infojus.gob.ar/7987-local-cordoba-codigo-procesal-trabajo-lpo0007987-1990-11-13/123456789-0abc-defg-789-7000ovorpyel>

Reglas del proceso Laboral. Ley 2144, Mendoza, 23 de Diciembre de 1952, Boletín Oficial, 9 de Enero de 1953, revisado en <http://www.infojus.gob.ar/2144-local-mendoza-reglas-proceso-laboral-lpm0002144-1952-12-23/123456789-0abc-defg-441-2000mvorpyel>

AS CONDIÇÕES LEGAIS DE FILHOS E UMA BREVE REFLEXÃO ENTRE OS DIREITOS DOS FILHOS ADOTIVOS NO BRASIL E NA ARGENTINA

Maria do Carmo Santos¹

1 INTRODUÇÃO

As condições legais de filho é um assunto de suma importância para o direito de família, e nos conduz a uma série de questionamentos.

No presente trabalho busca-se destacar todas as condições legais de filhos hoje existentes no Brasil, fazendo uma breve análise do avanço científico e tecnológico que cerca a questão da filiação e nos impõe uma reanálise da relação pai e filho inclusive perante o Direito de Família, segundo o qual a filiação decorria apenas do vínculo de consanguinidade ou do vínculo de adoção.

Por fim, faremos uma breve reflexão comparativa sobre os direitos dos filhos adotivos no Brasil e na Argentina.

2 CONCEITO DE FILIAÇÃO

A filiação tem sua origem etimológica na expressão latina *filiiatio*, que significa descendência de pais e filhos.

Para Rolf Madaleno filhos "são a continuação da espécie humana, representando o elo que dá sequência à representação do

¹ Especialista em Direito Público e Direito e Processo do Trabalho, MBA em Administração Pública e Gestão de Cidades. Aluna regular dos Cursos Intensivos válidos para Doutorado pela Universidad de Buenos Aires – Facultad de Derecho – Departamento Posgrado.

homem, gerando novos seres, integrando passado e futuro e a história da humanidade." ²

Maria Helena Diniz conceitua filiação como sendo "o vínculo existente entre pais e filhos." ³

Segundo o Dicionario Definicion ABC:

El concepto de filiación es un concepto complejo que se utiliza para hacer referencia a aquellas relaciones de paternidad entre dos o más partes. La filiación puede ser un fenómeno biológico o sanguíneo, así como también político, metafórico o jurídico. De cualquier modo, la idea de filiación siempre representa a la relación que existe entre al menos dos partes diferentes entre sí que se unen a través de un lazo de protección o de cuidado. La filiación es una idea que también toma el Estado para hacer referencia a los vínculos que él mismo establece con organizaciones e instituciones de menor rango. Así, se reproduce la dinámica de paternidad también a nivel legal, jurídico o institucional. ⁴

Assim temos que a filiação, é o vinculo que se constitui entre pai e filho proveniente da fecundação natural ou por técnica de reprodução assessorada; da adoção ou ainda de uma relação socioafetiva, uma das modalidades de filiação que vem sendo gradativamente reconhecida no Brasil, que é resultante da posse do estado de filho.

² Repensando o direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.129.

³ Curso de Direito Civil, Maria Helena Diniz, 5. vol., Editora Saraiva.

⁴ <http://www.definicionabc.com/general/filiacion.php> - acesso em 28/02/2016

3 HIPÓTESES LEGAIS DE CONSTRUÇÃO DE FILHOS NO BRASIL

Apesar de ser vedados pelo ordenamento jurídico brasileiro, qualquer distinção ou tratamento diferenciado ao filho, em virtude de sua origem, o Código Civil Brasileiro trata em capítulos distintos a questão da filiação originada no matrimônio e a originada fora do matrimônio, sendo que a relação dos filhos nascido na constância do matrimônio está regulada no Capítulo nominado “Da filiação” – artigos 1.596 a 1.606; já a dos filhos nascido fora do matrimônio no Capítulo nominado “Do reconhecimento dos filhos” – artigos 1.607 a 1.617.

Assim temos que a construção de filhos no Brasil, ou seja, a filiação jurídica pode ser natural ou civil, conforme expressamente prevê o artigo 1.593 do novo Código Civil Brasileiro. A filiação natural ou biológica tem procedência na consanguinidade. Já a civil também nominada de socioafetiva tem procedência na adoção e na reprodução assistida heteróloga; mas também pode ser estabelecida em virtude da posse do estado de filho, ante a permissão contida na parte final do supracitado artigo 1.593, ao dispor que o parentesco civil pode decorrer de outra origem, ou seja, origem não genética, constituída pela convivência, pelo vínculo afetivo, emocional e psicológico construído entre uma criança ou adolescente com o adulto com quem convive e que lhe dispensa carinho e atenção como se pais fossem.

3.1 Filhos matrimoniais

Nos termos do que dispõe o artigo 1597 do Código Civil, são filhos matrimoniais, aqueles concebidos ou presumidamente concebidos na constância do matrimônio.

Partindo desse dispositivo legal, se o filho nasceu dentro de 180 dias depois de estabelecido o casamento e até 300 dias depois de dissolvido o casamento, ainda que a mulher já tenha contraído novo

casamento, e tenha o filho nascido já na constância deste último, presume-se juridicamente que o filho é do primeiro marido, salvo se o nascimento ocorrer após 180 dias de estabelecido o segundo casamento.

A presunção estabelecida pelos incisos I e II do artigo 1.596 do Código Civil Brasileiro de 2002, reproduzida do Código Civil revogado de 1965, estabelece critérios para a presunção da filiação já ultrapassados nos dias de hoje, tanto que muitas vezes a presunção jurídica não corresponde com a verdade biológica.

Dispõe, porém o artigo 1.599 do mesmo diploma legal, que a prova da impotência do cônjuge, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.

3.2 Filhos extramatrimoniais

Os filhos extramatrimoniais são aqueles nascidos fora do casamento, ou seja, provenientes de relações entre pessoas que não querem se casar, ou que estão impedidas de casar, conforme expressamente dispõe o artigo 1.607 do novo Código Civil Brasileiro.

Porém, não é demais lembrar que independente da origem havido ou não fora do casamento, ou mesmo nascido de pais impedidos de casar, ou não, os filhos extramatrimoniais detêm os mesmos direitos assegurados aos matrimoniais, por força da regra constitucional da isonomia prevista no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal e reproduzida no artigo 1.596 do Código Civil Brasileiro.

3.2.1. Reconhecimento dos filhos extramatrimoniais

O Capítulo III, do Código Civil Brasileiro, em seus artigos 1.607 a 1.617, trata do reconhecimento dos filhos extramatrimoniais, e demonstram claramente que o reconhecimento dos filhos é ato jurídico que estabelece o vínculo de parentesco entre pai e mãe, ou de um deles, em face do filho. Tal ato jurídico tem natureza declaratória,

já que não institui a paternidade ou maternidade, apenas declara um fato já existente, eis que o vínculo de filiação biológica já existe desde a concepção, apenas enquanto não reconhecida pelos pais, ou por um deles, não encontra proteção do direito.

É que a filiação não se estabelece com a sentença, essa se restringe a declará-la, já que a filiação existe desde a procriação, tanto que a Constituição e o Código Civil Brasileiro asseguram direitos à pessoa desde a sua concepção, dispondo o Código Civil Brasileiro em seu artigo 2º que: "*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*"

No mesmo sentido sustenta CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO:

Los danos subjetivos son los que atentan contra el sujeto de derecho, es decir, contra el ser humano em cualquier etapa de su desarrollo existencial. Es decir, desde la concepción hasta la muerte. Antes de nacer o después de nacido⁵

O reconhecimento pode ser voluntário ou judicial.

O reconhecimento é um ato jurídico pessoal, irrevogável, irretratável e indisponível. Contudo apesar de tratar de um ato personalíssimo, pode ser realizado por procurador com poderes especiais, conforme autoriza o artigo 59 da Lei de Registros Públicos.

Sobre a questão preleciona Maria Berenice Dias:

O reconhecimento **voluntário** da paternidade independe da prova da origem genética. É um ato **espontâneo, solene, público e incondicional**. Como gera o estado de filiação, não pode estar sujeito a termo, sendo descabido o estabelecimento de qualquer condição (C.C. 1613). É ato livre, **pessoal**,

⁵ SESSAREGO, Carlos Fernandez. Protección a la persona humana. Revista Ajuris, p. 109

irrevogável e de eficácia *erga omnes*. Não é um negócio jurídico, é um ato jurídico *stricto sensu*. O ato do reconhecimento é **irretratável** e **indisponível**, pois gera o estado de filiação. Assim, inadmissível arrendimento. Não pode, ainda, o reconhecimento ser impugnado, a não ser na hipótese de erro ou falsidade do registro. O pai é livre para manifestar sua vontade, mas seus efeitos são os estabelecidos na lei.⁶

O reconhecimento voluntário dos filhos havidos fora do casamento a teor do que dispõe o artigo 1.609 do Código Civil Brasileiro é irrevogável e pode ser feito:

Art. 1.609. (.....)

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

O reconhecimento também pode ser feito por ato judicial, ou seja, na falta do reconhecimento voluntário, os filhos têm ação de investigação de paternidade ou maternidade para ver declarado o estado

⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, pág. 343.

de filiação. A ação também pode ser ajuizada pelo Ministério Público, por força do que assegura a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.

Os filhos extramatrimoniais, quando reconhecidos voluntariamente, podem impugnar a paternidade através de ação de anulação de reconhecimento da paternidade. Visando a assegurar os direitos do filho, já que a perfilhação assegura direitos, mas impõe obrigações ao filho, o artigo 1.614 do Código Civil Brasileiro condiciona o reconhecimento voluntário ao consentimento do filho maior; e assegura ao filho menor o direito de impugnar o reconhecimento, nos quatro anos seguintes ao que atingir a maioridade ou alcançar a emancipação.

Quanto à caducidade do direito de impugnar o reconhecimento da paternidade, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que:

I - O reconhecimento voluntário da paternidade, realizado quando ainda menor o perfilhado, somente pode ser por este impugnado dentro nos quatro anos que se seguirem à sua maioridade ou emancipação.

II - Mesmo a impugnação fundada na inveracidade da declaração (falso ideológico) se sujeita ao referido prazo decadencial, cujo transcurso *in albis* - sem manifestação de insurgência de qualquer espécie - conduz à inviabilidade de desconstituição do ato de reconhecimento, tornando definitiva a relação de parentesco entre reconhecente e reconhecido"⁷

3.3 Filhos biológicos

Filiação biológica ou natural é aquela que decorre do vínculo de consanguinidade, ou seja, é aquela que constitui por laços de sangue

⁷ Recurso Especial nº 38.856-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 21.06.94)

entre uma pessoa e seu descendente e pode se dar por meio da cópula carnal, ou seja, através de relação sexual e a inerente concepção; ou por técnicas de reprodução artificial assistida.

O anseio de gerar um filho é inerente à condição humana. Porém, muitas vezes esse anseio não obtém êxito se o homem ou a mulher for ou forem estéreis, assim para a satisfação desse anseio que não pode ocorrer da forma natural, dois caminhos surgem: a adoção e as técnicas de reprodução assistida.

Com os progressos biotecnológicos no campo da reprodução assistida, embora a Constituição Federal Brasileira, não trate do direito de possuir filho, apenas cuide do planejamento familiar, temos que a questão vem tomando extrema importância, tanto que o artigo 2º da Lei 9.263/96 estabelece que:

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

E o Código Civil Brasileiro de 2002 expressamente prevê e reconhece a filiação decorrente da reprodução assistida, que é contemplada nos incisos III, IV, e V, do artigo 1.597, e dela trataremos individualmente nos próximos tópicos

3.3.1. Fertilização homóloga

A filiação por fecundação homóloga é aquela proveniente da técnica assistida consistente na colocação do sêmen do marido no útero da mulher para a fecundação. A utilização desse material está sujeito a prévia autorização do doador, já que sendo o material retirado do seu corpo é considerado como sendo de sua propriedade. Esse procedimento está regulado no Brasil na Resolução nº 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina.

Ou seja, a fecundação é homóloga quando utiliza o sêmen do marido e o óvulo da mãe.

Essa modalidade de fertilização homóloga pode se dar também através da técnica de fertilização *in vitro*, também nominada de "bebê de proveta", na qual os óvulos são extraídos do ovário da mulher e fertilizados em laboratórios com espermatozóides do marido, e os embriões resultantes são realojados no útero, iniciando-se uma gravidez natural.

Nesta modalidade de fertilização *in vitro* homóloga não há nenhum problema em relação à filiação, pois que a verdade biológica corresponde a socioafetiva, os filhos são provenientes de material genético do casal.

A codificação civil brasileira assegura a fecundação homóloga mesmo no caso de morte do marido, inclusive a proveniente de uso de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga (artigo 1597, IV, do Código Civil).

3.3.2. Fertilização heteróloga

A chegada do novo Código Civil Brasileiro de 2002 deu início a inúmeras discussões e controvérsias atinentes à filiação proveniente da técnica de inseminação artificial heteróloga, jamais antes contemplada no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto a despeito da previsão legal contida no artigo 1.597, V, do Código Civil Brasileiro, temos projetos de lei em tramite no Congresso Nacional Brasileiro que abordam algumas questões sobre a reprodução humana assistida, de ordem civil, ante a omissão normativa referente a vários aspectos relevantes sobre a matéria, dentre eles, o destino dos embriões excedentários nessa modalidade de inseminação, já que o Código Civil apenas dispõe sobre os embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.

De acordo com o que vem sendo acolhido no direito comparado, o vínculo de filiação proveniente da inseminação artificial

heteróloga não é biológico no que se refere ao ascendente que não forneceu material reprodutivo para a concepção do filho.

Os filhos provenientes desta técnica de inseminação artificial tem a paternidade presumida se concebidos na constância do casamento, desde que o procedimento conte com prévia autorização do marido (artigo 1.597, V, do Código Civil).

A filiação por fecundação heteróloga é aquela proveniente da técnica assistida com a utilização de material genético de terceiro que não do casal que decidiu por valer-se de tal técnica, apesar da presunção da paternidade estabelecida no Código Civil Brasileiro, a fecundação heteróloga suscita dúvidas quanto à filiação, eis que o filho gerado através dessa técnica terá um pai biológico diferente daquele que constará de seu registro de nascimento e que com certeza lhe dará proteção, por isso a presunção da paternidade estar condicionada ao consentimento do marido.

O consentimento é indispensável para a realização do procedimento em mulheres casadas ou convivendo em união estável, conforme expressamente exige a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina: *"Em caso de mulheres casadas ou vivendo em União Estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou companheiro, após processo semelhante de consentimento informado."*

Quanto ao formato do consentimento, a Resolução do Conselho Federal de Medicina supra citada assim dispõe:

O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo

com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

Porém, por se tratar de normas éticas, e, não normativos legais de caráter cogente existem casos de realização de inseminação artificial heteróloga em mulher casada, sem o consentimento do esposo, dando-se vez a uma impugnação da paternidade presumida pelo marido que não deu prévia e expressa autorização para a realização do procedimento com sêmen de terceiro.

Outro ponto relevante e de grande celeuma nesta modalidade de inseminação é a necessidade de fiscalização das clínicas especializadas para impedir a prática ilegal de "comércio de doações", por isso ser imprescindível o anonimato do doador, a fim de evitar a prática ilegal de comercialização do material genético e de também evitar problemas no desenvolvimento familiar daqueles que se utilizaram do material genético de terceiro.

Mas o problema maior centra-se na fecundação extracorporal, na qual o sêmen e óvulos são transferidos para o útero de outra mulher com vista a possibilitar a gestação, a nominada "maternidade de substituição" ou "gestação substituta" vulgarmente conhecida como "barriga de aluguel".

Parte substancial de nossos doutrinadores condena de ilegal essa modalidade de reprodução assistida, que abarca a cessão gratuita de útero de outrem para a gestação, as nominadas "barrigas de aluguel".

Essa questão ganha ainda mais destaque quando colocada em confronto com o ordenamento jurídico brasileiro vigente que reconhece com absolutismo a maternidade pela gestação e parto, partindo do princípio de que a mulher que dá a luz é consequentemente a que forneceu o óvulo para a fecundação, o que não mais corresponde com a verdade, no caso da gestação por substituição, já que nesse caso a mulher pode dar à luz a um filho que biologicamente não é seu.

No entanto, apesar da problemática que cerca essa modalidade de gestação, ainda que seja possível estabelecer um conflito sobre a maternidade, a legislação brasileira, não permite à doadora do óvulo a reivindicação da maternidade, em virtude do sigilo que deve cercar a doação, com a declaração expressa da doadora de renúncia da maternidade biológica que irá estabelecer com a criança que vai nascer. Ante a ausência de norma legal regulando a matéria, os casos que chegam ao Judiciário por descontentamento da “barriga de aluguel” ou mesmo arrependimento tardio da renúncia, vem sendo interpretado por nossos Tribunais por analogia com as regras da adoção.

Já a questão da paternidade não merece muita discussão, pois que é presumida se a concepção se deu na constância do casamento (Art. 1597, V, do C.C.) e deverá recair sempre sobre o pai que consentiu a fecundação, e isso exatamente porque a autorização o consentimento dado é irretirável e expresso de que deseja o filho, motivo pelo qual entende a iterativa jurisprudência e doutrina que sendo omissa a legislação brasileira quanto a negatória de paternidade nesta modalidade, essa também deve ser analisada pelo Judiciário por analogia as regras da adoção, e levar em consideração, sobretudo a relação socioafetiva estabelecida entre as partes envolvidas.

O Conselho Federal de Medicina prevê na Seção VII da Resolução nº 1358/92, essa modalidade de gestação, mas condiciona sua realização a existência de problema médico que impossibilite ou desaconselhe a gestação na doadora do material genético e que a cedente temporária do útero tenha relação de parentesco com a doadora do material genético, e que a aceitação da cessão não tenha finalidade de comércio ou de lucro.

Ante a ausência de legislação no Brasil regulamentadora da questão, proibitiva ou permissionária, seguindo a questão apenas as normas editadas pelo Conselho Federal de Medicina que a permite, na prática a questão é bastante tormentosa e exige muita cautela, mormente pelo impacto que causa no meio social.

Essa modalidade de cessão de útero admite duas hipóteses distintas: a) a gestação no útero de outra mulher, de material genético obtido do próprio casal pretendente; e b) a gestação no útero de outra mulher, com material genético da mãe de substituição.

Outros problemas de ordem jurídica podem ocorrer além da disputa da maternidade e da paternidade nessa modalidade de gestação, e que refletem no direito de família, dentre eles a questão da guarda dos filhos havidos nesta modalidade de gestação acaso os pais contratantes a rejeitassem? E ainda no tocante a relação de parentesco no caso da cessão de embriões para a irmã ou genitora da doadora, e quando a mãe gestacional é a mãe biológica?

Enfim, o direito de ter filho mesmo sendo possível ante o avanço sempre crescente no campo da biotecnologia, mediante reprodução assistida, não pode ser absoluto, e deve em cada caso concreto ser analisado com absoluta cautela, sempre levando em consideração as consequências que podem advir de uma reprodução assistida heteróloga, frente ao dever de respeito à vida, e ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Sívio de Salvo Venosa adverte:

que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microsistema⁸

As consequências decorrentes do avanço da biotecnologia, já foram constatadas pela ONU, em 1975, quando foi editada a Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico

⁸ VENOSA, Sívio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 5. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2005. p. 256

no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, dispondo em seu artigo 6º que:

Todos os Estados adotarão medidas tendentes a estender a todos os estratos da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto nos aspectos sociais quanto materiais, das possíveis conseqüências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos do indivíduo ou do grupo, em particular relativamente ao respeito à vida privada e à proteção da pessoa humana e de sua integridade física e intelectual.

Nova discussão se deu na Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina, tomada em 19 de novembro de 1996 pelo Conselho de Ministros do Conselho da Europa, que em seus artigos 2º. e 4º., expressamente consigna que: "os interesses e o bem estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse isolado da sociedade ou da ciência" (art. 2º.), e que "qualquer intervenção no campo da saúde, incluindo a pesquisa, deve ser conduzida de acordo com obrigações e padrões profissionais de maior relevância" (art. 4º.).

Assim enquanto não existir uma legislação regulamentando a questão, temos que essa prática somente deve ser utilizada em casos extremos, e com a devida cautela, a fim de proteger os interesses e direitos dos seres humanos envolvidos, e, sobretudo atender o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

3.4 Filhos socioafetivos

O Código Civil Brasileiro de 2002, ao proclamar em seu artigo 1593, que o parentesco é: "natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem", deixa claro que não há mais lugar de destaque ou de exclusividade da origem biológica ou genética para determinar a paternidade, dando margem ao reconhecimento da

filiação sócio afetiva, que já existia na filiação adotiva, e na reprodução assistida homóloga.

A filiação socioafetiva resulta do elo de afeto, afeição, e cuidados formado entre a criança e aqueles que exercem o papel de pai em relação à criança, e se constitui segundo disposição legal expressa supracitada, em relação de parentesco civil, independentemente da origem da filiação, se biológica ou não.

Diante dessas novas considerações acerca da filiação, toda vez que o estado de filiação decorrer de convivência familiar, pública e duradoura, com vínculos de afeto consolidado entre as partes envolvidas, vem entendendo os doutrinadores e Tribunais brasileiros que deve prevalecer à filiação socioafetiva inclusive sobre a filiação biológica.

O vínculo da filiação socioafetiva se estabelece inclusive na repudiada e ilícita adoção à brasileira, sendo que muitas vezes a despeito de se reconhecer a filiação biológica e a existência de declaração falsa de paternidade no registro de nascimento, é mantido o estado de filiação constante do registro ante o vínculo socioafetivo estabelecido entre as partes.

Como se vê, a filiação socioafetiva deve ser analisada em cada caso também com a devida cautela, e apesar de não poder cultuar irresponsabilidades e ilegalidades, deve ser levada em consideração face ao vínculo afetivo estabelecido entre as partes, que juridicamente se fundamenta no Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, pois que representa uma verdadeira relação pais e filho, e não trata de irrealdade jurídica, tanto que a Constituição Federal em seu § 6º., do artigo 227, iguala os direitos entre filhos independentemente da origem, e veda qualquer discriminação relativas a filiação.

3.5 Filhos adotivos

Entre a filiação não biológica, temos como já afirmado a adoção, que desde a edição do Código de Menores (Lei 6.697/79), passou a ser plena, e com isso garantiu que fosse inserido no registro de nascimento do adotando o nome dos pais dos adotantes, ou seja, de seus novos avós.

A adoção não admite discussão quanto à paternidade e a maternidade, e a questão está bem definida no teor do artigo 41, do Estatuto da criança e do adolescente, que assim dispõe: “a adoção atribui à condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

Falamos que não admite discussão porque a adoção segundo o regramento legal vigente no Brasil, pressupõe a manifestação de vontade dos genitores biológicos e dos adotivos, salvo, se desconhecidos os pais biológicos, ou que tenha havido a destituição do poder familiar (art.45,§ 1º., do ECA), e possui densa e ampla regulamentação na legislação brasileira, que inclusive prevê e estabelece os requisitos e condições para efetivação da adoção internacional.

A adoção é irrevogável e irretirável, e é um dos mais antigos institutos de substituição da descendência biológica, e prevalece no mundo jurídico desde a antiguidade.

Sendo que com a vigência do Código Civil Brasileiro de 2002 a adoção da criança e do adolescente passou a ter regramento específico no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme dispositivos legais abaixo citados, que estabelecem as regras e requisitos formais para a efetivação da adoção.

Já a adoção de maiores de dezoito anos, não mais possui regramento específico, mas após a vigência do Código Civil de 2002, tornou-se obrigatório que seja realizada por procedimento judicial, já que segundo dispõe o artigo 1.619, do referido diploma legal, esta

modalidade de adoção depende da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, com aplicação subsidiária das regras gerais estabelecida no ECA.

No Brasil temos a adoção unilateral, aquela requerida pelo cônjuge ou companheiro(a) do pai ou mãe biológica, e a adoção bilateral. Sendo que a adoção internacional é reconhecida e acolhida no Brasil desde a aprovação pelo Congresso Nacional da Convenção de Haia, através do Decreto Legislativo nº 63, de 1995, vigente desde Abril de 1.995, prevendo expressamente em seus artigos 1º. e 5º, os requisitos e objetivos da adoção internacional.

4 HIPÓTESES LEGAIS DE CONSTRUÇÃO DE FILHOS NA ARGENTINA

No direito argentino temos as mesmas hipóteses legais de construção de filho no Brasil, apenas não temos contemplado no ordenamento jurídico argentino a filiação socioafetiva, e não há normas expressas sobre a técnica de Reprodução Humana Assistida.

No novo Código Civil e Comercial da Nação Argentina, a filiação vem tratada no Título V, nos artigos 558 a 593, e no Título VI, nos artigos 594 a 633, sendo que o Capítulo I, do Título V, que trata das Disposiciones generales - artigos 558 e 559, expressamente dispõem:

Art. 558 – Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filicación puede tener lugar por naturaliza, mediante técnicas de reproducción humana assistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaliza o por técnicas de reproducción humana assistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera se ala naturaliza de la filiación.

Art. 559 – Certificado de nacimiento. El registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados em forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana assistida, o ha sido adoptada.⁹

Patricia Inés D´Albano Torres, sustenta que dos fundamentos da Comisión Redactora do Novo Código Civil y Comercial de la Nacion:

(....) podemos extractar lo siguiente:

- 1) el principio del interesés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la ley 26.061);
- 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales;
- 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 11 de la ley 26.061);
- 4) la mayor facilidad y celeridad em la determinación legal de la filiación;
- 5) el acceso e importância de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica;

⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Erreius. Buenos Aires – Argentina: 2015, pág. 228.

- 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo;
- 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sua aplicación y
- 8) el derecho a fundar una familia y a bo ser discriminado en el acceso a ella.¹⁰

Analisando a nova codificação civil e comercial da Argentina e os princípios utilizados pela Comissão Redatora, constata-se que a preocupação dos legisladores foi de proteger a família e assegurar a igualdade de direitos entre os filhos, incorporando no ordenamento jurídico argentino a técnica da reprodução assistida como uma terceira fonte de filiação.

5 BREVE COMPARATIVO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS FILHOS ADOTIVOS NO BRASIL E NA ARGENTINA

Busca-se através do presente tópico demonstrar como é o direito dos filhos adotivos em ambos os países.

No ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que foi um marco no Brasil, na consolidação definitiva da igualdade de diversos direitos do cidadão brasileiro, é vedada qualquer discriminação em relação à filiação, sendo que em seu artigo 227, parágrafo 6º., expressamente prevê que: “*Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*”

Na argentina, embora o artigo 558, do Novo Código Civil e Comercial da Nação, assegure a igualdade entre os filhos naturais, por técnica de reprodução assistida, matrimonial e extramatrimonial, e por

¹⁰ Código Civil y Comercial de La Nación. Estudio del nuevo código. Familia – Sucesiones. 1ª. Edição. Buenmos Aires: DyD, 2015, pág. 141.

adoção, essa igualdade não é absoluta, pois que no ordenamento argentino temos como no direito romano a adoção plena e simples; e de integração, e apenas com relação à adoção plena é assegurado o direito de igualdade, já que na adoção simples e de integração há previsão expressa dos efeitos da adoção.

O artigo 620 do Novo Código Civil e Comercial da Nação, expressamente conceitua os três tipos de adoção, quais sejam, a adoção plena, a adoção simples e a adoção de integração.

Marisa Herrera – Gustavo Caramelo – Sebastián Picasso – na condição de diretores do Código Civil y Comercial de La Nación Comentado, ao tratar da introdução do referido dispositivo legal, sustentam que:

Este artículo determina em qué consiste cada uno de los tipos adoptivos reconocidos, y el punto de contacto entre la adopción plena, la simple y la de integración aparece en el estado paterno-filial que cada una de ellas crea. El centro neurálgico del emplazamiento es el niño, y no los caracteres o los efectos que si bien se incluyen, dejan de ser definitorios.

Las distinciones son consecuencia de los efectos que cada una genera en los vínculos jurídicos originários (se mantienen o se extinguen), aunque también reconoce la legislación la posibilidad de crear vínculos jurídicos con personas distintas a los adoptantes.¹¹

Enfim, embora o Novo Código Civil e Comercial da Argentina assegure a igualdade entre os filhos, apenas o filho adotivo pleno adquire os mesmos direitos que os filhos naturais, e os nascidos por técnica de reprodução humana assistida.

¹¹ Código Civil y Comercial de La Nación Comentado – Tomo II, Libro Segundo, Artículos 401 a 723. Infojus, pág. 439.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de não mais existir em nosso ordenamento jurídico brasileiro qualquer diferenciação entre os direitos dos filhos, e ser vedada qualquer distinção em relação à origem da filiação, a questão da filiação ainda é muito complexa, mormente as resultantes das relações socioafetivas e as provenientes da fecundação assistida heteróloga.

Assim incontáveis são os problemas jurídicos que surgem na construção da noção de filhos, pois que embora seja presumida a paternidade para os filhos concebidos na constância do casamento, e exista previsão legal para o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, segundo os critérios estabelecidos nos artigos 1.597 a 1.617 do Código Civil Brasileiro de 2002, ante a falta de legislação específica regulamentando a reprodução assistida no Brasil, e a filiação socioafetiva, a discussão da questão vem seguindo o bom senso de nossos julgadores e a analogia, que longe estão de por fim a celeuma.

É que o Código Civil Brasileiro reconhece a filiação genética; e a filiação proveniente de outra origem, dando margem ao reconhecimento da filiação construída pelo vínculo de afeto, e da convivência com o animo de pais, valorizando referida espécie de filiação em sobreposição a filiação biológica, não mais aceitando a prova da filiação biológica como fator preponderante para a determinação do vínculo de filiação.

Assim sendo, concluímos afirmando que o Direito deve sempre acompanhar os avanços das outras ciências, principalmente os da medicina, que caminha a passos largos na clonagem humana e aperfeiçoamento das técnicas de reprodução assistida. O atual Código Civil Brasileiro aponta apenas um início legislativo de tão importante matéria, restando muito ainda a pensar e regular.

No que se refere ao direito dos filhos no direito comparado, temos que na Argentina embora na atualidade seja assegurada a igualdade entre os filhos matrimoniais e extramatrimoniais, e aos filhos adotivos, como inclusive acontece no Brasil, na verdade ao se assegurar

o direito dos filhos, faz o direito argentino distinção de direitos ao prever expressamente os efeitos da adoção simples e por integração, mas não de forma discriminatória, mas sim com vista à melhor atender os interesses dos filhos e assegurar lhes a proteção integral, e, sobretudo garantir o princípio da dignidade da pessoa humana.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião. Código Civil comentado. Direitos das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. São Paulo: Atlas, v. XVIII, 2003.

ALMEIDA, Maria Christina de. DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARGENTINA CÓDIGOS. Código Civil y Comercial de la Nación: pocket/compilado por Ricardo Antonio Parada y José Daniel Errecaborde. – 1ª. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar, 2015.

CARAMELO Gustavo. Código Civil y Comercial de La Nación Comentado/ Gustavo Caramelo; Sebastián Picaso; Marisa Herrera. 1ª. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. V. 2, 640 p.

D´Albano Torres, Patricia Inés. Estudio Del nuevo código: familia y sucesiones. I era ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: DyD, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Revista dos Tribunais. 5ª. Edição. 2009.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001.

SCOTTI, Luciana Beatrix. EL RECONOCIMIENTO EXTRATERRITORIAL DE LA “MATERNIDAD SUBROGADA”; UNA REALIDAD COLMADA DE INTERROGANTES SIN RESPUESTAS JURÍDICAS. Artículo provistos de material de clase. Buenos Aires. Enero 2016.

VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. In: Família na Travessia do Milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, do IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2001, v. 5.

PRECEDENTES JUDICIAIS: O papel da hermenêutica e dos elementos não textuais da norma para a unidade do direito e a segurança jurídica

Plauto Cavalcante Lemos Cardoso¹

1 INTRODUÇÃO

*“[...] interpretar não é simplesmente declarar uma norma preexistente
ou extrair o seu significado, mas é adscrever sentido ao texto
e aos elementos não textuais da ordem jurídica.”*

Daniel Mittidiero²

No controverso desfecho do julgamento da ex-Presidente da República Dilma Rousseff, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e também presidente do julgamento do processo *impeachment* no Senado Federal por determinação constitucional, instado por senadores da base aliada da então Presidente afastada e ré, decidiu monocraticamente que, devido ao **precedente** do julgamento do ex-Presidente, ora Senador, Fernando Collor de Melo, que as sanções previstas no parágrafo único do art. 52 da Constituição Federal Brasileira de 1988 seriam penas autônomas e que portanto o requerimento dos senadores da base aliada de “fatiar” a votação seria

¹Aluno 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* - Fundação Getúlio Vargas - FGV-Rio, Brasil. Mestre em Literatura Inglesa pela Universidade de Sussex, Inglaterra e Especializado em Linguística Aplicada pela Universidade de Brasília - UnB, Brasil. Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes Rio de Janeiro - UCAM e em Letras pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Advogado, professor e palestrante na área de Direito & Literatura, Processo Civil e Direito Constitucional Comparado.

² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da Persuasão à Vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 15.

legítimo. Permitiu-se, assim, que as penas fossem votadas separadamente em nome da segurança jurídica e com fundamento em **precedente**, segundo o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Lewandowski, em sua fala quando presidia o julgamento e explicava por que tomava tal decisão, logo antes de abrir a sessão de votação da inabilitação ou não da ré para o exercício de função pública, num contexto de exegese pouco ortodoxa, mas não incomum nas cortes brasileiras.

Os dias que se seguiram foram tomados por intensos debates amplamente noticiados pela mídia nacional. Mais uma vez, as palavras do dia eram **precedente** e jurisprudência. Indaga-se aqui se realmente estávamos diante de um precedente no referido julgamento. Teria sido o Ministro Lewandowski atécnico no emprego do termo? Como se trata de tema de mais alta importância e trazido novamente à ribalta dos debates jurídicos pela sua importância unificadora expressa no Novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), pergunta-se se tantos julgadores e doutrinadores, das mais altas cortes aos mais isolados rincões do país não estariam a usar o termo em sua acepção leiga, lato sensu, numa confusão entre precedente e decisão, colocando em risco aquilo que justamente pretendem garantir: segurança jurídica.

Este trabalho aborda o tema do Precedente, sua definição e papel no contexto jurídico brasileiro, especialmente depois de 18/03/2016 com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, e questiona se no caso em questão acima a) estamos mesmo diante de um precedente? b) Seria persuasivo ou vinculante? c) Qual seria a sua norma geral? d) Houve fundamentação adequada, coerência lógico-argumentativa, na tentativa de afastar ou de aplicar o alegado precedente nas argumentações apresentadas pelos senadores-juízes e o Presidente do STF?

É inegável o papel da linguística e da semiótica no processo hermenêutico de dar vida a um precedente, nascido de um texto legal legislativo, normalmente de caráter geral, no seu confronto com a realidade fática.

Como não se lembrar do clássico exemplo de Luís Alberto Warat³ sobre o texto de um dispositivo hipotético “é proibido usar biquíni”. A *prima facie* pode-se argumentar que o texto é claro. Entretanto, a depender do contexto, pode o mesmo texto apontar para direções absolutamente opostas. Imagine tal dispositivo em uma placa afixada numa área social e formal da portaria de um prédio, decorada com caros tapetes e peças de arte, logo ao lado da parte de lazer. Neste contexto, a interpretação implicará na proibição do uso de trajes sumários, permitidos tão somente na área da piscina, por exemplo. Por sua vez, se sua inteligência for realizada levando em consideração o contexto da famosa praia de nudismo Tambaba, no sul do estado da Paraíba, Brasil, estamos diante de norma absolutamente distinta, comandando os banhistas a não usar qualquer peça de vestimenta como bem apontado por Orlando Luiz Zanon Junior sobre o mesmo hipotético exemplo⁴.

Um dos primeiros textos que este autor leu no início de sua caminhada no direito foi o marcante Lições Preliminares de Direito, de Miguel Reale⁵. Qual não foi seu choque ao ver o lamento do autor já as primeiras páginas do livro acerca do fato de que a tutela do direito nem sempre era sinônimo de justiça ou sequer caminhava sempre junto com a moral. Isso nos era impensável à época, pois quando ainda estudante este autor associava direito à justiça de forma direta.

A questão da vinculação ao direito em uma ordem jurídica justa e por consequente da promoção da segurança jurídica, da proteção da liberdade e respeito à igualdade nos persegue desde o início. Resta claro que há algo de muito errado em nosso senso de justiça depois de

³ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 67.

⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. “Produção Jurídica: Positização e Aplicação.” Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13179. Acesso em 17/09/2016 às 15:50.

⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo:Saraiva, 2010. p.44 e seguintes.

décadas em que transparece que nos acostumamos a ver casos similares e contemporâneos serem tratados de forma distinta, em salas separadas, no mesmo corredor da mesma corte.

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil em março de 2016, nos encontramos diante de novos paradigmas. Engana-se quem pensa se tratar de uma simples reforma do código anterior. No novo código, a questão do precedente e da vinculação ao direito volta ao centro das atenções.

Neste novo contexto normativo, o presente trabalho busca entender o que efetivamente é um precedente, ilustrar como seu conceito tem sido (mal)entendido e, principalmente, salientar seu papel diante da mais fundamental questão que se coloca à frente de todos os agentes do direito: a da vinculação ao direito como problema central da ordem jurídica brasileira. Para tanto, analisa-se de forma breve, diacrônica e comparada a questão da vinculação como um problema não só do ordenamento jurídico brasileiro. E para tanto, ressalta-se aqui a) o fundamental papel da hermenêutica na criação do direito, b) que o direito vai muito além do texto legislativo como muitos de forma obstinada ainda insistem em afirmar e c) conclui-se que não haverá justiça em sentido lato ou estrito, leigo ou técnico se não se levar em consideração o papel da interpretação nas cortes, construindo o direito de forma colaborativa com o legislativo e a doutrina, para a promoção da unidade do direito.

Ao final, responde-se as perguntas propostas com base nos fundamentos elencados ao longo do trabalho, objetivando-se opinar acerca de matéria controversa, mas a respeito da qual este autor pretende contribuir, sempre com o intuito de promover alguma pacificação através de fundamentada opinião e debate.

2 PRECEDENTE JUDICIAL

2.1 A vinculação como problema central de qualquer ordem jurídica

Não existe Direito sem segurança jurídica. E esta não é uma afirmação óbvia ou qualquer. É densa, historicamente complexa e multicamadas.

Do ponto de vista diacrônico, a aversão à arbitrariedade de governantes passa pelo modo como o Direito é usado como instrumento de domesticação do exercício do poder. Entretanto, não se submete o exercício do poder ao Direito sem que se tenha claro como se dá a vinculação ao Direito. Como corolário deste questionamento, temos o duplo desafio, central a toda e qualquer ordem jurídica, de compreendermos como são construídas as decisões judiciais e com qual conteúdo são prolatadas.

Desta forma, como bem preleciona Daniel Mitidiero⁶,

[...] para que o Direito seja capaz de proporcionar uma sociedade livre, justa e igualitária (art. 1.º, II, 3.º, I, e 5.º, *caput*, I e II, CF), é preciso resolver o problema central da vinculação do exercício do poder à ordem jurídica. *Esse objetivos, no entanto, só são alcançáveis em uma sociedade pautada pela segurança jurídica.* A promoção da segurança jurídica consubstancia-se, portanto, em um problema central e perene de qualquer ordem jurídica. Sem um ambiente jurídico capaz de proporcionar segurança jurídica, é impossível conceber um espaço para que se possam fazer escolhas juridicamente orientadas. Sem um ambiente jurídico seguro, é do mesmo modo impossível reconhecer qual o Direito vigente e que deve ser aplicado para todos uniformemente. Daí a razão pela qual a

⁶ 2016, p.21

*segurança jurídica é normalmente compreendida como uma das condições pelas quais o Direito se torna possível – vale dizer, **uma condição para que se possa conceber a própria existência do Direito.***
(grifo nosso)

Do ponto de vista didático, podemos decompor o conceito de segurança jurídica em quatro elementos básicos: cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade da ordem jurídica⁷. Desta forma, temos que o Direito deve ser conhecido previamente, que devermos ter acesso ao que nos é imposto diante da vasta gama de situações que vivenciamos cotidianamente. Além disso, é de importância quase que consequente que este Direito seja estável, que não mude de forma súbita e sem razão aparente. Há que ser, ainda, uma ordem na qual se possa confiar que situações anômalas que venham a emergir irão ser tratadas de uma forma razoavelmente esperada. E finalmente, não há segurança jurídica sem cogência. O Direito tem que poder se impor e ser imposto a situações que ameacem violá-lo.

O exposto acima é didaticamente perfeito de forma hermética. Entretanto, o ponto central do debate não é simplesmente afirmar que o Direito deve ser seguro. Nada disso tem sentido se não se pode compreender o que de fato deve ser considerado Direito.

Em nossa caminhada na construção dos fundamentos do Direito ocidental moderno, duas vertentes, fundadas na crença declaratória da jurisdição, emergiram como solução: a segurança pelo juiz e a segurança pelo legislador. Ambas soluções se mostraram falaciosas, pois se fundamentaram em obsessões distintas, mas similares, uma vez que embasadas em caixas-pretas, em mitos, quais

⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.250-256.

sejam, o dos juízes na tradição inglesa como “*living oracles*”⁸ ou como na tradição francesa pós-revolução de “*êtres inânimés*”.⁹

O interessante dessas duas tradições aparentemente antagônicas é que ambas se baseavam em mitos. O Direito Inglês via na decisões dos juízes provas vivas extraídas de uma entidade sobrenatural e mitológica intitulada *Common Law*¹⁰. Os franceses, por sua vez, ainda sob a forte aversão aos mandos e desmandos arbitrários de sua recém guilhotinada nobreza, depositavam forte crença na possibilidade de codificar-se todo o apanhado de possíveis interações humanas, sendo os juízes meramente aqueles que declaravam um norma que em realidade também já existia. Ambas noções requerem um salto de fé do cidadão sobre um abismo, numa crença de que seus desejos, direitos e expectativas serão tutelados por um conjunto normativo pré-existente, coeso, estável, confiável e eficaz. Assim era a caixa-preta do *Common Law*, assim era a obsessão codificante e centralizadora desde Luiz XIV (Code Louis de 1667) à Napoleônica (Code Napoléon de 1804), passando pela França revolucionária (1789)¹¹.

As duas tradições deitam raízes numa teoria declaratória, como nos sugere Luiz Guilherme Marinoni, que paradoxalmente serviu tanto “*para outorgar e para negar força vinculante às decisões dos juízes nessas diferentes tradições*”¹².

Cabe aqui, muito oportunamente, afastar um mito. Associa-se precedente quase que de maneira sinônima ao Direito inglês. Entretanto, o precedente como hoje se entende e se associa de forma

⁸ Expressão cunhada por William Blackstone (1723-1780), *Commentaries on the Law of England* (1765-1769). Chicago: The University of Chicago Press, 1979. Pa. 69, vol. I.

⁹ Clássico termo criado por Montesquieu (1689-1775), *De L'Ésprit des Lois* (1748). Paris: Garnier, 1869. P.149.

¹⁰ Para mais, referimos ao didático Daniel Mitidiero, 2016.

¹¹ MITIDIERO, 2016, p. 45.

¹² Luiz Guilherme Marinoni, **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 52 e seguintes.

imediate ao *Common Law* é uma construção do século XIX, consolidada já no século XX¹³. O caminho percorrido nesta tradição até este precedente vinculante dos dias de hoje foi longo e nem sempre em linha reta, mas pode-se visualizar três estágios principais: ilustrativo, persuasivo e vinculante.

A invocação de precedentes sempre foi um fator comum a juízes ingleses desde o medievo à idade moderna. O que muda, e isso é o que nos interessa, é o que se entende por precedente. E aqui está a raiz do problema.

2.2 Decisão, precedente e *ratio decidendi*

Mas afinal, o que é um precedente judicial? Trazemos aqui a lição de um doutrinador que este autor reverencia pelo seu calibre acadêmico, mas principalmente pela maneira como consegue despir o discurso jurídico clássico de sua fleuma e petulância sem retirar a densidade de seus conceitos, tornando-o acessível a uma gama maior de ouvintes e leitores sem contudo banaliza-lo.

Em uma palestra na Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro¹⁴, Fredie Didier Jr. tinha o objetivo de explicar o que exatamente era um precedente para uma plateia de atentos alunos do LL.M em *Litigation*, estando este autor presente. Havia tomado um avião da Bahia especialmente para abrir o módulo de Processo Civil do curso, em um momento no qual boa parte das atenções do mundo jurídico brasileiro se voltava para os processualistas com a expectativa da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

Fredie Didier Jr. inicia sua palestra afirmando que não sairia daquela sala de aula enquanto não tivesse a sólida impressão que todos

¹³ Para mais sobre o assunto, ver Arthur Hogue, *Origins of the Common Law* (1996). Indianapolis: Liberty Fund, 1986, p. 200/203.

¹⁴ DIDIER JR., Fredie. **Aula Inaugural – Processo Civil**. Rio de Janeiro: FGV, 2015. (Comunicação oral).

ali presente haviam entendido de que se tratava afinal esse elusivo e deturpado instituto chamado precedente.

Como é de seu feitio, trouxe um esclarecedor exemplo pessoal que aqui pedimos vênia para dividir com o leitor por esclarecedor que é. Certa feita, uma aluna do curso de direito da Universidade Federal da Bahia, no início da prova final do curso, acometida por um súbito mal estar logo após a leitura das questões, alega que não estava em condições de continuar a fazer o teste. Entrega a prova e requer segunda chamada.

Fato é que não há previsão para segunda chamada de prova final no regimento do departamento de direito da referida instituição. Fredie Didier Jr., como chefe de departamento então, reúne sua diretoria para que pudessem de maneira colegiada decidir sobre o assunto. Um colega argumenta que não há previsão para se acolher tal pedido e que o caso deveria ser arquivado. Fredie Didier Jr. afirma que a não existência da norma não era fundamento para não se pelo menos analisar o caso. Dito isso, passou-se a ver a documentação comprobatória do pedido. Havia um único laudo médico, feito por um perito de plantão em posto de saúde que afirmava que a aluna tal havia comparecido ao plantão médico e que afirmava estar doente. Diante do insubsistente corpo probatório, o departamento de forma unânime indeferiu o pedido.

Nas exatas mesmas condições do caso acima, um outro aluno, no final do semestre seguinte, é também acometido por uma súbita incapacidade de concluir sua prova final uma vez lida as perguntas e requer segunda chamada. O caso é novamente levado ao colegiado pelo mesmo chefe de departamento, que seguia à frente do departamento de direito.

O quadro de julgadores, para a beleza do exemplo, havia se mantido o mesmo. Um professor argumenta que não se poderia deferir o pedido, pois já se tinha um precedente sobre o caso. Fredie Didier Jr. interveio para dizer que não havia um precedente, mas uma coisa julgada, uma decisão sobre o mesmo assunto.

Em um exercício bastante exemplificativo, Fredie Didier Jr. usou o caso na sua aula inaugural para uma distinção que é basilar para o presente trabalho, qual seja, o entendimento claro de que o magistrado, o julgador, o órgão jurisdicional no momento do confronto do caso concreto com o texto da norma, acaba por construir duas normas, sendo

imprescindível perceber que a fundamentação da decisão judicial dá ensejo a *dois discursos*: o primeiro, para a solução de um determinado caso concreto, direcionado aos sujeitos da relação jurídica discutida; o outro, de ordem institucional, dirigido à sociedade, necessariamente com eficácia erga omnes, para apresentar um modelo de solução para outros casos semelhantes àquele¹⁵.

Desta forma, qual seria, então, no caso trazido à baila, a norma geral do precedente? Não se havia decidido que não haveria nunca segunda chamada para a prova final. Na primeira decisão tomada pelo colegiado, a norma geral que poderia ser extraída seria algo como:

Aquele que se sente mal, requer segunda chamada de prova final e NÃO comprova a enfermidade, não tem direito a uma segunda oportunidade.

Passou-se, então, ao julgamento colegiado do segundo pedido. Como neste caso, o aluno havia devidamente anexado laudos que comprovavam que realmente estava doente, decidiu-se unanimemente pelo deferimento do pedido.

¹⁵ MITIDIERO, Daniel. “Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial”. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013, p. 61-69. In: BRAGA, Paula; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandra de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10. ed. Vol. 2. Salvador: Jus Podivum, 2015, p.444.

Eis que neste simples caso está a essência do precedente: “*uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (individualmente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes*”¹⁶.

Aqui temos, ainda que em apertada síntese, a diferença crucial entre decisão e sua fundamentação, ou sua *ratio decidendi*. A primeira dá ao comando sua eficácia *inter partes* e a outra, a norma geral, se desprende do caso específico, mas sem nunca perder de vista o seu contexto, e pode ser utilizada para futuros casos concretos que guardam similaridade com o caso original.

Importante aqui se faz salientar que a fundamentação não se confunde com a *ratio decidendi*, mas está nela contida. Afinal, pode o julgador, no processo de fundamentar sua decisão, incluir comentários que não necessariamente se relacionam de forma direta com a *ratio decidendi*, constituindo comentários a parte, os chamados *obiter dictum*¹⁷. Neste caso,

trata-se de colocação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão. É mencionada pelo juiz “incidentalmente” ou “a propósito” (*by the way*), mas pode representar um suporte ainda que não essencial e prescindível para a construção da motivação de do raciocínio ali exposto.¹⁸

¹⁶ *Ibidem*, p. 443.

¹⁷ Referimos o leitor aqui ao enunciado 318 do Forum Permanente de Processualistas Cíveis: “os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presente, não possuem efeito de *precedent* vinculante”. Disponível em <http://portalprocessual.com/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-2016/>. Acesso em 29/09/2016 às 11:26.

¹⁸ BRAGA, Paula; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandra de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10. ed. Vol. 2. Salvador: Jus Podivum, 2015, p.444.

Definidos e distinguidos decisão de precedente, separados os conceitos de fundamentação de ratio decidendi, delineado a diferença entre ratio decidendi e obiter dictum e ilustrado os contornos do precedente, passamos as técnicas de gestão de precedentes e logo em seguida a responder os desafios propostos no início.

2.3 Confronto, interpretação, aplicação e superação do precedente

“O direito à distinção é um corolário do princípio da igualdade.”¹⁹
Fredie Didier Jr. et al.

Dizemos isso anteriormente e reforçamos aqui mais uma vez: não se pode admitir soluções diversas para casos análogos, contemporâneos e imersos em contextos culturais e sociais equivalentes dentro da mesma ordem jurídica. Nada mais injusto, Kafkiano e simplesmente distante do que este autor gostaria de pensar pretenda ser o direito ocidental no século XXI em uma democracia que mereça este título.

Destarte, se vinculado a precedentes, e esposamos a opinião de Daniel Mitidiero de que “*precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios*”²⁰, deve o julgador – aqui entendido de forma metonímica - diante de um caso aparentemente similar, primeiramente analisar se as características objetivas dos casos são equiparáveis. O segundo passo seria verificar se os pilares que fundamentam a tese jurídica extraída do caso paradigma estão presentes no caso *sub judice* ou se há similaridades entre eles.

Agora somente há dois caminhos possíveis, ambos com dois outros caminhos à frente. No primeiro, pode o julgador decidir que há uma distinção (*distinguishing*) entre os casos e decidir

¹⁹ BRAGA, Paula; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandra de. 2015, p. 491.

²⁰ MITIDIERO, 2016, p. 97.

fundamentadamente pela não aplicação do precedente, construindo um outro caminho para a solução acerca do que lhe foi trazido à baila. Pode, ainda, dentro deste mesmo caminho da distinção, decidir que apesar de apresentarem fatores que os diferenciam, os casos guardam similaridades fáticas, sociais, culturais essenciais que justifiquem a aplicação, mesmo que parcial, do precedente (*ampliative distinguishing*).

Entretanto, pode o magistrado optar pelo segundo caminho e decidir que os casos são análogos de forma objetiva e que as circunstâncias fáticas da nova situação são passíveis de serem acomodadas de forma justa sobre o guarda-chuva da tese jurídica do caso paradigma. Se está for a situação, deve o magistrado, sempre de forma fundamentada, aplicar o precedente. Entretanto, pode decidir que apesar de serem casos análogos, que o direito mudou, a sociedade evoluiu, que aquela solução não mais encontra respaldo no seio daquela comunidade daquela mesma forma e optar por superar o precedente através das técnicas do *overruling* e do *overriding*.

No primeiro caso, *overruling*, o tribunal pode abandonar o precedente que ele mesmo criou simplesmente decidindo que seu entendimento agora é outro por este ou aquele fundamento. O *overruling* pode ser inclusive tácito, situação na qual não há uma substituição ostensiva de um precedente por outro, mas uma substituição implícita. Esta opção do *implicit overruling* encontra óbice no ordenamento jurídico brasileiro, que impõe o diálogo com o precedente a ser superado para que se processe o *overruling* (art. 927, §4º do CPC/2015). E aqui os valores que fundamentam tal vedação estão expressos no referido artigo: segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia, valores caros também a este autor e que motivaram a eleição deste tema para este trabalho diante das escolhas feitas durante Impeachment que passaremos a analisar em nossa conclusão.

De forma simplificada, mas suficiente, é essa a dinâmica do precedente. É escolha, por limite de tamanho e coerência objetiva, não se abordar o *overruling* difuso e concentrado, o processo de fundamentação do *overruling*, a eficácia temporal da revogação do

precedente e a modulação de efeitos da superação do precedente. Para fins de enfrentarmos os desafios propostos, o exposto acima nos provém com os instrumentos adequados.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“O precedente encarna uma norma devidamente compreendida à luz dos fatos, mas jamais é sobre um ‘fato’”²¹.

José Rogério Cruz e Tucci.

A sensação de extraordinário, bizarro, inortodoxo é primeiramente de tirar o fôlego. Uma vez superado o mesmerismo estupefaciente causado pelos momentos finais e decisórios do processo de *Impeachment* objeto de nossa mirada, passa-se, naturalmente, a tentar a entender ou mesmo buscar a lógica jurídica que o fundamentou. E aqui convidamos o leitor a despir-se momentaneamente de sua inclinação política, colocar de lado a paixão que naturalmente envolve tais momentos históricos marcantes, e pelas próximas breves três páginas finais desse trabalho, enfrentar o desafio de aplicar o exposto acima à decisão sobre como decidir o julgamento e a dosimetria da condenação orquestrada pela batuta experiente do então presidente do STF e presidente do julgamento do Processo de *Impeachment* da agora ex-presidente Dilma Rousseff. Recapitulamos os questionamentos postos na introdução deste artigo:

- a) Estávamos mesmo diante de um precedente?
- b) Seria persuasivo ou vinculante?
- c) Se sim, qual seria a sua norma geral?
- d) Houve fundamentação adequada, coerência lógico-argumentativa, na tentativa de afastar ou de aplicar o alegado

²¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Parâmetros de Eficácia e Critérios de Interpretação do Precedente Judicial”, *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012. P. 123.

precedente nas argumentações apresentadas pelos senadores-juízes e o Presidente do STF?

A resposta para o questionamento presente na letra (a) nos parece ser positiva. Sim, se pensarmos que i) um precedente é fruto do processo hermenêutico-cooperativo desenvolvido pelas Cortes de Precedentes, no caso brasileiro o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), em diálogo com a texto legislativo em face do caso concreto e ii) que o Senado Federal, presidido pelo presidente do STF, ao nosso ver assume funcionalmente o papel de uma corte superior, do ponto de vista funcional, cremos ser razoável afirmarmos que estamos diante de um precedente.

Vejamos, então, se estaríamos diante de um precedente persuasivo ou vinculante - letra (b).

Pela equiparação possível do ponto de vista funcional como afirmamos acima entre o Senado Federal, presidido pelo presidente do STF em processo de julgamento de impedimento de presidente de república, e uma corte superior, cremos que estaríamos diante de um precedente obrigatório.

Não obstante, obrigatório não significa dever ser observado a qualquer custo. Vinculante significa que se impõe ao órgão julgador a utilização das técnicas clássicas da dinâmica dos precedentes, quais sejam, o confronto, a interpretação, a aplicação, a distinção e a superação em respeito ao princípio da igualdade, da segurança jurídica e ao Estado de Direito. É direito do jurisdicionado igualdade perante as decisões judiciais.²²

No nosso ponto de vista, trata-se de um caso de **distinção**.

Nossa concordância com o então Presidente do STF termina aqui no fato de que, sim, havia um precedente relacionado ao julgamento do *Impeachment* do ex-Presidente Collor. Passamos, então,

²² MARINONI, Luiz Guilherme. “O precedente na dimensão da igualdade.” *A força dos precedents*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 228-233.

à questão de letra (c), qual seja, a norma geral do precedente em questão.

Do ponto de vista material, é importante ressaltar que um precedente está sempre umbilicalmente ligado às circunstâncias fático-jurídicas do caso. Não se está aqui a dizer que os casos têm que ser idênticos, mas que devemos buscar uma identidade essencial entre o contexto do caso paradigma e o do *sub judice*, para sabermos se o aspecto qualitativo – as razões suscitadas – do precedente também está sendo atendido.

Assim, indaga-se se as circunstâncias dos casos dos processos de *Impeachment* do ex-presidente Collor e da agora ex-presidente Dilma Rousseff eram similares o suficiente para que mesmo em caso de distinção, se pudesse ao menos aplicar o precedente de forma parcial através da técnica *Ampliative Distinguishing*? Ora, como é notoriamente sabido, durante o julgamento do Processo de Impedimento do ora senador, então Presidente de República, Fernando Collor de Melo, o presidente apresentou sua carta-renúncia com o julgamento já em curso e na tentativa de forçar o arquivamento do feito por perda superveniente de seu objeto. Instado a decidir sobre a continuidade ou não do julgamento, o Presidente do Julgamento de então, Ministro Sidney Sanches, decidiu que o Senado decidiria e que qualquer decisão do Senadores-juizes seria válida. Decidiu-se que o processo continuaria e que se passaria a julgar a inabilitação para ocupar função pública do Presidente da República que já não mais poderia ser afastado, visto que havia renunciado. Situação bastante peculiar.

Qual seria a norma deste precedente? Arriscaríamos algo assim:

Em julgamento de Processo de Impedimento de Presidente da República, em caso de renúncia do réu no curso do processo já autorizado pelo pleno do Senado da República, passa-se a julgar a pena de inabilitação para ocupação de função pública.

Ora, não houve renúncia da ré Dilma Rousseff no caso sob análise. Não se pode desconsiderar essa circunstância fático-jurídica sob pena de simplesmente desfigurar o precedente e sua *ratio decidendi*. Estamos diante de uma situação absolutamente distinta. Serem ambos os casos processos de impedimentos de presidente da república não os torna essencialmente similares. Muito pelo contrário, neste caso, a renúncia os torna faticamente distintos e inequivocamente nos coloca diante de um caso de distinção. **Confundi-se a decisão com o precedente.**

Finalmente, como foi a aplicação do precedente invocado? Quais foram os fundamentos para se partir de um caso tão profundamente distinto e chegar-se a conclusão que ele poderia ser norteador de uma cisão de sansão constitucional? (letra d)

Foi proposto um Destaque para Votação em Separado (DVS) pela bancada de um dos partidos da base de apoio da ré, em aparente conformidade com o regimento interno do Senado da República e que, devidamente respaldado por um parecer do corpo jurídico da Casa, serviu de fundamento para o convencimento do Presidente do STF para aceitar o que acabou por ser conhecido como o “fatiamento” da votação do *impeachment*.

Acontece que não se fez um DVS em relação a um projeto de lei ou à proposição que estava sendo votada, como é a razão da existência de tal instituto que viabiliza que se aprove a parte central de um projeto de lei em debate no parlamento e se vote em separado as partes em desacordo. Acabou por fazer-se um DVS em relação à Constituição. Como pôde isso ser aceito? Qual o fundamento jurídico para isso? Nenhum.

O segundo argumento seria a existência de alegada tese minoritária doutrinária de que o parágrafo único do art. 52 da Magna Carta carregava sansões autônomas. Ora, a implicação disso é que uma pode ser aplicada sem a outra. A se julgar válida tal premissa, se estar a dizer que se poderia inabilitar a ré ao exercício de função pública e

escolher por não afastá-la do cargo. Tal assertiva não carece de debate algum para que seu surrealismo se evidencie.

A conclusão não poderia ser outra: a sansão constitucional é uma e portanto incidível e o que se alegou ser um precedente como fundamento da decisão de cindir a sansão constitucional era a decisão que transitou em julgado de um caso absolutamente distinto do ponto de vista fático-jurídico do caso em questão e que não poderia ter sido aplicado ao caso se as mais básicas técnicas de gestão de precedentes tivessem sido observadas. O expediente do DVS é claramente não aplicável ao texto Constitucional, já votado pelos Constituintes em 1988 e que não estava sendo objeto de votação como se um mero projeto de lei fosse.

Não causou surpresa a este autor o comentário do também ministro do STF, Gilmar Mendes, que quando instando por jornalistas, no dia seguinte ao encerramento do fatídico julgamento, a comentar sobre a separação das penas impostas em votações separadas, afirmou que a *rationale* empregada pelo colega Ministro Lewandowski “*não passaria no jardim de infância do Direito Constitucional*”²³. Do ponto de vista do Direito Processual, foi certamente um grande equívoco que só se pode entender de uma perspectiva política e não jurídica, especialmente quando conduzida por um jurista e acadêmico do quilate do Ministro Lewandowski.

Difícil aqui não pensar na “teoria do xamanismo judicial”, proposta por Tomas²⁴, para quem a “*fundamentação das decisões judiciais não passa de uma espécie de xamanismo contemporâneo*,”²⁵ e que:

²³ Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=3oejjQk19Qc>. Acesso em: 01/10/2016 às 15:51.

²⁴ Stanislovas Tomas, “*The Shamanic Ritual of the European Court of Justice*”. Disponível em <http://ssrn.com/anstract=970432>, 2006, p. 4-38.

²⁵ ARAUJO, Gilvrandro Vasconcelos Coelho de; BADIN, Arthur; BERNADRDO, José Carlos da Matta; EXPOSTO JR., Marcos Antonio T.; MARTINEZ, Ana Paula; ROSENBERGO, Barbara; RUFINO, Victor; SAMPAIO, Patrícia; TAVARES, Mariana; VASCONCELSONO, Gilvrandro; ZIEBARTH, José Antônio Batista de Moura. **Direito da Concorrência** –

[...] as decisões judiciais, quando anulam ou modificam uma lei ou ato administrativo a pretexto de não corresponderem ao que seria o “verdadeiro” “espírito da lei” ou “da constituição, são na verdade uma forma pura e simples de impor a vontade do próprio juiz ou da classe que representa (elite jurídica) sobre a opção do legislativo, escamoteando-o sob a aparência lógica do discurso jurídico.

Esse exercício pode ser tão arbitrário (ainda que fruto de sincera convicção) quanto as interpretação do *xamã* em comunidades primitivas [...]. Os *xamãs* (juizes), nos rituais xamânicos (processo), dizem ouvir uma luta espiritual entre “os espíritos” (princípios jurídicos) que brigam entre si, e diz à comunidade quem foi o vencedor. É claro que o exercício do poder pelos juizes é legitimado pelo discurso racional e encontra na aceitação social seu verdadeiro substrato. Porém, ao valerem-se de *argumentação*, os adeptos da religião da “dogmática jurídica” tornam-se capazes de exercer um tipo de poder que favorece seus próprios interesses e privilégios, interesses e privilégios de uma classe que se arroga ao uso retoricamente efetivo da argumentação para seus próprios propósitos.

Há muito que se debater para que se possa entender o verdadeiro papel da hermenêutica na formação do Direito e do seu principal instrumento no presente posto a serviço da cidadania, da igualdade, da segurança jurídica e da unidade do ordenamento jurídico brasileiro e da justiça: o precedente judicial.

Aspectos Processuais. Volume Único. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016, p.97-98.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de; BADIN, Arthur; BERNARDINO, José Carlos da Matta; EXPOSTO JR., Marcos Antonio T.; MARTINEZ, Ana Paula; ROSENBERGO, Barbara; RUFINO, Victor; SAMPAIO, Patrícia; TAVARES, Mariana; VASCONCELSONO, Gilvandro; ZIEBARTH, José Antônio Batista de Moura. **Direito da Concorrência – Aspectos Processuais**. Volume Único. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016. p.97-98.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BLACSTONE, William. *Commentaris on the Laws of England* (1765-1769). Vol. I Chicago: The University of Chicago Press, 1979.

BRAGA, Paula; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandra de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10. ed. Vol. 2. Salvador: Jus Podivum, 2015.

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

BRASIL. Código De Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Parâmetros de Eficácia e Critérios de Interpretação do Precedente Judicial”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17 ed. Vol. 1. Salvador: Jus Podivum, 2015.

----- **Aula Inaugural – Processo Civil**. Rio de Janeiro: FGV, 2015. (Comunicação oral)

Enunciados do Forum Permanente de Processualistas Cívis. Disponível em: <http://portalprocessual.com/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-2016>.

HOGUE, Arthur. *Origins of the Common Law* (1966). Indianapolis: Liberty Fund, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: E. RT, 2010.

----- **O Precedente na Dimensão da Igualdade. A força dos precedentes**. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 228-233.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da Persuasão à Vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *De L'Esprit des Lois* (1748). Paris: Garnier, 1869.

MOURA, M. R. Votação fatiada de impeachment é, 'no mínimo, bizarro', diz Gilmar Mendes. O Estado de São Paulo, São Paulo. 01 set. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,votacao-fatiada-de-impeachment-e-no-minimo-bizarro-diz-gilmar-mendes,10000073485>. Acesso em: 01/10/2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOMAS, Stanislovas, “The Shamanic Ritual of the European Court of Justice”. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=970432>, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. “Produção Jurídica: Positivização e Aplicação.” Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13179

DIREITO ESPACIAL INTERNACIONAL: Direito à exploração da lua

Rafael Izidoro dos Santos¹
Walter Gustavo Lemos²

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é apresentar a legislação existente sobre Direito Espacial Internacional, mais especificamente sobre a exploração da Lua. Utilizamos, como metodologia, a pesquisa bibliográfica. Foram analisados os tratados relativos ao Espaço, expondo os avanços neles contidos. Dentre eles foi dada maior atenção ao Acordo da Lua, por se tratar de norma específica ao tema em questão.

A escolha de tal tema se deve ao nosso interesse e ao fato de é uma disciplina em construção, extremamente relevante para a humanidade, mas ainda pouco pesquisada.

A constante busca por novas fontes de matérias primas, especialmente as de potencial energético, tem levado as nações do globo a se modernizarem tecnologicamente para melhor aproveitar os combustíveis alternativos que têm se mostrado viáveis ao longo do tempo.

A ainda grande dependência do petróleo, recurso esgotável e de alto custo para os países que dependem de sua importação, tem, cada vez mais, impulsionado o desenvolvimento de pesquisas para extração de recursos gradativamente mais incomuns.

¹ Rafael Izidoro dos Santos – Acadêmico de Direito da Faculdade Católica de Rondônia, Porto Velho-RO.

² Walter Gustavo Lemos – Professor Doutorando pela UNESA/RJ, titular da disciplina de Direito Internacional da Faculdade Católica de Rondônia, Porto Velho-RO.

Na atualidade, tal busca alcança patamar antes até imaginável, porém jamais alcançável: a mineração de recursos fora do planeta, mais especificadamente, em nosso satélite natural, a Lua.

Desde o início do século XXI, vários projetos foram iniciados ao redor do globo para estudar o território lunar. Desta forma, países como China (Chang'e 5), Estados Unidos (Moon Express e Planetary Resources) e Rússia (Luna 25) têm vasculhado o solo lunar em busca de minerais aproveitáveis economicamente e, recentemente, encontraram o que parece ser o tesouro das próximas décadas: o hélio-3 (ou He-3).

O hélio-3 é um gás estável, não radioativo do hélio, que pode ser usado em reatores de fusão nuclear para geração de energia, não encontrado em quantidade significativa em nosso planeta.

Estudos dos Instituto de Tecnologia de Fusão (Fusion Technology Institute) indicam que cerca de 100 toneladas do gás seriam suficientes para produzir energia para todo planeta por 1 ano, e além da imensa quantidade de energia, o seu aproveitamento não gere rejeitos radioativos e nem emissão de nêutrons, o que ocorre com o urânio.

E o início de sua extração não está longe: os chineses lideram a corrida, e sua missão “Chang'e 5” já promete trazer 2 kg de amostra do solo lunar no ano que vem, já tendo concluído a fase de testes em setembro deste ano.

Se tal feito se concretizar, podemos ter a confirmação do que se espera ser o maior salto da história humana em termos energéticos, um mineral que seria capaz de garantir energia para toda população mundial por milhares de anos.

É aqui, contudo, que entra nossa questão: juridicamente falando, podem os Estados do globo intentar missões à Lua e extrair seus recursos como se a eles pertencessem? Haveria alguma previsão no Direito Espacial Internacional que possibilitasse a apropriação desses recursos em território lunar por parte das nações?

Para responder a estas questões, cumpre-nos, primeiramente, entendermos a disciplina do Direito que trata do tema.

2 DIREITO ESPACIAL INTERNACIONAL

Dentre os teóricos que nos inspiraram e nos iluminaram no percurso da pesquisa, um jurista importante, que foi basilar para as questões apresentadas é José Monserrat Filho: Jornalista e jurista, em 1966, concluiu mestrado em Direito Internacional, pela Universidade da Amizade dos Povos, em Moscou. Foi aluno da Academia de Direito Internacional, Haia, Holanda, em 1978; da Universidade Internacional do Espaço, Estrasburgo, França, em 1989; e do Centro Europeu de Direito Espacial, Aberdeen, Escócia, em 1993. Foi Vice-Presidente da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (SBDA), Diretor Honorário do Instituto Internacional de Direito Espacial, Membro Pleno da Academia Internacional de Astronáutica e Chefe da Assessoria de Cooperação Internacional da Agência Espacial Brasileira (AEB) até novembro de 2015.

O Direito Espacial Internacional (DEI), nas palavras do mestre:

É o ramo do Direito Internacional Público que regula as atividades dos Estados, de suas empresas públicas e privadas, bem como das organizações internacionais intergovernamentais, na exploração e uso do espaço exterior, e estabelece o regime jurídico do espaço exterior e dos corpos celestes. (MONSERRAT FILHO, 1998, p. 2)

Já o termo “Lei Espacial” (Space Law), nas palavras de Valori, citado por Frazão (2015, p. 2), se refere a “todos os acordos internacionais, tratados, convenções, atos normativos e regulamentos das organizações internacionais, leis nacionais, regulamentos internos,

ordens executivas e administrativas e decisões de tribunais que são aplicáveis à matéria espacial”.

A definição de tal termo bem como os patamares em que se baseia a legislação anteriormente citada foram estabelecidos com a constituição do Comitê das Nações Unidas para o Uso Pacífico do Espaço Exterior (Committee on the Peaceful Uses of Outer Space – COPOUS), criado um ano após o lançamento do primeiro satélite artificial da Terra, o Sputnik, em 1959. Por isso, considera-se que tenha sido este fato o estopim para o estudo da matéria de Direito Espacial, como destaca Bittencourt Neto (2011, p. 28).

A COPOUS é responsável por rever a cooperação internacional no uso pacífico do espaço exterior, supervisionando a implementação dos cinco tratados e dos acordos relativos a atividades no espaço exterior. Howell (2016) define o órgão como “a força por trás dos cinco tratados e princípios que governam boa parte da exploração espacial”.³

Atualmente, tudo que se considera legislação de Direito Espacial se concentra ou se extrai de 10 documentos, como também ensina Monserrat Filho (1997, p. 6). São 5 tratados:

- a) Tratado sobre os Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Exterior, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes, de 1967, conhecido como “O Tratado do Espaço”;
- b) Acordo sobre Salvamento de Astronautas e Restituição de Astronautas e Objetos lançados ao Espaço Cósmico, de 1968;
- c) Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais, de 1972;

³ COPUOUS is the force behind five treaties and five principles that govern much of space exploration.

d) Convenção sobre Registro de Objetos lançados ao Espaço Cósmico, de 1976;

e) Acordo sobre as Atividades dos Estados na Lua e nos Corpos Celestes, de 1984, conhecido como “O Acordo da Lua”.

E, além desses, como também citado pelo autor, há cinco resoluções da Assembleia Geral da ONU que recebem destaque, já que estabelecem princípios norteadores das condutas dos Estados na exploração espacial:

a) Declaração dos Princípios Jurídicos Reguladores das Atividades Espaciais dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, de 1963;

b) Princípios Reguladores do Uso pelos Estados de Satélites Artificiais da Terra para Transmissão Direta Internacional de Televisão, de 1982;

c) Princípios sobre Sensoriamento Remoto, de 1986;

d) Princípios sobre o Uso de Fontes de Energia Nuclear no Espaço Cósmico, de 1992;

e) Declaração sobre a Cooperação Internacional na Exploração e Uso do Espaço Exterior em Benefício e no Interesse de todos os Estados, levando em Especial Consideração as Necessidades dos Países em Desenvolvimento, de 1986.

Contudo, o início da regulamentação da atividade espacial em 1967, com o “Tratado do Espaço”, há menos de 50 anos, demonstra também o quão recente é a abordagem jurídica do assunto Espaço. Referido até como “Disciplina do Terceiro Milênio” (Revista UFO,

Buhr, 2014), o Direito Espacial Internacional ainda engatinha em suas disposições, assim como o ser humano na exploração espacial.

Acontece que as novas trilhas desbravadas pelo homem implicam em novos trilhos a serem traçados por seus caminhos, o que significa dizer que o Direito deve acompanhar as condutas do ser humano, e agora, mais do que nunca, os olhos têm de ser voltados para o espaço, e para o homem no espaço, em busca de adequada regulamentação das novas ações do espaço sideral.

Assim, destacadas as normas que indicam as bases jurídicas do Direito Espacial, cabe-nos averiguar no que estes documentos nos auxiliam na resolução da problemática proposta. Verificaremos então, o que eles dispõem sobre a Lua e a possibilidade de exploração de seus recursos.

3 A LUA PARA O DIREITO ESPACIAL INTERNACIONAL

Para iniciarmos a resolução da questão, é imprescindível analisarmos o que a Lua representa juridicamente. Descobrir sua natureza jurídica é fundamental para estabelecer a aplicação das normas de Direito Espacial nas controvérsias que envolvam sua exploração.

Como extraímos de Monserrat Filho (Revista Brasileira de Direito Aeroespacial, 1998), a Lua, o único satélite natural da Terra, é o corpo celeste mais próximo de nosso planeta -- 384.400 km, em média --, e também o mais brilhante em nosso céu, depois do Sol.

Pela distância em que se encontra de nosso Planeta, além da Linha de Karman⁴, situa-se no espaço extra-atmosférico, que é considerado área de Domínio Público Internacional; que pode ser definido, nas palavras de Rezek (2011, p. 345) como:

⁴ Definida a 100 km de altitude, é considerado o limite entre a atmosfera e o espaço. Disponível em: <http://www.astronoo.com/pt/artigos/atmosfera.html>. [acesso em: 20 out. 2016]

(...) espaços cuja utilização suscita o interesse de mais de um Estado soberano — às vezes de toda a comunidade internacional —, ainda quando sujeitos à incidência de determinada soberania. Tal o motivo de que, a propósito desses espaços, exista uma disciplina normativa em direito das gentes. Cuida-se do mar — com seus diversos setores —, dos rios internacionais, do espaço aéreo, do espaço extra-atmosférico, e ainda do continente antártico. (grifo nosso)

Assim, como afirma Casella et. al. (2012, p. 904), a Lua está situada em uma área de comunhão espacial, definida *res communis* (coisa comum; de todos) e não *res nullius* (coisa sem dono), que não está passível de apropriação ou qualquer pretensão neste sentido por parte de qualquer Estado.

Desta forma, explica Monserrat Filho (2014) citando outro autor:

Para Valladolid, o "espaço interplanetário" é *res communis omnis* e, como tal, "está aberto ao uso de todos, do gênero humano" (inclusive, os "seres humanos que porventura existirem noutros Planetas e Satélites").

Aliás, de acordo com Porras, citado por Frazão (2015, p. 9):

(...) a ideia de 'patrimônio comum' ou de 'herança comum' é um princípio nuclear do direito espacial internacional, 'garantindo a toda a humanidade uma igualdade nos benefícios que surgirão quando se atingir o espaço exterior' e os seus recursos.

Logo, não havendo disposição específica diversa, a Lua deve ser assim considerada.

Passemos, então, para a análise das disposições de Direito Espacial que estão regidas nas normas específicas, buscando em cada texto o que for pertinente à nossa pesquisa. Nesta pesquisa, optamos

por limitar a análise a apenas 3 documentos, já que estes são os que, de fato, se reportam à questão que norteia nosso estudo e, também, os que mais o ilustram e contribuem com a nossa reflexão. Optamos por expô-los por ordem cronológica, muito embora suas relevâncias se manifestem diversamente.

3.1 A exploração da lua na declaração dos princípios jurídicos reguladores das atividades espaciais dos estados na exploração e uso do espaço cósmico⁵

A Assembleia Geral da ONU “inspirada nas grandiosas perspectivas que a descoberta do espaço cósmico pelo homem oferece à humanidade”, aprovou, por unanimidade, segundo Casella (2012, p. 904), a mais importante Resolução para o Direito Espacial, com 126 ratificações e 11 assinaturas (dados de 2016 do COPOUS).

A Declaração dos Princípios Jurídicos Reguladores das Atividades Espaciais dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, aberta para assinatura em 1963, aprovou 9 princípios, que seriam os norteadores da atividade espacial e dos documentos aprovados em seguida. Destes 9, 3 se mostram pertinentes à nossa pesquisa:

1. A exploração e o uso do espaço cósmico serão realizados em benefício e no interesse de toda a humanidade.⁶
2. O espaço cósmico e os corpos celestes estão abertos à exploração e uso por todos os Estados,

⁵ Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space. RES 1962 (XVIII), UNOOSA, General Assembly 18th session.

⁶ The exploration and use of outer space shall be carried on for the benefit and in the interests of all mankind.

na base da igualdade e de acordo com o Direito Internacional.⁷

3. O espaço cósmico e os corpos celestes não poderão ser objeto de apropriação nacional por proclamação de soberania, por uso ou ocupação, nem por qualquer outro meio.⁸

Embora não se refiram à Lua especificamente, os artigos 2 e 3 tratam do espaço e dos corpos celestes (portanto da Lua). Perceba-se aqui, que foi estabelecido um sistema de “coisa de todos”, como também afirma Monserrat Filho (1998):

Nesta mesma linha, a ONU, em sucessivas decisões, consagrou o princípio de que o espaço cósmico e os corpos celestes devem ser tratados como *res communis*. Isto foi confirmado pela Resolução 1962 da Assembléia (sic) Geral da ONU, aprovada em 13 de dezembro de 1963, contendo a "Declaração dos Princípios Jurídicos Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico".

Segundo os pontos 2 e 3 desta Declaração, "o espaço cósmico e os corpos celestes estão abertos à exploração e uso por todos os Estados, na base da igualdade e de acordo com o Direito Internacional" e "não poderão ser objeto de apropriação nacional por proclamação de soberania, por uso ou por ocupação, nem por qualquer outro meio". (grifo nosso)

Portanto, tomamos a liberdade para reduzir – de acordo com a proposta da pesquisa – o trabalho à análise da possibilidade de

⁷Outer space and celestial bodies are free for exploration and use by all States on a basis of equality and in accordance with international law.

⁸Outer space and celestial bodies are not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means.

exploração mineral dos astros, mais especificamente da lua, de forma que esta pode ser explorada e usada em base de igualdade por todos os Estados, desde que em benefício e interesse de toda a humanidade, vedada a apropriação por proclamação de soberania em qualquer hipótese.

Importante salientar que, embora, em nenhum momento, se fale em motivações econômicas para a “exploração”, o termo abrange qualquer intenção, tema que trataremos em outro item.

3.2 Exploração da lua no “tratado do espaço”⁹

Aberto à assinatura em 1967, o Tratado sobre os Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Exterior, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes, também chamado de “Tratado do Espaço”, é referido até como a “Magna Carta” do Direito Espacial, conforme encontramos em Bittencourt Neto, citando Gorove (2011, p. 37).

Assim é referido tal tratado por, embora não ter trazido grandes inovações em relação ao texto da Declaração de 1963, ter consolidado os princípios nela estabelecidos com grande capacidade de vincular, com maior grau de comprometimento, os países que o ratificaram ou assinaram, pois já conta com 104 ratificações (inclusive a do Brasil) e 25 assinaturas. Sobre o tema, Casella (2012, p. 905) descreve:

Em 27 de janeiro de 1967 era assinado o “Tratado sobre os Princípios que Regulamentam as atividades dos Estados em matéria de Exploração e de Utilização do Espaço Ultraterrestre, inclusive a Lua e outros Corpos Celestes”, que, de modo geral, consolidou os princípios acolhidos pela

⁹Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies. RES 1966 (XVIII), UNOOSA, General Assembly 21st session.

Resolução 1.962 (XVIII), de 1963. O Tratado de 1967 consolida o direito de todos os estados a explorar os espaços ultraterrestres e o *princípio da não apropriação do território, inclusive de corpos celestes*, vedando que sejam objeto de reivindicação de qualquer estado. (grifos do autor)

Na sequência, passaremos a expor os artigos do Tratado aprovado pelos estados que se mostram relevantes à nossa pesquisa. Em tal Tratado, julga-se que “a exploração e o uso do espaço cósmico deveriam efetuar-se para o bem de todos os povos, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento econômico e científico”. São três, o 1º, o 2º e o 9º:

ARTIGO 1º

A exploração e o uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, só deverão ter em mira o bem e interesse de todos os países, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento econômico e científico, e são incumbência de toda a humanidade.

O espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, poderá ser explorado e utilizado livremente por todos os Estados sem qualquer discriminação, em condições de igualdade e em conformidade com o direito internacional, devendo haver liberdade de acesso a todas as regiões dos corpos celestes.

O espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, estará aberto às pesquisas científicas, devendo os Estados facilitar e

encorajar a cooperação internacional naquelas pesquisas.¹⁰

ARTIGO 2º

O espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, não poderá ser objeto de apropriação nacional por proclamação de soberania, por uso ou ocupação, nem por qualquer outro meio.¹¹

O art. 9º acrescenta que “(...) os Estados-Partes do Tratado deverão fundamentar-se sobre os princípios da cooperação e da assistência mútua”, e que as atividades no espaço devem ser exercidas “(...) levando devidamente em conta os interesses correspondentes dos demais Estados-Partes do tratado.”.

Alguns pontos merecem destaque quanto ao texto do Tratado. Primeiro, notamos que há a reiteração dos princípios estabelecidos na Declaração de 1963, contudo, de forma expansiva, acrescentando expressões que aumentam o caráter de universalidade conferido ao tema.

Segundo, que a Lua é citada expressamente. Mesmo que abrangida pela expressão “corpos celestes”, foi tido o cuidado de citar nosso satélite natural em todos os momentos do texto em que se referia

¹⁰ The exploration and use of outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development, and shall be the province of all mankind. Outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall be free for exploration and use by all States without discrimination of any kind, on a basis of equality and in accordance with international law, and there shall be free access to all areas of celestial bodies. There shall be freedom of scientific investigation in outer space, including the Moon and other celestial bodies, and States shall facilitate and encourage international cooperation in such investigation.

¹¹ Outer space, including the Moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means. (...)

aos objetos do Tratado, diferentemente da Declaração de 1963. Muito provavelmente a intenção foi dar ênfase à Lua, já que se visualizava seu potencial nas expedições espaciais futuras.

Terceiro, que há a preocupação de que a exploração e o uso do espaço, Lua e demais corpos celestes seja feita levando em conta os interesses dos outros Estados-Partes do Tratado, sem abordar novamente, porém, a questão de exploração econômica.

E por último, algo muito interessante que é de fácil visualização prática: há, na segunda parte do Artigo 1º, a previsão de condições de igualdade na exploração e utilização do espaço, Lua e demais corpos celestes, prevendo ainda que todos os Estados devam ter liberdade de acesso a todas as regiões dos corpos celestes.

Assim, em progressão à redução realizada no tópico anterior, podemos extrair e acrescentar do “Tratado do Espaço”, em relação à Lua, que:

A Lua pode ser explorada e usada em base de igualdade por todos os Estados, desde que em benefício e interesse de toda a humanidade. Desta forma, é vedada a apropriação por proclamação de soberania em qualquer hipótese, devendo inclusive haver liberdade de acesso por parte dos outros Estados a todas as regiões de corpos celestes.

3.3 Exploração da lua no “acordo da lua”¹²

Trataremos, a seguir, do último e mais interessante documento para nosso trabalho: o “Acordo que Regula as Atividades Dos Estados na Lua e em Outros Corpos Celestes”, aberto à assinatura de 1979.

Já visando o interesse dos Estados nos recursos encontrados na Lua, a tentativa, como se perceberá, foi avançar no sentido de que o

¹² Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies. RES 34/68, UNOOSA, General Assembly 34th session.

mesmo fosse mais específico nas questões da exploração lunar, tratando inclusive da extração de recursos do subsolo. De seu texto integral, destacamos trechos do 11º artigo:

ARTIGO 11º

1 – A Lua e seus recursos naturais são patrimônio comum da humanidade, como expressam as cláusulas do presente Acordo, e, em particular, o § 5º deste Artigo.

2 – A Lua não pode ser objeto de apropriação nacional por proclamação e soberania, por uso ou ocupação, nem por qualquer outro meio.

3 – A superfície e o subsolo da Lua, bem como partes da superfície ou do subsolo e seus recursos naturais, não podem ser propriedade de qualquer Estado, organização internacional intergovernamental ou não-governamental, organização nacional ou entidade não-governamental, ou de qualquer pessoa física. O estabelecimento na superfície ou no subsolo da Lua de pessoal, veículos, material, estações, instalações e equipamentos espaciais, inclusive obras vinculadas indissolavelmente à sua superfície ou subsolo, não cria o direito de propriedade sobre sua superfície ou subsolo e suas partes. (...)

5 – Os Estados-Partes se comprometem, pelo presente Acordo, a estabelecer um regime internacional, inclusive os procedimentos adequados, para regulamentar a exploração dos recursos naturais da Lua, quando esta exploração estiver a ponto de se tornar possível. (...)

7 – Entre os principais objetivos do regime internacional a ser estabelecido estão:

- a) Assegurar o aproveitamento ordenado e seguro dos recursos naturais da Lua;
- b) Assegurar a gestão racional destes recursos;
- c) Ampliar as oportunidades de utilização destes recursos; e
- d) Promover a participação equitativa de todos os Estados-Partes nos benefícios auferidos destes recursos, tendo especial consideração para os interesses e necessidades dos países em desenvolvimento, bem como para os esforços dos Estados que contribuíram, direta ou indiretamente, na exploração da Lua. (...)¹³

¹³ 1- The Moon and its natural resources are the common heritage of mankind, which finds its expression in the provisions of this Agreement, in particular in paragraph 5 of this article. 2. The Moon is not subject to national appropriation by any claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means. 3. Neither the surface nor the subsurface of the Moon, nor any part thereof or natural resources in place, shall become property of any State, international intergovernmental or non-governmental organization, national organization or nongovernmental entity or of any natural person. The placement of personnel, space vehicles, equipment, facilities, stations and installations on or below the surface of the Moon, including structures connected with its surface or subsurface, shall not create a right of ownership over the surface or the subsurface of the Moon or any areas thereof. (...) 5. States Parties to this Agreement hereby undertake to establish an international regime, including appropriate procedures, to govern the exploitation of the natural resources of the Moon as such exploitation is about to become feasible. This provision shall be implemented in accordance with article 18 of this Agreement. (...) 7. The main purposes of the international regime to be established shall include:

- (a) The orderly and safe development of the natural resources of the Moon;
- (b) The rational management of those resources;
- (c) The expansion of opportunities in the use of those resources;
- (d) An equitable sharing by all States Parties in the benefits derived from those resources, whereby the interests and needs of the developing countries, as well as the efforts of those countries which have contributed either directly or indirectly to the exploration of the Moon, shall be given special consideration.

Nota-se que os trechos destacados parecem solucionar nossa questão quanto ao direito de exploração dos recursos da lua e apontam no sentido de que:

A Lua e seus recursos naturais são patrimônio comum da humanidade, inclusive seu subsolo e seus recursos naturais, que não podem ser propriedade de qualquer pessoa física ou jurídica, sendo ainda estabelecido regime de participação equitativa de todos os Estados-Partes nos benefícios auferidos desses recursos.

Assim estaria respondida a problemática estabelecida neste trabalho, sendo exposto como o Direito Espacial Internacional trata a exploração dos recursos da Lua.

Mas não é bem assim.

Há um grande detalhe sobre o Acordo da Lua, que se revela, na verdade, um problema: ele tem apenas 16 ratificações, sendo Arábia Saudita, Austrália, Áustria, Bélgica, Cazaquistão, Chile, Filipinas, Holanda, Kuwait, Líbano, Marrocos, México, Paquistão, Peru, Turquia e Uruguai, e 4 assinaturas de França, România, Guatemala, Índia (dados de 2016 do COPOUS).

Podemos constatar que nenhum dos “gigantes” da corrida espacial (China, EUA e Rússia, como citados no início) está dentre os seus signatários; nem sequer o Brasil assinou o Acordo, o que compromete completamente sua aplicabilidade, já que os Estados que certamente iniciarão a exploração dos recursos lunares não estão vinculados à regulamentação que esse propõe. À mesma conclusão chegou Monserrat Filho (2008):

Assim, apesar de legalmente vigente, o Acordo da Lua tem escassa base de reconhecimento e apoio. Não goza do peso jurídico e político necessário para influir nos processos de regulação das atividades de exploração da Lua. Ainda assim, dificilmente deixará de ser referência às futuras discussões e negociações em torno do problema. Ele configura uma experiência rica e proveitosa. Suas principais idéias (sic) se harmonizam com as preocupações, leis e

acordos sobre desenvolvimento sustentável, hoje em alta em todo o nosso planeta.

Isto posto, nos restam duas opções:

a. Retornarmos ao status *quo ante*, reconhecendo que o “Acordo da Lua” não tem peso jurídico sustentável e considerar apenas o disposto nos dois primeiros documentos, na tentativa de extrair o que a exploração da Lua efetivamente significa atualmente, e as possíveis explicações da negativa dos Estados em aderir ao Acordo de 1979.

b. Contentarmo-nos com o fato de que a exploração prevista no Direito Espacial Internacional é essa exposta nos três documentos, aceitando as proposições do “Acorda da Lua” e ignorando o fato de sua aplicabilidade frágil.

Por amor ao debate, ficamos com a primeira opção. Primeiro por reconhecer que Tratados Internacionais dependem de aceitação para serem válidos (buscar referência); segundo por entender que a segunda opção, embora responda a pergunta que nos propusemos a responder, não o faz de forma satisfatória, já que está alheia à motivação da escolha do tema, que é a corrida das grandes potências espaciais para alcançar os recursos lunares.

4 ANÁLISE DA EXPLORAÇÃO DA LUA CONFERIDA PELO DIREITO ESPACIAL INTERNACIONAL

Deixando de lado o que dispõe o “Acordo que Regula as Atividades Dos Estados na Lua e em Outros Corpos Celestes”, analisaremos o que está disposto a respeito da exploração lunar, disposta na Declaração de 1963 e no Tratado 1967.

Em tais documentos, “exploração”, como explica Monserrat Filho (Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial, 2012, p. 43) significaria estudar; conhecer profundamente e utilizar os recursos da Lua sendo que, de forma alguma, tais ações possibilitam que algum país se torne dono de algum território lunar. E acrescenta o mesmo autor

(2009): “Seja como for, este tipo de exploração (aproveitamento) não poderá ser arbitrária, desordenada e irracional (como ocorreu na Terra)”.

Desta forma, retomando a conclusão chegada após o estudo desses dois documentos, a Lua pode ser explorada e usada em base de igualdade por todos os Estados, desde que em benefício e interesse de toda a humanidade. Desta forma, é vedada a apropriação por proclamação de soberania em qualquer hipótese, devendo inclusive haver liberdade de acesso por parte dos outros Estados a todas as regiões de corpos celestes.

Complementando esta interpretação, que extraímos dos textos dos documentos, cito novamente Monserrat Filho (2009):

Assim, a Lua pode ser livremente explorada – ou seja, estudada, pesquisada – e usada – no sentido prático –, mas não pode ser apropriada. Para quem entende que uma coisa somente pode ser usada se antes pertencer ao usuário, a situação pode parecer estranha: como uma coisa pode ser usada se não pode ser apropriada? Nesta visão, o direito de uso se confundiria com o direito de apropriação. Um só existiria, se o outro existisse também. Mas não é bem assim.

O direito de uso e o veto à apropriação territorial podem, sim, vigorar ao mesmo tempo e em relação a uma mesma coisa. (grifo nosso)

Como exemplo de como o direito de uso e de veto à apropriação territorial podem vigorar ao mesmo tempo, o autor cita exemplos, dos quais dois deles nos interessam: o tratamento dado ao “alto-mar” na Convenção sobre o Direito do Mar e aquele dado à Antártida, duas áreas que também são de domínio público internacional.

O primeiro é a hipótese de vigorar o uso e o veto à apropriação nas águas internacionais consideradas “alto-mar”:

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, permite (sob certas condições) a pesca em alto mar – ou seja, o uso do mar, o aproveitamento de seus recursos –, mas não se admite, de modo algum, o direito de apropriação do alto mar, que é uma zona de uso comum;

Tal previsão se extrai dos artigos 87 e 89 da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar¹⁴:

ARTIGO 87

Liberdade do alto mar

O alto mar está aberto a todos os Estados, quer costeiros quer sem litoral. A liberdade do alto mar é exercida nas condições estabelecidas na presente Convenção e nas demais normas de direito internacional. Compreende, inter alia, para os Estados quer costeiros quer sem litoral: (...)

e) Liberdade de pesca nos termos das condições enunciadas na seção (...) ¹⁵

ARTIGO 89

Ilegitimidade das reivindicações de soberania sobre o alto mar

¹⁴ United Nations. **United Nations Conventions on the Law of The Sea.**

¹⁵ Article 87 Freedom of the high seas 1. The high seas are open to all States, whether coastal or land-locked. Freedom of the high seas is exercised under the conditions laid down by this Convention and by other rules of international law. It comprises, inter alia, both for coastal and land-locked States: (...) (e) freedom of fishing, subject to the conditions laid down in section 2; (...)

Nenhum Estado pode legitimamente pretender submeter qualquer parte do alto mar à sua soberania.¹⁶

E essa analogia foi inclusive usada como argumento por Chris Lewicki, presidente e engenheiro chefe da “Planetary Resources” (empresa que planeja minerar asteroides e trazer seus recursos para a Terra), durante a aprovação de um projeto de lei estadunidense que permitiria às empresas a extração e venda de quaisquer recursos retirados de corpos celestes. Em entrevista dada ao Space.com ele declarou que:

O projeto não permite a propriedade de um asteroide, ou de um terreno na lua, ou de qualquer outro tipo de direito real extraterrestre – apenas aos recursos extraídos desses corpos celestes. Mineração espacial será análoga à pesca em águas internacionais.¹⁷ (grifo nosso)

O segundo exemplo citado por Monserrat Filho (2009) é o tratamento dado à Antártida:

O Tratado da Antártida, de 1959, reza, no Art. VI, que nada nele “deve prejudicar ou de forma alguma afetar os direitos, ou o exercício dos direitos, de qualquer Estado, ao abrigo do direito internacional aplicável ao alto-mar”, dentro da “zona situada a Sul de 60º de latitude Sul, incluindo todas as plataformas de gelo”;

O art. VI do “Tratado da Antártida” iguala, portanto, às condições estabelecidas ao alto-mar, o que fazem dessa região *res communis*, como também é o Espaço Cósmico, como destaca o mesmo

¹⁶Article 89 Invalidity of claims of sovereignty over the high seas. No State may validly purport to subject any part of the high seas to its sovereignty.

¹⁷The bill does not allow ownership of an asteroid, or a swath of the moon, or any other section of extraterrestrial real estate — just the resources extracted from such a body. Space mining will thus be analogous to fishing in international waters.

autor em seu texto “Espaço como Propriedade Privada e Teatro de Guerra?”, publicado em 2014:

Daí que o espaço e os corpos celestes são “áreas de uso comum”. Há um caso similar aqui na Terra. A Antártica também é “área de uso comum” pelo Tratado de 1959, pois nenhum Estado pode exercer ali sua soberania. Esse, portanto, é o quadro legal em vigor: o espaço e os corpos celestes são impróprios.

Portanto, frustrada a tentativa de normatização do “Acordo da Lua”, não restam dúvidas acerca do tratamento que é conferido ao nosso satélite artificial e aos corpos celestes do Espaço.

Acontece que a continuidade das atividades rumo à lua, frente à negativa das nações em assinar o Acordo de 1986, e até com aprovação de lei nacional que autoriza a exploração dos recursos minerais de corpos celestes, demonstra que o problema ainda está para ser resolvido.

5 DIFICULDADES DE UMA REGULAMENTAÇÃO QUE UNIFIQUE OS INTERESSES DOS ESTADOS

O fato de não ter havido uma aceitação expressiva do “Acordo da Lua” é o maior indicativo da necessidade de uma regulamentação que mais consistente, que que corresponda mais aos desejos dos Estados, especialmente daqueles que lideram as pesquisas.

Sobre as dificuldades de aceitação, Monserrat Filho (2009) em “A Lei da Lua”, afirma que:

Aparentemente, o que mais impediu uma aceitação mais expressiva do Acordo da Lua foi o debate que se travou sobre o conceito de “patrimônio comum da humanidade”, adotado em seus Artigos 4º e 11. O conceito, sem uma definição clara, acabou visto como sinônimo de “propriedade comum da humanidade”, o que

levantava problemas jurídicos e políticos de difícil, senão de impossível, solução. Quem seria o titular desta propriedade? Quem representaria a humanidade?

E essa visão dos recursos da Lua como “propriedade comum da humanidade”, claramente, não agrada aos pioneiros na exploração dos recursos lunares, em especial os Estados Unidos, já que a farão por meio de empresas privadas. Sobre o tema, trata o mesmo autor supracitado, em seu livro “Direito e Política na Era Espacial: podemos ser mais justos no Espaço do que na Terra?” (2007):

(...) a sistemática e incegável oposição dos Estados Unidos e de algumas outras potências a que se abra nova e rica fase de produção legislativa na história da regulamentação internacional das atividades espaciais. Essa tarefa, requerida pela própria realidade do mundo atual, está, de fato, bloqueada, como revelam as reuniões do sub-comitê jurídico do Copuos desde os anos 1990. E as razões alegadas para tal conduta parecem obedecer a interesses nacionais e empresariais por demais estreitos e sem visão do interesse público internacional.

Além disso, implicando em mais uma barreira para adequada normatização da matéria, tenta ainda o país regular a atividade por meio de lei nacional, como citado anteriormente. Ignorando toda a discussão e a necessidade de cooperação internacional os Estados Unidos aprovaram um projeto de lei estadunidense denominado Lei de Competitividade de Lançamento Espacial Comercial (U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act), que permite às empresas privadas, extraírem recursos de corpos celestes e os comercializarem no planeta Terra. Sobre essa regulamentação, aduz Monserrat Filho (2009):

O problema não tem como ser resolvido por meio de legislação nacional de alguns países. Esse caminho representaria um retrocesso desastroso no desenvolvimento progressivo do Direito Internacional. O espaço e os corpos celestes são um tema internacional, de sumo interesse para todos os países. Ele só pode ser solucionado por via da cooperação entre todos os países e com base nas Nações Unidas.

Outra questão relevante para a dificuldade na aceitação, é o período em qual o Acordo da Lua foi elaborado, um cenário de segregação mundial, em que a cooperação mundial não era um tema interessante para as nações, como também explica o autor supracitado (2009):

Nos anos da Guerra Fria, não havia clima para se admitir a possibilidade de um amplo e inédito regime de cooperação internacional, justamente para explorar recursos naturais tidos como promissores, muito embora não terrestres e não de forma imediata. E, a partir dos anos 1980, com a crescente hegemonia global da visão econômica neoliberal, e a supervalorização do papel das empresas privadas e das privatizações, o Acordo da Lua teve reduzidas ainda mais suas chances de êxito. Fundado, sobretudo, na visão dos países do chamado “Terceiro Mundo” e em suas reivindicações de desenvolvimento e de combate à desigualdade econômica mundial – ideias já então em franca baixa –, ele colocava-se como que na contramão da história.

Hoje, o mundo se move no rumo de um novo panorama geopolítico global. Um mundo multipolar tende a se fortalecer. Reafirma-se o multilateralismo como necessidade imprescindível. Ressurge a força política dos países em desenvolvimento, valorizados e mobilizados, sobretudo, pelos chamados países

emergentes, como a China, a Índia, o Brasil, a África do Sul e outros.

A nova disposição de ideias e forças políticas, mesmo que não ratifiquem (sic) in totum o texto atual do Acordo da Lua, possivelmente se empenhará para que os recursos da Lua sejam explorados de modo ordenado e seguro, com regulação racional e ampla uso voltado para o bem e o interesse de todos os países da Terra, e não como fator de aprofundamento das desigualdades já tão grandes. Resguardados esses princípios básicos, as empresas poderão ter ativa e importante participação na exploração e uso, inclusive industrial e comercial, das riquezas lunares.

Concordamos com o professor ao também afirmarmos que, hoje, há sim um panorama mais favorável para o desenvolvimento de um pensamento global, em que a necessidade cooperação internacional tem se tornado cada vez mais evidente, possibilitando a criação de normas gerais que atendam os interesses dos Estados do globo ao mesmo tempo em que preservem o crescimento de toda humanidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As análises desenvolvidas ao longo desta pesquisa sobre o Direito Espacial Internacional, especialmente o direito à exploração da Lua, nos levaram à seguinte conclusão: a Lua é passível de exploração, em base de igualdade e em benefício de todos os Estados do globo, não sendo, contudo, passível de apropriação. Quanto à extração e aproveitamento de seus recursos, a questão – ao contrário do que imaginávamos – não gira em torno da falta de regulamentação, mas sim, da falta de interesse dos Estados em aderir à legislação específica, qual seja, o “Acordo da Lua”.

Este Acordo foi uma tentativa de regulamentação da exploração e do uso dos recursos lunares, que já previa o retorno à Lua

e os avanços das pesquisas exploratórias, principalmente pelos países que detinham maior tecnologia, tais como os Estados Unidos, Rússia e China.

Entretanto, este documento não atende os anseios dos países que lideram a corrida espacial, dentre outras razões, pelo fato que defendia que os recursos extraídos seriam considerados “patrimônio comum da humanidade”.

As discordâncias sobre o Acordo revelam a necessidade da criação de uma regulamentação consistente, que atenda os interesses desses Estados e que, por consequência, os tenha como signatários. Seria um avanço para a área em si, e para a ciência como um todo.

A ciência, de modo geral, especialmente a jurídica, se constitui cotidianamente, se reconstruindo e se refazendo na medida em que novas descobertas são feitas, que estudos e saberes solidificados ao longo do tempo são questionados e reconceituados sob novos parâmetros, tentando acompanhar as transformações sociais.

Se isso ocorre o tempo todo com os saberes reconhecidos de há muito pelos homens, em relação ao tema desta pesquisa, cujos saberes são todos muito iniciais, podemos afirmar que o mesmo é mais válido ainda: há uma ampla possibilidade de surgimento e/ou de reformas de normas que atendam as novas condutas sociais.

E, quando a ciência relativa à pesquisa espacial estiver extremamente avançada, que possamos dizer que a lua é de todos e para todos. Que possamos constatar que, com ela, não cometemos os mesmos equívocos os quais são visíveis e sensíveis na relação que estabelecemos com a terra. Seria um avanço para as pesquisas e para a humanidade. Em busca de “novos espaços”, sim, mas sem perder a sua humanidade.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agência Espacial Brasileira e Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial. **Direito Espacial**: Coletânea de convenções, atos

internacionais e diversas disposições legais em vigor. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 2003.

Astronoo: O universo em todas as suas formas. **Atmosfera**, 2013. Disponível em: <http://www.astronoo.com/pt/artigos/atmosfera.html> [acesso em: 20 out. 2016]

BITTENCOURT NETO, Olavo de O. **Direito Espacial contemporâneo**: responsabilidade internacional. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

BUHR, Alexandre Dittrich. Direito Espacial: Nova disciplina para reger o terceiro milênio. In: **Revista UFO**. Edição 216. MYTHOS: São Paulo, 2014.

CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público** / Paulo Borba Casella, Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Chang'e 5. In: **Wikipédia, a enciclopédia livre**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Chang'e_5 [acesso em 16 out. 2016]

Committee on the Peaceful Uses of Outer Space. **Status and application of the five United Nations treaties on outer space**. COPUOS: Vienna, 2016.

FRAZÃO, João N. Fernandes. **A regulação da atividade espacial: A Questão Emergente da Responsabilidade Civil no Transporte Turístico Aeroespacial**, 2015. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/15193/1/Frazao_2015.pdf. [acesso em 25 out. 2016]

Fusion Technology Institute, University of Wisconsin-Madison. **Lunar Mining of Helium-3**. Disponível em: <http://fti.neep.wisc.edu/research/he3> [acesso em 21 out. 2016]

HOWELL, Elizabeth. **Who owns the moon?** 2016. Disponível em: <http://www.space.com/33440-space-law.html> [acesso em 21 out. 2016]

JACOBI, Pedro. **Por que os chineses querem minerar a lua?**, 2015. Disponível em: <http://www.geologo.com.br/>

MAINLINK.ASP?VAIPARA=Por%20que%20os%20chineses%20qu
erem%20minerar%20a%20Lua [acesso em 13 set. 2016]

MONSERRAT FILHO, José. A ocupação e o uso da lua como
problemas jurídicos internacionais. In: **Revista Brasileira de Direito
Aeroespacial**, 1998. Disponível em: [http://www.sbda.org.br/revista/
Anterior/1650.htm](http://www.sbda.org.br/revista/
Anterior/1650.htm). [acesso em 13 set. 2016]

_____. **A lei da lua**. Agência Espacial Brasileira,
2009. Disponível em: <http://www.aeb.gov.br/a-lei-da-lua/>. [acesso em
16 set. 2016]

_____. **Direito e Política na Era Espacial:**
Podemos Ser Mais Justos no Espaço do quena Terra? Rio de Janeiro:
Vieira & Lent, 2007.

_____. **Introdução ao Direito Espacial**. Rio
de Janeiro: SBDA, 1997. Disponível em:
www.sbda.org.br/textos/Dir_Esp.rtf. [Acesso em: 13 set. 2016].

_____. Pode um país colonizar a lua? In:
Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial, Ed.
Dezembro de 2012.

OFFICE FOR OUTER SPACE AFFAIRS, **United nations treaties
and principles on outer space**. UNOOSA. Disponível em:
http://www.unoosa.org/pdf/publications/ST_SPACE_061Rev01E.pdf
[acesso 13 set. 2016]

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso
elementar. 13. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

WALL, Mike. **'New space mining legislation is 'history in the
making'**, 2015. Disponível em: [http://www.space.com/31177-space-
mining-commercial-spaceflight-congress.html](http://www.space.com/31177-space-
mining-commercial-spaceflight-congress.html). [acesso em: 16 out.
2016]

ZAK, Anatoly. **Luna-Glob Lander (Luna-Glob-1/Luna-25), 2015.**
Disponível em: [http://www.russianspaceweb.com/luna_glob_
lander.html](http://www.russianspaceweb.com/luna_glob_
lander.html) [acesso em 13 out. 2016].

A MULHER NA PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E NA CONSTRUÇÃO DA PAZ

Renato Augusto de Alcântara Philipini¹
Andréa Costa da Silva²

1 INTRODUÇÃO

Os direitos das mulheres e a busca por igualdade, durante muito tempo foram vistos como um problema interno dos Estados. No entanto, tal panorama começou a modificar-se ainda na primeira metade do século XX.

Conforme aponta Mingst (2009, p. 299): *A questão do direito das mulheres, como outras questões de direitos humanos, colide diretamente com valores e normas culturais; entretanto, como outras questões de direitos humanos, pouco a pouco se tornou uma questão globalizada.*

É fato que a Organização das Nações Unidas (ONU) tem como um de seus objetivos, a promoção da igualdade de gênero e o *empowerment*³ das mulheres (UNITED NATIONS, 2010). E neste

¹ Advogado e professor. Mestre em Ciências Aeroespaciais (Ciência Política) pela Universidade da Força Aérea, especialista em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco, especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena. Membro da Association Internationale de Droit Pénal.

² Professora. Doutora e Mestre em Educação em Ciências e Saúde, pelo Programa de Pós-Graduação em Educação em Ciências e Saúde (Núcleo de Tecnologia Educacional para a Saúde / Universidade Federal do Rio de Janeiro), com especialização em Orientação Educacional pela Faculdade de Humanidades Pedro II e graduação em Direito pela Universidade Gama Filho.

³ O termo *empowerment*, muitas vezes substituído na literatura nacional pelo neologismo “empoderamento”, significa, em inglês, “dar poder”. O termo, conforme indica Aithal (1999), originou-se na prática de ativistas feministas para depois consolidar-se como objeto de teorização.

sentido, a partir da conceituação de gênero, definições adicionais são utilizadas em seus estudos.

A identidade de gênero remete ao sentimento individual de ser homem ou mulher. Stoller (1993) aponta que a masculinidade ou a feminilidade não são naturalmente apresentadas ao sujeito por determinações biológicas, mas são características definidas psicologicamente.

Diferentemente da identidade de gênero, os papéis de gênero são as formas de manifestação ou representação social de ser macho ou fêmea. Os papéis de gênero são papéis do que se espera que homens e mulheres devam desempenhar em determinada sociedade. Nesse sentido Grossi (2012, p. 6) explica que: *Papel é aqui entendido no sentido que se usa no teatro, ou seja, uma representação de um personagem. Tudo aquilo que é associado ao sexo biológico fêmea ou macho em determinada cultura é considerado papel de gênero.*

A socialização ensina e reforça essas representações, que são definidas pela cultura da comunidade⁴.

A igualdade de gênero, por sua vez, refere-se ao ideal de mulheres e homens vivendo em igualdade de condições, com respeito aos direitos humanos de todos e onde todos os gêneros podem se beneficiar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político (DEPARTMENT OF PEACEKEEPING OPERATIONS, 2002). O conceito refere-se a iguais direitos, responsabilidades e oportunidades para homens e mulheres, configurando-se em uma questão de direitos humanos.

Por seu turno, equidade de gênero consiste no processo de ser justo com homens e mulheres. De modo a assegurar a equidade medidas regulares devem ser postas em prática, a fim de compensar as desvantagens históricas e sociais que impedem homens e mulheres de

⁴ Para Carapia (2004, p. 9): “Por perspectiva de gênero se entende la categoría metodológica que permite estudiar las construcciones sociales de la realidad desde el género con rigor metodológico, es la forma de analizar, interpretar y explicar las relaciones sociales que se establecen entre hombres y mujeres en un momento histórico determinado”.

trabalharem em igualdade de condições. A equidade é um meio; a igualdade é um resultado.

Por fim, a noção de *empowerment* está diretamente ligada à questão do poder com algo que capacita (PARPART; RAI; STAUDT, 2002). Rowlands (1997) aponta que o termo é usado em preferência a poder, pois *empowerment* envolve diferentes formas de “poder”: o “poder sobre”, entendido como o poder de controlar algo ou alguém (gera, como consequência, aquiescência, dominação ou resistência); o “poder para”, significando a capacidade de fazer algo, sem que haja invasão dos domínios de terceiros; o “poder com”, abarcando a ideia da ação em grupo; e o “poder de dentro”, ligado à autoestima e a autoconfiança como forma de aceitar os outros como iguais⁵.

A presente investigação tem como escopo analisar o papel da mulher na prevenção e resolução de conflitos e na construção da paz, tendo como base o processo de inclusão e a busca por igualdade realizado pelas Nações Unidas.

Para atingir tal objetivo, a pesquisa compreende a técnica qualitativa, pois abarca a observação de ações e análise do discurso, em especial, dos documentos emanados pela Organização.

2 A ONU E OS DIREITOS DAS MULHERES

O reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos, deve-se à atuação da Organização das Nações Unidas. Nesse sentido, Guarnieri (2010, p. 13) assinala que:

Embora o movimento das mulheres remonte a épocas anteriores à própria fundação das

⁵ Rowlands (1997) aponta que o termo adquire acepções diversas dependendo do agente que a utiliza: uma agência governamental, comunidades de base ou teóricos. Não existe, pois, concordância em relação ao conceito do termo. No entanto, Mosedale (2005) aponta que existe consenso no pensamento feminista que *empowerment* das mulheres relaciona-se com o conceito de autonomia, ou seja, da capacidade de tomar decisões em relação à própria vida.

Nações Unidas, é com a organização que ele ganha força e visibilidade. Seja como fórum de debates, seja como fonte de dados e informações sobre a situação da mulher, a ONU desempenhou – e desempenha – papel significativo na luta pelo *empowerment* das mulheres. Desde sua fundação, em 1945, até os dias atuais, a ONU vem contribuindo para a evolução das questões de gênero, promovendo os direitos das mulheres como direitos humanos fundamentais, codificando esses direitos em instrumentos legais internacionais e ainda encorajando o reconhecimento do papel das mulheres no desenvolvimento social e econômico dos países.

A base do suporte da ONU aos direitos das mulheres encontra-se na Carta da Organização, promulgada em 1945. Em seu preâmbulo, o documento reafirma a “igualdade de direito dos homens e das mulheres”, e logo a seguir, no Artigo 1, declara ser um dos propósitos das Nações Unidas:

[...] conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o **respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião** (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945, p.1, grifo nosso).

Nenhum documento jurídico internacional anterior havia tão enfaticamente afirmado a igualdade de todos os seres humanos, ou se referido especificamente ao sexo como base para discriminação. De tal forma, a Carta da ONU afirmou de modo inequívoco, que a temática dos direitos das mulheres se tornaria uma questão central na atuação da Organização nos anos vindouros.

De acordo com Boutros-Ghali (1996), os esforços da ONU relativos à promoção dos direitos das mulheres podem ser concebidos em três fases. O primeiro estágio compreende as três primeiras décadas de existência da Organização, quando os esforços das Nações Unidas em relação às mulheres foram focados principalmente na codificação dos direitos legais e civis, bem como coleta de dados sobre a situação das mulheres em todo o mundo. Podem ser citados como exemplos desse esforço o estabelecimento da Comissão sobre o Status das Mulheres (CSW, em inglês), por meio da Resolução 11(2) do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), que é o órgão da ONU responsável, entre outras incumbências, dos direitos das mulheres; a elaboração da Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres, adotada pela Assembleia Geral em 1952; e a Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas, de 1957. Com o tempo, no entanto, tornou-se cada vez mais evidente que as leis, por si só, não eram suficientes para garantir a igualdade de direitos às mulheres.

Numa segunda fase, que compreende os anos de 1963 a 1975 a ONU procurou redimensionar seus programas de assistência para as mulheres dos países em desenvolvimento ao mesmo tempo em que envidava esforços para a consolidação da igualdade legal entre homens e mulheres (BOUTROS-GHALI, 1996). Ressalta o autor que, durante este estágio, em 1967, foi aprovada a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres que, muito embora sem caráter obrigatório, teve a qualidade de reunir em um único documento uma lista concisa das áreas em que a igualdade de homens e mulheres deveria de ser afirmada (BOUTROS-GHALI, 1996).

A luta pela igualdade entrou em uma terceira etapa com a convocação de quatro conferências mundiais pelas Nações Unidas, que visaram o desenvolvimento de estratégias e planos de ação que implementassem o direito das mulheres à plena participação em todos os níveis da atividade humana. A primeira conferência mundial sobre a condição das mulheres tomou lugar em 1975, na Cidade do México, coincidindo com o Dia Internacional da Mulher, estabelecido pela

ONU para lembrar à comunidade internacional que a discriminação contra as mulheres continuava a ser um problema persistente em muitas partes do mundo (UNITED NATIONS, 1976). A Conferência, juntamente com a Década das Nações Unidas para a Mulher (1976-1985) proclamada pela Assembleia Geral, cinco meses depois, a pedido da Conferência, foi convocada pela Assembleia Geral das Nações Unidas para concentrar a atenção internacional sobre a necessidade de desenvolver futuras metas e planos de ação para a promoção das mulheres. Para este fim, a Assembleia Geral identificou três objetivos principais que se tornariam a base para o trabalho das Nações Unidas em nome das mulheres: 1) a plena igualdade de gênero e a eliminação da discriminação de gênero; 2) a integração e a plena participação das mulheres no desenvolvimento; 3) o aumento da contribuição das mulheres no fortalecimento da paz mundial (UNITED NATIONS, 1976).

De acordo como Guarnieri (2010) a Conferência Mundial sobre as Mulheres, realizada na Cidade do México, em 1975, foi o primeiro grande passo eminentemente global na tentativa de se: “[...] alcançar a igualdade entre homens e mulheres e pôr fim à separação entre os sexos em questões concernentes à educação, oportunidades e prioridades econômicas” (GUARNIERI, 2010, p. 8). Ainda de acordo com o autor:

A Conferência do México serviu como instrumento de mobilização para as mulheres de várias partes do mundo, fortalecendo o relacionamento entre a ONU e a sociedade civil, por meio da atuação de organizações não estatais, como as ONGs. A partir da México-75, aqueles três temas – igualdade, desenvolvimento e paz – tornaram-se a base dos trabalhos da organização no tocante às mulheres (GUARNIERI, 2010, p. 8).

A grande contribuição da Conferência do México foi colocar as mulheres na pauta de discussão em nível global o que culminou, em dezembro de 1979, com a adoção pela Assembleia Geral da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW, em inglês)⁶, um dos instrumentos mais poderosos para a igualdade das mulheres. A CEDAW, de acordo com Mingst, demanda que “[...] não somente a discriminação contra as mulheres na vida pública e política é ilegal, mas que também são ilegais o tráfico e a prostituição de mulheres” (MINGST, 2009, p.300).

Para Guarnieri, o princípio fundamental da Convenção de 1979 “[...] é de que as mulheres são livres – tanto quanto os homens – para fazerem suas escolhas, mesmo em áreas como casamento, lar e vida familiar” (GUARNIERI, 2010, p. 10)⁷.

Por sua vez, em 1980, tomou lugar em Copenhagen a Segunda Conferência das Nações Unidas sobre as mulheres que, ao mesmo tempo em que promoveu uma revisão dos objetivos atingidos

⁶ A CEDAW constitui-se no principal instrumento internacional de proteção dos direitos das mulheres. A Convenção foi adotada em 1979 pela AGNU. Em 1983 o Brasil assinou a Convenção, inicialmente com reservas na parte dedicada à família, e em 1984 ela foi ratificada, desta forma, pelo Congresso Nacional. Em 1994, o governo brasileiro retirou as reservas ratificando a Convenção em sua totalidade. No Brasil, ela tem força de lei, conforme o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Em 1999, a AGNU adotou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, assinado em 2001 pelo Brasil, tendo sido ratificado pelo Congresso Nacional em 2002. De acordo com Frossard (2006, p. 15), a CEDAW “[...] deve ser tomada como parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, tanto no âmbito público como no privado”.

⁷ Nesse sentido, para Boutros-Ghali (1996 apud GUARNIERI, 2010, p. 10), diz: “[...] a singularidade da Convenção foi ter convocado os governos nacionais a atuarem contra a discriminação não apenas na esfera pública, mas também, e principalmente, na vida privada. O documento sustenta, assim, a superação de qualquer prevalência existente entre o público e o privado, reconhecendo como de igual importância direitos civis, políticos, econômicos e sociais e reafirmando a relevância do acesso igualitário de homens e mulheres à vida política, ao mercado de trabalho e à educação para o *empowerment* das mulheres.

nos cinco primeiros anos da Década da Mulher, também estabeleceu planos de ação para os cinco anos seguintes, com prioridade para as áreas de educação, saúde e emprego (UNITED NATIONS, 1980).

Cinco anos depois, Nairóbi sediou a terceira conferência da ONU sobre as mulheres. O *Report of the World Conference to Review and Appraise de Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace*⁸ (UNITED NATIONS, 1986) aponta como resultado final da conferência uma série de medidas que os Estados, com base em suas políticas de desenvolvimento e capacidades de recursos, deveriam tomar para alcançar a igualdade a nível nacional. Nesse sentido, o documento identifica três categorias básicas de medidas: constitucionais e legais; igualdade na participação social; e igualdade na participação política e tomada de decisão (UNITED NATIONS, 1986).

Na década de 1990, conforme aponta Mingst (2009), não havia mais dúvidas de que os direitos das mulheres se tratavam de uma questão de direitos humanos, servindo a Conferência dos Direitos Humanos de Viena, que ocorreu em 1993, serviu como meio de consolidar tal asserção. Nesse sentido, a Declaração de Viena, que se consubstancia como uma agenda para o empoderamento das mulheres e se destaca como um marco para o progresso das mulheres no século XXI, em seu item I, parágrafo 18, proclama que:

Os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constituem objetivos prioritários da

⁸ Em português: Conferência Mundial para Examinar e Avaliar as Realizações da Década das Nações Unidas para Mulher: Igualdade, Desenvolvimento e Paz.

comunidade internacional (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993, p. 5).

Reafirmando o compromisso da ONU com os direitos humanos das mulheres, em 1995, ano em que a Organização completou seu quinquagésimo aniversário, foi realizada em Pequim⁹ a IV Conferência Mundial sobre Mulheres foi realizada em 1995, que culminou com a confecção de dois documentos: a Plataforma de Ação e a Declaração de Pequim. A Declaração de Pequim, em seu parágrafo 38 afirma que o Sistema das Nações Unidas adota categoricamente a perspectiva de gênero, e assim diz o documento:

Desta maneira adotamos e nos comprometemos, como governos, a implementar a Plataforma de Ação que se segue, e garantimos a inclusão de uma perspectiva de gênero em todos os nossos programas e políticas.(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1995, p.3)

De acordo com Guarnieri (2010), a Plataforma, por sua vez, com seus 361 parágrafos, constitui-se no:

[...] principal documento oriundo da Conferência de Beijing de 1995, traz um diagnóstico da situação da mulher no mundo, estabelecendo um conjunto de medidas a serem tomadas pela comunidade internacional com vistas a promover a capacitação das mulheres e a superação das discriminações de gênero (GARNIERI, 2010, p. 20).

A mudança substancial da Conferência de Pequim em relação às três conferências anteriores foi o reconhecimento da necessidade de mudar o foco da mulher para o conceito de gênero, com a consequente e necessária reavaliação das relações sociais entre homens e mulheres.

⁹ Ou Beijing.

A partir daí houve a reafirmação de que os direitos das mulheres são direitos humanos e que a igualdade de gênero era uma questão de interesse global.

3 PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E NA CONSTRUÇÃO DA PAZ

A Plataforma de Ação, aprovada pela IV Conferência Mundial sobre a Mulher, identificou os efeitos dos conflitos armados sobre as mulheres como uma das doze áreas críticas de preocupação que deveriam exigir uma ação por parte dos governos e da comunidade internacional¹⁰, e salientou a necessidade de promover a participação igualitária das mulheres na resolução de conflitos nos níveis de tomada de decisão. Durante sua quadragésima segunda sessão, em 1998, a Comissão das Nações Unidas sobre o Estatuto das Mulheres discutiu a questão das mulheres e dos conflitos armados e propôs novas medidas a tomar pelos Estados-Membros e à comunidade internacional para acelerar a efetivação dos objetivos estratégicos da Plataforma nesta área, incluindo a integração de uma perspectiva de gênero em todas as políticas e programas pertinentes. Entre as conclusões acordadas na sessão, estão medidas para garantir uma justiça sensível à questão do gênero; as necessidades específicas e as preocupações das mulheres refugiadas e pessoas deslocadas; e o

¹⁰ As doze áreas de preocupação prioritária elencadas no documento são: a crescente proporção de mulheres em situação de pobreza (feminização da pobreza); a desigualdade no acesso à educação e à capacitação; a desigualdade quanto à participação nas estruturas econômicas, nas atividades produtivas e no acesso a recursos a desigualdade no acesso a saúde; a desigualdade em relação à participação no poder político; a violência contra a mulher; os efeitos dos conflitos armados sobre a mulher; a falta de mecanismos institucionais para a promoção do avanço da mulher; as carências na promoção e proteção dos direitos da mulher; o tratamento estereotipado dos temas relativos à mulher nos meios de comunicação e a desigualdade de acesso a tais meios; a desigualdade de participação nas decisões sobre o manejo dos recursos naturais; e a necessidade de proteção e promoção voltadas especificamente para os direitos das meninas (ONU, 1995).

aumento da participação das mulheres na manutenção da paz e na consolidação da paz; nas tomadas de decisão pré e pós-conflito e na prevenção de conflitos.

Observando o comprometimento do Sistema das Nações Unidas com a questão do gênero, em particular com o incremento da participação das mulheres em todas as fases do processo de paz, estabelecido no parágrafo 18 da Declaração de Pequim (ONU, 1995)¹¹, o Conselho de Segurança da ONU adotou, a partir do ano 2000, um conjunto de resoluções visando a implementação de tal política.

O Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) é um dos seis principais órgãos da ONU e tem como atribuição o estabelecimento e a manutenção da paz e da segurança internacionais¹². É constituído por quinze membros, sendo cinco permanentes (Estados Unidos, Rússia, Grã-Bretanha, França e China) e dez não permanentes (eleitos pela Assembleia Geral, por dois anos). Visando ao cumprimento de sua função, o CSNU pode, nos termos do Capítulo VII da Carta da ONU (ONU, 1945) e por meio de resoluções, estabelecer operações de paz, determinar a imposição de sanções internacionais e, caso necessário, autorizar o uso de força militar.

A manifestação mais comum de uma decisão do Conselho de Segurança é a resolução, não obstante o órgão também se expresse por meio de outros documentos, tais como declarações presidenciais, notas à imprensa, cartas e notas.

Caracteristicamente, as resoluções são divididas em um preâmbulo e em uma parte dispositiva, na qual consta a vontade política do CSNU. Cada parágrafo de uma resolução começa com um

¹¹ Parágrafo 18, Declaração de Pequim: “A instauração da paz, nos níveis local, nacional, regional e global, é realizável e está indissolúvelmente ligada ao avanço das mulheres, que representam uma força essencial para liderança, solução de conflitos e promoção de uma paz duradoura em todos os níveis.

¹² Nos termos do Artigo 7.1, da Carta das Nações Unidas, são órgãos principais da ONU a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, a Corte Internacional de Justiça e o Secretariado

verbo, que proclama que tipo de ação o Conselho espera que sejam concretizados pelo Secretariado, pelos Estados-membros ou por outros atores aos quais os documentos sem dirigem.

O CSNU utiliza comumente nas resoluções termos com caráter de reprimenda, tais como *encourages*, *condemns*, *urges*, *calls upon*, *acknowledges*, *takes note*, e *welcomes*¹³. Ou, ainda, expressões de natureza programática, ligado a uma estratégia de atuação, como *decides*, *demands*, *determines*, *declares* ou *underlines*¹⁴.

Desde 2000 o CSNU adotou uma série de resoluções relativas ao tema Mulheres, Paz e Segurança, com foco na proteção dos direitos das mulheres durante conflitos armados, no combate à impunidade nos crimes de gênero, na promoção da igualdade de gênero em operações de manutenção da paz, e no incremento da participação das mulheres nas atividades de pacificação, antes, durante e depois do conflito armado.

Em 31 de outubro de 2000, foi aprovada por unanimidade a RCSNU 1325 (2000), consubstanciou-se na primeira vez que o Conselho de Segurança das Nações Unidas abordou o tema do impacto dos conflitos armados nas mulheres, bem como a foi o primeiro documento do órgão a fazer a ligação das mulheres com a agenda de paz e segurança (UNITED NATIONS DEVELOPMENT FUND FOR WOMEN, 2013). A resolução destacou a importância da participação plena e equitativa das mulheres como agentes ativos na promoção da paz e da segurança internacionais (UNITED NATIONS, 2000). A RCSNU também abordou temas relativos a programas de prevenção de HIV/AIDS; repatriamento, reinstalação e reintegração de ex-combatentes; programas de reconstrução pós-conflito; reformas de processos constitucionais e eleitorais; acesso à justiça; violência baseada no gênero; e deslocamento de pessoas. O documento expressamente solicitava ao Secretário-Geral que

¹³ Em português: incentiva, condena, insta, convida, reconhece, toma nota, e saúda.

¹⁴ Em português: decide, exige, determina, declara, e frisa.

nomeasse mais mulheres para os cargos de representantes especiais e enviados, bem como que envidasse esforços no sentido de expandir o papel e a contribuição das mulheres nas operações de paz levadas a cabo sob a égide da ONU. Não obstante, a RCSNU 1325 (2000) invocou a todos os atores envolvidos na negociação e efetivação dos acordos de paz para que adotassem a perspectiva de gênero em suas ações, assim como solicitou que todas as partes envolvidas em conflitos armados tomassem medidas especiais para protegerem as mulheres e as meninas contra a violência baseada no conceito de gênero, além de outras formas de violência corriqueiras em situações de conflito armado.

Reforçando a posição do CSNU estabelecida na Resolução 1325, sete resoluções posteriores foram adotadas pelo Conselho de Segurança visando o desenvolvimento e a aplicação efetiva da agenda Mulheres, Paz e Segurança¹⁵. Coletivamente, as oito resoluções constituem-se na estrutura para a implementação e monitoramento da agenda dentro do Departamento de Operações de Paz. Nesse sentido, a Resolução 1820 (2008) foi adotada para tratar da questão específica da violência sexual nos conflitos armados, trazendo maior atenção a este assunto. A resolução reconhece a violência sexual como uma tática de guerra, bem como aponta que o estupro e outras formas de violência sexual podem constituir-se em crimes de guerra, crimes contra a humanidade, ou ainda, de atos de genocídio. Nessa esteira, a RCSNU 1888 (2009) estabeleceu a nomeação de um representante especial do Secretário-Geral, com a função de fazer avançar o trabalho da ONU na resposta à violência sexual nos conflitos armados. Por sua vez, a Resolução 1889 (2009) estabeleceu a nomeação de assessores de gênero e/ou assessores de proteção de mulheres em todas as missões de paz das Nações Unidas (UNITED NATIONS DEVELOPMENT FUND FOR WOMEN, 2013). Na sequência, em 2010, foi adotada a RCSNU 1960 (2010), que tem por base o aprofundamento da agenda

¹⁵ Os documentos sobre o tema em conjunto com as práticas introduzidas é chamado de “Agenda sobre Mulheres, Paz e Segurança” (MPS).

sobre Mulheres, Paz e Segurança no que tange à violência sexual em situação de conflitos armados, afirmando que medidas eficazes para prevenir e responder a tais atos de violência sexual podem contribuir significativamente para a manutenção da paz e da segurança internacionais (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2010). A RCSNU 2106 (2013) enfoca a importância de garantir que os responsáveis por violência sexual em conflitos armados sejam levados a julgamento, visando a combater a impunidade. Por seu turno, a RCSNU 2122 (2013) coloca em prática medidas para garantir às mulheres participação e liderança na prevenção de conflitos, processos de paz e durante a recuperação pós-conflito.

Na mesma data da adoção da RCSNU 2122 (2013), pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres¹⁶ aprovou a Recomendação Geral n. 30 - GR30- sobre mulheres em situação de conflitos. Especificamente no que tange a participação de mulheres nos processos de paz e segurança, os artigos 7 e 8 da GR30 (COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, 2013) tratam da participação das mulheres nas negociações internacionais, nas atividades de *peacekeeping*, na diplomacia preventiva, na mediação, na assistência humanitária, na reconciliação social, nas negociações de paz nos níveis nacional, regional e internacional, bem como no sistema de justiça criminal. Nesse sentido, os parágrafos 42 a 47 estabelecem a obrigação dos Estados-Partes de, no âmbito da CEDAW, assegurarem a igualdade de representação das mulheres na vida pública e política, tanto no âmbito nacional quanto em nível internacional. Entre as recomendações constantes no parágrafo 46 encontra-se a de garantir representação igualitária das mulheres em todos os níveis de tomada de decisão nas instituições nacionais, incluindo as forças armadas. De tal forma, a GR30 vincula ainda mais os Estados incitando-os a adotarem as medidas estabelecidas pela

¹⁶ O Comitê foi criado pelo artigo 17 da CEDAW.

Resolução 1325 e reafirmadas pelas resoluções subsequentes (COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, 2013).

Por fim, a mais recente das resoluções, a RCSNU 2242 (2015), adotada em 13 de outubro de 2015, encoraja o aumento de estratégias e de recursos no sentido de implementar a agenda Mulher, Paz e Segurança, tendo em vista o novo cenário global no que tange à paz e da segurança. O documento faz referência, em particular, ao aumento da violência causada por atos extremistas, ao fluxo de refugiados e de deslocados, às mudanças no clima e às pandemias de doenças. Chama, ainda, a atenção para a agenda Mulheres, Paz e Segurança, tendo em vista que o impacto de tais temas pode ter sobre os direitos humanos de mulheres e meninas. Entre os pontos mais relevantes do documento, encontra-se a iniciativa de dobrar o número de militares e de policiais nos contingentes dentro dos próximos cinco anos.

A RCSNU 1325 (2000) constitui-se no marco inicial de uma base política internacional que dá sustentação à promoção e à defesa da igualdade de gênero dentro do sistema de prevenção, gestão e resolução de conflitos armados das Nações Unidas. De concretização obrigatória, assim como as demais resoluções do Conselho de Segurança, por força do Artigo 25 e 103 da Carta das Nações Unidas (Organização das Nações Unidas, 1945), a Resolução 1325 contém dezoito disposições para apoiar a participação das mulheres nas negociações e na consolidação da paz; tais disposições variam de chamadas para aumentar a representação das mulheres em todos os níveis de tomada de decisão nas instituições de promoção da segurança; solicitação a todas as partes em conflito, bem como as envolvidas nos processos de reconstrução para que atendam às necessidades das mulheres em matéria de justiça pós-conflito e governança; convocação para atender às necessidades das mulheres em matéria de desarmamento; esforços de desmobilização e reintegração; proteção de mulheres e meninas

contra a violência sexual, e busca do fim da impunidade de crimes contra a humanidade que afetam as mulheres.

De acordo com Rebelo (2011):

As quatro páginas que compõem a Resolução 1325 são paradigmáticas, uma vez que representam a inclusão formal de ideias de gênero na agenda do Conselho de Segurança. Nesse sentido, a 1325 (2000) insta aos Estados e outras partes envolvidas a agir em três áreas centrais: (i) fomento à participação feminina nos instrumentos de paz e nos processos de tomada de decisão; (ii) proteção de mulheres em situação de conflito armado e (iii) inclusão de perspectivas de gênero nos treinamentos oferecidos aos soldados da ONU. [...]. Nos três primeiros parágrafos do preâmbulo da Resolução 1325, o Conselho de Segurança invoca uma série de documentos promulgados no âmbito da Organização para fundamentar e conferir legitimidade às decisões tomadas pelos países-membros do órgão. A referência à herança documental – quatro resoluções, a declaração do presidente do CS na ocasião do Dia Internacional da Mulher, a Declaração de Pequim, a Plataforma de Ação, a vigésima-terceira Sessão Especial da Assembleia Geral intitulada *Women 2000: Gender Equality, Development and Peace for the Twenty-First Century*, a Carta das Nações Unidas, a Declaração de Windhoek e o Plano de Ação de Namíbia – mostra os esforços anteriores do Conselho de Segurança em relação à promoção da paz como intrinsecamente ligada à igualdade entre homens e mulheres (REBELO, 2011, p. 81).

A adoção da Resolução 1325 (2000) indica que o Conselho de Segurança reconheceu a relevância das experiências das mulheres nos conflitos e demonstra o envolvimento do órgão no avanço dos direitos das mulheres e na busca da paz.

Em termos práticos, a implementação das Resoluções referentes ao tema Mulheres, Paz e Segurança, entre outros fatores, estabelece a inclusão, em todas as operações de paz, de uma Unidade de Gênero (*Gender Unit*), de Unidades de Violência Sexual (*Gender Violence Units*) e de Times de Proteção Conjunta (*Joint Protection Teams*), entre outros; todos com a participação do pessoal feminino dos contingentes (UN WOMEN, 2013).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi discutido na presente investigação, é possível vislumbrar que o reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos, deve-se à atuação da Organização das Nações Unidas.

A ONU busca implementar um regime internacional de igualdade de gênero e *empowerment* das mulheres desde sua criação, tendo promovido quatro conferências mundiais sobre as mulheres, realizadas entre 1975 e 1995, respectivamente no México, em Copenhague, Nairóbi, e Pequim. Esta última teve como produto a Plataforma de Ação de Pequim, que estabeleceu o sistema Mulheres, Paz e Segurança, identificando o tema “mulheres e conflitos armados” com uma das doze áreas críticas de preocupação da Organização.

A Plataforma instituiu, ainda, como objetivo estratégico da ONU o aumento da participação feminina nos níveis decisórios da resolução de conflitos.

Nessa esteira, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, a partir do ano 2000, adotou oito resoluções temáticas reconhecendo formalmente que, para as Nações Unidas, a paz está intimamente ligada com a igualdade entre homens e mulheres.

Assim sendo, verifica-se que a participação das mulheres nos contingentes militares enviados em operações de paz é uma questão de direitos humanos e deve ser efetivada pelas Forças Armadas dos países contribuintes de tropas, observando que a inclusão das mulheres deve ocorrer em todos os níveis, dos postos de comando, às funções operacionais.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOUTROS-GHALI, Boutros. Introduction. In: ONU. **The United Nations and the Advancement of Women – 1945-1996**. The United Nations Blue Book Series, Volume VI, New York: United Nations Department of Public Information, 1996.

CARAPIA, Julia del Carmen Chávez. **Cultura de participación y ciudadanía, desde la perspectiva de género**. 2004. Disponível em: < <http://www.eumed.net/jirr/1/AMECIDER2006/PARTE%206/292%20Julia%20del%20Carmen%20Chavez%20Carapia.pdf>>. Acesso em: 21 mar 2015.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN. **Committee on the elimination of discrimination against women general recommendation No. 30 on women in conflict prevention, conflict and post-conflict situations**. 2013. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/GComments/CEDAW.C.CG.30.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2015.

DEPARTMENT OF PEACEKEEPING OPERATIONS. **Gender and peacekeeping operations: generic training**. 2002. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/about/dpko/>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

FROSSARD, Heloisa (Org.). **Instrumentos internacionais de direitos das mulheres**. Brasília: Spm, 2006. 261 p. (Documentos). Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2006/inst-int.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

GROSSI, Miriam Pillar. **Identidade de gênero e sexualidade**. 2012. Disponível em: <http://miriamgrossi.paginas.ufsc.br/files/2012/03/grossi_miriam_identidade_de_genero_e_sexualidade.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2016.

GUARNIERI, Tathiana Haddad. Os direitos das mulheres no contexto internacional: da criação da ONU (1945) à conferência de Beijing (1995). **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, Juiz de Fora, v. 8, n. 1, p.1-28, 2010. Semestral. Disponível em: < <http://re.granbery.edu.br/artigos/MzUx.pdf> >. Acesso em: 11 set. 2015.

MINGST, Karen A. **Princípios de relações interacionais**. São Paulo: Campus, 2009.

MOSEDALE, Sarah. Assessing women's empowerment: towards a conceptual framework. **Journal Of International Development**, [s.l.], v. 17, n. 2, p.243-257, 2005. Wiley-Blackwell. <http://dx.doi.org/10.1002/jid.1212>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____. **Declaração e programa de ação de Viena**. 1993. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/port/1993 Declaração e Programa de Acção adoptado pela Conferência Mundial de Viena sobre Direitos Humanos em junho de 1993.pdf](https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%AAncia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. **Declaração e plataforma de ação da IV conferência mundial sobre a mulher**. 1995. Disponível em: < http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf >. Acesso em: 11 set. 2015.

PARPART, Jane; RAI, Shirin M.; STAUDT, Kathleen. **Rethinking empowerment: gender and development in a global/local world**.

New York: Routledge, 2002. 250 p. (Routledge/Warwick studies in globalisation).

REBELO, Tamyá Rocha. **Estratégias de igualdade de gênero na operações de paz: desconstrução de discursos e reflexões sobre práticas generificadas.** 2011. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado Acadêmico em Relações Internacionais, Unesp/unicamp/puc-sp, Programa San Tiago Dantas, São Paulo, 2011.

ROWLANDS, Jo. **Questioning empowerment: Working with women in Honduras.** Oxford: Oxfam Gb, 1997. Disponível em: <oxfamlibrary.openrepository.com/oxfam/bitstream/10546/121185/5/bk-questioning-empowerment-honduras-010197-en.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2016.

STOLLER, Robert. **Masculinidade e feminilidade: apresentações do gênero.** Porto Alegre: Artmed, 1993.

UNITED NATIONS. **Achieving gender equality, women's empowerment and strengthening development cooperation.** 2010. Disponível em: <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/pdfs/10-50143_%28e%29_%28desa%29dialogues_ecosoc_achieving_gender_quality_women_empowerment.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. **Report of the world conference of the international women's year.** New York: United Nations Publication, 1976. 203 p. Disponível em: <[http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Mexico/Mexico conference report optimized.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Mexico/Mexico%20conference%20report%20optimized.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. **Report of the world conference of the United Nations decade for women: equality, development and peace.** New York: United Nations Publication, 1980. 248 p. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Copenhagen/Copenhagen%20Full%20Optimized.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT FUND FOR WOMEN. **United Nations development fund for women.** New York: United Nations Publication, 2013. 2 p. Disponível em: <[http://www.endvawnow.org/uploads/browser/files/Matrix on SC 1888.pdf](http://www.endvawnow.org/uploads/browser/files/Matrix_on_SC_1888.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2015.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. **Resolution 1325 (2000).** 2000. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1325\(2000\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1325(2000))>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. **Resolution 1820 (2008).** 2008. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1820\(2008\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1820(2008))>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. **Resolution 1888 (2009).** 2009a. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1888\(2009\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1888(2009))>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. **Resolution 1889 (2009).** 2009b. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1889\(2009\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1889(2009))>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. **Resolution 1960 (2010).** 2010. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1960\(2010\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1960(2010))>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. **Resolution 2106 (2013).** 2013a. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2106\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2106(2013))>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. **Resolution 2122 (2013).** 2013b. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2122\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2122(2013))>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. **Resolution 2242 (2015).** 2015. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2242\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2242(2015))>. Acesso em: 30 nov. 2015.

O USO DE PROVAS SOBRENATURAIS NO PROCESSO PENAL: O candomblé como meio de revelação do crime de sequestro praticado contra o empresário argentino Osvaldo Sivak

René Silva Almeida¹⁷

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o escopo de debater a possibilidade da utilização no processo penal de provas que fogem do limite do conhecimento, mas não são consideradas provas ilícitas.

O estudo tem como objetivo chamar à reflexão, pois, que não há conclusões acabadas e perfeitas quanto ao assunto, claramente polêmico, como tudo que envolve o sobrenatural e o espiritual.

Este trabalho justifica-se, pois, apesar do direito à prova inserir-se no campo das garantias que integram o devido processo penal, não há no direito pátrio regulamentação, permissão ou vedação da produção das provas, e essa lacuna provoca excitação no mundo jurídico, impondo reflexões sobre a validade e valoração de material colhido no jogo de búzios e nas oferendas aos Orixás como prova no processo penal.

A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito laico, pois, respeita qualquer manifestação de credo religioso e fé, sendo amparado pela norma constitucional que garante a liberdade de crença consoante a dicção do artigo 5º, VIII, CF/1988, “*ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei*”. O sistema adotado

¹⁷ Professor de Direito processual Penal da Faculdade Estácio/FIB, Salvador/BA.

no Brasil para averiguação da prova é o livre convencimento motivado ou princípio da persuasão racional.

Insta destacar que o rol das provas admissíveis em direito é apenas exemplificativo, pois, se não o fosse, seria uma limitação ao exercício da ampla defesa. Examinar-se-á se tal método permitirá ao magistrado julgar, apreciando livremente as provas produzidas pelo autor e pelo réu, conforme consolidado no art. 157 do Código de Processo Penal brasileiro. Será razoável avaliar se o magistrado possui ou não a livre convicção motivada para a análise de tais provas, já que não são consideradas ilícitas pela lei.

É de grande importância para o tema a análise do crime de extorsão mediante sequestro e morte do banqueiro e empresário argentino que ocorreu na década de setenta, em plena ditadura Argentina, e o segundo sequestro na década de oitenta, no auge de sua democracia. No segundo sequestro, objeto deste estudo, mesmo tendo pago o resgate exigido a família não teve qualquer notícia quanto ao seu paradeiro. Para se desvendar o mistério que cercava o fato, buscou-se a verdade através de oferendas aos Orixás e do jogo de búzios realizados por um Babalorixá brasileiro.

O método de argumentação utilizado neste artigo foi o teórico, notadamente a pesquisa bibliográfica e entrevista ao Babalorixá brasileiro Paulo de Oyá que narrou detalhes acerca dos fatos acontecidos na época.

Em suma, o presente estudo será aclarado examinando-se a problemática do ponto de vista estritamente jurídico, sem interferência de crenças religiosas e convicções pessoais.

2 AS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No Processo Penal, a produção da prova objetiva auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo. Não se destina, portanto, às partes que produzem ou requerem, mas ao magistrado, possibilitando o

juízo de procedência ou improcedência da ação penal (AVENA, 2014, pg. 452).

Segundo o professor Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2009, pg. 13) a palavra prova tem origem no latim - *probatio*, e significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Aduz ainda que, no plano jurídico, cuida-se, particularmente, da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. A prova é muito notável no processo porque é um ato ou complexo de atos que tendem a formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de uma situação fática. Assim, devem ser entendidos como meios de prova todos os instrumentos utilizados para a produção desta, tais como o exame do corpo de delito e outras perícias, a oitiva de testemunhas e a busca e apreensão de coisas ou pessoas, por exemplo, destinados a apurar o fato delituoso.

O eminente professor Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2009, pg. 13) assevera que a prova vincula-se à verdade e à certeza que se ligam à realidade, todas voltadas, entretanto, à convicção de seres humanos. O universo no qual estão inseridos tais juízos do espírito ou valorações sensíveis da mente humana precisa ser analisado tal como ele pode ser e não como efetivamente é. Daí porque, também não devemos desprezar as forças sobrenaturais uma vez que estas tem o escopo da certeza e da verdade dos fatos como ocorreram e que poderão ocorrer.

A natureza jurídica da prova é justamente de direito subjetivo com vertente constitucional para a demonstração da realidade dos fatos. O direito à prova nada mais é do que um desdobramento do direito de ação e de defesa. Volta-se tanto ao acusador quanto à defesa.

À guisa de corroboração, necessário se faz trazer à baila o entendimento do eminente professor Mirabete (MIRABETE, 2007, pg. 249) quando diz que “provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma

afirmação sobre uma situação de fato que considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo”

No sistema acusatório adotado pelo Brasil, após a denúncia formalizada, em tempo adequado e com certas limitações com previsão constitucional, assegura-se ao contraditório, ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes (art. 5º, LV, da CF), publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz. Segundo o ilustre professor Norberto Avena (AVENA, 2014, p. 09), chama-se de “acusatório” porque, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias. Aduz ainda que a produção probatória, é de incumbência das partes, descabendo ao juiz substituir-se a elas no intuito de buscar a comprovação de fatos que, apesar de articulados, não tenham sido demonstrados pelos interessados.

O Código de Processo Penal brasileiro traz no Título VII, onze capítulos, com noventa e cinco artigos dedicados à prova. Vale ressaltar que, a previsão legal das provas não é exaustiva, mas exemplificativa, uma vez que são admitidas no direito brasileiro as chamadas provas inominadas, aquelas não previstas expressamente na legislação.

O artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro aduz que o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, sendo somente quanto ao estado de pessoas observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Percebe-se que o Código de Processo Penal Brasileiro adotou, em regra, o livre convencimento motivado como método de valoração das provas. Assim, o juiz tem liberdade para decidir de acordo com a sua consciência, devendo fundamentar; motivar as razões de sua escolha, desde que obedecidos alguns balizamentos legais. Não há uma hierarquia entre as provas.

A principal exceção ao método se encontra na segunda fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri, no qual foi adotado o sistema da certeza moral ou da íntima convicção, onde a decisão é

baseada exclusivamente na certeza moral do juiz natural, que decide sobre sua admissibilidade, sua avaliação para os autos.

Ressalte-se, porém, que os jurados devem se ater às provas presentes nos autos, conforme se depreende do artigo 593, inciso III, alínea d do Código de Processo Penal Brasileiro.

O ilustre doutrinador Paulo Rangel (RANGEL, 2003, p.414) preleciona que os meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Esse entendimento advém do artigo 369 do novo Código de Processo Civil que afirma que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, são hábeis a provar a verdade dos fatos da causa.

Cumpra ainda lembrar, que no processo penal brasileiro vigora o princípio da verdade real ou material, que permite a produção de todas as provas obtidas por meio lícito, mediante contraditório judicial - excepcionando-se as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas - destinando-se as provas à reconstrução da verdade dos fatos no processo, com o intuito de se alcançar a maior semelhança possível com a verdade. Assim, são excluídos os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções e transações.

Escrevendo sobre o problema da verdade processual, Ferrajoli (FERRAJOLI, 2010, p. 49) observa que “a definição da noção de “verdade formal” ou “processual” e a análise das condições nas quais uma tese jurisdicional é (ou não é) “verificável” e “verificada” constituem, pois, o primeiro capítulo de uma teoria analítica do direito e do processo penal e, também, os principais parâmetros de um sistema penal garantista”.

E analisando a verdade processual como verdade aproximativa aduz Ferrajoli ainda que “a “verdade” de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e das experiências

levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou várias proposições, a única coisa que se diz é que essas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos”.

Para corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento do renomado penalista Norberto Avena, (AVENA, 2014, p. 21) que ensina que “A afirmação de que a verdade real é meta do processo criminal significa dizer que o juiz deve impulsioná-la com o objetivo de aproximar-se ao máximo da verdade plena, apurando os fatos até onde for possível elucidá-los, para que, ao final, possa proferir sentença que se sustente em elementos concretos, e não ficções ou presunções”.

O fato é que o juiz não está amarrado a um sistema de provas legais, pelo qual certos fatos só podem ser provados com determinados meios e pelo qual certas provas não podem ser anuladas por outras.

Em princípio, há uma liberdade na procura da verdade real, tanto na fase de investigação policial como na fase instrutória. Não há, em tese, nenhuma restrição aos meios de prova, com ressalva apenas daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana. Salvo exceções, como a prova de estado, e vedações legais como as provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CF), podem as provas, em regra, serem analisadas com livre-arbítrio. Assim sendo, salienta-se que são inadmissíveis no processo penal as provas obtidas com violação das normas constitucionais ou legais e as que delas forem derivadas, impondo-se a estas o desentranhamento do processo.

Dentro do aspecto da admissibilidade das provas derivadas, observa-se a possibilidade de sua aceitação no processo penal brasileiro quando não existir nexos entre estas e as provas ilícitas, ou quando puderem ser obtidas por uma fonte independente destas, ou seja, quando por meio de diligências da investigação, ou da instrução criminal, se alcançar o fato objeto da prova.

Destaca-se que até mesmo as provas ilícitas não podem ser recusadas, caso seu aproveitamento se destine à defesa do réu, considerando a amplitude do direito de defesa, posto que, indubitavelmente, a instrumentalidade do processo não pode se sobrepor à comprovação da inocência do acusado, conforme a inteligência do artigo 233 *“as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo. Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário”*, do Código de Processo Penal Brasileiro.

A Constituição da República do Brasil de 1988 eliminou a distinção entre provas ilegítimas e provas ilícitas. O artigo 5º, LVI afirma serem inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Tais provas são aquelas produzidas mediante transgressão de normas de direito constitucional ou material. As provas até então batizadas de ilegítimas inserem-se hoje no rol das provas ilícitas.

Nesse contexto, deve-se analisar se as provas sobrenaturais devem ser reprimidas e afastadas sem que haja vedação legal. Importante observar que o objeto da prova são os fatos que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação. Apenas os fatos que possam dar lugar à dúvida ou à ambiguidade é que constituem objeto de prova. Os fatos notórios não precisam nem devem ser provados.

3 O SOBRENATURAL E A PROVA NO PROCESSO PENAL

O sobrenatural qualifica aquilo cujas as características ou propriedades transcendem ou ultrapassam os limites da natureza, o que a ciência ainda não confirma ou tudo aquilo que se refere a coisas não examinadas, tais como a incorporação e a visão de pessoas já mortas.

O sobrenatural sempre esteve presente na história da humanidade, principalmente através das religiões, onde os líderes

religiosos evocavam os poderes da natureza como forma de resolver todos os problemas das comunidades onde viviam. Com o passar dos tempos a evocação aos deuses, espíritos e orixás sofreram modificações seja na forma de contos ou de experiências familiares. A incorporação de novos dados vem confirmando uma série de eventos, chamados de sobrenaturais.

A premonição e mediunidade é uma capacidade humana especial que permite uma comunicação entre os orixás e os homens. Ela se manifesta de forma mais ou menos intensa em todos os indivíduos. No entanto, usualmente, apenas aqueles que a apresentam num grau mais perceptível e elevado são chamados de médiuns.

Nesta concepção, os orixás que desejam comunicar-se entram em contato com a mente dos Babalorixás e, por esse meio, se comunicam através da linguagem oral, cantada, dançada e tocada, ou mesmo através do jogo dos búzios, transmitindo o conhecimento desejado.

Os relatos de casos de premonição e mediunidade evidenciam que tais métodos de comunicação necessitam de um ambiente específico, para que os orixás possam manifestar-se em relação aos fatos. Esta vidência é importante como prova no processo penal, pois se estaria tratando de um depoimento de testemunha, afirmando ter se comunicado ou visualizado pessoas desencarnadas. A testemunha é a pessoa física distinta dos sujeitos processuais chamadas a juízo para prestar informações sobre fatos relacionados à infração, mediante assunção de compromisso de dizer a verdade, previsto nos artigos 202 a 225 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Se a prova testemunhal é uma prova importante, mais ainda seria a prova testemunhal mediúnica, por ter a visão e conhecimento dos fatos como realmente eles aconteceram. A vidência no jogo de búzios é a comunicação entre o Babalorixá e os Orixás do Candomblé, que se dá através de um canal entre ambos. Segundo o Babalorixá Paulo de Oyá, é enxergar as cenas como se fossem um paranormal.

A revelação dos fatos obtida, através do jogo de búzios não é prova ilícita, ilegal ou ilegítima. Não pode sofrer, portanto, vedação constitucional. Embora não tipificada nos Códigos como prova, poderá entretanto ser considerada prova inominada, devido as suas características. Por analogia, a vidência poderá ser equiparada a prova testemunhal de acordo com o artigo 202 a 225 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Outra discussão diz respeito as cartas psicografadas pelo líderes espirituais, se poderia ser usadas como meio de prova, comparando a provas documentais no processo. Nesse sentido, necessário se faz mencionar o entendimento do ilustre professor Renato Marcão (2006, pg. 27) que preconiza *“não há no ordenamento jurídico vigente qualquer regra que proíba a apresentação de documento produzido por psicografia, para que seja valorado como prova em processo penal”*. Não se trata de prova ilícita.

Entretanto, a natureza de um processo, é a verdade que se busca, é a verdade real dos fatos. E para que ela venha à tona, devem-se admitir meios diferentes de provas, a fim de dar ao julgador suficientes subsídios para o seu convencimento do que vai julgar. Estas provas que integrem o processo deverão ter credibilidade, abrangendo o certo, o provável e mesmo o improvável para chegar a tal verdade real, atinada na veracidade e na confiabilidade.

Vale ressaltar, que no Brasil vários casos de carta psicografada pelo médium Francisco Candido Xavier, foram usadas como meios de prova no processo de crimes de homicídios que foram julgados no juízo singular e Tribunal do Júri, algumas delas condenando os autores e outras absolvendo.

O caso mais recente do uso de cartas psicografadas como meio de prova que reacendeu a questão da validade desse tipo de prova, foi que no dia 30 de maio de 2006, em Viamão, região metropolitana de Porto Alegre, em que a senhora Iara Marques Barcelos de 63 anos, acusada de ser a mandante do crime de homicídio de Ercy da Silva Cardoso, seu amante, foi inocentada pelo conselho de sentença por 05

votos a 02. O advogado constituído para defender a senhora Iara, utilizou cartas psicografadas pelo médium Jorge José Santa Maria, da Sociedade Beneficente Espirita Amor e Luz. A vítima, em espírito, afirma nas cartas, não ser Iara a responsável pela sua morte. O Ministério Público e seu assistente recorreram da decisão do júri, e em 11 de novembro de 2009, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso. Dividindo opiniões sobre a validade das cartas psicografadas como meio de prova no Processo Penal Brasileiro.

Insta salientar, que enquanto no Brasil se discute a validade ou não das provas adquiridas por meios da premonição ou mediúnicas na elucidação de crimes complexos, nos Estados Unidos principalmente no estado de Texas, a polícia vem usando as forças sobrenaturais para auxiliar nas investigações consideradas de difícil esclarecimento ou descobertas, mesmo com todo o aparato tecnológico de que se tem conhecimento.

A corroborar o exposto acima, a matéria publicada pela Revista Ciência Criminal, Espíritos contra o Crime, traz uma exclusiva entrevista com a Ph.D em psicologia Sally Headning, uma das mais requisitadas médiuns dos Estados Unidos. Sally, em 1974, auxiliou a polícia a encontrar o assassino de uma jovem raptada, amarrada, estuprada e estrangulada. Ela deu detalhes do sequestrador, sua idade, onde tinha deixado o corpo, após ter tido visões e, posteriormente, assistindo o caso do assassinato da garota na televisão. Ademais, vários médiuns e videntes vem ajudando as policias americanas a elucidar crimes considerados de difícil elucidação. Nós podemos concluir que o sobrenatural nos Estados Unidos vem sendo mais aceito nos meios policiais e Jurídicos do que no ordenamento jurídico Brasileiro.

Caso semelhante aconteceu na Argentina em 1985, onde o Babalorixá brasileiro Paulo de Oyá, elucidou o sequestro do empresário argentino Osvaldo Sivak auxiliando a polícia e a justiça a dismantelar uma verdadeira organização criminosa que atuava há muitos anos naquele país, matéria do presente estudo.

4 CASO OSVALDO SIVAK

Osvaldo Sivak, cidadão argentino, empresário, casado com Marta Oyhanarte de Sivak com quem teve quatro filhas, era presidente da Buenos Aires Building, a mais importante companhia imobiliária da Argentina. Teve a infelicidade de sofrer por duas vezes um dos crimes mais repugnantes, cruéis e covardes cometidos contra um cidadão que é a extorsão mediante sequestro. O mais doloroso e repugnante é saber que este delito em questão não foi praticado por perpetradores comuns, e sim por aqueles que juraram proteger e zelar pela segurança e integridade dos cidadãos, membros da polícia federal e do exército argentino.

O primeiro sequestro sofrido por Osvaldo Sivak, ocorreu em 07 de agosto de 1979 em plena ditadura militar Argentina, quando foi exigido o pagamento de 05 (cinco) milhões de dólares (OYHANARTE, Marta, p. 326, 1987). A extorsão mediante sequestro foi praticada por policiais federais que participavam de uma “força tarefa” do 601 Batalhão de Inteligência do Exército, considerado o cérebro do terrorismo de Estado Argentino, cuja sede ficava na esquina das ruas Callao e Viamonte, integrado por maioria de policiais federais. Esta “força tarefa” tinha como objetivo arrecadar dinheiro para uma suposta chamada “luta antissubversiva”, em verdade, o dinheiro arrecadado era para proveito próprio dos policiais ou para financiar riquezas das autoridades que participavam da ditadura militar.

Corroborando com o exposto acima Marta de Oyhanarte (OYHANARTE, Marta, p. 311, 1987) diz que

Estuvo casi cuatro horas con un subcomissário de inteligencia del P.O.C. (Protección Orden Constitucional). Nos décimos-. Hablo mal de Muttiy de Fernández (ambos policiais federais). Dijo que tienen que ver con los secuestros, por eso no “descubren” ninguno. Que nadie está investigando nada. Que el cabecilla de esa banda, coronel

Alejandro Arias Durval, jefe de Superintendencia de Seguridad Federal em aquella época, sigue “haciendo de las suyas.

Insta salientar, que o resgate não foi pago porque no momento da entrega do dinheiro, surgiu um outro grupo de policiais federais que ordenou sua libertação.

Osvaldo Sivak, em agradecimento ao policial que liderou o grupo de policiais que o tinha libertado do cativo, oferece-lhe o cargo de chefe da segurança de sua exitosa empresa. Contudo, Osvaldo Sivak não sabia que estava trazendo para seu lado e para dentro da sua empresa a pessoa que iria planejar e executar o seu segundo sequestro.

Várias hipóteses surgiram para justificar o sequestro de Osvaldo Sivak, a primeira é que seria por ordem dos chefes militares em represália ao pai dele por ter sido um membro e financiador do Partido Comunista Argentino, a outra hipótese seria por Osvaldo Sivak ser um judeu. Na verdade não passava de pano de fundo para encobrir vários sequestros que ocorreram na época praticados pelo mesmo grupo de policiais. Segundo Marta Oyhanarte (OYHANARTE, Marta, p. 349, 1987), *“Di Vietre jefe de la Policía Federal de la Provincia, al ser consultado por el caso Sivak les manifesto: - Eso es una cuestión de la izquierda, porque los Sivak han tenido que ver con la subversión”*.

O segundo sequestro sofrido por Osvaldo Sivak ocorreu em 29 de julho de 1985 em plena democracia do governo de Raúl Alfonsín, quando foi paga a importância de um milhão e cem mil dólares em 11 de agosto de 1985, (OYHANARTE, Marta, p. 61, 1987).

Contudo, ficou apurado na época que Osvaldo Sivak foi executado no dia 12 de agosto de 1985 pelos sequestradores, policiais federais, sendo que um deles era o chefe da segurança de sua empresa, o mesmo que o tinha resgatado do seu primeiro sequestro.

Insta ressaltar, que a família de Osvaldo Sivak começou a entrar em desespero. A aflição e angústia eram companhias constantes, pois, mesmo tendo pago o resgate exigido, Osvaldo não foi entregue a família e nenhuma informação, sinal ou notícia foram dados.

Obrigando a família a apelar para todas as camadas da sociedade, autoridades civis, religiosas, políticas e imprensa falada e escrita (OYHANARTE, Marta, p. 94, 1987). Como consequência deste silêncio sobre o sequestro, a imprensa sensacionalista aproveitava para abusar do sofrimento e da dor dos familiares chegando ao ponto de fazer sessões de parapsicologia ao vivo para localizar Osvaldo Sivak. Se passaram 28 meses depois do pagamento do resgate e a pergunta continuava: onde estaria Osvaldo Sivak, o que acontecera com o mesmo?

5 A ELUCIDAÇÃO DO CASO OSVALDO SIVAK ATRAVÉS DO CANDOMBLÉ

O Candomblé, religião afrodescendente foi trazida para o Brasil pelos escravos africanos, no século XVI e está associada às forças da natureza e aos cultos dos antepassados. Segundo o Babalorixá brasileiro Paulo de Oyá, através da linguagem oral, cantada, dançada e tocada se preserva e se transmite o conhecimento da religião.

A elucidação do segundo sequestro do empresário argentino Osvaldo Sivak, fato ocorrido em agosto/1985, não se deu de uma forma comum, como a maioria dos sequestros que ocorre no Brasil ou em qualquer outro lugar do mundo, onde, normalmente, uma ação conjunta entre forças policiais, culmina com a resolução do caso e a prisão dos envolvidos. Em verdade, a elucidação resultou de uma atuação respeitosa dos orixás, através do babalorixá Paulo de Oyá que, mediante a análise do jogo dos búzios e rituais de oferendas conseguiu identificar os envolvidos e desmascarar uma verdadeira facção criminosa que atuava dentro do governo argentino na época, da qual faziam parte políticos, policiais do alto escalão e membros das forças armadas da Argentina.

No segundo sequestro de Osvaldo Sivak é importante esclarecer que uma empresaria brasileira, amiga da família e adepta do Candomblé teve a intuição de que seu amigo seria sequestrado pela

segunda vez, o que efetivamente ocorreu. Após o sequestro, a empresária, a família e as autoridades envolvidas trabalharam intensamente na busca de informações acerca do desaparecimento de Osvaldo. Ao constatar que estava cada mais difícil sua localização, a empresária viaja até o Brasil e decide inserir no contexto o Babalorixá Paulo de Oyá, apresentado por um amigo em comum, para desvendar o caso.

É oportuno ressaltar que, por se tratar de um expoente da comunidade judaica e argentina, grande foi a mobilização de todos os entes estatais, no sentido de elucidar o caso, mas os esforços foram em vão, o que motivou uma investigação paralela, através da religião dos orixás. Então, jogando os búzios e fazendo os trabalhos, o Babalorixá e a empresária, amiga da família, encontraram as respostas que buscavam. No jogo o Babaorixá via que ele estava morto, ao tempo em que também via pessoas transportando Osvaldo de lugar. Na verdade, o que ocorria é que existiam pessoas responsáveis pela investigação envolvidas no sequestro e com pleno interesse que o fato não fosse elucidado. A esse proposito Marta Oyhanarte (OYHANARTE, Marta. p. 264) diz que

Um hombre telefoné a la sucursal de Flores diciendo que te encontrarías en un depósito abandonado em la calle Gaona. Avisaron a Mutti (policia federal envolvido nos dois sequestros que ficava junto a família se informando de tudo). Fueron al lugar indicado, no encontraron nada ni a nadie pero van a esperar que llegue la policia. Otra posibilidad desinflada. Otro dato hacia nada.

As informações acerca do que estava acontecendo chegaram ao conhecimento da família e dos responsáveis pela investigação e, como ficou inviável trabalhar no Brasil, o Babalorixá e a empresária decidem que o mesmo teria que ir para a Argentina para confirmar a morte do amigo. Antes de partir por medida de segurança, o Babalorixá

reúne os membros do terreiro e informa que estaria viajando em uma missão de risco, mas que iria retornar, pois os orixás Ogum e Oxóssi já havia confirmado. Ainda assim, deixa gravações de tudo que havia sido feito no terreiro nos últimos anos.

Ao chegar no aeroporto de Buenos Aires, o Babalorixá foi recepcionado por policiais da alfândega que o levaram para uma sala e começaram a interpelar acerca da motivação de sua viagem à Argentina, o porquê dos búzios em seu bolso, dentre outras perguntas. O Babalorixá Paulo respondeu que ele era um representante da religião africana (Candomblé) e que estava ali em uma missão espiritual, para ajudar uma família desesperada e que o policial não poderia detê-lo ocasião em que teve uma visão de fatos da vida do policial e passou a narrá-los sendo liberado em seguida.

Após ser liberado, o Babalorixá foi levado ao hotel e logo depois a residência da família de Osvaldo Sivak, sendo recepcionado pela empresária amiga e pela senhora Marta Oyhanarte de Sivak. Vale ressaltar que, no momento em que jogou os búzios, foi confirmada a morte de Osvaldo Sivak, bem como foi apontado o nome do assassino, que para surpresa de todos era um homem da sua confiança, responsável pela sua segurança e pela sua libertação no sequestro anterior.

A partir daí montou-se uma estratégia para localizar o corpo da vítima. Aqui é importante lembrar que estavam lidando com o culto de antepassados e que coincidentemente, os trabalhos tiveram início na época de finados. Outro fato inusitado, foi que a lista de materiais para realizar os trabalhos foi adquirida na Grande Buenos Aires e que ao chegarem no local indicado, passava coincidentemente, um féretro com um corpo para ser velado.

Iniciado os trabalhos ritualísticos, em plena mata, a 60 km da cidade de Buenos Aires com a presença da Marta e seu advogado, Osvaldo Sivak foi visto com barba, correndo a distância (o espírito dele). No dia seguinte, ao jogar novamente os búzios, o Babalorixá disse que ele estaria enterrado no km 50, em uma via que tinha prata

no nome, em um porão, cheio de ferro em cima, totalmente embrulhado e que existia o corpo de um outro empresário próximo a ele. O corpo, em verdade, se tratava de Julio Neumann, empresário madeireiro, sequestrado dois anos antes pela mesma organização criminosa.

Naquele instante, o Babalorixá pediu a amiga para ir embora, pois as descobertas iriam abalar o país. Afinal, a religião dos Orixás, através de seu líder, extremamente conectado com as forças da natureza, não apenas desmantelou, mas esmagou um esquema de crimes bárbaros existente no País desde a época da ditadura militar, dando nomes a todos os envolvidos.

Revela o Babalorixá Paulo de Oyá, que foi por que a amiga disse na época que *“no Chabat, que era realizado as sextas-feiras no período da tarde, uma mulher e quatro filhas esperavam por um marido que nunca aparecia”*. Inclusive, a amiga da família, sabia do seu interesse em montar uma fundação para ajudar crianças, tendo a mesma dito que o Osvaldo Sivak poderia ajudá-lo. Ele disse ainda, *“é uma pena, pois ele vai estar morto”*.

A fundação pretendida não foi criada, o que compreende o líder religioso, que na ocasião, assumiu a liderança de uma verdadeira operação de localização e resgate, sendo a sua equipe formada pela amiga, provedora das oferendas e os guias de luz que culminou com a revelação dos envolvidos, das ações praticadas por cada um e finalmente a regularização da vida da família.

Nesse passo, é de todo oportuno trazer o entendimento do eminente líder religioso o Babalorixá Paulo de Oyá que, *“orixá é natureza, orixá é força, não só isso, o vidente, o paranormal que se preze, ele deve trabalhar em busca da verdade, da harmonia da natureza e foi isso que esse caso nos trouxe”*. Ressalta ainda que, não apenas esse, mas inúmeros outros casos que vieram logo após, e que a religião dos orixás e a vidência foram as ferramentas que o auxiliaram na busca da verdade. Através da vidência, o líder religioso, conseguiu olhar os envolvidos no esquema,

como se estivesse em uma tela de televisão, observando e abortando todas as estratégias por eles utilizadas.

O líder religioso adverte que, embora sendo uma narrativa triste, alerta que a história se escreve para não ser apagada, e atribui o sucesso aos orixás, que o escolheram para está situação, como para inúmeras outras semelhantes que ocorreram e poderão ocorrer ao longo de sua vida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ordenamento jurídico brasileiro, não há como se regulamentar o uso de testemunhas mediúnicas, videntes ou mesmo documento psicografado como meio de prova, seja para proibir ou mesmo para permitir. Outrossim, não há, nem deve haver qualquer preceito expresso que proíba a apresentação de testemunhas videntes e mediúnicas. O Estado brasileiro é laico. De prova ilícita não se trata. Se não está submetido ao contraditório quando de sua produção, a ele estará no momento da apresentação em juízo.

Insta salientar que qualquer prova obtida por meios lícitos é válida. Diferente daquelas obtidas por meios ilícitos ou ilegais, violando direitos constitucionais e processuais penais. Contudo, à idoneidade da prova, será avaliada segundo a valoração feita pelo julgador. Assim, ela não é analisada isoladamente, mas em conjunto com as demais informações trazidas ao processo.

Depoimento dados pelos babalorixás como testemunhas dos fatos como realmente aconteceram, devem ser admitidos como prova de um modo geral, analisada a sua utilidade e influência no esclarecimento da questão caso a caso pelo juiz ou pelos jurados. A prova merece ser admitida, produzida e valorada pelo juiz. De acordo com o sistema do livre convencimento, deve o magistrado em suas decisões dar a testemunha mediúnica e vidente valor que entender apropriado, como procederia a qualquer outro meio de prova.

Afastar as testemunhas mediúnicas e videntes importaria em uma limitação à prova, pois, a testemunha em que ela se consubstancia constitui meio de prova lícito, nos termos dos artigos 202 a 225 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Aos poucos, deve ser afastada a ideia ultrapassada de que a prova testemunhal colhida através dos videntes e médiuns é absurda, incabível e impertinente, ao contrário deve ser reconhecida sua eficácia e natureza científica. Os fatos trazidos realmente como aconteceram na visão dos videntes e médiuns são provas lícitas, cabíveis e que devem ser analisadas quando apresentadas de acordo com a livre convicção do magistrado.

No sistema processual brasileiro vigora o princípio do livre convencimento motivado do juiz, aliás, já destacava a Exposição de Motivos do CPP que não foi fixada hierarquia de provas, devendo o magistrado, na livre apreciação delas e sem qualquer subordinação a nenhum critério apriorístico, promover a busca da verdade material. Cabe, assim, ao juiz analisar e valorar as provas.

Com o desbaratamento da organização criminosa que tinha se instalado entre os anos de 1975 a 1985 na Argentina, pelos trabalhos realizados pelo líder religioso Babalorixá Paulo de Oyá, evocando aos Orixás, muitos policiais foram presos, outros morreram e outros fugiram para Europa. Dentre os que fugiram para a Europa estava Ricardo Taddei o principal líder dos sequestradores, um ex-oficial da polícia federal argentina acusado de praticar mais de 160 sequestros durante todo o período da ditadura militar, inclusive do empresário argentino Osvaldo Sivak.

As autoridades Judiciais de Buenos Aires emitiram um mandado de prisão a polícia internacional em nome de Ricardo Taddei. Em fevereiro de 2006 o Grupo de Localização de Fugitivos da Polícia Nacional espanhola, em colaboração a polícia internacional – Interpol fez a prisão de Taddei em uma rua na cidade de Madri. Vale ressaltar, que outros policiais envolvidos em outros sequestros na Argentina também foram preso na Espanha.

Por fim a Suprema Corte de Justiça Argentina além de condenar todos os sequestradores que participaram dos atos brutais que ocorreram no período da ditadura militar na esfera penal, em abril de 2014, julgou e condenou o Estado Argentino a pagar uma indenização no âmbito cível pelos danos sofridos a família Sivak, bem como reconheceu que os crimes praticados a época são considerados que lesa a humanidade não admitindo que venha a se repetir.

Conclui-se que o uso de testemunhas mediúnicas e videntes como prova é perfeitamente possível, sendo que a credibilidade da visão como os fatos ocorreram, em razão da fonte ser pessoa desencarnada – a despeito de já existirem relatos e trabalhos científicos aptos a confirmar a elucidação de crimes - deverá ser verificada caso a caso, e em conjunto com todas as demais circunstâncias e provas produzidas, registrando-se a excepcionalidade de tal ocorrência. Em suma, o presente artigo é por demasiado polêmico, entretanto, deve ser debatido. Como qualquer ideia nova, pode provocar questionamentos. De qualquer forma, fica o chamamento para que a reflexão substitua qualquer outra reação.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático.** 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

BORGES, Valter da Rosa. **Psicografia: admissibilidade do uso como prova.** Revista Carta Forense, 72 ed. Maio, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2013.

Carta psicografada ajuda a inocentar ré por homicídio no Rio Grande do Sul. Publicação em 30/05/2006. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u122179.shtml>. Em março 2016.

DE SIVAK, Marta Oyhanarte. **Tu ausência tu presencia.** Buenos Aires, Argentina: Editora Contexto, 1987.

DENIS, Lauro. **Chico Xavier e os meios jurídicos.** Disponível em: www.terraespiritual.locaweb.com.br/espirtismo/Acesso março 2016

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** Traduzido por SICA, Ana Paula Zomer, CHOUKR, Fauzi Hassan, TAVARES, Juarez e GOMES, Luiz Flávio. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **A inovação do sobrenatural vale como prova?** Revista Emerj. Rio de Janeiro, v. 11, n. 41, p. 133/144, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. I – 2ª ed., Niterói/RJ: Impetus, 2012.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal** – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato. **Psicografia como meio de prova.** Revista Jurídica Consulex. Brasília, Ano X, n. 229, julho, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal** – 16. Ed. rev. e atual. Até janeiro de 2004 – São Paulo: Atlas, 2004.

MIR PUIG, Santiago. **Bases constitucionales del derecho penal.** Madri: Portal Derecho, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PAULO DE OYÁ – Disponível em: <http://www.axcoya.com.br> – visto em 04 de março de 2016

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. 6ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 4ª ed. Salvador: Juspodium, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, em face da Constituição de 1988**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE: De bicho-papão a fada-madrinha. As mágicas da Vara da Infância e da Juventude de Petrolina (PE)

Rosimery Gomes Da Fonseca¹
Carolina Izidoro Do Nascimento²

1 INTRODUÇÃO

Desmistificando a legislação menorista...

De *menor a criança e adolescente*, de *objetos a sujeitos de direitos*, de *código a estatuto*. Antigamente, era bicho-papão; agora, é fada-madrinha.

Antes do advento da Constituição de 1988, a lei que regia a situação da criança e do adolescente era o Código de Menores de 1979, com caráter puramente executivo e repressivo, onde as pessoas menores de dezoito anos eram tratadas apenas como *objetos* de direito e proteção, e não *sujeitos de direitos*, efetivamente.

O referido Código trazia, inclusive, o termo *menor*, adotado tanto pelo Código Civil quanto pelo Código Penal, largamente utilizado pela doutrina, a despeito de ser considerado pejorativo (ROSSATO, 2015, p. 76).

Importa citar, ainda, a substituição dessa palavra pela expressão mais vulgarmente utilizada *de menor*, surpreendentemente ainda tão presente nos dias atuais, não apenas em programas televisivos

¹ Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina, Pernambuco. Licenciada em Letras pela Faculdade de Formação de Professores de Petrolina (PE). Professora de Língua Portuguesa da Rede Estadual de Pernambuco e da Rede Municipal de Juazeiro (BA).

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

de caráter duvidoso e sensacionalista, onde é amplamente solicitada, mas também em tantos outros contextos sociais. O termo é tão recorrente que rendeu, dentre muitos outros filmes nos quais é utilizado, um com o seu nome: o premiado “De menor”, de ficção científica, da cineasta brasileira Caru Alves de Souza, que ganhou Prêmio de Melhor filme, no Festival do Rio, em 2013, e de melhor atriz, por duas vezes, uma no Festival de Marseille Du Sud, e a outra, em Cuiabá, ambos em 2014, e que retrata casos cotidianos de “crimes” cometidos por adolescentes, problematizando o tema e incitando a reflexão acerca de um posicionamento favorável ou não à pessoa que se encontra nessa situação de vulnerabilidade e incompletude, por estar ainda em formação.

A expressão *menor*, apesar de teoricamente abolida com o advento da Lei 8069/90, mais conhecida como Estatuto da Criança e Adolescente, datada de 13 de julho de 1990, que visa, dentre tantas outras medidas, “evitar a rotulação da palavra *menor* como aquele em ‘situação irregular’, não permitindo ‘a marginalização, a marca, o estigma (...)’” (LIBERATI, 1995, p. 15), não o foi, de fato. Certamente, em função de seu caráter altamente discriminatório e pejorativo, seu uso ainda não resta totalmente abandonado, estando quase sempre intimamente ligado ao infante em conflito com a lei ou a aquele que, de alguma forma, é marginalizado pela sociedade, ainda envolta nesse paradigma, resultando na não-adoção, na proporção adequada, da expressão *criança e adolescente*, preconizada pela nossa Constituição e pelo já citado Estatuto, relegando ao esquecimento, ainda que tardiamente, a tão ultrapassada e estigmatizante marca.

Isso posto, percebe-se que o objetivo da nova nomenclatura é o de fugir do caráter puramente repressivo que a palavra *código* suscita, dando uma conotação mais leve e adequada ao tratamento dispensado a sujeitos em formação e detentores não só de maior proteção, como também de prioridade absoluta, o que, indubitavelmente, gera inquietação e inconformismo por grande parte da sociedade, especialmente no tocante a atos infracionais cometidos.

E é nesse palco de garantias constitucionais de um lado e de efervescências e cobranças sociais de outro, que se insere a Justiça da Infância e da Juventude, buscando a justa medida e o equilíbrio entre a proteção (quando age como fada-madrinha) e a repressão (quando, então, assume ares de bicho-papão); tarefa insólita, dado o cenário quase sempre desfavorável que as famílias brasileiras enfrentam, com todas as suas particularidades e pormenores, seu contexto social heterogêneo e desigual, lares desfeitos, situações de abandono e de miserabilidade social, somado à falta de oportunidades e ao descaso governamental.

2 O CÓDIGO DE MENORES E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

O Código de Menores (Lei nº 6697, de 10.10.1979), escorando a chamada Doutrina da Situação Irregular, inaugura nova fase do direito menorista no Brasil. Trouxe consigo a Doutrina do Menor em Situação Irregular, quando poucas foram as modificações; era o tempo do *menor*, do *menor abandonado*, do *menor delinquente*, expressões que estigmatizavam crianças e adolescentes e que, ainda hoje, albergam uma espécie de ranço, quando se ouve dizer: “Ele é de menor.” Tratava das medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de atos definidos como infrações penais, persistindo a fase da criminalização da infância pobre, denominada “patologia social ampla”, que exigia uma decisão da autoridade judiciária. (FONSECA, 2012, p. 08 e 09).

Em contrapartida, a lei federal 8069/90, mais conhecida como o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), “conjunto de normas gerais, válido para todo o país e para todas as crianças e adolescentes, definindo seus direitos e deveres, bem como os direitos, deveres e obrigações do Estado, da família e da sociedade” (BRASIL, 2005, p. 67) foi promulgada aos 13 de julho de 1990 e entrou em vigor aos 12 de outubro do mesmo ano, ou seja, justamente no Dia da Criança,

mudando, radicalmente, a forma como esta e o adolescente eram tratados, até então, pelo antigo Código de Menores.

Regulamentando o art. 227 da Constituição Federal de 1988, que se baseia na doutrina da proteção integral, trouxe uma visão mais humanitária e garantista, por considerar crianças e adolescentes como sujeitos de direito, em situação diferenciada da vivenciada pelos adultos, pois estão em desenvolvimento e, portanto, necessitam de proteção. Pauta-se nos princípios da Absoluta Prioridade, da Proteção Integral e do Melhor Interesse, não apenas daqueles que necessitam da proteção do Estado por estarem em vulnerabilidade, mas de todas as crianças e adolescentes, indistintamente, sem consideração à sua condição social, deixando-se de lado a reprimenda do *código*, trazendo-se leveza e adequação ao verdadeiro desenvolvimento biopsicossocial das crianças e dos adolescentes.

O referido diploma legal prevê, além de medidas protetivas, ações socioeducativas, elencadas no seu artigo 112, pois é necessário ressocializar e reinserir o adolescente infrator na sociedade, para que este não venha a cometer novos atos infracionais, além de aplicar a medida específica de proteção, de “acolhimento institucional”, nome bem mais ameno que “abrigo”, mas que, na prática e na maioria das instituições, salvo raras exceções, não condiz com a realidade, bem mais dura e bem menos acolhedora.

3 A SITUAÇÃO DE NOSSAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Fortemente repressor, castrador, discriminatório, e, sobretudo, castigador, o Código de Menores, antecessor ao ECA, era temido pelos menores de idade, aos quais, basicamente, eram aplicadas, pela Justiça Menoril, medidas extremamente punitivas, pois eram jogados em verdadeiros depósitos, sem qualquer cunho ressocializatório. Para tanto, não importava se o *menor* havia cometido ato infracional ou era vítima de abandonado pela família, e, neste caso,

necessitasse de proteção, e não de punição estatal: o tratamento era exatamente o mesmo. SAM, FUNABEM, FEBEM, FUNASE: não importa a sigla, essas instituições eram, de fato, os bichos-papões de qualquer *menor* (MIRAGLIA, 2002). Todas viviam abarrotadas, não apenas de *menores*, mas também de suas histórias, em sua maioria, aterrorizantes, frutos de injustiças não apenas familiares, mas principalmente sociais, e de seus silêncios opressores. Aprisionavam jovens abandonados pela vida, pelas famílias e, sobretudo, pelo sistema governamental, sua última esperança. Para a maioria esmagadora, nada mais lhes restava a não ser resignar-se e entregar-se à própria sorte. E, claro, sonhar com a fada-madrinha, para aqueles que, obviamente, ainda acreditavam em contos de fadas. Aos demais, a revolta, o desespero e a falta de perspectiva eram suas companheiras de cela e os levavam a serem verdadeiros aprendizes da criminalidade, estendendo esse legado para fora dos portões das instituições e, conseqüentemente, para a sociedade.

Obtinha-se, com isso, um efeito oposto ao pretendido: ao invés de *menores* ressocializados, produziam-se cada vez mais criminosos. Percebeu-se, então, que não adiantava apenas “varrer o ‘lixo’ para debaixo do tapete”, porém não se vislumbrava solução plausível, dado o cenário vigente até então.

Após o advento da Constituição de 1988, o Brasil passou a possuir uma das legislações de vanguarda no mundo com relação às medidas protetivas direcionadas à criança e ao adolescente. Porém, encontra dificuldades em assegurar o cumprimento desses direitos, o que inclui nosso país no rol das nações mais injustas do planeta, constituindo um verdadeiro paradoxo (BRASIL, 2005, p. 21).

Muitos esforços têm sido empreendidos para a modificação dessa realidade, inclusive com a implantação de alianças cada vez mais sólidas entre a sociedade e o poder público, buscando reunir as condições necessárias para que pessoas com essa faixa-etária possam se desenvolver na sua totalidade, afastando-as, o máximo possível, das

drogas, do trabalho infantil e da exploração sexual, dentre tantos outros perigos, além de situações de tortura e violência a que estão expostas.

Ao contrário do que se apregoa, os adolescentes são mais vítimas do que autores de atos infracionais, e isso vai de encontro à mídia sensacionalista e à opinião pública construída a partir dessa ideia, que não leva em conta as boas iniciativas e os resultados positivos obtidos. Afinal, o *menor* ressocializado não condiz com o estereótipo desenhado pela TV. Não é esse tipo de perfil que se quer atribuir às nossas crianças e adolescentes marginalizados, pois não dá *ibope*.

Tratá-los pelo termo *menores* ainda é, para muitos, e a depender do contexto, a melhor pedida. Melhor ainda: pegar emprestado o discurso de que “só há direitos humanos para bandidos” (como se todos não fôssemos humanos, falhos e, portanto, sujeitos a toda sorte de acontecimentos, pois, se não fosse essa medida protetiva, estaríamos à mercê de toda espécie de desmandos por parte dos poderosos da vez) e trazê-lo para o contexto do *menor*, inculcando na população falsos conceitos, sem embasamento jurídico algum e carecedores de elementos comprobatórios, mas que, de tão repetidos e enfáticos, ganham contornos de verdade, são uma maneira irresponsável, mas, contundente, de tratar o assunto. “A lei só protege o menor! Menor não vai preso, por isso pratica tantas atrocidades!” A disseminação falaciosa e irresponsável dessas ideias acaba contribuindo não apenas para uma sensação de insegurança cada vez mais pungente por parte da população, como também para que tantos menores acabem acreditando, mesmo, que serão acolhidos institucionalmente, com toda sorte de regalias, e não internados em unidades da FUNASE, caso cometam algum ato infracional, ou seja, acabam sendo incentivados por essas ideias, que geram uma reação em cadeia, culminando muito mais em insurgência social e histeria coletiva do que na busca do que realmente importa, que é a minimização do caos social, a diminuição da violência e a inserção ou reinserção dessas crianças e jovens no seio da coletividade, favorecendo, assim, a médio

e a longo prazo, a construção de uma sociedade mais justa, humana e igualitária para todos e, claro, bem menos violenta.

Até mesmo a Bíblia, a exemplo de quando cita crianças ou adolescentes em Mateus, 19:14, 18:3-5, 18:10 e em Salmos 127:3 (BARKER; BURDICK, 2003), fá-lo com muito cuidado e carinho. Portanto, é preciso ir ao encontro do João, do Francisco, da Jéssica, da Maria, do André. Dos registrados e daqueles que, por falta de registro, não existem oficialmente para o sistema e ficam à margem da sociedade, relegados ao anonimato e à obscuridade. É preciso ir ao encontro de jovens que precisam e querem ser ajudados, sem esquecer daqueles que sequer desconfiam que precisam de ajuda ou mesmo se recusam a tê-la. Mas, antes de tudo, é preciso enxergá-los como gente. Especiais. Em formação. Em construção. É preciso recriar a infância. Melhor: é preciso devolvê-la. Importar-se. Apaixonar-se pela causa. Projetar o porvir em conjunto e com o apoio de todos, pois não se consegue promover cidadania, dissociando-a do respeito a quem, de fato, representa o futuro.

A equação é muito simples: de um lado, existe a criança/adolescente com sólidos parâmetros sociais e oportunidades de desenvolvê-los; de outro, aqueles que não tiveram a mesma oportunidade. Em algum momento, fatalmente, esses dois pólos se encontram e quando isso ocorre, o resultado não poderia ser diferente do que temos atualmente, pois há duas forças divergentes, em posições opostas. Para que haja um outro resultado, é necessário convergência. As forças devem atuar em uma mesma direção. É preciso ajuda mútua, lutar em várias frentes na busca por um denominador comum, eficaz e duradouro.

Realizar cidadania para o jovem, eis a questão. Isso significa que esse público também precisa cumprir com os regramentos legais de convívio em sociedade. Precisa entender que é sujeito de direitos, mas também de obrigações; que lhes são dadas medidas protetivas, mas também ressocializadoras; e que precisa contribuir, proativamente, para o bem de todos.

4 PARCERIA COM A SOCIEDADE CIVIL E COM A ESCOLA: Indispensável na formação da criança e do adolescente

Como já citado, é de suma importância a participação da sociedade civil para que se construa uma relação profícua com o parlamento e o Judiciário na causa da criança e do adolescente. Faz-se mister, sobretudo, que se esteja preparado para encontrar janelas nas crises, do contrário, elas não serão enxergadas, mesmo que estejam claramente presentes. E, para tanto, é preciso produzir parcerias dentro do próprio sistema. Contar com o maquinário estatal, reformulando-o, adaptando-o e fazendo-o palco de mudanças sociais necessárias e possíveis.

Não se pode também esquecer do elemento principal: o humano. Investir, capacitar. Ter gente formando gente, afinal, somos todos educadores uns dos outros e o fazemos, sem perceber, nas nossas relações cotidianas. É por isso que, no trato com o jovem, o material humano tem que ser de primeira. Tem que ser gente que se importa, que contribua, que faça a diferença. Gente que sirva de espelho, que olhe para o outro de igual para igual, e não de cima pra baixo; que acredite, sobretudo, que a mudança, além de necessária, é possível.

Prova disso foram os resultados obtidos com as discussões em torno da elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, e o surgimento da Frente Parlamentar pela Criança e pelo Adolescente do Congresso Nacional, que data do final da década de 80, quando movimentos sociais de defesa dos direitos de meninos e meninas participaram, de forma intensa, das discussões da Assembleia Nacional Constituinte, resultando em importantes conquistas na constituição de 1.988 e inaugurando uma nova visão sobre a população infanto-juvenil, tratando as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, e não como propriedade do Estado e da família (BRASIL, 2005, p. 07 e 08).

Além disso, muitas parcerias exitosas podem ser firmadas, a depender da criatividade e da boa-vontade da gestão pública e das Varas

da Infância e Juventude, através de programas com fulcro na prevenção da violência e na formação e acompanhamento dos jovens, bem como por meio de mediações em convênios com faculdades de Direito e outras entidades, que possibilitem não apenas a resolução de conflitos ou a sua minimização, mas também a prática tão necessária aos estudantes dessa área, propiciando uma via de mão dupla, onde o ganho é partilhado e produz reflexos imediatos.

Fortalecer a escola, os professores e demais envolvidos no processo educacional seria um bom começo, pois é nesse ambiente que os jovens passam a maior parte do seu tempo e onde obtém modelos de conduta, geralmente positivas, que, muitas vezes, não possuem em casa. É o lugar mais propício para se promover o desenvolvimento e equiparação social, mas, infelizmente, está longe do modelo ideal, pois não há esse vislumbre, na dimensão necessária, por parte do poder público. E, enquanto sua força e importância não forem reconhecidas, nem houver os investimentos necessários, dificilmente conseguir-se-á uma sociedade mais justa, igualitária e, conseqüentemente, mais humana e pacífica.

Há que se reconhecer, inclusive, que a escola, certamente, não é apenas uma janela, mas uma grande porta de entrada para projetos e sonhos. Uma enorme fábrica de oportunidades, com grande alcance, possibilitando inúmeros agentes multiplicadores, com reflexos positivos não apenas nas famílias envolvidas, mas também em toda a comunidade. É a porta de entrada de sonhos e a de saída de muitas realizações. O ponto basilar, o palco de uma real e efetiva mudança social. E é nesse palco que as coisas acontecem. Com os parceiros certos, boas ideias e muita força de vontade a transformação encontra seu habitat, pois, *“Não é possível refazer este país, democratizá-lo, humanizá-lo, torná-lo sério, com adolescentes brincando de matar gente, ofendendo a vida, destruindo o sonho, inviabilizando o amor. Se a educação sozinha não transformar a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda.”* (FREIRE, 1979).

5 VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE PETROLINA (PE): Nossa fada-madrinha

“As expressões infância e adolescência são categorias que devem ser trabalhadas como construções históricas” (ZUCCHETTI, 2007). Já Pilotti (1995), faz, ainda, outra observação, distinguindo infância de criança, posto que a primeira remete a um processo sócio-histórico-cultural, e a segunda, a processos mais internos, envolvendo a cognição. Dentro dos espaços multiculturais, a abordagem é realizada sobre as infâncias, e não sobre a ideia singular de infância (PERNAMBUCO, 2011).

E é num cenário complexo, multifacetário, incontroverso e plural que atua o profissional ligado à infância e juventude, seja ele técnico, voluntário, defensor ou magistrado. Tem-se, portanto, que cercar-se de muito conhecimento, informação, compromisso e ética para lidar com todos os significados, simbolismos e dados disponíveis, respeitando a individualidade de cada ente envolvido, o que se mostra uma missão, por vezes, espinhosa e difícil, dado todo o aparato necessário.

Em outras palavras, é preciso muita empatia, amor à causa, sensação de pertencimento, preparo, sensibilidade e humanidade para lidar com a causa da infância e juventude, inserida em uma seara recente e ainda cercada de controvérsias e incertezas. Por essas e outras, muitos optam por não sair da sua zona de conforto e se restringem apenas aos seus deveres legais.

Não é o que ocorre com a Vara da Infância e Juventude de Petrolina, no estado de Pernambuco, que, há muito, extrapolou o seu espaço físico e vem obtendo resultados cada vez mais positivos, especialmente no combate à violência nas escolas, lugar de maior concentração de crianças e adolescentes e, portanto, mais propício a esses atos. É o exemplo da fada-madrinha que saiu dos livros e está presente na vida de cada criança e adolescente cuidado por toda a equipe desse Juízo de Direito e seus parceiros.

Dr. Marcos Franco Bacelar, é a prova viva de que o juiz não deve limitar-se ao gabinete. Ele atua através de uma visão vanguardista e uma prática de cunho preventivo, e não apenas repressivo, como, infelizmente, ainda se registra no Brasil afora, onde muitos gestores insistem em carregar o ranço do antigo Código de Menores, com todos os seus equívocos e na contramão do que preceitua o ECA. Através de seu trabalho, mostra que não basta ser juiz, mas que é preciso, no exercício da função, ter uma visão ampla e humanitária, especialmente quando se trata de seres em formação, que refletirão o futuro da sociedade, tanto para o bem, quanto para o mal.

Natural de Feira de Santana (BA), filho de um juiz de direito e de uma professora, teve a possibilidade de conviver, desde cedo, com essas duas realidades (a jurídica e a escolar), e, talvez por isso, tenha uma visão tão intimista e realista desses dois cotidianos, conhecendo-os profundamente, o que possibilita que trabalhe com ambos, entrelaçando-os com tanta propriedade, em prol de uma causa maior. Exerce a magistratura desde 1992, atuando em diversas comarcas e acumulando um vasto currículo, que engloba experiências diversas na área jurídica, tendo sido homenageado, inclusive, na área menoril, pela Coordenação da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça de Pernambuco, com a concessão de moção honrosa por seus trabalhos em Petrolina, junto à Vara da Infância e da Juventude, no ano de 2013, bem como, também nessa área, obteve o reconhecimento formal de suas práticas, pela Associação dos Magistrados do Brasil, através de publicações no seu site e na sua revista.

Tantas conquistas e reconhecimento são a prova cabal de que é preciso apropriar-se do problema, abraçar a causa, porque, quando se traz um benefício a um jovem, está-se pensando na comunidade como um todo, já que muitos ainda não compreendem o que é cidadania. Pior: não conhecem o significado da palavra *esperança* e se perdem no vazio da incerteza e da descrença. E é, certamente, nesse contexto, que as ações intervencionistas mostram sua força transformadora. Afinal, ser cidadão, ao contrário do que muitos pensam, não é apenas cumprir

a lei, mas ser protagonista na sociedade na qual se está inserido. Ser um agente de transformação e participação social. Melhor: ser um agente de inspiração.

Por isso, não seria exagero afirmar que a humanidade é o grande diferencial do juiz que abraça essa causa. Na Vara da Infância e da Juventude citada, não raramente escuta-se a expressão “pai das crianças” em referência ao seu gestor, vinda, especialmente, dos menos abastados. Acrescente-se, ainda: pai da criança que não o têm, órfã também de mãe e de uma sociedade que não se sente responsável e procura culpados. Uma sociedade que não se sente parte do problema e fecha os olhos para as possíveis soluções. Por comodismo. Porque dá trabalho, envolve renúncia e implica incluir-se no problema, quando o bom mesmo é enxergá-lo de fora, o mais distante possível e com um discurso pronto, afinal, já existe um culpado, efêmero, não palpável, subjetivo, sem cara, mas capaz de abarcar todas as culpas e culpados. A síntese maior e excludente de todos os demais: o poder público.

Ora, se já existe um culpado, por que, então, buscar outros? Enquanto a sociedade civil não se sentir parte do problema e aceitar que também é responsável pela solução, obter-se-á muito pouco êxito. E que isso não desanime os corajosos e esperançosos. Que estes sigam em busca de resultados, assim como aquele beija-flor de uma certa fábula que buscava apagar um grande incêndio em uma floresta, carregando água no bico. Questionado sobre a ineficiência do seu ato, respondeu apenas ao seu inquiridor: estou fazendo a minha parte. Se cada um da sociedade também fizer a sua, certamente o volume de água será suficiente para apagar qualquer incêndio.

6 AS INTERVENÇÕES MÁGICAS DE NOSSA FADA-MADRINHA

Prova disso são as ações desenvolvidas na referida Vara que, a despeito de encontrar-se longe da capital do Estado e em meio a um cenário desfavorável, consegue resultados animadores justamente por

reunir uma equipe multidisciplinar de profissionais não apenas altamente capacitados, mas comprometidos, uma Defensoria Pública humana, eficiente e atuante voltada às causas do *menor*, além de voluntários que abraçaram a causa, frutos dos mais diversos convênios, sob a gestão de um magistrado que prima por um objetivo muito maior do que apenas cumprir com a sua obrigação legal e faz questão de dividir os louros com sua equipe. O resultado é que, juntos, foram os autores de medidas que, além de surtir um impacto muito positivo na comunidade local, também vêm servindo de parâmetro para muitas outras, num processo de crescente evolução e amadurecimento.

Em 20.05.2009, foi firmado um termo de compromisso social com a prefeitura de Petrolina para criar o programa “Justiça e Cidadania nos bairros”, cuja principal atividade consistia em ir às escolas da rede pública de ensino e promover um dia de prestação de serviços sociais.

Em cada “Dia D”, juiz, promotor, defensor público e servidores eram acompanhados por uma equipe voluntária formada por patrulheiros escolares, conselheiros de direito e tutelares, secretários municipais de educação e desenvolvimento social, presidentes dos bairros, fiscais da infância e juventude e policiais militares e civis. Esse foi o “pontapé inicial”.

Em fevereiro de 2011, foi lançado, oficialmente, em Petrolina, o Projeto “Escola Legal”, resultado de um convênio firmado entre o Tribunal de Justiça de Pernambuco, o Ministério Público de Pernambuco, a Escola Superior de Magistratura de Pernambuco (ESMAPE) e o Governo do Estado através de sua Secretaria de Educação, atingindo a marca de dez mil atendimentos na cidade, demonstrando grande avanço com relação ao projeto inicial.

Ambos os programas (Justiça e Cidadania e Escola Legal) foram mesclados para melhorar a prestação jurisdicional nas comunidades visitadas. Até o final de 2011, o Justiça e Cidadania realizou a 21ª incursão e superou a marca de 22 mil atendimentos, juntamente com os comitês do Escola Legal, além de 150 audiências

em escolas. O trabalho refletiu, inclusive, na dinâmica processual do cartório, desafogando-o.

Até outubro dos anos de 2012 e 2013, a Vara da Infância e Juventude de Petrolina já havia apurado, aproximadamente, 1000 procedimentos relativos às escolas da comarca através da equipe de voluntários credenciada pelo TJPE, fazendo a identificação dos problemas de ordem estrutural, disciplinar, profissional, infracional e criminal das escolas públicas da zona rural e urbana do município.

Os relatórios produzidos serviam de base para a adoção das medidas necessárias para suprir as dificuldades encontradas nas salas de aula. As ações eram de caráter preventivo e repressivo para atuar contra a vitimização e promover os direitos essenciais das crianças e dos adolescentes. Os problemas identificados, bem como as providências tomadas, eram registrados em pastas específicas para cada unidade escolar, as quais eram alimentadas pelos servidores da secretaria.

Em abril daquele ano (2013), a Vara da Infância e Juventude ganhou sede própria e reservou um setor exclusivo para acompanhar as escolas. As visitas tornaram-se descentralizadas, para poder atender à demanda. As audiências públicas concentradas continuaram a ser realizadas. Os diretores podiam solicitar palestras sobre temas como *bullying*, atos infracionais, prevenção da violência, perigos do mundo virtual, entre outros, para serem ministradas aos alunos e pais.

Em outubro, em ação inovadora, o Programa Resgate promoveu o primeiro Previne (Prevenção da Violência nas Escolas), que também faz parte do programa Resgate, Educação com Justiça e Segurança, coordenado pela unidade judiciária. O evento aconteceu em praça pública, no centro da cidade, com audiência pública e a participação de mais de 3000 pessoas entre alunos, pais e professores e significou a maior concentração voluntária da sociedade petrolinense para discussão de um tema social, em demonstração inequívoca do apoio e da credibilidade dispensados ao citado programa.

Contou, ainda, com apresentações culturais locais e palestras sobre a temática do *bullying*, sendo prestigiada por representantes dos

poderes executivo, legislativo e judiciário, além de toda a rede de proteção, com abordagem direta quanto à prevenção e o combate à violência no ambiente escolar, notadamente com especial atenção a essa questão, em todas as suas acepções.

A Vara da Infância e Juventude de Petrolina instituiu mais que uma justiça itinerante: a atuação dos programas sociais ajudam o professor na sala de aula, dá opções aos pais e muda o caminho de jovens. O trabalho revela que o caminho da prestação jurisdicional não se prende apenas à dinâmica cartorial, mas, sim, às pessoas que estão por trás das capas dos processos.

Por tudo isso, pode-se afirmar que a referida Vara tem buscado driblar esse quadro de violência social reinante em nossa sociedade buscando, talvez, inspiração no verso: “A cada dia que vivo, mais me convenço de que o desperdício da vida está no amor que não damos, nas forças que não usamos, na prudência egoísta que nada arrisca, e que, esquivando-nos do sofrimento, perdemos também a felicidade” (MEDEIROS, 1999), arrematada pela fala do juiz Dr. Marcos Franco Bacelar, ao encerrar um de seus discursos: “É hora, meus amigos, de acendermos, cada um de nós, uma velinha, simbolizando a chama da esperança, que, acesa por cada um de nós, por certo propagará uma luz divina onde a paz social reine em nossas escolas”.

7 PROJETO PREVINE: Aprimoramento e busca pela excelência

Ainda insatisfeita com os resultados alcançados e ciente de que ainda há muito a ser feito, em uma clara demonstração de busca por um trabalho cada vez mais efetivo e de maior alcance, a Vara da Infância e Juventude de Petrolina lançou, aos 25.08.2016, com a participação, inclusive, da vice-presidente de integração da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), uma nova versão do projeto Previne, que agrega, além de novas condutas e de parceiros de longa data, outros

que muito têm a contribuir, como a Coordenadoria da Infância e Juventude do TJPE, o Ministério Público, o Poder Público Municipal e o Poder Público Estadual, valorizando ainda mais a gestão participativa, bem como ampliando e otimizando seu alcance e eficácia, pois “A luta não se acaba, se reinventa” (FREIRE, 2008).

O referido projeto pauta-se nas experiências exitosas obtidas no Programa Resgate e no aprimoramento e correção daquelas que necessitavam de ajustes. Dentre muitas outras ações, vem, desde seu lançamento, promovendo capacitações, em diversas áreas, aos seus participantes, que atuarão como mediadores de conflitos nas escolas, através de palestras de psicólogos, pedagogos, profissionais da área do Direito, policiais, mediadores, dentre outros, buscando reuni-los de todo o conhecimento possível, visando uma melhor atuação e, conseqüentemente, um resultado mais efetivo.

Como prova de seu processo evolutivo, ao invés de enviar às escolas apenas estudantes de Direito, em parceria com a Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina e o governo estadual, através do Programa Universidade Para Todos (PROUPE), o projeto conta também com o Programa Governo Presente e com equipes multidisciplinares, compostas por estudantes de psicologia, representantes das escolas, de pais, alunos, mediadores, policiais militares, dentre outros profissionais, além dos estudantes já citados, todos devidamente imbuídos de promover não só a mediação escolar, como também a orientação e o acompanhamento do jovem em atividades que o levem a refletir sobre sua atuação nos contextos em que está inserido, buscando, com isso, minimizar os casos de violência, tão recorrentes nesse ambiente.

Conta também, por meio de parceria com a polícia militar, com a ressocialização de adolescentes indisciplinados e transgressores, através de curso de formação na própria instituição, por profissionais capacitados, que lhes propiciarão atividades voltadas à disciplina, respeito e cidadania, com o objetivo de fortalecer os preceitos

necessários à vida em sociedade desde logo, evitando que a situação se agrave, contribuindo, assim, para a paz social.

O projeto encontra-se em fase de implantação e capacitação dos envolvidos, mas, com os antecedentes que tem, ninguém duvida de que já é, seguramente, um sucesso e a prova inequívoca de que a Justiça da Infância e Juventude, embora precise assumir, de vez em quando, ares de bicho-papão, pode, sim, também, ser nossa fada-madrinha .

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se você tivesse uma fada-madrinha, o que pediria? Certamente, algo muito valioso e que fizesse muita diferença na sua vida. Da mesma forma ocorre com as crianças e adolescentes abandonados à própria sorte pela família, pelo Estado e, especialmente, pela sociedade, que, ao rejeitá-los, assina sua própria sentença de morte: pediriam tudo o que lhes falta e lhes é essencial, a começar pelo respeito pela sua condição de ser humano em formação.

Essa parcela significativa da sociedade, antes do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, não era considerada sujeito de direitos, e sim propriedade do Estado e da família que, em muitos casos, abandonavam-na em situação de vulnerabilidade social. O tratamento discriminatório iniciava-se a partir do nome pejorativo que lhes era designado: *menor*, que, a despeito de ter sido abolido pelo referido estatuto, continua permeando situações cotidianas envolvendo jovens infratores, resquício do antigo Código de Menores e da maneira como essa parcela da população era tratada e ainda o é por parte considerável da sociedade, com o diferencial de que, ao invés de um Código repressor e punitivo, tem-se, agora, um Estatuto, que, além de disciplina e responsabilização do adolescente por seus atos, também lhes assegura direitos e garantias, que devem ser respeitados por todos, tendo como base o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Trabalhar com a Justiça da Infância e Juventude é tarefa das mais sublimes, mas nem por isso deixa de ser penosa ou espinhosa, por encontrar-se no cerne das questões mais conflituosas e desiguais vivenciadas por uma sociedade doente, mergulhada em seus conflitos e crises. É carente de heróis reais, mas que se valem de poderes resguardados a personagens de contos de fadas e se transformam na fada-madrinha de muitas crianças e jovens que necessitam de ajuda para alcançar uma efetiva transformação social, na qual deixam de ser um problema a ser solucionado e passam a ser agentes transformadores da sociedade da qual fazem parte.

O grande desafio da justiça menoril é, tal qual um pai zeloso, o de encontrar a justa medida, o ponto de equilíbrio, entre a disciplina, quando é o bicho-papão, e o amor, quando se transforma em fada-madrinha. Essa mágica aconteceu em Petrolina.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARKER, Kenneth; BURDICK, Donald. **Bíblia de Estudo NVI**. São Paulo: Vida, 2003.

BRASIL. **Infância e Parlamento**: guia para formação de Frentes Parlamentares da Criança e do adolescente. Brasília: Senado Federal, Gabinete da Senadora Patrícia Saboya Gomes, 2005.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Compromisso**: América Latina e educação popular. São Paulo: Vila das Letras, 2008.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEDEIROS, Martha. **Crônica sobre poesia**. Zero Hora, 5 de maio de 1999.

MIRAGLIA, Paula. **Aprendendo a lição - uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude**. Novos Estudos – CEBRAP. São Paulo, n. 72, p. 79-98, jul. 2005.

PERNAMBUCO. **Estatuto da criança e do adolescente: conquistas e desafios**. Escola de Conselhos de Pernambuco. – Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011.

PILOTTI, Francisco. **Crises e Perspectivas de Assistência à Infância na América Latina**. Rio de Janeiro Editora Universitária Santa Úrsula, 1995.

PETROLINA (PE). **RESGATE, Educação com Justiça e Segurança**. Vara da Infância e Juventude de Petrolina. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Criação Original. Petrolina, 2013.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZUCCHETTI, Dinora Tereza; BERGAMASCHI, Maria Aparecida. **Construções Sociais da Infância e da Juventude**. Pelotas, Cadernos de Educação, UFPel, Janeiro-junho de 2007.

EXPLORAÇÃO SEXUAL

Vilma Fátima Freire Caldeira¹

1 INTRODUÇÃO

Em 1500, os portugueses, “*Descobriram o Brasil*”. O ciclo econômico, do século XVI, era a produção açucareira. Havia, no território da época uma quantidade expressiva de mão de obra barata. Os portugueses se utilizaram do contato com os indígenas, as vezes harmonicamente, em outras ocasiões em estado de guerra; na atividade extrativista do Pau-Brasil. O índio através de um trabalho esporádico, denominado escambo, fazia trocas com os produtos trazidos da Europa pelos colonizadores. Para obtenção de um lucro rápido, seria necessária uma produção em larga escala, e o país oferecia esta alternativa. Os colonizadores se dispuseram a promover a escravidão dos índios, no entanto, esta apresentava um grande impasse. Os indígenas não eram acostumados com uma rotina de trabalho intenso, privilegiavam uma cultura de subsistência. Com o contato com os europeus, muitas indígenas adoeceram e morreram. E, finalmente o conhecimento do território facilitava a fuga do cativo pelos primeiros habitantes do Brasil. Por outro lado, a Igreja teve um papel significativo para que a escravidão indígena não ganhasse força no espaço colonial, pois tinha interesse em converter os índios à religião católica. A Igreja sabia que se os indígenas fossem escravizados, estes criariam resistência à nova crença imposta pelo colonizador. A escolha para a manutenção da mão de obra escrava na cultura açucareira no Brasil foi a Africana, apesar de

¹ Advogada; Cirurgião dentista do Município de São José do Rio Preto e Onda Verde. 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).

que em certas regiões de menor potencial econômico, vemos que a escravidão indígena se tornou uma alternativa. Um escravo indígena custava metade de um escravo africano. Os dois tipos de escravidão acabaram se mesclando ao longo da história. Os padres foram confrontados pela ganância dos colonos que saíam pelo território, atacando as populações indígenas ligadas às missões jesuíticas; estes já estavam habituados à rotina e aos valores da cultura ocidental. A Carta Régia de Portugal (1570) proibiu a captura do indígena; segundo esse documento, os índios só poderiam ser escravizados em situação de guerra justa. No século XVIII, a escravidão indígena foi extinta. O Marquês de Pombal estabeleceu muitas transformações na administração colonial; em 1757, proibiu a escravidão e transformou aldeias em vilas submetidas a Coroa Portuguesa. Com o advento desta íntima proximidade entre o indígena e o homem europeu a prática sexual entre estes dois grupos se tornou recorrente, no entanto, o colonizador sempre se impôs através da força e da violência; O tempo passou, mas a prática continua mais viva do que nunca. Lemos em *Manchetes de Jornais Brasileiros* que jovens indígenas continuam sendo aviltados pelo homem branco. Que virgindades de menores indígenas são leiloadas por quantias ínfimas, como se houvesse juízo de valor.

2 SENSUALIDADES BRASILEIRAS

Renascimento na Europa, no Brasil, chegam as "alfacinhas". Os portugueses se deslumbravam com a beleza de nossas indígenas.

" {...} suas vergonhas tão nuas e com tanta inocência assim descoberta, que não havia desvergonha alguma {...} moças bem moças e bem gentis, com cabelos muito pretos comprimidos pelas espáduas ", dizia Pero Vaz de Caminha.

Desde o início os portugueses lutaram contra a nudez indígena. Os jesuítas mandaram buscar tecidos para vesti-los; associava-se a nudez a luxúria. Os seios não eram vistos como sensuais

neste período no Brasil. Durante o Império, os banhos públicos se multiplicaram, e se tornaram locais de prostituição. As mulheres que freqüentavam estes banhos eram chamadas “*filhas do banho*”. Na Idade Média, homens e mulheres, não se banhavam juntos, salvo nos prostíbulos.

“ Os índios da terra de ordinário andam nus e quando muito vestem alguma roupa de algodão ou de pano baixo e nisto usam de primores a seu modo, porque um dia saem com gorro e o mais nu; outro dia saem com seus sapatos ou botas e o mais nu {...} e se vão passear somente com o gorro na cabeça sem outra roupa e lhes parece que vão assim mui galantes ”

“ Que estas tinham também os olhos e os cabelos pretos, o corpo pardo pintado de vermelho e, tanto quanto as nereidas mouriscas eram doidas por um banho de rio onde se refrescasse sua ardente nudez e um pente para pentear o cabelo. Além do que, eram gordas como as mouras. ”, relata Gilberto Freyre.

Em 1559, a vagina era considerada um pênis interior; o útero, uma bolsa escrotal; os ovários, testículos. A mulher era um ser assexuado, só cabia o papel de mãe. Ela carregou por quinze séculos, a culpa pela expulsão do homem do paraíso. “ *Para pagar seu pecado, só dando à luz entre dores {...} os médicos, no século XVI, acabaram por definir o desejo sexual como algo negativo {...} o corpo feminino era considerado impuro, venenoso e traiçoeiro, a mulher, era acusada pelo outro sexo de ter introduzido sobre a terra o pecado...* ” (Priore, 2011).

O corpo feminino era impuro e traiçoeiro responsável de ter introduzido a infelicidade e a morte aos homens Até o século XVII, sexo era praticado regularmente, a partir daí se intensifica a censura, relacionando a sua prática a perturbações de saúde e moléstias graves. Todo relacionamento extraconjugal era condenável, pois o sexo estava

relacionado apenas à procriação. Meios contraceptivos e/ ou abortivas não eram admitidos.

Relata Mary Del Priore, que: “ É provável que os homens tratassem suas mulheres como máquinas de fazer filhos, submetidas às relações sexuais mecânicas e despidas de expressões de afeto. Basta pensar na facilidade com que eram infectadas por doenças venéreas, nos múltiplos partos, na vida arriscada de reprodutoras. A obediência da esposa era lei. Estudos comprovam que os gestos diretos e a linguagem chula eram destinados às negras escravas e forras ou mulatas; enquanto as brancas reservavam-se galanteios e palavras amorosas. Os convites para a fornicção são feitos as negras e sevas mulatas fossem escravas ou não {...} a misogenia racista da sociedade colonial classificava as mulheres não brancas como fáceis {...} Gilberto Freyre, reproduzia: Branca para casar, mulata para foder e negra para trabalhar. {...} caberia às mulheres de cor o papel de meretrizes de ofício, em toda a história da colonização. Nós séculos seguintes, à degradação das índias como objetos sexuais dos lusos somou-se a das mulatas, todas inferiores por sua condição racial e servil no imaginário colonial. Gregório de Mato, poeta, louva o corpo da mulata, que, como a índia do século XVI, torna-se objeto sexual dos portugueses. ”

Neste período mulheres eram vendidas no mercado matrimonial e as relações sexuais eram proibidas antes do casamento.

Em 1825, as mulheres brasileiras casavam-se cedo; os maridos mantinham relacionamento com suas amantes mulatas e/ou negras. O casamento era um jogo de interesses. A imoralidade é favorecida pela escravidão, e o casamento repudiado pela sociedade da época. As

solteiras se tornavam, com frequência amante de homens casados, com o escopo de amparo econômico e de prestígio.

Segundo, o grande jurista brasileiro, Clóvis Beviláqua:

O antigo direito português punia o adultério com a pena de morte, tanto para a mulher casada quanto para seu cúmplice, mas as infelicidades masculinas, descontínuas e transitórias, não eram consideradas atos puníveis. Só os concubinários com suas amantes eram passíveis de degredo, pena raramente aplicada.

O Código Penal da República pune o aborto a cinco anos de reclusão. O Exame de Corpo de Delito foi introduzido pelo mesmo código. No Rio de Janeiro, na faculdade de medicina, Costa Junior argumentava: “*A proporção a que, em nossos tempos, tem atingindo esse crime, tão clara e perfeitamente previsto no nosso código penal, nos incita ainda mais revoltados pela sua vergonhosa impunidade {...} e a procurar um meio de saná-lo, quer com medidas de ordem legislativas*”.

A prostituição, neste período, tornou-se necessária. Casamentos eram realizados, apenas, por interesses econômicos. A vida conjugal era coagida e os bordéis promovidos. As francesas povoavam o imaginário masculino. Em 1888, teorias equivocadas inundavam a ciência, muitos teóricos admitiam que o cérebro feminino fosse dominado pelo útero. Com os Bordéis, surge a Sífilis. Jovens virgens negras eram utilizadas como técnicas terapêuticas para a cura e a cicatrização das feridas fétidas desta doença.

Com a República, mudanças políticas, sociais e culturais acontecem. O corpo feminino passa a ser o alvo do erotismo, antes sempre muito coberto. A higiene íntima feminina é valorizada. O lingerie passa a ser fonte de desejo. O teatro de revista se destaca, trazendo um novo corpo feminino sexualizado. O sexo quase explícito se despia nos palcos. Mulheres começavam a praticar esportes. “*A beleza passava a ser o motor do desejo {...} quatrocentos anos de morenas e*

mulatas sinuosas, da consagrada " morenidade " descrita pó Gilberto Freyre, resistiam bravamente aos modelos importados e aos avanços das beidades escandinavas ditadas pelo higienismo imposto pelo cinema! " (Priore, 2011)

Mas as mulheres jovens, casadoiras, ainda deveriam permanecer virgens, dogma ditado pela moral tradicional.

O Lundu era uma dança proveniente do estado do Para, diziam na época que as mulheres enfeitiçavam os homens com a dança; era considerada pornográfica. A Imperatriz Leopoldina recusava-se a assisti-la. Os afro-descendentes tinham uma linguagem peculiar na hora de escolher uma companheira, com este comportamento enriqueceram o vocabulário erótico brasileiro.

A publicação, o **RIO NU**, foi responsável nas primeiras décadas do século XX, pela pornografia brasileira, como também pelas propagandas de remédios contra doenças sexualmente transmissíveis. Suas imagens de nudez estavam mais relacionadas à pobreza do que ao erotismo.

Nos meados dos anos 30, o carnaval se despe de qualquer pudor, o uso de cocaína, éter e a cenas de sexo explícitos eram flagrantes, tanto nas ruas quanto nos bailes fechados. Em 1942, o Código Civil, no seu artigo 315, estabeleceu a separação no casamento sem dissolução de vínculo. As mulheres que ousavam manter relações sexuais mais rotineiramente eram ditas esquizofrênicas, e tratadas com injeções de insulina. Nos anos 50, os beijos imperavam nas festas de carnaval; a escritora Ercília Nogueira Cobra, ressaltava a forma perversa que o homem tratava as mulheres, ao permitir que se pensasse que o útero e/ou vagina, se impusesse sobre o intelecto feminino. A mulher se considerava um objeto, o único padrão de comportamento, o casamento. Para Ercília Nogueira Costa, "*o desgastado dilema " mãe ou prostituta " contribuía para a submissão sem freios da brasileira "*. Após o fim da grande guerra, haviam movimentos que pregavam a volta da mulher trabalhadora aos lares. Este período favorecia a experiência sexual masculina e o matrimônio convencional a mulher.

A Pedofilia tinha voz, no Brasil, no século XIX; no século XX, o Código Penal começou a sancionar, no artigo 266, as relações entre adultos e crianças, tipificando o crime de corrupção.

Dos anos 30 aos anos 60, grandes centros como Rio de Janeiro e São Paulo, receberam uma grande leva de homossexuais estrangeiros.

Com os anos 70, surge uma nova masculinidade, A homossexualidade era considerada imoral, anti-social e anormal. A partir daí, a "*revolução sexual*", toma vulto. O direito ao prazer se tornou norma. O antibiótico e o anticoncepcional protegeram esta sociedade, da sífilis e da gravidez indesejada. Nelson Rodrigues, repórter e escritor, dizia que: "*Nunca se viu uma época mais pornográfica do que a nossa.*"

Segundo Mary:

Era o início do direito ao prazer para todos, sem que as mulheres fossem penalizadas ao manifestar seu interesse por alguém {...} os maridos não davam ordens às esposas e os motéis se multiplicavam. O conceito de fidelidade era esperado somente das mulheres. {...} Já em 1971, viam-se os primeiros sinais de repulsa ao feminismo e de revolta contra as minorias. O casamento era ridicularizado.

A sexualidade feminina passou a ser mais respeitada. Quando o Banco Mundial esteve no Brasil, se preocupou com o grande crescimento demográfico.

Em 1980, surgem os primeiros casos de AIDS; neste período se falava muito na morte, mas pouco em prevenção. A vida sexual brasileira tomou novos rumos. Coquetéis medicamentosos foram introduzidos e o uso de preservativos foi repensado. Segundo a Revista Veja,

a pratica do sexo, as escapadas no mundo da prostituição, a alegre roda-viva de parcerias sexuais pode estar em declínio.

Significadamente, as zonas de prostituição tanto feminina quanto masculina nas principais capitais registram uma sensível baixa de movimento. {...} Para o antropólogo argentino Nestor Perlongher, a AIDS estava sendo utilizada pelos grupos conservadores para disciplinar o comportamento sexual.

Hoje, no Brasil, somos os filhos do divórcio; a fidelidade incondicional se tornou na fidelidade enquanto se ama. A sexualidade se tornou mais livre. O exibicionismo sexual nas redes sociais é pulsante. Mas a mais antiga de todas as profissões se mantém intacta, sofreu alguns impactos durante a passagem do tempo, no entanto, está mais viva do que nunca.

3 A LEGISLAÇÃO SOBRE PROSTITUIÇÃO

As prostitutas brasileiras estão se mobilizando e se auto organizando. Mas há um grande abismo entre as políticas de Organização Nacional e Internacional da Prostituição, as autoridades governamentais e os grupos religiosos. Há uma dicotomia na sociedade entre a prática da prostituição pessoal e a forte indústria do sexo. Perante a lei, mundialmente falando, a prostituição pode ser tolerada ou proibida. Nos Estados Unidos, vigora o proibicionismo, o exercício da prostituição é crime. Na Alemanha, Suíça e Paraguai, a profissão é regulamentada e permitida de acordo com a lei. O abolicionismo pretende derrubar a regulamentação da profissão, estabelecendo um código de ética profissional. No Brasil, o Código Penal Brasileiro de 1830, a profissão não é, legalmente, considerada crime, mas atribui penalidades aos intermediários da prostituição. Gera arbitrariedades por parte das autoridades governamentais, pois não existe legislação vigente. No Código Penal brasileiro é crime intermediar o tráfico de mulheres. Mas não há nenhuma vigilância realizada pelas autoridades em relação aos sistemas escravocratas impostos às mulheres prostitutas em algumas regiões do País. Não há qualquer artigo a respeito dos

travestis, michês e crianças/adolescentes que são inseridos nessa profissão. Existe no Congresso Nacional, desde 1997, projetos de lei que pretendem regulamentar a prática da profissão, visando à permissão do exercício da prostituição. Os projetos vetam aos menores de dezoito anos a prática desta profissão. A obrigatoriedade dos profissionais do sexo de se cadastrarem em unidades de saúde, para realização de exames periódicos. Aferindo direitos previdenciários, a classe, como trabalhadores autônomos. Busca-se a voluntariedade destes profissionais, evitando assim exploração por parte de terceiros e, à necessidade de se preservar as crianças, que por não possuírem vontade própria fique proibido sua prática nesta profissão. Os Projetos, no entanto, apresentam para alguns teóricos um caráter discriminatório e estigmatizado, quando determina que exames periódicos sejam realizados com obrigatoriedade, associando à profissão a disseminação de doenças. O Deputado Federal Adhemar de Barros Filho, de 1987, fez um projeto que garantia às profissionais do sexo a filiação à Previdência Social, mas este nunca saiu do papel.

Embora não tenhamos, no Brasil, uma lei que possa regulamentar o exercício desta profissão. O contexto histórico/ social vivido no nosso país possui voz na mídia dando força para que este projeto seja enfim votado e promulgado.

4 A VERGONHA

A exploração sexual de crianças e adolescentes indígenas é recorrente no Brasil. Destacou se , a um tempo atrás, o caso de São Gabriel da Cachoeira, no Amazonas. O caso foi investigado pelo Ministério Público Federal, pela Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República e pelos deputados federais da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Tráfico de Pessoas. O Centro de acolhida Kunhantâi Uka Suri (Casa da Menina Feliz), recebe as vítimas de abusos sexuais, e o apoio das freiras Selesianas. Em 2008, surgiram as primeiras denúncias, mas nem a polícia estadual, nem o Ministério

Publico conseguiram destruir esta rede de pedofilia e prostituição nesta região. A virgindade de jovens indígenas é comercializada por quantias de pouca monta. Doze meninas foram ouvidas; e nove suspeitos foram relacionados aos fatos delituosos.

“ Tem muito mais do que 12 casos. Há muitas meninas amedrontadas por essas pessoas, meninas que se calam diante de ameaça, diz o Bispo Edson Taschetto Damian, que afirma que freiras da Congregação que acolheram as vítimas, sofreram ameaças e perseguições. As freiras que estão em contato com estes jovens desprovidos economicamente salientam que o numero de casos e bem maior do que se imagina. Ameaças de morte foram realizadas para que tudo fique em silêncio.

Embora exista Tribunal de Justiça e Procuradoria do Estado, nos locais que ocorrem estes delitos, os responsáveis moram em locais distintos, dificultando a apuração dos crimes. Entre os acusados, se encontram militares e empresários locais.

“ Por que existe essa exploração? Porque para alguns brancos o índio é objeto, não conta, não tem dignidade ou valor. Eles fazem o que bem entendem ”, diz o Bispo Edson.

O crescimento populacional da região, encravada na floresta amazônica, entre os países Brasil, Venezuela e Colômbia, foi um dos fatores que impulsionaram a vulnerabilidade dos jovens indígenas.

A eleição de um indígena, para prefeito, neste período, viabilizou a urbanização da região; muitas famílias trocaram as aldeias pela cidade. Mas não foi o bastante para erradicar esta ferida vexatória.

O Grupo de Estudos sobre Infância Indígena e Trabalho Infantil da Comissão de Erradicação do Trabalho Infantil, manifestaram muita preocupação sobre este tema. Dernival dos Santos, Tribo Kiriris, salientou que a saída dos jovens das aldeias para a cidade, aumentou o risco ao uso de drogas, como também a prostituição. Os

integrantes apontam a necessidade de estratégias políticas prioritárias para lidar com este problema.

“ O presidente da Comissão de Assuntos Indígenas da Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas, deputado José Lobo [PCdoB], disse que é grande o índice de prostituição infanto-juvenil, consumo de álcool e drogas em área indígenas, principalmente nos municípios de Santa Isabel do Rio Negro, São Gabriel da Cachoeira e Tabatinga que fazem fronteiras com a Colômbia e Peru. O parlamentar estará seguindo nos próximos dias para aquela região a fim de fazer um levantamento da situação. O parlamentar pretende ouvir todas as entidades envolvidas na área da segurança, da justiça, os prefeitos atuais e os eleitos no dia 05 de outubro para delinear um quadro geral do problema e buscar as providências cabíveis, a partir da Assembléia Legislativa. Explicou José Lobo que a investigação se faz necessária porque os jornais locais têm noticiado com freqüência o aumento do índice de índios - crianças, jovem e adulto - envolvidos em prostituição, com bebidas alcoólicas e drogas, havendo até a ocorrência de suicídios entre eles. Há políticas de proteção aos povos do Alto Rio Solimões, com programas de desenvolvimento sustentável na região, afirma José Lobo. E a área é de alto risco pela presença do narcotráfico. É preciso que os governos levem às aldeias ações públicas de educação e saúde integradas à cultura dos indígenas, paralelamente ao trabalho de conscientização feita pelas organizações sociais. Além disso, os jovens acabem ficando vulneráveis ao narcotráfico e muitos deles são usados para o transporte de drogas [cocaína] em Tabatinga, diz Jerson Aranha.

A pedofilia no Brasil é intensa.

Meninas de 12 anos são empurradas para prostituição por pressão da situação social ou econômica da família, mas também a influência externa da TV, dos amigos, dos vizinhos, das músicas, e de ofertas irrecusáveis de bens materiais ou dinheiro. Há notícias de políticos, turistas estrangeiros e empresários que fazem cruzeiros pelos rios da bacia Amazônica, para manterem relações sexuais com indígenas crianças. Realizam festas regadas de meninas de tenra idade, que deveriam estar estudando, ao invés de estar vendendo seus corpos. A ocupação da região aconteceu no período militar. Muitos explorados por um pequeno grupo hegemônico. Nesta região convive a riqueza dos latifúndios que enviam suas filhas para estudarem no exterior, e a miséria retumbante, que envia suas filhas para a prostituição nos postos de gás.

O Ministério Público Federal encaminhou à justiça federal denúncia contra dez pessoas, envolvidas nos crimes de exploração sexual, em São Gabriel. Dos suspeitos, os detidos passaram a ser réus. As pessoas foram presas (prisão temporária) durante a Operação Cunhantã. Os detidos eram militares, professores, comerciantes, parentes de políticos e aliciadores.

“ Uma das denunciadoras da rede de pedofilia, atuava como presidente do Conselho de Defesa da Criança e do Adolescente de São Gabriel da Cachoeira foi obrigada a sair do Brasil devido às ameaças de morte. ”, relata Jerson Aranha.

Segundo MPF, o processo seguiu sob sigilo por causa da natureza do crime e em função da exposição das crianças e adolescentes envolvidas no caso.

"Logo que eles, os réus, chegaram, a cidade de São Gabriel, ficaram apenas nas suas casas, escondidos. Agora, já estão saindo. Pelo que a gente soube, eles foram bem recebidos e tiveram apoio de sua família, apesar do que pesa contra eles. Espero que a justiça federal agilize o julgamento", disse a fonte, que prefere que seu nome permaneça em sigilo.

"Eles nos olham estranho, com a intenção de nos intimidar, mas por enquanto ficam na deles. Temos medo, claro, mas não vamos desistir", disse a fonte.

Foi ouvido, durante o inquérito, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e representantes de entidades de defesa dos direitos da Criança e do Adolescente, lideranças indígenas e psicólogas. O MPF denunciou os réus por: estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, favorecimento da prostituição de vulnerável, rufianismo (tirar proveito da prostituição alheia) e coação no curso do processo. O MPF entendeu que havia, também, ofensa a identidade indígena de toda a comunidade a qual pertencem os jovens, o que justifica a atuação dos órgãos federais.

"Não queremos ver nossos filhos na prostituição. A gente quer ver nossos filhos estudando, se formando. Também somos capazes de ser doutor, advogado e tudo mais." relata Kátia Januário de Souza, coordenadora da Organização de Mulheres Indígenas de Roraima.

"Acho que meu pai tinha preconceito de mim, porque ele me chamava de gay. Ele dizia que ia me matar. Quem me ajudou a fugir foi minha mãe. Eu tinha treze anos de idade.", menciona o fato, Karina Cardoso, repórter que reside no Amazonas.

A travesti Pauline, da tribo Macuxi, relata o preconceito quando vivia com sua família na Aldeia; hoje é " **menina de programa** " em Boa Vista. Muitos jovens indígenas para fugirem dos tabus em suas tribos, buscam as grandes cidades, e caem na exploração sexual. Muitos foram infectados com o vírus HIV. Foi criado, em 2008, o Grupo Diversidade, este atua com jovens de 16 a 25 anos, realizando palestras e distribuindo preservativos. Todos os jovens são portadores do vírus HIV e/ou são homossexuais. A rede de exploração sexual é a única saída para estes jovens que são expulsos de suas aldeias pelo preconceito.

“O próprio tuxaua já é machista. Ele entende que aquilo não pode acontecer. Entende que o índio do sexo masculino tem que gerar crianças. Principalmente os travestis são postos na rua. Então eles ficam isolando, isolando, até a pessoa se isolar de vez e sair da comunidade.”, relata Diniz.

“ A gente encontra certa dificuldade por falta de opção de emprego. Quando o mercado de trabalho abrir as portas elas vão sair da prostituição. Vontade elas têm. Fizemos uma pesquisa sobre o que fariam a não ser prostituição, deu enfermagem, cabeleireira. Às vezes mamãe liga pra mim. Às vezes ela chora por mim também. Eu sofri, mas eu a ajudei também. “Ajudei mamãe a comprar uma casa para ela.”, relata a travesti Simone.

Simone explica que: “Às vezes eles me dão um pacote de camisinha para eu entregar para as pessoas que estão precisando. Eu as ajudo também. Como eles estão me ajudando eu tenho que, pelo menos, ajudar as pessoas também.

O grupo Diversidade oferece cursos para os jovens indígenas, o indígena Eduardo Macuxi, foi um dos jovens, que não ingressou na prostituição, pois cursou cabeleireiro

A presidente da Organização Indígena Positiva, Nívea Pinho, explica que *“além do preconceito existente nas aldeias, há também a dificuldade dos próprios indígenas de pedir e conseguir ajuda quando um dos integrantes da família, por exemplo, está infectado com o vírus do HIV ou quando é vítima de abuso sexual.”*

Explica a FUNAI:

“Nós vemos hoje uma grande deficiência dentro da estrutura familiar. E nós procuramos trabalhar na estrutura da família, fazer encaminhamentos para rede de

acompanhamento psicológico e psiquiátrico.
“Então temos toda uma rede onde nós podemos trabalhar com a estrutura da criança e da família.”

5 PROJETOS DE LEI A RESPEITO DO EXERCÍCIO DA PROSTITUIÇÃO NO BRASIL

5.1 Projeto de Lei do Deputado Wigberto Tartuce

Art. 1º: "É livre o exercício da prostituição, observados os preceitos desta Lei".

“Parágrafo 1º: Considera-se profissional, para fins desta Lei, aquele que, pessoalmente e mediante remuneração ou vantagem, utilizando-se do próprio corpo, exerce o comércio sexual”.

Art. 3º: "É obrigatório aos profissionais de que trata esta lei o cadastramento em unidades de saúde e o exame mensal para a prevenção de doenças sexualmente transmissíveis".

Parágrafo único: "Os exames referidos no caput deste artigo deverão ser devidamente anotados em cartão de saúde de acompanhamento de doenças sexualmente transmissíveis".

"É vedado o exercício profissional, de que trata o caput deste artigo aos menores de 18 (dezoito) anos de idade".

5.2 Projeto de Lei do Deputado Fernando Gabeira

Dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e suprimem os artigos 228, 229 e 231 do Código Penal Brasileiro.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - É exigível o pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual.
& 1 O pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual será devido igualmente pelo tempo em que a pessoa permanecer disponível para tais serviços, quer tenha sido solicitada a prestá-los ou não.

& 2 O pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual somente será exigido pela pessoa que os tiver prestado ou que tiver permanecido disponível para prestá-los

Art. 2 Ficam revogados os artigos 228, 229 e 231 do Código Penal.

Art. 3 Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

5.3 Projeto de Lei do Deputado Eduardo Valverde

Art.1º - Consideram-se trabalhadores da sexualidade toda pessoa adulta que com habitualidade e de forma livre, submete o próprio corpo para o sexo com terceiros, mediante remuneração previamente ajustada, podendo ou não laborar em favor de outrem.

Parágrafo Único: Para fins dessa lei, equiparam-se aos trabalhadores da sexualidade, aqueles que expõem o corpo, em caráter profissional, em locais ou em condições de provocar apelos eróticos, com objetivo de estimular a sexualidade de terceiros.

Art.2 - São trabalhadores da sexualidade, dentre outros:

1 - A prostituta e o prostituto;

2 - A dançarina e o dançarino que prestam serviço nu, seminú ou em trajes sumários em boates, dancing “s, cabarés, casas de "strip-tease" prostíbulo e outros estabelecimentos similares onde o apelo explícito à sexualidade é preponderante para chamamento de clientela;

3 - A garçonete e o garçom ou outro profissional que presta serviço, em boates, dancing “s, cabarés, prostíbulo e outros estabelecimentos similares que tenham como atividade secundária ou predominante o apelo à sexualidade, como forma de atrair clientela;

4 - A atriz ou ator de filmes ou peças pornográficas exibidas em estabelecimentos específicos;

5 - A acompanhante ou acompanhante de serviços especiais de acompanhamento íntimo e pessoal de clientes;

6 - Massagistas de estabelecimentos que tenham como finalidade principal o erotismo e o sexo;

7 - Gerente de casa de prostituição.

Art.3º- Os trabalhadores da sexualidade podem prestar serviço de forma subordinada em proveito de terceiros, mediante remuneração, devendo as condições de trabalho serem estabelecidas em contrato de trabalho.

Art.4º- São direitos dos trabalhadores da sexualidade, dentre outros:
a - Poder expor o corpo, em local público aberto definido pela autoridade pública competente;

b - Ter acesso gratuito aos programas e ações de saúde pública preventiva de combate às doenças sexualmente transmissíveis;

c - Ter acesso gratuito aos esclarecimentos das autoridades de saúde pública sobre medidas preventivas de evitar as doenças socialmente previsíveis;

Art.5º - Para o exercício da profissão de trabalhador da sexualidade é obrigatório registro profissional expedido pela Delegacia Regional do Trabalho.

§1º - O registro profissional deverá ser revalidado a cada 12 meses.

§2º - Os trabalhadores da sexualidade que trabalham por conta própria deverão apresentar a inscrição como segurado obrigatório junto ao INSS, no ato de requerimento do registro profissional.

§3º - Para a revalidação do registro profissional será obrigatório a apresentação da inscrição como segurado do INSS e do atestado de saúde sexual, emitido pela autoridade de saúde pública.

Art.6º- É vedado o labor de trabalhadores da sexualidade em estabelecimentos que não tenham a autorização das autoridades públicas em matéria de vigilância sanitária e de segurança pública.

Art.7º - Os trabalhadores da sexualidade poderão se organizar em cooperativas de trabalho ou em empresas, em nome coletivo, para explorar economicamente prostíbulos, casas de massagem, agências de acompanhantes e cabarés, como forma de melhor atender os

objetivos econômicos e de segurança da profissão.

Art.8º - O trabalho na prostituição é considerado, para fins previdenciários, trabalho sujeito às condições especiais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prostituição é contemporânea à civilização. Mas como vivemos em uma sociedade hipócrita, continua sofrendo com o preconceito. Sem leis a arbitrariedade dos poderes governamentais se avoluma. A sociedade que a estigmatiza, é a sociedade que paga pelo prazer anônimo. Durante toda a sua história, muitos foram os movimentos que tentaram suprimi-la, mas ela sobreviveu à sífilis, à religião, à AIDS, dentre outros. A legalização traria muitos benefícios tanto para o profissional, como para o cliente, inclusive na ordem sanitária e política urbana. Milhares de pessoas, neste país, vivem da prostituição. Negar a esses profissionais os direitos Previdenciários, seria no mínimo inconstitucional.

O Brasil, o Código Penal, apresenta condutas típicas que são penalizadas, assim:

1-Artigo 228- Favorecimento de prostituição

2-Artigo 229- Casa de prostituição

3-Artigo 231- Tráfico de Mulheres

Os projetos acima citados buscam o acesso destes profissionais aos programas de saúde públicos preventivos em relação às doenças sexualmente transmissíveis. A legalização traria meios para a fiscalização e controle desta prática, como também favoreceria a tutela dos infantes, tão aviltados por todos esses anos com a prostituição pedófila. Estes profissionais deveriam possuir seu registro profissional na Delegacia Regional do Trabalho, como também, inscrição no INSS.

A prostituição no Brasil surge desde os seus primeiros passos como nação. Sempre esteve vinculada a quem detinha o poder

econômico. E hoje não é diferente. Os indígenas sempre exerceram um grande fascínio sexual, e ainda exercem. Cruzeiros pela Bacia Amazônica são realizados, repletos de turistas. As Canoas oferecem jovens indígenas, durante o trajeto, aos ávidos estrangeiros a busca de aventuras sexuais pedófilas.

Os problema sócio/econômicos, destes grupos, alimentam este feedback, e a impunidade é gritante.

Talvez se leis mais contundentes fossem criadas, nossos jovens, não sofreriam com tanta violência e transgressão.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Rosa Maria Barbosa de. *A vocação do prazer: a cidade e a família no Rio de Janeiro Republicano*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

BERKMAN, Ricardo David Rabinovich. *Derechos Humanos*. Buenos Aires: 2007.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil/Parte Geral*. Salvador: Jus Podium, 2012.

Constituição Federal Brasileira, São Paulo: Saraiva 2013

Código Penal Brasileiro, São Paulo: Saraiva 2013

Código Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva 2013

DEBORD, Guy. *Sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DURHAM, Meenakshi Gigi. *O efeito Lolita*. São Paulo: Larousse, 2009

MATTA, Roberto da. *O que faz, Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1989.

OLIVEIRA, Erival da Silva. ***Direitos Humanos***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PACHÁ, Andréa. ***A vida não é justa***. Rio de Janeiro: Agir, 2012

PRIORE, Mary Del. ***Histórias Íntimas***. São Paulo: Planeta, 2011.

SCHWARCZ, Lilia. ***Historia da vida privada no Brasil***. São Paulo: Companhia das letras, 1998.

VENÂNCIO, Renato. ***Uma breve história do Brasil***. São Paulo: Planeta, 2010.

WEIS, Carlos. ***Direitos Humanos Contemporâneos***. São Paulo: Malheiros, 2012.



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